

Renzo E. Saavedra Velazco^(*)

De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica^(**)

Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggela

«EL PRINCIPAL MÉRITO QUE SE PUEDE ATRIBUIR A LA PROPUESTA DOCTRINAL BAJO ESTUDIO SE ENCUENTRA EN 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»

“Sed amor facit quod ipsa res quae amatur, amanti aliquo modo uniantur”.

*Santo Tomás de Aquino
Suma Teológica I-II, 28.*

1. Premisa

Con seguridad una de las peculiaridades más interesantes de todo ser humano es su tendencia natural a volver sobre sus propios pasos. Ello, para que la afirmación no peque de demasiado amplia, es común en el ámbito académico.

Somos de la opinión de que tal manera de proceder se presenta –básicamente- por el impulso natural de tratar de delimitar, complementar y/o perfeccionar nuestras propias aseveraciones en función a las experiencias, lecturas o reflexiones que hemos obtenido o efectuado gracias al transcurso del tiempo. En suma este deseo (o impulso) de alcanzar un mayor grado de “perfección”, sí se nos permite la insolencia de calificar de esta manera

(*) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados. Estudios de especialización en Análisis Económico del Derecho en el Programa Latinoamericano de Law & Economics auspiciado por la George Mason University así como por la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía. Post-título en Contrataciones con el Estado por el Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP).

(**) El título del presente artículo resulta una traducción al castellano del conocido ensayo de FAGGELA, Gabrielle. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, en AUTORES VARIOS. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Volumen III. Nápoles: Luigi Pierra Tip. Editore, 1906. pp. 269 y siguientes.

a tal conducta humana, nos puede llevar a que reiterada y sistemáticamente tornemos nuestra mirada a temáticas a las cuales ya hemos prestado atención en su oportunidad y que por esta misma razón debieron, por lo general, haber sido agotadas o, cuanto menos, analizadas con suficiente profundidad como para permitir al autor de turno “sentirse”, en mayor o menor medida, satisfecho con su obra y por ende evitarle la necesidad de volver a transitar el mismo rumbo.

¿Y qué tiene ello de malo? ¿Es que en un contexto como el jurídico el deseo de volver sobre nuestros pasos es incorrecto? Evidentemente la respuesta no es sino de carácter negativa. Creemos que intrínsecamente este deseo de alcanzar la perfección en la descripción de determinado fenómeno (jurídico) no es, por sí mismo, reprochable (si bien, a renglón seguido, hay que admitir la imposibilidad de lograr ello). Empero, no podemos compartir nuestra apreciación inicial cuando ello se convierte en un “modus operandi” que se centra única y exclusivamente en regresar a aquellos lugares comunes que han sido expuestos en su oportunidad, lo cual impedirá, como es obvio, el desarrollo de nuevas discusiones, abordar las mismas con un matiz distinto o proponer su análisis desde una perspectiva novedosa. Lamentablemente, en no pocas ocasiones hemos sido testigos de tal manera de proceder y, lo que es incluso mucho más grave, con ello se procura dejar en el tintero el debate de aquellos aspectos de la teoría que merecen un desarrollo o bien, en otras circunstancias, asuntos que aún no han sido siquiera planteados.

Nuestras afirmaciones tienen como propósito excusarnos con el eventual lector por volver, una vez más⁽¹⁾, a analizar la interesante temática de la responsabilidad precontractual, si bien, para evitar caer en la “tentación” de recorrer aquellos lugares comunes, en

«LA TERCERA ETAPA RESULTA LA MÁS IMPORTANTE DE TODAS, PUESTO QUE AQUÍ YA SE HA COMPLETADO EL ÍNTEGRO DISEÑO CONTRACTUAL, EN TANTO QUE LA VOLUNTAD SE FIJA EN UNA PROPUESTA CONCRETA AUNQUE LA MISMA TODAVÍA NO ES EMITIDA».

la presente ocasión proponemos el estudio de la construcción doctrinal de Gabrielle Faggela. Así mismo, creemos que es pertinente recordar un importante dato que nos es ofrecido por una voz autorizada de la doctrina nacional⁽²⁾, quien, en su oportunidad, denunció los defectos de la consulta indirecta de las fuentes, sean estas normativas y/o doctrinales, en la actividad jurídica. Inclusive, si ello fuese posible, se torna casi tangible al momento de “transplantar”⁽³⁾ ciertas propuestas extranjeras a nuestro país.

Teniendo en consideración lo antes expuesto será más sencillo comprender las razones que nos han motivado a efectuar el presente estudio: procurar reconstruir, del modo más fidedigno posible, el pensamiento del autor italiano aludido, máxime cuando el conocimiento de su teoría ha llegado a nuestro medio a través de terceros⁽⁴⁾ y, por lo menos en

- (1) Nos referimos a nuestro trabajo: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *La responsabilidad precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional*. En: **ius et veritas**. Número 31. Lima: Asociación Civil **ius et veritas**, 2005. pp. 144 y siguientes, ahora también disponible, con algunos necesarios ajustes y correcciones, en el libro AUTORES VARIOS. *Responsabilidad Civil Contemporánea*. Lima: Asociación Civil **ius et veritas** / ARA Editores, 2009. pp. 513-565.
- (2) En ese sentido: LEÓN HILARIO, Leysser L. *Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú: El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión*. En: *Proceso & Justicia*, Número 2. 2002. p. 122, ahora en Id., *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004. p. 64.
- (3) Sobre el punto puede consultarse la opinión del profesor italiano SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XXXIX, 1991. p. 3, quien, con claridad, denuncia que “en ocasiones el legislador toma prestada una regla o una institución esperando que luego pueda aprender como aplicarlas apropiadamente”.
- (4) Como es por todos nosotros conocido el canal argentino ha fungido, en especial, a inicios de la década de los años noventa como “puente” para que los desarrollos teóricos europeos arriben a nuestro medio, pese a que, en no pocas circunstancias,

Renzo E. Saavedra Velazco

nuestra opinión, de manera un tanto distorsionada, incompleta y carente de su real contenido.

Atendiendo a la circunstancia antes mencionada no podemos sino coincidir con quien ha manifestado que “el contacto directo con las fuentes permite desvirtuar los errados planteamientos de segunda mano, descreer de los puros ecos, descubrir copias flagrantes, desconfiar de las malas lecturas operadas en el país que nos trasfiere sus especulaciones”⁽⁵⁾. Los subrepticios añadidos a las teorías foráneas o bien las copias parciales de las mismas son riesgos que se asumen, de una u otra manera, cuando se opta, consciente o inconscientemente, por la consulta de trabajos “puente” y no, cuando es ello posible, de las obras originales⁽⁶⁾.

Inicialmente el propósito de este trabajo era esencialmente expositivo pues nos pareció que era necesario trasladar directamente a nuestro medio el discurso del autor italiano de marras, lamentablemente, es justo subrayarlo, nosotros mismos podríamos encontrarnos en la situación de deformar la citada teoría al procurar describir tanto sus postulados como sus conclusiones. Debido a la existencia de tal riesgo, se ha decidido hacer un trabajo un tanto más crítico con la propuesta en cuestión aunque ciertamente la intención inicial del presente esfuerzo será, por sobre todas las cosas, mediar entre dicha obra y los operadores nacionales.

Ahora bien, y por propósitos expositivos, dividiremos nuestra investigación de tal manera que cada acápite de la misma

sea, en la medida de lo posible, un capítulo del famoso ensayo de Gabrielle Faggella dedicado a la individualización de los distintos períodos precontractuales. Así mismo, en cada uno de tales acápites desarrollaremos el análisis crítico de la propuesta aludida y a su vez se hará referencia a aquellos trabajos que sirvieron de “puente” al operador nacional para tomar un primer contacto con la referida construcción doctrinal.

2. Capítulo I. División de los períodos precontractuales.

El autor inicia su discurso expresando una idea institucional de la teoría general del contrato clásica: “[e]l contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades, hasta que no se opera el *in idem placitum consensus*⁽⁷⁾, no existe el *vinculum iuris*, y los co-tratantes, como regla, están libres de concluirlo o no”⁽⁸⁾, fuera de la discusión que se podría generar sobre sí el “contrato” es producto del acuerdo de voluntades o sí, por otro lado, se trata en realidad de un acuerdo entre las manifestaciones de voluntad de los co-tratantes (o, incluso desde una perspectiva actualmente más en boga, como la programación de

se han mostrado no del todo fiables.

No obstante ello, un sector de nuestra doctrina sólo ha logrado tomar contacto con la teoría de Faggella por medio del aludido canal argentino.

Los textos “puente” a los que se hace referencia son de autoría de SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*. Volumen I. 3ra. Reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1981. pp. 315–316; y de BREBBIA, Roberto. *La responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: La Rocca, 1987. pp. 52–55.

- (5) LEÓN HILARIO, Leysser L. *Weak legal culture & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*. En: AUTORES VARIOS. *Responsabilidad Civil: Nuevas tendencias: Nuevas tendencias, unificación y reforma*. Lima: Palestra, 2005. pp. 285 y siguientes, ahora también disponible a través del portal web de *The Cardozo Electronic Law Bulletin* editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/leon2.pdf, p. 5.
- (6) Sobre el particular nos permitimos remitir al lector a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Los negocios jurídicos mortis causa en el sistema jurídico peruano: Los contratos mortis causa y los pactos sucesorios*. En: “*Actualidad jurídica*”. Tomo 165, agosto de 2007. p. 54 y siguientes, *ivi* pp. 54–55, texto y nota (5).
- (7) De conformidad a una opinión comúnmente imputable a Ulpiano se considera que “*Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, vale decir, que es un pacto el acuerdo de dos o más personas sobre un mismo propósito. Por tanto, la idea del *in idem placitum consensus* es la existencia de un acuerdo sobre un mismo propósito u objetivo.
- (8) FAGGELA, Gabrielle, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, en AUTORES VARIOS. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Volumen III. Nápoles: Luigi Pierro Tip. Editore, 1906, p. 271.

los intereses individuales)⁽⁹⁾, aquí debemos centrar nuestra atención sobre la segunda parte de la afirmación transcrita: la libertad que poseen los tratantes de desenvolverse dentro de las tratativas.

Si bien tal afirmación resulta en la actualidad incontrovertible, debemos resaltar que en la época de Faggela existía un sector doctrinal que consideraba que en dicha etapa podía generarse un deber⁽¹⁰⁾ de suscribir el contrato proyectado por los tratantes⁽¹¹⁾.

Por otro lado, el principal mérito que se puede atribuir a la propuesta doctrinal bajo estudio se encuentra en 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⁽¹²⁾ (aunque evidentemente también es posible que se arribe luego de las conversaciones iniciales a la conclusión de que la suscripción de un contrato resulta inviable dada las diversas expectativas depositadas por cada uno de los tratantes sobre el futuro contrato, la diversidad de los términos y/o condiciones contractuales, etcétera).

En efecto, la circunstancia anotada se echa de ver desde las primeras líneas del ensayo cuando se afirma que:

“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 mantiene su propia libertad, el proponente aquélla de impedir

el perfeccionamiento del vínculo obligatorio, y el destinatario aquélla de no aceptar la propuesta.

En el período de los tratos preliminares hay que distinguir dos momentos, el tiempo en el cual las partes discuten, preordenan, intercambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, las analizan y las sintetizan, y el momento decisivo de la propuesta concreta y de la aceptación. Los romanistas y los civilistas, en general, toman en consideración éste segundo momento del período precontractual, sin tener en cuenta el primero, casi como si la propuesta surgiese improvisadamente y como si se encontrase separada del todo del trabajo precedente que la ha producido”⁽¹³⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester precisar que la doctrina jurídica ya había reconocido, si bien de manera meramente enunciativa e incluso para algunos implícita, que tanto el apartamiento injustificado de las tratativas cuanto el retiro intempestivo de la oferta constituían supuestos de responsabilidad precontractual.

Al respecto, se debe mencionar el célebre ensayo de Rudolf von Jhering sobre la culpa

(9) Al respecto véase FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*. Milán: Giuffrè, 1985. pp. 812 y siguientes; y, SCALISI, Vincenzo. *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*. Milán: Giuffrè, 1998. pp. 46 y 50–54.

(10) Como es obvio no nos estamos refiriendo a la situación en la cual se haya suscrito un contrato de carácter preliminar (como la opción o el compromiso de contratar), donde se podría argumentar, en el caso del compromiso de contratar, la existencia de un deber de suscribir el contrato definitivo.

Sobre el particular véase SPECIALE, Renato. *Contratti preliminari e intesse precontrattuali*. En: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*. Milán: Giuffrè, 1990, *passim*, *ivi* p. 160 y siguientes.

Por otro lado, en el caso del contrato de opción estaríamos frente a una relación jurídica que no es de tipo obligacional, pues no existe la correlación entre una situación jurídica subjetiva de deuda y otra de crédito, sino una relación que enlaza a un derecho potestativo y un estado de sujeción.

(11) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 312.

(12) Para una presentación general sobre los diversos campos de aplicación de la teoría de la *culpa in contrahendo* o, en otros términos, de los supuestos reconducibles a ella nos permitimos remitir a la lectura del trabajo de SPECIALE, Renato. *Op. cit.*, pp. 261–277.

(13) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 271–272.

Renzo E. Saavedra Velazco

in contrahendo el cual hace mención a dicha posibilidad desde su propio título: De la culpa *in contrahendo*, vale decir del resarcimiento del daño en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse⁽¹⁴⁾. Por si se requiriese una mayor comprobación de la rectitud de nuestra aseveración nos permitimos citar la siguiente idea “[e]mpero, si la revocación excluye la perfección del contrato y ello ocasiona un perjuicio a quien ha recibido la oferta, éste perjuicio conlleva por sí, como consecuencia natural, una obligación al resarcimiento de los daños. En cuanto a saber si en este caso realmente subsisten las condiciones de aplicabilidad de nuestra acción, en el peor de los casos ello puede ser puesto en duda en lo que concierne a la culpa de quien ha efectuado la oferta; para el resto de tales condiciones se encuentran todas presentes y estrictamente vinculadas las unas a las otras: *bona fides* de quien ha recibido la oferta, nulidad del contrato, defecto en la formación de este último a causa de una circunstancia reconducible a la persona que ha encaminado la oferta. Por lo tanto, ¿es posible calificar en términos de culpa un acto que la ley permite realizar al oferente, vale decir la revocación de la oferta? Personalmente no tengo ninguna vacilación para responder afirmativamente”⁽¹⁵⁾.

De la lectura del párrafo precedente nos parecen relativamente claras una serie de circunstancias:

Que, cuanto menos desde 1861, año en el cual se publica el ensayo de Jhering, se acepta que el desistimiento injustificado

de las tratativas y/o el retiro intempestivo de la oferta contractual se erigen como supuestos de responsabilidad precontractual, por lo que no resultaría un aporte atribuible a la teoría de Faggella el reconocimiento expreso de la resarcibilidad de los daños que se ocasionan por tal comportamiento⁽¹⁶⁾.

Ello no significa, en ningún caso, que se está desmereciendo la importancia del citado autor en cuanto respecta a la dilucidación de las conductas que son susceptibles de generar tal perjuicio o, por otro lado, la intensidad del vínculo entre los tratantes a lo largo de los períodos precontractuales.

Que, el debate sobre si la teoría de Jhering sobre la culpa *in contrahendo* se fundaba en la culpa o en un criterio de imputación de responsabilidad de un cariz distinto, debe decantarse necesariamente en el primer sentido, de lo contrario no encontraría sentido el análisis específico sobre si en el caso en cuestión (la revocación de la oferta) puede considerarse como culposa la conducta del oferente⁽¹⁷⁾ (máxime si éste ostentaba un auténtico “poder” sobre tal manifestación de voluntad).

(14) JHERING, Rudolf von. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Traducción del alemán y nota de lectura de Federico Procchi. Nápoles: Jovene, 2005, 239 pp.

(15) JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*; pp. 175 y 177.

(16) Empero, aceptamos que existe cierto grado de controversia sobre el punto, a manera de ejemplo cabría citar la opinión del profesor GALLO, Paolo. *Responsabilità precontrattuale: La fattispecie*, en *Rivista di diritto civile*. Año L. Número 2, primera parte, 2004. p. 297.

(17) Esta misma idea puede obtenerse de una interpretación de diversos pasajes de la obra de Rudolf von Jhering, por ejemplo podemos mencionar el estudio que efectúa el autor sobre si la muerte del oferente durante el período que media entre la emisión de la oferta y la aceptación misma, en una tratativa entre ausentes, puede ser considerada como *culpa*, lo cual el propio autor considera que es una grave dificultad. A pesar de tal parecer llega a ratificar que aún en este supuesto la culpa es la fuente de la responsabilidad dado que “si se hubiese contratado entre presentes, la muerte no habría podido de modo alguno ejercer una influencia dañosa” (p. 185).

En este caso, en nuestra opinión, aparentemente el autor estaría reconociendo que el oferente se encuentra “asumiendo un riesgo” al desarrollar las tratativas en tales términos, por lo que debería hacerse responsable de los daños que pudiese ocasionar en su contraparte por el acaecimiento de su muerte.

En sentido semejante véase la “Nota di lettura” de la traducción del ensayo de Jhering efectuada por PROCCHI, Federico. *Op. cit.*; pp. XLIV–XLV; y, ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 244.

Que, la idea expuesta por Faggella sobre que los romanistas y los civilistas han centrado su atención en el momento en el cual la oferta ya existe y es emitida más no han hecho lo propio respecto de la primera etapa en la cual se realizan los acercamientos preliminares para determinar y/o aclarar las condiciones y términos contractuales, así como el objetivo que se pretende alcanzar con la suscripción del contrato, es del todo correcta al menos en lo que concierne a la enunciación original de la responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo* a cargo de Jhering.

Volviendo a los aportes de Faggella en la correcta identificación de las diversas etapas que se transitan en las tratativas hay que aclarar una serie de afirmaciones que algunos autores han efectuado. En primer lugar, según la propuesta en cuestión a lo largo de las tratativas existen tres períodos en la “pre-formación” o “pre-constitución” del contrato, los tres momentos jurídicos a los que se hace alusión son “[e] primero de estos dos momentos (sic) lo definimos como el período de la ideación y de elaboración, el cual se puede comprender en la fórmula de concepción del contrato, y el segundo, período de perfeccionamiento o de concretización de la propuesta, y en el tercero ésta se pone en movimiento”⁽¹⁸⁾ (el énfasis es agregado);

por lo que resultan equívocas las afirmaciones que sostienen que la construcción sugerida identificaba tan solo dos etapas⁽¹⁹⁾.

En segundo lugar, nos parece oportuno aclarar las peculiaridades que poseen cada uno de los momentos o períodos precontractuales identificados por Faggella. En la primera etapa de las tratativas los tratantes pueden, a su criterio, interrumpir o bien modificar los acuerdos o inclusive apartarse de los mismos. Es precisamente por esta circunstancia que, en opinión del autor, la voluntad se concreta y se manifiesta en un deseo de elaborar y discutir un proyecto de contrato, vale decir “[I] a conclusión del contrato constituye todavía el objetivo y no el contenido de la voluntad”⁽²⁰⁾ (con lo cual se echa de ver, por si fuese poco, la marcada influencia voluntarista reinante en la época de redacción del ensayo de marras)⁽²¹⁾. En la segunda etapa, la voluntad se transforma y se torna en un deseo dirigido a concretar la propuesta o la aceptación del contrato, como

(18) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 272, más adelante se precisa que “[a] nosotros nos parece que el período precontractual debe distinguirse en tres momentos a) momento preformativo de la oferta, b) momento de perfección, c) momento operativo, en el cual es puesto en movimiento. Este tercer momento va desde la manifestación o de la expedición de la propuesta del proponente al destinatario hasta el momento de perfección del contrato, esto es hasta el momento jurídico en el cual acaece el *in idem placitum consensus*” (p. 274); y, por último, “[e]n el primer momento, por lo tanto, la voluntad es la de tratar, discutir, considerar, elaborar la propuesta del contrato al cual se tiende; en el segundo es la de formularla y concretarla; en el tercero, es voluntad de una cierta propuesta ya interiormente evaluada y elaborada” (p. 278).

(19) BREBBIA, Roberto. *Op. cit.*; pp. 52 y 53, quien asegura que “Faggella (sic) rechaza en su totalidad la tesis de la culpa *in contrahendo* como fundamento de la responsabilidad precontractual, a la vez que determina la verdadera extensión que corresponde acordar a este período a la formalización del vínculo contractual, que divide para su mejor estudio en dos etapas: una primera que comprende las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta; y una segunda, que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones por desacuerdo definitivo”.

De la opinión citada nos queda claro que el autor argentino no tuvo a la vista el texto del ensayo de Faggella puesto que la referencia que hace es a las diversas etapas que atraviesa la oferta (pp. 308 y 309) y no los períodos precontractuales en general.

(20) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 275.

(21) Al respecto, para una breve pero en extremo informada exposición de las teorías germanas sobre el negocio jurídico que se habían propuesto hasta inicios del siglo XX, se sugiere la consulta del conocido libro de FERRARA sr., Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. En: *Revista de Derecho privado*. Madrid: 1960. pp. 1 y siguientes.

La exposición de tales teorías no ha quedado desapercibida para un sector de nuestra doctrina, al respecto pueden consultarse los trabajos de LEÓN, Leysser L. *Actualidad de Jhering: El daño por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68, 2006, pp. 183 y siguientes, ahora también disponible a través del sitio web *The Cardozo Electronic Law Bulletin* editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, disponible en <http://www.>

Renzo E. Saavedra Velazco

es por demás claro todavía en esta etapa el vínculo resulta un objetivo, tal cual acaecía en la primera etapa, por ello no debería causar sorpresa constatar que en opinión de Faggela “la voluntad es plenamente libre de mutar o modificar el diseño de la propuesta o revocarla, cesando cualquier ulterior movimiento suyo hasta el final. Dicha acción permanece como un hecho subjetivo circunscrito a la personalidad del proponente o del aceptante que no tiene ninguna relación vinculante con otra voluntad, resulta una acción que opera y se desarrolla en los confines de la voluntad exclusiva de una o de otra parte sin ninguna obligatoriedad”⁽²²⁾. La tercera etapa resulta la más importante de todas, puesto que aquí ya se ha completado el íntegro diseño contractual, en tanto que la voluntad se fija en una propuesta concreta aunque la misma todavía no es emitida, siendo por ello necesario que se determine si la “propuesta” será o no formulada y con ello permitir que la oferta supere el ámbito de subjetividad jurídica en el que se encuentra (con lo cual no se presenta ningún efecto jurídico que vincule al eventual oferente con ella ni, mucho menos, a éste con su co-tratante). Como también se puede concluir con facilidad, “[l]a voluntad resulta más precisa, más determinada, más concreta, es voluntad de una propuesta ya completa y elaborada, pronta a ser impulsada y transmitida, el

querer contractual todavía no existe. El contrato aparece aún como finalidad jurídica. Luego, la voluntad en este período conserva su estado de plena libertad y de plena irresponsabilidad frente al destinatario. Ella puede determinarse en otro sentido, abandonar el proyecto de contrato, alejarse de las tratativas o modificar la propuesta”⁽²³⁾.

En tercer lugar, si bien es cierto que para Faggela en los tres (3) momentos que preceden la formación de un contrato se desarrolla la “acción de la voluntad” sea por medio de acuerdos verbales o escritos sobre los puntos principales o secundarios del futuro contrato no existe ningún tipo de vínculo obligatorio⁽²⁴⁾, por lo tanto, la voluntad “se mueve y opera dentro del ámbito [*cerchia*] netamente extracontractual”⁽²⁵⁾. Aquí incluso es pertinente efectuar una precisión, no puede considerarse que el asunto se presenta en esos términos *sic et simpliciter* en la medida que falta el encuentro de las voluntades de los

ius.unitn.it/cardoza/Review/2006/Leon.pdf; y de MORALES HERVIAS, Rómulo. *Nuevas perspectivas del negocio jurídico*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XVIII. Número 28, 2007. pp. 283 y siguientes.

(22) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 276.

(23) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 278, en términos semejantes se concluye el presente capítulo, pues el autor italiano manifiesta que “[e]n todo este *iter* y esta evolución, la voluntad es libre de mutar los ofrecimientos, apartarse del diseño contractual o cambiarlo o modificarlo” (p. 284).

(24) No podemos seguir adelante sin subrayar la enorme trascendencia de esta afirmación pues, como se sabe, sólo la vulneración de una auténtica relación jurídica obligatoria es susceptible de generar una responsabilidad de tipo contractual. Dicho en otras palabras, todo daño producido fuera de una relación obligatoria será de carácter extracontractual.

Al respecto véase el artículo de MOSCATI, Enrico. *I remedi contrattuali a favore dei terzi*, en *Rivista di diritto civile*. Año XLIX. Número 4. Padova: Cedam, 2003. pp. 357-393, recientemente traducido y publicado bajo el título *Los remedios contractuales en favor de los terceros*, traducción y notas de Renzo E. Saavedra Velazco. En: *ius et veritas*. Número 34. Lima: Asociación Civil *ius et veritas*, 2007. pp. 51-73.

(25) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 281-282.

Aquí nos permitimos citar una opinión poco conocida de Jhering quien establece que “[e]l hecho que, jurídicamente, el contrato no haya alcanzado perfección, nos forzaría, en lo que a mi respecta, a permanecer confinados sobre el terreno del daño extracontractual, y, a menos que deseemos considerar nuestra acción como aislada e inexplicable, como una suerte de anomalía jurídica, no nos quedaría más que elegir si la reconducimos a la *actio doli* o a la *actio legis Aquiliae*. La aplicación de estas dos teorías encuentra gravísimas dificultades. Ambas, en efecto, no podrían ser empleadas si no a condición de hacer a un lado el elemento dolo en la *actio doli*, y del particular tipo de daño en la *actio legis Aquiliae*. Se obtendría por esta vía una tercera acción que, colocándose a mitad de camino entre las otras dos, tomaría prestada de la última la culpa y de la primera la indiferencia del modo en el cual se ha ocasionado el daño o, en otros términos, la regla jurídica según la cual la culpa extracontractual genera siempre y, en todo caso, una obligación resarcitoria” (JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*; pp. 47 y 49).

De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggela

tratantes, en realidad, según la propuesta original, la voluntad de los tratantes puede resultar conforme en algunos o bien en todos los términos y/o condiciones del proyecto de contrato, pero a pesar de ello no existe ningún vínculo jurídico puesto que la voluntad de los tratantes sólo está dirigida a la elaboración del diseño contractual⁽²⁶⁾ y no, al menos no por el momento, a concluir el contrato. Todo ello permite al citado autor derivar una importante consecuencia según la cual puede admitirse “que también en los períodos ante contractuales puede tener lugar la *in idem placitum consensus* sobre un proyecto de contrato o sobre sus puntos esenciales o secundarios, sobre todo o parte de ellos”⁽²⁷⁾.

3. Capítulo II. Fundamento de la teoría

La mejor manera de expresar la necesidad de una propuesta doctrinal como la responsabilidad precontractual es relatando

las ideas expresadas por el propio autor al que se le atribuye su paternidad⁽²⁸⁾. Nos referimos, como es obvio, a la figura del profesor alemán Rudolf von Jhering, quien sostenía que en “[c] uanto al modo de construirle un fundamento teórico, el único punto de partida cierto para mí desde el principio fue que esta acción era irrenunciable”⁽²⁹⁾. Incluso hay quien sostiene, si bien en un extremo aún más general, que el desarrollo por parte de Jhering de la teoría de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* procuraba atenuar los resultados perjudiciales de la visión subjetiva de las relaciones contractuales propia del derecho continental⁽³⁰⁾ (al menos en la época de publicación del ensayo de Jhering). Tal forma de apreciar las circunstancias que rodearían el surgimiento de la teoría de la culpa *in contrahendo* encontrarían

(26) Para quienes se encuentren informados de la existencia de la teoría de los deberes de protección y, sobre todo, con la teoría de la relación obligatoria sin deber primario de prestación la afirmación en cuestión puede causar cierta perplejidad. Sin embargo, habría que recordar que el ensayo de Faggela antecede en más de dos décadas al famoso trabajo de STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung*. En: *Archive für di civilistische Praxis*, 1932. pp. 285 y siguientes, citado por LEÓN, Leysser L. *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania Schuldrechtsmodernisierung*. En: **ius et veritas**. Número 26. Lima: Asociación Civil **ius et veritas**, 2003, nota al pie (94).

En efecto, la afirmación en cuestión se entiende con facilidad en un contexto en el que la noción de la relación obligatoria no ha sido integrada con esta multiplicidad de nuevos deberes contractuales.

(27) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 282.

(28) Si bien admitimos con GALLO, Paolo. *Op. cit.*; pp. 295-296, que ya en el derecho romano existían algunas instituciones que contenían el germen de la institución, tanto en el plano de los supuestos regulados cuanto del objetivo de la tutela dispensada a quienes eran víctimas de ella. Sobre este punto bastaría con pensar en el dolo o bien la violencia presentes o perpetradas durante el devenir de los tratos preliminares, provocando con ello una hipótesis de responsabilidad extracontractual bajo la figura de la *actio doli*.

Empero, esta *actio* sólo otorgaba una protección de naturaleza resarcitoria por los daños que se hubiesen podido sufrir por la conducta desleal de la contraparte por lo que el contrato celebrado mantenía pleno vigor. Sólo algunos años más tarde se produjo, en base a *exceptiones*, el siguiente paso lógico: “permitir cuestionar la validez del contrato suscrito en estos términos”.

Finalmente, gracias a influencia francesa se incluyó al supuesto de error como uno que motivaba el resarcimiento de los daños sufridos por el *errans* (lo cual la diferencia de la solución germana). Al respecto, véase VERGA, Angelo. *Errore e responsabilità nei contratti*. En: *Studi di diritto privato italiano e straniero* dirigido por Mario Rotonda. Volumen XVI. Padua: Cedam, 1941. p. 27.

(29) JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*; p. 15, y continua “y que, si de un lado necesitaba descartar la *actio legis Aquiliae* por la cual yo mismo había optado en un primer momento, era sin embargo necesario intentar encontrar otra que fuese admisible a nivel teórico”; la dificultad de expresar un fundamento teórico para su construcción teoría se centra en la circunstancia, ya conocida, de que para la fecha en la que se plantea la misma el derecho vigente en Alemania era el Derecho Romano, según el cual no existía ninguna pretensión válida que se fundara, por un lado, en la *legis actio Aquiliae* e incluso en la *actio doli* (p. 49); y, por el otro, no existía un contrato (supuesto de retiro intempestivo de la oferta, el deceso del oferente en una tratativa entre ausentes o el apartamiento injustificado de las tratativas) o el que se había celebrado era inválido y dado que la nulidad implicaba (según la opinión dominante de la doctrina) la ausencia absoluta de efectos jurídicos no

Renzo E. Saavedra Velazco

confirmación en la propia enunciación de la construcción de Faggella dado que, como se puede observar en el párrafo precedente (retro § 2), la determinación de la existencia de un vínculo jurídico entre los tratantes se determina únicamente en función a la dirección de la voluntad de los sujetos.

Sin perjuicio de lo anterior, también desde una perspectiva objetiva se justificaría la existencia de la teoría de la responsabilidad precontractual si bien el fundamento de ello no reposaría en la vulneración de la palabra empeñada (o sí se quiere únicamente en aplicación del principio de autorresponsabilidad) sino en la infracción o frustración de la “confianza” que la contraparte hubiere depositado en el comportamiento leal de su co-tratante, el cual debiera informarle sobre la presencia de algún vicio en su oferta tal y como sucede en el sistema italiano (ello debido al cambio de un requisito para la verificación del error: del requisito de la excusabilidad –que se analiza en el oferente, esto es en quien incurre en error o errans– a la conocibilidad –que se observa en el destinatario de la oferta–)⁽³¹⁾ o, por otro lado, en abstenerse de iniciar una tratativa si es que no se tiene un sincero deseo de suscribir un contrato (lo cual no obsta que, por múltiples factores, éste nunca llegue a perfeccionarse).

Por su parte, y en opinión que suscribimos casi de manera íntegra, Faggella se preocupa de identificar el fundamento científico de la libertad que tiene la voluntad en esta etapa, vale decir el fundamento de porque se permite que los tratantes tengan la posibilidad de apartarse del *iter* precontractual o bien modificar los acuerdos parciales a los que se hubiesen arribado, para ello el autor en cuestión “formula un principio general, la voluntad, como poder psicológico, es, desde un punto de vista abstracto, libre en sus determinaciones, pero ella se mueve, se

determina, según las circunstancias externas, las impresiones psíquicas, los conceptos de la mente y el ambiente moral y material en el cual se encuentra”⁽³²⁾.

Tal petición de principio permite que se escindan, con claridad, dos momentos en la predeterminación del inicio de una tratativa: el primero de ellos acaece cuando se determina la voluntad de alcanzar cierto objetivo o de efectuar un tipo particular de negocio jurídico conforme al interés que se busca satisfacer; el segundo de ellos, y como corolario de lo anterior, se identifica con los específicos actos o conductas que tienden a actuar el objetivo deseado (finalidad práctica o programación de intereses) o a materializar el negocio jurídico elegido.

Como es fácil de percibir el primer momento antes mencionado se desenvuelve, esencialmente, al interior del propio sujeto y se expresa en la identificación, sí se quiere, de cierta necesidad cuya satisfacción se pretende alcanzar, mientras que el segundo momento resulta ser el movimiento dirigido a la actuación de los medios o los mecanismos que nos permitan alcanzar la satisfacción de aquél interés identificado a través del inicio de las tratativas y por ende recorriendo, de ser el caso, todos los períodos precontractuales a los que se ha hecho mención.

Empero, “la potestad del querer puede todavía expresarse libremente sobre la propia

podía establecerse responsabilidad contractual. La solución a tal circunstancia es conocida, Jhering propuso que la nulidad tan sólo implicaba la ausencia de los efectos queridos por las partes más no todo efecto jurídico (por ejemplo, el deber de restituir las prestaciones que se hubiesen entregado antes de que se declarara la invalidez del negocio).

(30) Nos referimos a la opinión del profesor KENNEDY, Duncan. *From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*. En: *Columbia Law Review*. Volumen C. 2000, p. 147.

(31) ESCOBAR, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano*. En: *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2004. pp. 153 y siguientes, *ivi* pp. 155 y 156, donde se reconoce que “[a] diferencia del BGB, el Codice se apartó ostensiblemente de la tesis de Ihering (sic). Y ello por una razón muy simple: el legislador italiano de 1942 introdujo la necesidad de que el error fuera conocible a efectos de que el declarante pudiera anular el contrato... el legislador italiano, influenciado por la teoría de la confianza, decidió introducir el requisito de la conocibilidad del error, modificando drásticamente el sistema de los vicios de la voluntad que imperaba en Europa.”

(32) FAGGELLA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 286.

determinación, sin embargo, tanto ésta como las sucesivas evoluciones o modificaciones o revocaciones representan el ejercicio o el movimiento interno de la voluntad⁽³³⁾ por lo que nos queda realmente claro que, al menos para el autor, durante la íntegra *iter voluntatis* precontractual existe una plena libertad de apartamiento de las tratativas. Si bien tal apreciación resulta, en nuestra opinión, correcta sugerimos al lector recuerde este dato a fin de poder contrastarlo con las consecuencias a las que se arriba si es que se sigue de manera cabal la teoría de Faggela, lo cual por razones estrictamente de espacio será desarrollado en el último acápite del presente trabajo.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, creemos conveniente repasar un aspecto de la discusión de la responsabilidad precontractual cuya absolución resulta de la máxima relevancia: la naturaleza jurídica de la responsabilidad. Así podemos reconocer que “[e]n general, en los sistemas jurídicos europeos, la ausencia de un contrato, todavía no suscrito o celebrado con un contenido diverso del inicialmente pactado, comporta la ubicación de la responsabilidad -por ausencia de información, ruptura injustificada de las tratativas o de cualquier comportamiento contrario a la buena fe- fuera del terreno contractual. Por otro lado, aquellos legisladores que han intervenido con disposiciones *ad hoc* en el ámbito de la disciplina general del contrato o del negocio jurídico [...], han evitado proceder a la calificación del tipo de responsabilidad y en la praxis de estos países se ha afirmado su naturaleza delictual⁽³⁴⁾, la excepción, como se expondrá, se presenta en Alemania y en los países del *common law*⁽³⁵⁾. Por el momento bastará con señalar que a pesar de las diferencias entre ambos sistemas jurídicos, tanto a nivel de perspectiva cuanto de los conceptos empleados, las soluciones planteadas resultan, en no pocas oportunidades, sustancialmente conformes⁽³⁶⁾.

4. Capítulo III. Último período precontractual

Una idea particularmente importante para comprender algunos de los extremos de la propuesta de Faggela radica en la diferenciación entre el conocimiento de los términos contractuales que desea alcanzar el oferente con la suscripción del contrato, ello en un momento anterior a que se emita la oferta; y, por otro lado, la exteriorización de los citados términos a través de la emisión

«DOS MOMENTOS EN LA PREDETERMINACIÓN DEL INICIO DE UNA TRATATIVA: EL PRIMERO DE ELLOS ACAECE CUANDO SE DETERMINA LA VOLUNTAD DE ALCANZAR CIERTO OBJETIVO O DE EFECTUAR UN TIPO PARTICULAR DE NEGOCIO JURÍDICO CONFORME AL INTERÉS QUE SE BUSCA SATISFACER; EL SEGUNDO DE ELLOS, Y COMO COROLARIO DE LO ANTERIOR, SE IDENTIFICA CON LOS ESPECÍFICOS ACTOS O CONDUCTAS QUE TIENDEN A ACTUAR EL OBJETIVO DESEADO».

(33) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 289.

(34) DIURNI, Amalia y Dieter HENRICH. *Percorsi europei di diritto privato e comparato*. Milán: Giuffrè, 2006. p. 242.

(35) Confróntese tal afirmación con lo expuesto por SPECIALE, Renato. *Op. cit.*; 1990, pp. 281 y siguientes, *ivi* p. 285, quien sostiene que “es interesante notar como, aún partiendo de situaciones de carácter opuesto (hipertrofia del contrato en el derecho germano y, viceversa, su pérdida de rol progresivo en el *common law*), la reflexión sistemática en curso de las dos experiencias jurídicas consideradas alcanzan conclusiones no disímiles entre sí: las mismas consecuencias que derivan de un contrato pueden determinarse, al verificarse determinadas condiciones, también fuera de un explícito consenso entre las partes.”

(36) Al respecto puede verse la opinión de un ilustre comparatista como SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XLIX. Número 2, 2001. p. 182, quien refiriéndose al derecho de propiedad en los sistemas alemán e inglés señala que “[e]l derecho, esto es, la regla operativa, resulta uniforme en los dos países. Pero la explicación, esto es, los conceptos elaborados para explicar el derecho uniforme, resulta muy distinta”.

Renzo E. Saavedra Velazco

de una oferta dirigida a la conclusión del negocio jurídico en cuestión (para algunas consecuencias jurídicas de tal diferencia v. *infra* § 9).

En el primer caso, la propuesta aún permanece como un estado jurídico interior al “oferente” por lo que aquél tiene la plena potestad de alterarla o retirarla en función a tal circunstancia no existe ninguna razón jurídica que impida al “oferente” actuar de la manera más conforme a su voluntad sin tener por ello que reparar daño alguno a su “co-tratante”; mientras que en el segundo caso se inicia el proceso de emancipación de la propuesta negocial respecto de la voluntad del oferente, ello con vistas a facilitar la suscripción del contrato⁽³⁷⁾, pues sí se considerase que éste mantiene un pleno poder sobre su declaración de voluntad podría en cualquier momento, y a su solo criterio, modificarla o bien revocarla con el consecuente perjuicio a la esfera jurídica de su co-tratante, salvo la acotación que se efectuará a continuación.

Las consecuencias jurídicas de la emisión de la oferta se pueden expresar en un doble orden de consideraciones:

Que, incluso una vez emitida la propuesta el oferente mantiene su poder de alterarla o retirarla hasta que la misma no hubiese llegado a destino y, por ende, se hubiese tornado eficaz o, en otros términos, la misma hubiese ya desplegado los efectos jurídicos que le son inherentes⁽³⁸⁾.

Dicha exigencia, si bien no es reconocida expresamente por Faggela, se sustentaría en que sí se modificase o revocase la oferta una vez que llegue a destino se estaría afectando la confianza que podría haber suscitado en el destinatario (con el riesgo de que su hubiesen generado gastos en vista a la futura suscripción del contrato) y, aún más importante, nos estaríamos apartando de la revocación como mecanismo jurídico pues éste exige, para su actuación, que la declaración de voluntad negocial a ser afectada no hubiese generado sus efectos típicos o inherentes. Ambos caracteres que ostenta la revocación se encuentran fuertemente influenciados, si bien ello no se ha resaltado en nuestro medio (v., al respecto, retro nota al pie [35]), por el carácter recepticio de la oferta. De conformidad a ello se determinará tanto el momento en el que la declaración despliega sus efectos jurídicos así como la posibilidad de producir en otra persona (de ordinario se tratará del destinatario de la oferta) una legítima expectativa jurídica que en dicho sentido deberá ser tutelada (sea impidiendo la revocación o bien reparando los perjuicios que el ejercicio antijurídico de tal poder produce en la esfera jurídico-patrimonial de su co-tratante).

Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes existentes entre ciertas soluciones del *common law* con las del *civil law* no deberían llamar tanto la atención si es que se cae en la cuenta de la influencia de la doctrina clásica del derecho civil continental en la formación de los principales académicos norteamericanos. Aquí cabría mencionar, de manera puramente ejemplificativa, la gran influencia de Savigny, Puchta, Jhering, Heck, entre muchos otros autores en el pensamiento y trabajos de Holmes (las referencias a la obra de Jhering se dan en muchos de sus escritos), Fuller y Perdue (en la famosa contribución sobre los tres tipos de daños resarcibles existen múltiples referencias a la clasificación imputable a Jhering entre *negatives* y *positives Vertragsinteresse*), Llewellyn, Pound, etcétera.

Finalmente, y para que nuestra afirmación no parezca del todo aventurada, nos permitimos remitir a la lectura del ensayo de KESSLER, Friedrich. *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith and freedom of contract*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 77. Número 3, 1967. p. 426, donde se señala que “[e]l *common law*, como hemos dicho, se emancipa a sí mismo a mediados del siglo pasado de la influencia del *civil law*...”; y, sobre todo, a la consulta del trabajo de RIESENFELD, Stefan. *The influence of german legal theory on american law: The Heritage of Savigny and his disciples*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 37, 1989. pp. 1-7, cuyo objetivo es “pagar tributo a los distinguidos miembros de ese grupo y del impacto de sus trabajos en el pensamiento jurídico más allá de las fronteras de Prusia y Alemania y en particular en los Estados Unidos de América”.

(37) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 290.

(38) Nos permitimos remitir al lector a SAAVEDRA Velazco, Renzo E. *Los efectos de la revocabilidad del negocio jurídico testamentario en el sistema jurídico peruano: Breves apuntes para una futura discusión doctrinal*. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 167, octubre de 2007. pp. 33 y siguientes, en donde se indican las características que reviste la revocabilidad.

Que, del concepto de separación entre la voluntad del oferente y el evento externo que implica el encaminamiento de la oferta hacia el destinatario de la misma se derivan dos consecuencias: a) que cualquier acaecimiento que opere e influya en la voluntad del oferente no altera en ningún sentido dicha declaración de voluntad, incluyendo la muerte o la incapacidad sobrevinida de aquél; b) que, como corolario de lo indicado en (i), la declaración de revocación debe ser recibida por el destinatario de la oferta antes o, a lo sumo, coetáneamente a la recepción de la oferta⁽³⁹⁾.

Al lector podría parecerle obvia la afirmación contenida en a), sin embargo, cabría precisar que en el Derecho Romano antiguo la alteración y/o pérdida de la capacidad⁽⁴⁰⁾ (o, mejor aún, el *status libertatis, civitatis* o *familiae*) de un individuo era susceptible de afectar negativamente la persistencia de una declaración de voluntad⁽⁴¹⁾. Recordemos que precisamente para situaciones de este tipo se crearon instituciones como la *fictio legis Corneliae* (la cual era aplicable, por ejemplo, al testamento efectuado en libertad por cualquier ciudadano romano y que luego hubiese sido capturado y sufrido prisión de guerra, antes de tal institución se consideraba que dicho testamento debía ser considerado como nulo), y, como se sabe, aún a la época de redacción del ensayo bajo análisis el Derecho (tanto el italiano cuanto, sobre todo, el alemán) tenía una influencia de las fuentes romanas.

Teniendo en consideración lo expuesto hasta este punto Faggela concluye que “[l]uego del concepto de la extensión del poder de la voluntad sobre la declaración hasta que no alcance

al destinatario deriva otra consecuencia la permanencia del *ius revocandi* en el declarante por todo el tiempo intermedio que corre entre la separación de la declaración y el arribo de esta última al destinatario. Por lo tanto, una verdadera autonomía, una independencia absoluta de la determinación de la voluntad declarada no existe, existe una separación de la primera de la segunda, pero la una se encuentra sometida al imperio de la otra⁽⁴²⁾.

5. Capítulo IV. Responsabilidad en los períodos previos al contrato

Habiendo aclarado los diversos períodos y/o momentos que se atraviesan a lo largo de las tratativas no queda más que analizar sí (y en cuales de ellos) puede surgir una responsabilidad precontractual por la revocación de la oferta o por el rompimiento de los tratos preliminares.

A tal interrogante se responde afirmativamente: puede existir responsabilidad por el desistimiento de las tratativas o por la revocación de la oferta. Empero, se precisa que dicha responsabilidad puede derivarse en cualquier período de los tratos preliminares y no sólo en la etapa final

(39) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 293.

(40) Antes que nada debemos de recordar la inexistencia en el Derecho romano de una teoría general sobre la capacidad. Sobre el particular véase STANZIONE, Pasquale, voz *Capacità I) Diritto privato*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen V. Istituto della Enciclopedia Italiana: 1988. pp. 2-3 (de la separata), tal circunstancia resulta muy consistente con la lógica romana de evitar teorizar en base a categorías generales, pues, como se sabe, se prefirió un estudio más práctico de los fenómenos propios de la vida de relación.

Así mismo véase BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. 4ta. edición, reimpresión. Turín: Utet, 1998. p. 133; BIONDI, Biondo. *Diritto ereditario romano: Parte generale*. Milán: Giuffrè, 1954. p. 189; y GUARINO, Antonio. “*Furiosus*” e “*prodigus*” nelle “*XII Tabulae*”. En: *Pagine di diritto romano*. Volumen IV. Nápoles: Jovene, 1994. p. 154, quien señala que en la época *decemvirale* no había una distinción clara entre “capacidad para obrar” y “capacidad jurídica”.

(41) Esto cuanto menos resulta cierto, a pesar de que requiere una serie de precisiones de naturaleza sucesoria, para nuestro sistema jurídico dada la presencia del artículo 1383º del Código Civil, el cual señala que “[l]a muerte o la incapacidad sobreviviente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intrasmisible” (sic).

(42) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 294.

Renzo E. Saavedra Velazco

de ellos, lo cual nuevamente significaría un avance respecto de las posiciones doctrinales precedentes, dado que se acepta que puede existir un daño a la esfera jurídico-patrimonial de cualquiera de los tratantes pese a que todavía no se hubiese materializado una oferta o bien antes de que las conversaciones hubiesen alcanzado un nivel de desarrollo o de avance que permitiera razonablemente al co-tratante considerar que se suscribiría el contrato (vale decir, sin que tenga que operar la así denominada autorresponsabilidad como criterio que impida que un sujeto deba hacerse responsable de los daños que uno mismo podría evitar con el empleo de la diligencia ordinaria)⁽⁴³⁾.

En efecto, “[e]n los períodos arriba diferenciados y delimitados se debe estudiar el desistimiento, como, en el penúltimo, la revocación”, pero más adelante indica que “[n]o consideramos aplicable el instituto jherigniano de la culpa *in contrahendo* a los primeros períodos, en los cuales la oferta no ha sido aún encaminada, en otras palabras extender la culpa *in contrahendo* en la revocación de la propuesta al simple desistimiento de las tratativas”⁽⁴⁴⁾.

La responsabilidad que se deriva en tal etapa, en opinión de Faggela, no reposa en un elemento subjetivo como la culpa,

tal cual sería en aplicación de la teoría de la culpa *in contrahendo* de Jhering⁽⁴⁵⁾, sino en una doble causa jurídica “[l]a primera consiste en la circunstancia de que quien permite a la otra parte efectuar un trabajo preparatorio antecontractual o participa en ellos, asume con ello mismo la obligación de resarcir los gastos y el costo real de su trabajo, cuando intempestivamente se desista, si bien no exista una obligación a negociar. La segunda causa consiste en la destrucción de un valor ajeno, vale decir un valor patrimonial del tratante frente al cual se desiste, representado por los gastos y por la obra sostenida para el nacimiento del derecho contractual, o del concurso de aquél, en consideración del consenso a negociar con el que se desiste, y de la posibilidad o de la probabilidad del surgimiento de tal derecho⁽⁴⁶⁾. El concurso acumulativo de estos dos elementos crea la responsabilidad de quien se desiste, la cual se encuentra contenida, en su verdadera esencia jurídica, dentro de los confines del resarcimiento de los gastos y del costo del trabajo preparatorio permitido”⁽⁴⁷⁾.

(43) Una de las manifestaciones del criterio aludido se encontraría en el “deber de mitigar los daños” que cierto comportamiento dañoso pudiese generar en nuestra esfera jurídica. Tal deber se encontraría presente en nuestra legislación civil vigente a través de los artículos 1326, 1327 y 1973; ello es particularmente claro en el artículo 1327° del Código Civil, el cual señala que “[e]l resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Para una aproximación al fenómeno de la “mitigación de daños” (vale decir, la así denominada *mitigation of damages*), la cual pese a su enorme trascendencia no ha llamado aún la atención de nuestros académicos, véase la obra del profesor alemán STOLL, Hans. *Consequences of liability: remedies*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volumen XI. *Torts*. Capítulo 8. Tubinga-París-Nueva York: J. C. B. Mohr-Mouton-Oceana Publications, 1970, pp. 136 y siguientes, quien señala que “la imputación de la responsabilidad por el daño es frecuentemente limitada por aquella regla de que el dañante no debe responder de aquellas pérdidas que la víctima pudo haber evitado con un esfuerzo razonable de su parte. Esta regla es seguida, por ejemplo, tanto por el Derecho inglés como el norteamericano. Es también aceptado por el Derecho francés y se encuentra expresamente previsto en algunos pocos códigos. En otros sistemas jurídicos, como el Derecho alemán, el problema de las pérdidas evitables [*avoidable losses*] es visto de manera exclusiva en términos de la contribución de culpas de la parte dañada, con el resultado que el resarcimiento [*damage*] puede ser distribuido [*apportioned*] entre el dañante y la víctima”.

(44) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 298.

(45) Al respecto v. *retro* § 2, texto y nota (15).

(46) La descripción del daño producido y del contenido de éste resulta por demás sugerente si es que se lo compara con la noción ius-económica de costo de oportunidad, ello en especial si se resalta que dicha noción sólo fue acuñada ocho años más tarde por Friedrich von Wieser en su conocida obra *Teoría de la Economía Social*.

(47) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 302 y 303.

Este punto de la teoría del autor italiano sí es enunciado de manera correcta por SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*; p. 315; mientras que, en cambio, BREBBIA, Roberto. *Op. cit.*; p. 55, sostiene erradamente que para Faggela “[e]l fundamento de esta

Como se puede concluir de la lectura del párrafo precedente, el consentimiento al que hace referencia Faggela, el cual no debe ser sólo psicológico sino que requiere ser materializado de alguna manera para producir efectos jurídicos, conlleva de suyo una obligación tácita de resarcir al tratante que se ve perjudicado con el desistimiento o la revocación⁽⁴⁸⁾. Al mencionar una obligación tácita no queremos referirnos a alguna otra teoría que sostuvo, en su oportunidad, que la responsabilidad precontractual se justificaba en la asunción tácita de una garantía⁽⁴⁹⁾ por los daños que en la etapa aludida pudiesen generarse, sino tan solo que el comportamiento del tratante que permite que su co-tratante efectúe una serie de esfuerzos innecesarios dirigidos a la conclusión de un contrato debe, como consecuencia de tal obrar, reparar los mismos.

En este orden de ideas el fundamento o la justificación del deber de resarcir los perjuicios generados en alguno de los períodos precontractuales sería casi la asunción de un riesgo por entablar una tratativa, lo cual resultaría consistente con la percepción objetiva de la responsabilidad precontractual que profesaba Faggela, pero ello, como se verá en su oportunidad, puede generar, en nuestra opinión, ciertas incoherencias al interior de la presente teoría.

6. Capítulo V: Análisis del concepto de responsabilidad

Si, según se ha argumentado, en los momentos iniciales de las tratativas puede surgir una responsabilidad precontractual derivada del desistimiento con mayor razón existirá responsabilidad en caso se revoque la oferta contractual en tanto que aquí se presenta un mayor grado de confianza en el comportamiento leal de la contraparte. A estos efectos, el autor propone diferenciar en dos momentos el “período de vida” de la oferta, el primero de ellos se inicia con la emisión de la declaración hasta el instante en que se acepta; y, el segundo, desde el momento en que se acepta la oferta y aquél en que el contrato se perfecciona⁽⁵⁰⁾.

La última circunstancia aludida depende, como es obvio, del modelo que sobre la perfección del contrato se haya elegido. Vale decir sí se ha optado por el sistema de la emisión de la declaración, de la recepción o, en fin, por el sistema del conocimiento. En el primer caso, bastará con que el destinatario de la oferta emita la declaración de aceptación para que se considere concluido el contrato; mientras que en el segundo a su vez se requerirá, cuanto menos, que la declaración alcance la esfera de influencia del oferente; y, por último, en el sistema del conocimiento se exigirá no sólo que dicha declaración de aceptación sea encaminada hacia el oferente sino que la misma debe ser conocida por aquél.

Ahora bien hay que analizar, aunque sea sumariamente, la diversidad de teorías que se habían planteado a la fecha en la cual Faggela escribió el presente ensayo. Al menos el autor italiano hace mención expresa a las propuestas de Thol, Windscheid y Jhering, entre otras, todas ellas a favor de la responsabilidad del revocante y, como lógica consecuencia, la resarcibilidad de los perjuicios que se hubieren generado en la esfera jurídica del destinatario de la oferta.

La teoría de Thol⁽⁵¹⁾ recurre a la protección de la buena fe que debe dispensarse a aquel tratante que confía en la certidumbre y persistencia de la oferta emitida, por lo que actúa conforme a esta suposición. Por su parte, la teoría de Windscheid se centra en la idea de que todo individuo que forma parte de una tratativa debe reparar aquellos perjuicios que ocasione a la confianza de su co-tratante sobre la futura adquisición de un derecho, toda vez que la

responsabilidad no se encuentra la culpa (esto sí resulta conforme a la opinión del autor italiano), como lo suponía Ihering (sic), sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones”.

(48) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 304.

(49) Nos referimos a la teoría que fuera planteada por Bernhard Windscheid en las primeras ediciones de su célebre *Diritto delle pandette*, traducción del alemán por Carlo Fadda y Emilio Paolo Bensa, Volumen I. Turín, Utet: 1904. p. 188.

(50) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 308 y 309.

(51) Citado por FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 310 y 311.

Renzo E. Saavedra Velazco

frustración de tal confianza se genera por una causa que no conocía ni se encontraba obligada a conocer⁽⁵²⁾. En lo que se refiere a la propuesta de Jhering hemos podido detallar algunas de sus peculiaridades, empero, creemos que, en lugar de referirnos a la interpretación de ésta teoría efectuada por Faggela, nada mejor que citar el siguiente pasaje del ensayo del ilustre profesor alemán:

“Tomando como base adquirida las argumentaciones arriba expuestas, deseo ahora trabajar con la noción de la culpa *in contrahendo* como un principio ahora ya comprobado y desarrollar sus implicancias. A tal fin, resumo mi teoría en la siguiente regla:

La diligencia contractual viene requerida de la misma manera tanto en las relaciones contractuales aún en fase de formación cuanto en aquellas ya perfeccionadas. La inobservancia de esta diligencia da lugar, en ambos casos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño.

La culpa *in contrahendo* no es otra cosa que la culpa contractual orientada en una dirección especial. De estas observaciones derivan las siguientes consecuencias:

En lo que concierne a su clasificación sistemática. Ella encuentra su correcta y propia ubicación en la teoría de la culpa en las relaciones contractuales; en la doctrina de la conclusión de los contratos se puede, por lo demás, hacer un mero reenvío a dicha teoría.

En cuanto al grado de la culpa a ser tomada en consideración. El mismo grado de culpa que debe ser tomado en consideración durante la vigencia de la relación contractual

también debe ser tomado en cuenta en su formación ya que los mismos motivos, estrictamente dependientes de la naturaleza del contrato, que regulan la cuestión en el primer caso están igualmente presentes en la segunda hipótesis.

En cuanto a los sujetos que deben responder por la culpa. Sólo los co-tratantes en primera persona, y no los terceros que cooperan en la conclusión del contrato, y sólo en el caso en el cual una culpa que sea perfectamente correspondiente a estos precisos cánones pueda ser imputada a ellos⁽⁵³⁾.

Finalmente, en cuanto al importe del resarcimiento del daño ocasionado, resulta mayoritaria⁽⁵⁴⁾, incluso también en la época de Faggela, a tal punto que se puede decir que es casi unánime, que se debe reparar el interés contractual negativo (o *negatives Vertragsinteresse*), es decir todo lo que el destinatario de la oferta o bien el co-tratante habría tenido en caso que no se hubiese retirado la oferta o, en todo caso, no hubiese existido un desistimiento de las tratativas, puesto que confiando en la conclusión del contrato ha anticipado o asumido gastos, rechazado otras ofertas, etcétera⁽⁵⁵⁾; el cual resulta sustancialmente distinto al interés en el cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*) o, en otras palabras, interés contractual positivo (o *positives Vertragsinteresse*).

(52) Citado por FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 311.

Empero el connotado autor alemán inicialmente había planteado en las primeras ediciones de su tratado sobre las *Pandectas* que el oferente había asumido una *garantía tácita* de la eficacia y la persistencia de su oferta, por lo que, como resulta sencillo concluir, la revocación de la misma se erigiría como la vulneración directa de tal garantía.

(53) JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*; pp. 105 y 107.

(54) Podemos mencionar que en opinión de JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*; p. 33, “[e]l interés de la primera especie [el interés positivo] tiene su propio fundamento en la validez del contrato, mientras que el de la segunda especie [el interés negativo] se funda en la nulidad del contrato. El actor puede solicitar la ejecución, o aquello que resulte ser su equivalente, vale decir el propio interés a la ejecución sólo sí, y en cuanto, el contrato resulte válido”.

(55) Sobre el particular existen autorizadas voces que se oponen a la actual interpretación del interés contractual negativo, lo cual no significa en absoluto restarle algún valor, a cuya lectura remitimos al lector: TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milán: Giuffrè, 1990, *passim*, *ivi* pp. 44-52, más recientemente Id., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo: Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año LVIII. Número 2, 2007. pp. 165 y siguientes.

Aquí, por razones de espacio, sólo podemos mencionar que un sector doctrinal a sostenido, de manera por demás sugerente, que el monto del resarcimiento del interés negativo (el interés a no verse envuelto en una tratativa inútil, sea porque el contrato resulta inválido, porque el mismo no se celebra o porque sí nace no satisface el interés de la contraparte se ha suscrito en condiciones adversas por la infracción de un deber precontractual) puede ser superior a la reparación del interés positivo (vale decir, el interés al cumplimiento del contrato). Ello, en opinión de este sector doctrinal, se debe a que el concepto interés negativo no hace referencia en esencia a una categoría de daño sino, en realidad, a una situación jurídica subjetiva específica⁽⁵⁶⁾.

7. Capítulo VI. Derecho comparado

En lo que respecta a este acápite creemos conveniente apartarnos de la manera en la que se hemos venido efectuando la exposición de la teoría de Faggela debido a algunas circunstancias que no pueden ser soslayadas: (i) el escaso interés que puede suscitar para el lector la discusión sobre la posibilidad de admitir la responsabilidad por desistimiento injustificado de las tratativas o bien por la revocación de la oferta en el derecho romano (fuera de la discusión de sí siquiera dicha interrogante resulta válida); (ii) debido al transcurso del tiempo, recordemos que la obra bajo análisis es de 1906, el sustento doctrinal y, aún más importante, legislativo de los

sistemas jurídicos a los que se hace referencia se ha visto modificado de alguna manera; y, (iii) la intención de evitar confundir al lector de turno haciéndole creer que las explicaciones en cuestión aún son admisibles en los países en cuestión.

Empecemos nuestro recorrido por aquellos países que conforman el sistema del *common law*, centraremos nuestra atención de manera particular en el modelo jurídico norteamericano si bien mucho de lo aquí expresado sea predicable respecto de otros ordenamientos insertos dentro de esta misma familia jurídica. En dichos países el carácter vinculante de las promesas contractuales (*promises*) se manifiesta a través de una específica doctrina jurídica, nos referimos a la teoría de la *consideration*⁽⁵⁷⁾.

Una primera cuestión que hemos resaltado en otro lugar es que la doctrina de la *consideration* no resulta en los hechos un concepto tan fácil de aprehender⁽⁵⁸⁾ como asegura cierto sector de nuestra doctrina jurídica. En efecto, y desde un punto de vista teórico, el proceso evolutivo de la teoría de la *consideration* se inicia en el siglo XV⁵⁹ y, a pesar de los poco más de cinco

(56) TURCO, Claudio. *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo: Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano*, cit. p. 172.

(57) Para una aproximación inicial a la figura puede consultarse los trabajos, efectuados desde la óptica de la comparación jurídica, de los profesores GORLA, Gino, voz *Consideration*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen IX. Milán: Giuffrè, 1961. pp. 176 y siguientes; y, ALPA, Guido. *Contratto e common law*. Padua: Cedam, 1987. pp. 58-63.

(58) Precisamente, por esta razón los cuales exceden notoriamente los límites del presente trabajo, en especial porque se requeriría una explicación de otras figuras contractuales desde la perspectiva del *common law*, es que algunos autores han propugnado el abandono de un criterio subjetivo como el de la *consideration* que sirva como el índice que determina la coercibilidad jurídica de las promesas.

(59) Para una exposición breve del proceso histórico de formación de la *consideration* remitimos a E. Allan Farnsworth. *Contracts*. 3ra. Edición. New York: Aspen Law & Business, 1999. pp. 9-26; y a GORLA, Gino. *Op. cit.*; pp. 176-178.

Tal proceso podría resumirse en la siguiente secuencia: (i) alrededor del siglo XII, y a semejanza de los romanos (*stipulatio*), los jueces del *common law* crearon la *action of covenant* la cual operaba cuando una promesa había sido emitida por escrito y presente el sello del declarante [*under seal*]; (ii) a finales del siglo XII se utilizó la ficción de un préstamo, por lo cual aquella persona que recibía la ejecución de la obligación de su contraparte [*quid pro quo*] se encontraba sujeta a que se le pueda oponer la *action of debt* en caso de incumplimiento pues de lo contrario existiría un enriquecimiento injusto; (iii) en el siglo XV se utilizó un concepto propio de la responsabilidad civil (*torts*), la *action of assumpsit*, según la cual el individuo que se compromete a realizar una conducta debe mantenerla, pero de no hacerlo deberá colocar a su contraparte en aquella situación anterior a la de la emisión de la promesa [repara sólo el interés negativo]; (iv) en el siglo XVII, y para superar las críticas, se

Renzo E. Saavedra Velazco

siglos transcurridos⁽⁶⁰⁾, todavía se está muy lejos de obtener resultados satisfactorios⁽⁶¹⁾. En este extremo particular de la teoría (vale decir, en la insatisfacción profesada por muchos académicos y/u operados jurídicos sobre los resultados dirigidos a la dilucidación de sus alcances), creemos que existen bases más que sólidas para encontrar semejanzas entre ésta doctrina y la noción, propia del civil law, de causa del negocio jurídico⁽⁶²⁾.

A pesar de la limitación anotada, en el common law no se ha criticado el sentido económico⁽⁶³⁾ que subyace a tal concepto, aunque sí se ha anunciado su crisis por la proliferación de excepciones⁽⁶⁴⁾.

creó la acción *indebitatus assumpsit* la cual incluiría casos en los cuales no existía una ejecución parcial de las promesas; y, finalmente, (v) entre los siglos XV y XVI se acuñó el término *consideration* para hacer referencia a las condiciones exigidas para otorgar una *action of assumpsit*.

En tal sentido resulta por demás inexacta la afirmación realizada por Rafael Lengua (*¡Hazle caso a papá, que él siempre sabe qué es lo mejor para ti!* En: *Advocatus*. Número 8, 2003. p. 239, nota [9]) quien sostiene, amparándose en una opinión del profesor Douglas Baird, que la doctrina fue elaborada en 1870 por Christopher Columbus Langdell.

No deseamos que con nuestra afirmación se concluya que pretendemos descalificar los aportes del citado profesor norteamericano, quien, precisamente en el año que refiere el autor criticado, fue elegido como Decano de la Universidad de Harvard y promovió, tanto desde su primera clase de contratos en dicha Universidad (1870) cuanto desde su posición de Decano, la actual metodología de estudio a través de casos en las facultades de derecho norteamericanas. Algunos lo consideran como el padre de tal método aunque existen ciertas referencias que demostrarían, al menos, que habrían otros intelectuales que habían propuesto el *case method*.

(60) Al respecto v. la obra del insigne juez americano HOLMES Jr., Oliver Wendell. *The Common Law*, en *Harvard Law School Library*, 2003, lectura VII, *Contract. I. History*, cuyo texto íntegro puede ser consultado a través del sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/online-collections/common_law.

(61) Como prueba de dicha afirmación puede ofrecerse el estudio de BARNETT, Randy E. *A consent theory of contract*. En: *Columbia Law Review*. Número LXXXVI, 1986. pp. 269 y siguientes, recientemente traducido al castellano, el cual puede ser revisado en *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2004, pp. 47 y siguientes.

(62) Podemos ofrecer como fecha de corte el año 1748, fecha en la cual la locución *negocio jurídico* es creada por el pandectismo, cuya paternidad aparentemente es atribuible a Daniel Nettelbladt. Ahora bien, como se sabe, en Alemania, no existe necesidad de contar con un concepto como el de causa exigible en todos los negocios, aunque ello no niega su uso en ciertos supuestos.

Por tales motivos las divagaciones sobre tal noción sólo abarcarían un período mucho menor, sobre todo si se tiene en cuenta que la noción de causa es ajena a la experiencia romana (véase Bianca, C. Massimo. *Diritto civile III. Il contratto*, reimpresión. Milán: Giuffrè, 1987. p. 420, nota [4].). A pesar de ello aceptamos que esta es una afirmación harto discutible, a manera de ejemplo se puede revisar el informado trabajo de MORALES HERVIAS, Rómulo. *La causa del contrato en la dogmática jurídica*, en AUTORES VARIOS. *Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004. pp. 293 y siguientes, en donde se demostraría el error de tal afirmación.

En todo caso, ambas ideas tendrían un origen casi simultáneo, en cuanto a las fuentes romanas, pero evolucionan de manera independiente, aunque el producto de sus particularidades, conflictos, debates, etcétera son similares en cuanto a los resultados. En efecto, ambos conceptos doctrinales presentan más incertidumbres que certezas, pero ello no nos debe llevar a negar su utilidad de manera absoluta.

(63) Cfr. POSNER, Eric. *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* En: *Yale Law Journal*. Volumen CXII, 2003. pp. 849-852, publicado en nuestro medio bajo el título *Análisis económico del derecho contractual después de tres décadas: ¿éxito o fracaso?* Traducción del inglés por Rafael Lengua y Guillermo Cabieses. En: *Advocatus*. Número 8, 2003. pp. 143-146.

(64) Esta tendencia a la proliferación de excepciones en el derecho de los contratos llevaron al profesor Grant Gilmore a escribir su libro *The death of contract*, Ohio State University Press, 1974, *passim*.

La influencia de la perspectiva de Gilmore llegó a sentirse en ciertos países del *civil law* e incluso motivó una aguda referencia crítica en el ensayo de SACCO, Rodolfo. *El contrato en general*. Traducción de Leysser L. León. En: *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2004. pp. 137-140.

Según una autorizada corriente de opinión⁽⁶⁵⁾ la “consideration” constituye el requisito de reciprocidad para la exigibilidad de las promesas contractuales, vale decir una promesa solamente será jurídicamente vinculante si la misma se funda en dos (2) componentes⁽⁶⁶⁾ claramente diferenciables entre sí:

a) el beneficio que se debe otorgar al promisorio como retribución de la promesa⁽⁶⁷⁾; y,

b) la confianza del promisorio, cuya frustración debe producirle consecuencias tales que lo lleven a una posición jurídica o económica más gravosa respecto a la que se encontraba antes de emitir la promesa⁽⁶⁸⁾.

Por el motivo expuesto, toda promesa que no posea los componentes aludidos no otorgará a su titular (*rectius*:

el acreedor) una acción de naturaleza contractual en caso se verifique, por ejemplo, un incumplimiento.

Como es fácil concluir la noción de *consideration* se vincula con los conceptos de enriquecimiento injusto (y, por lo tanto, con la idea de restitución⁽⁶⁹⁾), en la medida que cualquier beneficio recibido de una promesa que no se funde en una *consideration* habilitará a quien otorgó dicha ventaja a exigir la restitución de la misma puesto que tal atribución patrimonial carece de todo fundamento jurídico⁽⁷⁰⁾; así mismo, ésta teoría se encuentra relacionada, en un sentido lato, con la doctrina de los actos propios.

(65) KESSLER, Friedrich. *Einige Betrachtungen zur Lehre von der Consideration*. En: *Festschrift für Rabel*. Volumen I. Tubinga: 1954. pp. 251 y siguientes [citado por ALPA, Guido. *Causalidad y abstracción del contrato*. En: AUTORES VARIOS. *Atlas de derecho privado comparado*, bajo la coordinación de Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Madrid: Fundación cultural del notariado, 2000. p. 181]; y, COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Traducción de la segunda edición por Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 231.

(66) ALPA, Guido. *Op. cit.*; pp. 180 y siguientes.

(67) Este componente se encuentra en los apartados 1 y 2 de la sección 71 del *Restatement (Second) of Contracts*, donde se señala que: “(1) Para que exista “consideration”, deben negociarse una actuación o una promesa recíproca. (2) Una actuación o promesa recíproca se considera negociada cuando es solicitada por el promitente como intercambio por su propia promesa, y es realizada por el destinatario como intercambio de la promesa de aquel”.

(68) ATIYAH, Patrick. *An introduction to the law of contract*. 5ta. edición. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 118, donde se señala que “la doctrina de la “consideration” tradicionalmente ha descansado en dos pilares. El primero de ellos es la idea que una promesa es legalmente vinculante si se recibe a cambio algún beneficio el cual es ejecutado, o será ejecutado, por el promitente. La segunda es la noción de que una promesa resultará vinculante si el promisorio sufre un menoscabo por la confianza generada, esto es, si el altera su posición debido a la confianza en la promesa de manera tal que estaría peor si la promesa se rompiera en comparación a si la promesa nunca hubiese sido realizada”. En este mismo sentido se pronuncia Oliver Wendell HOLMES Jr., *Op. cit.*; lectura VIII, *Contract*. II. *Elements*.

(69) Para una aproximación inicial a la figura véase DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4ta. edición revisada y aumentada. Milán: Giuffrè, 2003. pp. 340-342. El profesor italiano resalta un aspecto de la máxima relevancia, la inexistencia de una acción general de enriquecimiento sin causa en los países del *common law*, por tal motivo, y en primera instancia, se utilizaron las acciones de tipo contractual para luego establecer una “ficción legal” de que se establecía la promesa de pago de un crédito.

Asimismo véase Lon L. FULLER. *Consideration and Form*. En: AUTORES VARIOS. *The Economics of Contract Law*, bajo la coordinación de Anthony Kronman y Richard Posner. 7ta. reimpression. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1979. p. 41, donde tal vinculación aparece enunciada.

(70) ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; p. 119, quien sostiene que “[e]xisten muchas circunstancias en las cuales aquel que recibió beneficios de manos de otro puede ser compelido a pagar por ellos incluso si no hubiese prometido algo. En ocasiones explicamos estos casos argumentando que se tratan de casos de *implied promise* [promesas vinculadas o implicadas]. Pero existe también una gran área del derecho –conocida hoy como Derecho de la restitución– la cual atañe los casos donde una persona es responsable por el pago de los beneficios obtenidos incluso si no existiese nada que remotamente pudiese ser llamado como una *implied promise*”.

Renzo E. Saavedra Velazco

En efecto la doctrina del *promissory estoppel*⁽⁷¹⁾ completa⁽⁷²⁾ el marco conceptual de la *consideration*, aunque ciertamente resultan figuras autónomas⁽⁷³⁾, al señalar que una promesa puede generar una confianza de tal nivel que el promisorio incurra en una serie de gastos y/o inversiones con la clara intención de viabilizar el acuerdo⁽⁷⁴⁾. En dicho sentido, la confianza generada se convertiría en la retribución ofrecida por el promisorio a cambio de la promesa de su contraparte, por lo que el incumplimiento de la misma puede motivar el ejercicio de una acción contractual⁽⁷⁵⁾.

Ahora bien, pensemos en una oferta o bien en las conversaciones que rodean a las tratativas, por lo general no existirá ningún vínculo jurídico que enlace a las partes que se encuentran negociando y, por ende, ellas podrán apartarse de las mismas en el instante que crean conveniente sin que por ello deban reparar daño alguno. Empero, sí la conducta de una de las partes es susceptible de generar la confianza en el otro tratante sobre la certeza

(71) La idea que subyace al *promissory estoppel* es que un promitente puede encontrarse vinculado a la promesa, a pesar de que en ella no exista *consideration*, si es que se produce una confianza (razonable) en el promisorio acerca de la ejecución de la misma. Esta perspectiva modificó la visión tradicional, según la cual “bajo la teoría de la *consideration*, una oferta “pura” [naked], incluyendo una oferta firmada, puede ser revocada con impunidad hasta el momento de la aceptación, de manera similar a cualquier oferta gratuita, a menos que la misma fuese dada sellada [under seal]” [v. KESSLER, Friedrich; Gilmore GRANT y Anthony KRONMAN. *Op. cit.*; p. 315.], con lo cual se podía utilizar al *promissory estoppel* como un mecanismo de protección para el que confió en la promesa.

Ahora bien, en el ámbito del *common law* se habla de *promises under seal* para referirse a aquellas promesas que revisten ciertas formalidades que permiten al intérprete establecer el deseo del promitente de quedar vinculado con su declaración. Sin embargo resulta pertinente recordar que en muchas zonas de los Estados Unidos han sido derogados los estatutos que regulaban esta materia, lo cual ha sido criticado por algunos autores pues retira del sistema un mecanismo sencillo, y sobre todo barato, de establecer cuando existe un deseo de quedar jurídicamente vinculado.

Al respecto puede consultarse la opinión de POSNER, Richard. *Gratuitous Promises in Economics and Law*. En: AUTORES VARIOS. *The Economics of Contract Law*, bajo la coordinación de Anthony Kronman y Richard Posner. 7ta. Reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1979. p. 53.

(72) Cfr. MUSY, Alberto. *The Good Faith principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*. En: *Global Jurist Advances*. Volumen 1. Número 1, art. 1. Disponible en: www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art1. Portal de la Universidad de Berkeley, 2001. pp. 10–11. Asimismo, nos remitimos a la lectura de ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; p. 119; y, KESSLER, Friedrich; Gilmore GRANT y Anthony KRONMAN. *Contracts: Cases and Materials*. 3ra. edición, 6ta. reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1986. p. 282.

(73) No obstante ello, los juristas del *common law* tienen grandes dificultades para distinguir ambos fenómenos, tal y como lo sostienen Friedrich KESSLER, Gilmore GRANT y Anthony KRONMAN [véase *Ibid.*; p. 282]

(74) Al respecto véase ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; pp. 102 y 145–149, quien señala no solo la responsabilidad del sujeto que genera una confianza de su co–tratante, sino también, y esto es lo que resulta más trascendente para los propósitos del presente estudio, que por la aplicación de este principio una promesa puede tornarse legalmente vinculante a pesar que el *promitente* no lo desee.

(75) Al respecto resulta pertinente lo señalado por la sección 90 del *Restatement (Second) of Contracts*, donde se señala que “una promesa que el promitente espera razonablemente induzca una acción o una omisión por parte del promisorio o de una tercera persona y que, en los hechos, induce tal acción u omisión resultará jurídicamente vinculante si su injusticia sólo puede ser evitada mediante el establecimiento de su exigibilidad. Los remedios otorgados por el incumplimiento pueden ser limitados si la justicia lo requiriese” (traducción libre). El texto citado puede ser revisado en www.ilrg.com/download/cont2_rtf, p. 10; asimismo, v. la página de la Universidad de Nevada: www.law.unlv.edu/faculty/bam/k2000/r2k.html.

A nivel de la doctrina se sostiene que “la idea de acuerdo recíproco no fue lo único que emergió detrás de la doctrina de la “*consideration*”. Un segundo principio, asociado con la idea de “promesa y declaración, antes que con la idea de acuerdo”, pone énfasis en el elemento de la confianza y sostiene que “si un hombre realiza una promesa o una declaración, y otro confía en la promesa o en la declaración, el primero será responsable por la pérdida”. Los dos principios del acuerdo y de la confianza muchas veces han sido confundidos y sus relaciones permanecieron poco claros hasta el siglo dieciséis, cuando una no sencilla alianza fue establecida en la definición de “*consideration*” como el beneficio para el promitente o el detrimento para el promisorio” [véase KESSLER, Friedrich; Gilmore GRANT y Anthony KRONMAN. *Op. cit.*; 279 y 280].

de que la negociación llegará a tener éxito y a pesar de ello, por un acto enteramente imputable a la primera, el contrato non llega a celebrarse (por ejemplo, se revoca la oferta) se considerará que existe un vínculo jurídico que enlaza a tales individuos, siendo aquí aplicable la doctrina del *promissory estoppel*⁽⁷⁶⁾ (siguiendo nuestro ejemplo, se considerará a estos efectos que la oferta era irrevocable).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer que en la actualidad existen una serie de esquemas intermedios entre el clásico (y ya para muchos, arcaico) proceso de intercambio de oferta/aceptación⁽⁷⁷⁾ y la etapa final en la que se suscribe el contrato, nos referimos –como el atento lector podrá fácilmente anticipar– a los esquemas de *preliminary agreements*. Al respecto, y siguiendo aquí la propuesta de Farnsworth, se entenderá como *preliminary agreements* a todo acuerdo, sea o no jurídicamente coercible, que es efectuado durante el proceso de negociaciones con vistas a la suscripción de un acuerdo final⁽⁷⁸⁾.

Estos esquemas intermedios, siguiendo la propuesta doctrinal antes aludida, se podrían reconducir –cuanto menos– a los *agreements with open terms* y *agreements to negotiate*. Por un lado, los *agreements with open terms* establecerían un conjunto de términos y/o condiciones del contrato final, pero además de ello las partes acceden a someterse a dichos acuerdos surgiendo, por lo tanto, un vínculo jurídico entre ellas. Aquí podría suscitarse las siguientes dudas: ¿qué significa que surja entre las partes un vínculo jurídico? ¿tiene alguna relación con el establecimiento de los términos y/o condiciones del contrato

final? La respuesta es sencilla: las partes se someten a las condiciones contractuales establecidas en el *agreement* pero podrán continuar las negociaciones respecto de otras materias que quedaron abiertas y/o pendientes. El vínculo al que nos referimos importa la coercibilidad del *agreement* por lo que si una de las partes incumple su deber de negociar sobre las materias que quedaron abiertas y por ello no se alcanza un acuerdo, dicha parte será responsable por los daños que ello pudiese generar; asimismo, y esto tal vez sea lo más interesante de esta figura, si las partes no alcanzan un acuerdo sobre los temas pendientes (por lo que no existiría un acuerdo final) las partes aún permanecen vinculadas por las condiciones acordadas inicialmente⁽⁷⁹⁾.

Por otro lado, los *agreements to negotiate* pueden también establecer una serie de términos y/o condiciones del contrato final pero, a diferencia de lo que sucede en el caso de los *agreements with open terms*, las partes no tienen intención de encontrarse vinculadas por dichas reglas. En tal sentido, sólo existe acuerdo entre las partes sobre la necesidad de la negociación y esto es lo que se comprometen a hacer, por lo que si una de ellas incumple este deber de negociar resultará responsable de

(76) Incluso hay quienes llegan a afirmar, en opinión que no compartimos, una perfecta sinonimia entre la teoría *jherigniana* de la *culpa in contrahendo* y la doctrina del *promissory estoppel*. Sobre el particular puede consultarse la obra de SCHWENK, Heinz. *Culpa in contrahendo in German, French and Louisiana Law*. En: *Tulane Law Review*. Volumen XV, 1940. p. 88, quien considera que “[a]unque generalmente en el *common law* una promesa que no tenga como soporte a la *consideration* no resulta vinculante, en algunos casos se ha impuesto responsabilidad por el incumplimiento de una promesa cuando el promisorio haya podido confiar en la promesa del promitente. La teoría del *promissory estoppel* es idéntica a aquella de la *culpa in contrahendo*”.

(77) Algún sector de la doctrina considera que esto resulta tan cierto que las típicas discusiones que se suscitan en torno a las reglas de oferta y aceptación no se presentan en el esquema de los *preliminary agreements*. En efecto, bajo este último esquema, se suele discutir sobre la intención de las partes de encontrarse vinculadas, la interpretación del lenguaje, la no-coercibilidad del acuerdo en base a su indeterminabilidad, etcétera. Empero, no compartimos tal forma de apreciar el fenómeno de marras pues estas son las típicas discusiones que también se suscitan –de una u otra manera– en el campo de la negociación en base al intercambio de oferta y aceptación.

(78) FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and failed negotiations*. En: *Columbia Law Review*. Volumen 87. Número 2, 1987. pp. 249–250.

(79) FARNSWORTH, E. Allan. *Op. cit.*; p. 253.

Renzo E. Saavedra Velazco

los daños que su decisión le signifique a su contraparte; pero si luego de la negociación las partes no alcanzan un acuerdo final, no es que se encuentren atadas a las condiciones que se pactaron inicialmente por lo que son enteramente libres de buscar otra negociación con una persona u empresa distinta⁽⁸⁰⁾.

Pasemos a analizar lo que sucede en los países que conforman la familia del *civil law*. En primer lugar, estudiaremos al modelo jurídico alemán, el cual debido a dificultades de orden legislativo del todo semejantes a los que encontró Jhering al momento de formular su teoría, los jueces y/o académicos tenían que optar por una responsabilidad de tipo contractual.

En efecto, la responsabilidad de tipo extracontractual en Alemania, al igual que en Roma bajo el imperio de la *actio legis Aquiliae*, es de carácter típico (por lo que, por ejemplo, en Alemania los denominados daños meramente patrimoniales no pueden ser reparados extracontractualmente) y si a ello le sumamos la circunstancia de que legislativamente se impuso sobre el comitente o patrón una carga probatoria benigna (solamente debe demostrar haber sido diligente para exonerarse de responsabilidad, por lo que el criterio de imputación es de tipo subjetivo) frente a los daños ocasionados por sus dependientes (situación que les facilitó, de modo irrazonable y en desmedro de las víctimas, evadir cualquier responsabilidad por tales daños), respecto de aquella carga probatoria exigida frente a la responsabilidad del deudor que emplea terceros en la ejecución de la prestación a su cargo, en

cuyos supuestos el deudor es responsable sin importar la diligencia que emplee⁽⁸¹⁾ (con lo cual el criterio de imputación es de tipo objetivo).

Actualmente en Alemania la culpa *in contrahendo* se funda, en gran parte, en la idea de un contacto social (o *sozialer Kontakt*) según el cual los individuos pasan, gracias a un evento específico que puede ser, por ejemplo, la emisión de una oferta contractual⁽⁸²⁾ (o el inicio de tratos preliminares), de una anónima convivencia, donde la posibilidad de generar daños son escasas (por lo que dichas conductas se encuentran reguladas tan solo por el deber genérico de no causar daño) a una situación donde existe un contacto estrecho, debido por lo general a la búsqueda de la satisfacción de un interés (que algunos han llamado interés de cooperación), por lo que exponen sus esferas jurídicas a la influencia ajena durante, siguiendo el ejemplo antes aludido, las tratativas (o *Vertragsverhandlungen*).

En este orden de ideas, si bien con posterioridad al acogimiento jurisprudencial, doctrinal y legislativo de la culpa *in contrahendo*, se generó la teoría de los deberes de protección según la cual de un contacto negocial⁽⁸³⁾ (o *geschäftlichen Kontakt*) surgen deberes para

(80) Farnsworth, E. Allan, *op. cit.*, p. 263.

(81) La "debilidad" del sistema de responsabilidad civil extracontractual alemán, en cuanto al *standard* probatorio exigido por ley para exonerar al comitente de responsabilidad por los hechos de sus dependientes, es incluso afirmado por los propios autores alemanes. Al respecto, puede revisarse MEDICUS, Dieter. *Culpa in contrahendo*. Traducción al cuidado de M. R. Marella. En: *Rivista Critica del Diritto privato*. Año II. Número 3, 1984. p. 575; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 13; y, a su vez, CANARIS, Claus Wilhelm. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*. En: *Rivista Critica del Diritto privato*. Año I. Número 4, 1983. p. 802. En cuanto respecta a los denominados daños meramente patrimoniales véase CANARIS, Claus Wilhelm. *Op. cit.*; p. 808; y, SPECIALE, Renato. *Op. cit.*; pp. 281-283.

(82) En general, se habla de un ingreso a la esfera jurídica de otro individuo fundada en algún título jurídico ("*Rechtstitel*"), que puede justificarse ya sea en el consentimiento de dicho individuo, como sería en el caso de la oferta, o por una autorización del ordenamiento jurídico, en el caso de encontrarnos a una persona en peligro existen normas positivas que nos ordenan intervenir, en el caso peruano tales normas se encuentran en el Código Penal.

Para una aproximación al fenómeno del consentimiento informado como "título jurídico válido" nos remitimos al trabajo del profesor LEÓN, Leysser L. *El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Año 4. Número 32. Trujillo: 2003.

(83) En el actual numeral 1º del segundo párrafo del § 311 del BGB, el cual tiene como encabezado "Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial", se afirma que "una relación obligatoria con deberes... nace, asimismo, del inicio de las tratativas".

los tratantes dado que su proximidad mutua los expone a un riesgo de que su contraparte les provoque un daño⁽⁸⁴⁾. La mencionada situación permite justificar científicamente el carácter contractual de este tipo de responsabilidad, en tanto que se considera que entre los individuos existiría una relación obligatoria de fuente legal (o *gesetzliches Schuldverhältnis*) e incluso se puede precisar más para calificarla como una auténtica relación obligatoria de fuente legal sin deber primario de prestación (o *gesetzliche Schuldverhältniss ohne primäre Leistungspflicht*). Nos explicamos. Por muchos años se enseñó que la relación obligatoria tenía como uno de sus elementos o componentes a la prestación (u objeto de la relación obligatoria), la cual era entendida, en términos muy sencillos, como la conducta desplegada por el deudor con vistas a la satisfacción del interés creditorio (con ánimo de mantener la exposición lo más sencilla posible, se entenderá por tal a la necesidad que resultaba ser el presupuesto para la instauración de la relación obligatoria y que se veía satisfecha con el comportamiento que el deudor se había comprometido a realizar —el dar, el hacer o el no hacer—). En tal sentido, resultaba incuestionable que debía existir un comportamiento del deudor para la satisfacción del interés del acreedor (en caso contrario, no se entendería por que las partes establecieron una vinculación jurídica entre ellas, si es que la conducta de su contraparte no les brinda ninguna ventaja respecto de la situación antecedente); empero, con los deberes de protección se reconoció la existencia de deberes paralelos al deber primario prestación, los cuales estaban dirigidos a mantener

imperturbable los bienes jurídicos personales y patrimoniales de las partes involucradas en una relación obligatoria. De allí surgió la incógnita de si podía existir una relación obligatoria en la que únicamente se encontrasen presentes deberes de protección, a lo que la doctrina y jurisprudencia alemana respondieron afirmativamente, poniendo precisamente como ejemplo a la relación obligatoria que nace con ocasión de una tratativa, puesto que en ella no existe un deber primario de prestación (en caso existiese, sería precisamente la suscripción del contrato definitivo) sino únicamente deberes dirigidos a la protección de los tratantes producto del contacto que existe entre ellos en dicha etapa.

En efecto, el contacto solamente es posible en esta etapa sobre la base de la confianza depositada en el comportamiento leal de nuestra contraparte, por lo cual se le otorga a ésta un título jurídico (o *Rechtstitel*) por medio del cual ingresa a nuestra esfera jurídica. Por ello, la vulneración de la relación de confianza (o *Vertrauensverhältnis*) puede, y en los hechos lo hace, generar efectos similares a la infracción de un deber (*sensu strictu*) contractual⁽⁸⁵⁾.

A nivel doctrinal se sostiene que el contacto social es una “relación derivada del hecho que una de las partes pone la propia esfera jurídica en contacto con la de la otra parte. Viene así considerada suficiente esta intersección entre dos áreas de intereses a fin de que surja una relación obligatoria que impone a una parte la protección de la persona y los bienes de la otra” (FAILLACE, Stefano. *La responsabilità da contatto sociale*. Cedam: 2004, pp. 6–7)

(84) El actual segundo párrafo del § 241 del BGB, el cual tiene como encabezado Deberes que nacen de la relación obligatoria, se señala que “[p]or el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra”.

(85) Nos vienen a la memoria las palabras de VARANESE, Giovanni. *Il contratto con effetti protettivi*. Nápoles: ESI, 2005. p. 93, quien concluye, lo cual nos parece que es la consecuencia natural de toda la evolución de estas nociones (aunque ello no significa que debamos acogerla en nuestro país), que “[e]l punto final de este itinerario es una “relación obligatoria de protección unitaria” que da el carácter de una relación jurídicamente relevante a la confianza recíproca, o mejor aún a la aceptación de un “contacto social” que expone los bienes jurídicos de uno a la acción del otro. “Esta relación obligatoria de protección” representa para *Canaris la dritte Spur* [tercera ruta o vía] entre el contrato y la responsabilidad, en grado de unificar dogmáticamente la culpa *in contrahendo*, las violaciones positivas del contrato y el contrato con efectos protectivos para los terceros”.

En efecto el profesor alemán Canaris propugna la diversa naturaleza jurídica de los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes de protección, vale decir sostiene que aquellos no son, en términos estrictos, reconducibles a la responsabilidad extracontractual o a la responsabilidad contractual. Así, “[p]or cuanto respecta a la fase precontractual y por tanto a la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, no existe duda de que no se trata de una auténtica responsabilidad

Renzo E. Saavedra Velazco

Esta construcción teórica es de antigua data pero solamente de manera reciente ha llamado el interés de nuestra doctrina⁽⁸⁶⁾ aunque su reconocimiento a nivel legislativo en Alemania podría justificar tal circunstancia, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (o “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”) es del año 2001 y su entrada en vigor fue el 1 de enero de 2002. Dicho acogimiento positivo no ha tenido mayores repercusiones prácticas en el sistema alemán dado que ya era una institución ampliamente reconocida por los diversos operadores jurídicos, por ello se puede decir que sencillamente se ha codificado una tendencia jurisprudencial⁽⁸⁷⁾.

Se puede concluir sin mayor dificultad, en base a las nociones brindadas líneas arriba, que las infracciones a los “deberes precontractuales” exceden notoriamente el área del receso

injustificado de las tratativas por lo que llegan a incluir supuestos de la más variada índole.

Ahora bien, en el sistema francés es pertinente recordar que aquí encontramos una cláusula normativa general de responsabilidad civil similar a nuestro artículo 1969, aunque sería más justo acotar que nuestra norma encuentra su origen en Francia. En efecto, el artículo 1382 del Code Napoléon señala que “todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a quien por cuya culpa se ha generado, a repararlo”, el cual, como se puede observar, impone la obligación de reparar todos los daños que se ocasionen con culpa.

contractual, vale decir de una responsabilidad “derivada de un contrato”, por razón de la ruptura de éste o bien en función del interés contractual en él comprometido. Ello, desde luego, deriva del hecho que no se ha comprobado de alguna manera el surgimiento del contrato, lo que encuentra su natural expresión en el hecho de que se habla de responsabilidad derivada de una relación obligatoria “creada por la ley”, fundada por lo tanto sobre el derecho objetivo y no sobre la voluntad de las partes. Con ello, la existencia del *tertium genus* se encuentra demostrada en parte... La circunstancia de que los “deberes de protección”, al contrario de los “deberes de prestación” y de prestaciones accesorias no resulten, en línea de principio, influenciados por la anulación o por la nulidad del contrato constituye en todo caso un importante argumento para reconocer que su fundamento se encuentra antes de la conclusión del contrato por lo que no debe ser buscado en este último. Se debe añadir –lo que en su momento era todavía un postulado pero hoy es *law in action*– que, aún antes de la conclusión del contrato, subsisten efectos de protección frente al tercero y que (también) luego de la conclusión del contrato subsiste una responsabilidad del tercero por confianza, derivada de la violación de un “deber de protección” – como en el ínterin ha admitido el propio BGH en contraste con su jurisprudencia precedente. Este último aspecto, sobre todo, declara fuertemente en contra de la naturaleza contractual de los “deberes de protección”; porque la hipótesis de que un tercero (!) responda por un contrato, es absolutamente inconciliable con los principios contractuales, y en particular con la prohibición de (concluir) contratos a cargo de terceros, tanto para inducir a concluir que, aún luego de la conclusión del contrato, no se trata de una auténtica responsabilidad contractual, sino de una responsabilidad “legal” por confianza (...)” (CANARIS, Claus Wilhelm. *Op. cit.*; pp. 821 y 822). Sobre la responsabilidad derivada por la violación de la confianza puede consultarse en nuestro medio el trabajo de LEÓN, Leysser L. *Actualidad de Jhering: El daño por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68, 2006, pp. 183 y siguientes, ahora también disponible a través del web-site “*The Cardozo Electronic Law Bulletin*” editado por MATTEI, Ugo y Pier Giuseppe MONATERI. Disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Leon.pdf>.

(86) Cfr. LEÓN, Leysser L. *La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*. En: *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2004. pp. 137-140; *Id.*; *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*. En: *ius et veritas*. Año XIII. Número 26. Lima: Asociación Civil *ius et veritas*, 2003. pp. 36-38; e, *Id.*; *El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Año 4. Número 32. Trujillo: 2003. pp. 37 y siguientes (de la versión mecanografiada).

(87) Cfr. ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. cit.*; p. 245; y, LEÓN, Leysser L. *Op. cit.*; p. 139.

Sin embargo, y a pesar que tal modificación no es reciente, resulta sorprendente que aún existen autores que no la toman en cuenta al momento de desarrollar, de oídas, la perspectiva alemana.

En este orden de ideas, la jurisprudencia francesa dio solución a la (aparente) laguna existente mediante el empleo de la tutela extracontractual⁽⁸⁸⁾ de las situaciones jurídicas pues, como resulta evidente, el sujeto que se retira injustificadamente de las tratativas, el que conociendo la causal de invalidez guarda silencio sobre ésta, etcétera, incurre en culpa por lo que se le puede imputar la frustración de la operación y, en general, de los daños irrogados a su contraparte⁽⁸⁹⁾.

Finalmente, en lo que respecta al sistema jurídico italiano el modelo acogido, por lo menos a nivel jurisprudencial, para reprimir las hipótesis de culpa *in contrahendo*, es la responsabilidad extracontractual⁽⁹⁰⁾, mientras que, a nivel doctrinal, podríamos decir que la posición mayoritaria, en los últimos años, es la contraria⁽⁹¹⁾.

En efecto, la variedad de los criterios expresados en Italia para sustentar la culpa *in contrahendo* puede ser evidenciada de la siguiente opinión: “[s]iempre en el terreno de la doctrina, son numerosos los autores que luego de estudiar el argumento concluyen que la culpa *in contrahendo* tiene naturaleza extracontractual. Algunos de ellos sostienen que en ausencia de normas específicas sobre la responsabilidad precontractual,

la lesión ilícita de los intereses ajenos en las tratativas encontraría una sanción en el artículo 2043 cód. civ.; en esta línea de pensamiento, los arts. 1337 y 1338 cód. civ. Constituirían especificaciones del principio de *neminem laedere*. Otros opinan que el interés protegido por los arts. 1337 y 1338 cód. civ. es la libertad negocial, y que la tutela de ésta se concede de conformidad con el precepto general del respeto a los derechos de los demás (*neminem laedere*); la fuente de responsabilidad sería, entonces, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que 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... Según este punto de vista, la lealtad y la buena fe deben ser consideradas deberes que pesan sobre todos los sujetos. Y se afirma, por otro lado, que sería necesario recurrir a una ficción para identificar una obligación de las partes en el desarrollo de las tratativas, en condición de implicar una responsabilidad *ex contractu* en caso de ser infringida”⁽⁹²⁾.

(88) Cfr. MALAURIE, Philippe y Laurent AYNES. *Cours de droit civil*. Tomo VI (*Les obligations*). 8va. edición. Paris: Cujas, 1997. pp. 217 y 218; CHIAVES, Filippo A. *La responsabilità precontractuale*. En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Chiaves.pdf>. p. 3. Asimismo, véase el artículo de MUSY, Alberto. *Op. cit.*; p. 3.

(89) Si bien hemos resaltado que en la etapa de tratativas no es correcto hablar de partes, debemos de recordar que existen supuestos de responsabilidad precontractual donde ya existe un contrato, por este motivo preferimos mantener en algunos casos la denominación parte y/o contraparte.

(90) Cfr. SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. *Il contratto*. Tomo II. En: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco. Turin: Utet, 1993. p. 255, donde se señala que “[p]ara nosotros, la cuestión no debe centrarse en continuar interrogándose al art. 1337, sino en interpretarse el art. 2043. Si el art. 1337 no existiese, la deslealtad no vendría reprimida ex art. 2043? Y cual sería entonces la labor del art. 1337? Quizás éste pretende crear una obligación, con el objetivo de dar vida a una copia del art. 2043, y ubicar un nuevo caso de cúmulo de responsabilidad contractual y delictual? O en cambio el art. 1337 interpreta el art. 2043, para volver incontestable el argumento que el daño infringido con la deslealtad precontractual es “injusto”? A nuestro juicio, la respuesta a dar en la primera y la segunda interrogantes es positiva. La culpa prevista en el artículo 1337 es por tanto extracontractual. Así se orienta la jurisprudencia y sobre esta misma línea también la doctrina prevalente (...); ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 184-186; BIANCA, C. Máximo. *Diritto Civile*, III. *Il contratto*, reimpresión. Milán: Giuffrè, 1987, pp. 161-166; y, por último, Cuffaro, Vincenzo, voz *Responsabilità precontrattuale*, en “*Enciclopedia del diritto*”, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 1266-1267.

(91) En ese sentido puede consultarse, a modo de ejemplo, el reciente trabajo de RICCIO, Angelo. *Culpa in contrahendo e pactum de tractando: Rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale*. En: *Contratto e impresa*. Año XXII. Número 6, 2006. p. 1642, texto y nota (43).

(92) MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità precontractual en el ordenamiento italiano*. En: AUTORES VARIOS. *Estudios sobre el contrato en general*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. 2da. edición. Lima: ARA, 2004. pp. 527-528.

Renzo E. Saavedra Velazco

En este mismo sentido se ha pronunciado, en repetidas ocasiones, la judicatura italiana, llegando incluso a motivar algunos pronunciamientos de las “Salas reunidas de la Corte de Casación italiana”⁽⁹³⁾, aquí nos gustaría resaltar algunos de ellos. En la sentencia número 9645, de fecha 16 de junio de 2001, las Salas reunidas de la Corte de Casación italiana concluyeron que la naturaleza jurídica de “[l]a responsabilidad precontractual, que se configura por la violación del precepto contenido en el art. 1337 c. c. —la cual regula que las partes, en el desarrollo de las tratativas contractuales, deben comportarse según la buena fe—, constituye una forma de responsabilidad extracontractual, que se vincula a la violación de la regla de conducta establecida para proteger el correcto desarrollo del *iter* formativo del contrato, por lo tanto su existencia, la resarcibilidad del daño y la evaluación de este último debe ser analizado en función a los artículos 2043 y 2056 c. c., teniendo, por otro lado, en consideración las características típicas del ilícito en cuestión”; en sentido sustancialmente conforme se puede consultar la sentencia número 749, de fecha 6 de marzo de 1976, se afirma que la “responsabilidad contractual y responsabilidad precontractual dependen de títulos diversos (la primera, del incumplimiento del contrato perfeccionado; la segunda, de la culpa en la fase de las tratativas y del proceso formativo del contrato)”; mientras que en la sentencia número 93, de fecha 11 de enero de 1977, sostuvo que “[e]n materia de responsabilidad precontractual, los daños son reconocidos en el límite del así denominado “interés negativo”, esto es el interés que tenía la parte de buena fe en que las tratativas no hubiesen tenido lugar. Tales daños se encuentran constituidos por los

gastos inútilmente efectuados en el curso de las tratativas con vistas a la conclusión del contrato así como por las pérdidas de posteriores ocasiones que, por la ausencia de contrato, no pudieron concretarse con otros posibles estipulantes sobre un contrato con el mismo objeto, igual o más ventajoso que el concluido”.

No nos detendremos demasiado en las razones que la doctrina ha esgrimido, en el contexto italiano, para sustentar la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo* dado que son prácticamente las mismas a las expresadas en el sistema alemán salvo en dos puntos. El primero de ellos se centra en la existencia de una norma específica en el Codice Civile que detalla las fuentes de las cuales se derivan las obligaciones. Al respecto nos permitimos citar el artículo 1173^o del Codice Civile el cual considera que “las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo para producir las de conformidad al ordenamiento jurídico”. Una norma de este tipo, interpretada de una manera amplia, a llevado a algunos autores⁽⁹⁴⁾ a sostener que el contacto voluntario o bien el contacto social⁽⁹⁵⁾ sí resulta *per se* idóneo para generar relaciones obligatorias, en la medida

(93) Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Op. cit.*; p. 530, texto y nota 21, donde el autor hace referencia al caso *Marlin e Soc. imm. Caravella c. Com. di Roma*, de fecha 6 de marzo de 1976. La fecha es particularmente relevante dado que tal pronunciamiento se produjo poco más de 8 años antes de la promulgación de nuestro Código civil, y casi una década después del inicio de las reuniones de la Comisión de Reforma del Código de 1936, con lo cual se evidencia las posibilidades que tuvieron nuestros legisladores de observar la aplicación de una norma que estaban por importar.

(94) Entre ellos, al profesor MENGONI, Luigi. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. En: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1956. II. pp. 360-369. En efecto allí se señala que “[e]sta relación obligatoria, a la cual no parece impropia la calificación de “relación precontractual” (propuesta por Larenz), no tiene raíces en el contrato sucesivamente concluido, siendo en cambio indiferente que las partes coronen la (válida) estipulación del contrato—objetivo. La fuente de la relación en cuestión reingresa más bien en la tercera categoría de la clasificación galana, reproducida por el artículo 1173. En este sentido, la denominación de obligación *ex lege* resulta exacta pero insuficiente, porque no individualiza el hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación obligatoria precontractual”.

(95) Tal interpretación se ha visto fortalecida con la admisión, en sede judicial, del contacto social como una fuente de relaciones obligatorias. Al respecto puede mencionarse la sentencia de la Corte de Casación número 589, del 22 de enero de 1999, en donde se señala que la obligación del médico dependiente de una estructura hospitalaria, en el ejercicio de su actividad profesional, frente a los daños que sufre un paciente son de naturaleza contractual aunque no se hubiese suscrito ningún contrato entre ellos dado que se funda en el *contacto social* derivado de la confianza del enfermo.

que los bienes jurídicos de las partes se encuentran sujetos a un riesgo de daño debido al desarrollo de las tratativas, lo cual, como se ha visto, es el fundamento de los deberes de protección (o *Schutzpflichten*) del sistema alemán.

8. Capítulo VII. Refutación de las teorías aludidas

Para un correcto análisis crítico de las teorías en cuestión pueden ser agrupadas en tres (3) grandes categorías⁽⁹⁶⁾, a saber:

a) Aquella que se funda en una manifestación contractual como el mandato, la asunción de garantía, gestión de negocios, obligación *ex lege*, etcétera;

b) Aquella que apoya su argumentación sobre el delito y el cuasi-delito (sí se tiene en cuenta la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones), como lo hace la doctrina francesa, esto es sobre el dolo o la culpa;

c) Aquella que tiene sus bases en la buena fe y en la confianza respecto de la seriedad y permanencia de la oferta.

El primer grupo de teorías giran en torno a alguna manifestación de naturaleza contractual o cuasi-contractual las cuales, en opinión de Faggela, resultan arbitrarias, pese a que la obligatoriedad legal, la asunción de garantía, un *pactum de contrahendo*, etcétera puede existir la misma debe resultar de un vínculo contractual o de la ley. Dentro de tal grupo de teorías la propuesta jherigniana de la culpa *in contrahendo* resulta ser la más coherente si bien Faggela no considera admisible la idea de que la actuación del *ius revocandi* pueda ser calificado de culposo. Empero, el principal defecto de

la misma se centra en la arbitrariedad de considerar como una relación contractual a un vínculo al cual las partes no le han otorgado tal carácter y sí se considerase en contra de tal apreciación la existencia de dicha relación se tendría que resarcir el interés al cumplimiento de la relación (esto es, en la mayoría de casos, correspondería a aquél del contrato no celebrado)⁽⁹⁷⁾.

Por su parte en el segundo grupo de teorías se presenta otro vicio fundamental, según el pensamiento del autor italiano, el cual podría ser condensado en la siguiente idea: “el requerimiento de un elemento subjetivo como el dolo o la culpa”. Tal apreciación se funda en que el ejercicio de la revocación no puede ser considerado ni como dolo ni como culpa, pues si así fuese debería accionarse a través de la *actio doli* o de la *actio ex delicto* o *quasi delicto* más no por el hecho objetivo de la revocación sino por que se presenta tal elemento subjetivo⁽⁹⁸⁾.

En cuanto a las razones por las que el autor rechaza al tercer grupo de teorías se centran en que “[e]l principio de la buena fe o de la confianza del aceptante no es un principio así de general y absoluto, especialmente en el derecho positivo, para que toda acción contraria constituya la violación de un deber jurídico obligatorio. En sustancia, la infracción de la buena fe o de la confianza en el otro co-tratante no es de por sí misma la violación

Sobre el particular puede consultarse el comentario a la citada sentencia efectuado por el profesor DI MAJO, Adolfo. *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*. En: *Il corriere giuridico*. Número 4, 1999. pp. 446 y siguientes.

(96) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 330.

(97) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 331.

En términos muy generales ello es enunciado por SPOTA, Alberto G. *Op. cit.* p. 315, quien sostiene que para Faggela “[l]a teoría de la culpa *in contrahendo* de Ihering (sic) no es la adecuada a este período de la formación y perfección de la arquitectura del contrato proyectado, como tampoco lo son las que radican en una consideración de la culpa, dolo o gestión de negocios”, empero no se expresan las razones que llevan al autor italiano a efectuar tal juicio.

(98) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 331.

Como se ha visto, en la época romana habría sido imposible actuar a través de la *actio ex delicto* (asumimos que el autor se refiere a la *actio legis Aquiliae*) dado que el daño que se genera en los tratos preliminares no se encuentra reconocido expresamente como tutelado.

Renzo E. Saavedra Velazco

de una obligación, porque la *bona fides* no ha sido elevada, en todos los casos, por el derecho positivo a la dignidad de una *obligatio ex lege* de índole general. Qué en algunos casos los legisladores le hayan otorgado una sanción jurídica es innegable, pero una extensión ilimitada no es posible. De otra parte, el destinatario de una propuesta contractual, consciente del *ius revocandi* existente en el proponente, puede prever su ejercicio y puede no otorgar plena confianza en la conclusión del contrato (...)⁽⁹⁹⁾.

9. Capítulo VIII. Teoría propuesta.

Una vez emitida la propuesta, y como es para todos obvio, el derecho (o, en un sentido más general, la situación jurídica) que las partes pretenden alcanzar mediante la suscripción del contrato se encuentra próximo a nacer dado el avanzado estado del proceso de formación. En ese sentido, la oferta puede ser analizada desde dos puntos de vista, por un lado, como el fundamento del derecho contractual y, por otro lado, de modo independiente de él (vale decir, la oferta en sí misma).

Desde el primer punto de vista el “derecho contractual” se encuentra todavía en vía de formación⁽¹⁰⁰⁾ en tanto que aún no se ha producido el encuentro de las voluntades de los co-tratantes; mientras que, desde el segundo punto de vista, se considera, en base a la ideas del derecho alemán, que la propuesta contractual representa un valor jurídico en movimiento, lo cual, como se ha visto, no resulta del todo correcto, según el propio discurso de Faggela, dado que aún el oferente mantiene el poder de revocarla hasta que ella no hubiese alcanzado al destinatario.

El valor jurídico al que se hace referencia le es otorgado a la oferta en función al objetivo al cual tiende y que se ve fortalecido

en el devenir del período de formación de la relación obligatoria (*rectius*: el contrato).

A ello se le añade una perspectiva adicional, la propuesta contractual al margen de ser el resultado de la elaboración individual del oferente puede presentarse, en función a los tratos preliminares que se han expuesto a lo largo del trabajo, como el producto del trabajo común de las partes intervinientes en la negociación contractual. Por ende, si bien desde un punto de vista psicológico, e incluso desde uno jurídico, la propuesta es la creación o la declaración de la voluntad del oferente (con todas las consecuencias jurídicas expuestas en su oportunidad), desde el punto de vista del trabajo y de los gastos requeridos para la elaboración de aquélla, la oferta representa, regularmente en la contratación comercial, el resultado del esfuerzo tanto intelectual como económico de las partes⁽¹⁰¹⁾.

Es precisamente en orden a las consideraciones expuestas que Faggela califica al ejercicio del *ius revocandi* como un medio que destruye el valor jurídico y económico de la propuesta contractual que es producida no sólo por el esfuerzo del oferente sino también del co-tratante. Tal comportamiento amerita de por sí el resarcimiento de la pérdida del “derecho” del co-tratante en tanto que se entiende que, sobre la oferta, se presenta una forma de copropiedad y, como lógica consecuencia, la actuación de cada uno de los copropietarios se encuentra limitada por la existencia del otro condómino⁽¹⁰²⁾.

(99) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 332 y 333.

(100) En recto sentido, el *derecho contractual* al que se hace referencia debería ser calificado como una situación jurídica subjetiva distinta: *la expectativa*. Para una aproximación al estudio de la situación jurídica aludida nos remitimos a la lectura de los trabajos de los profesores NICOLÒ, Rosario, voz *Aspettativa (Diritto civile)*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen III. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma: 1988, pp. 1 y siguientes; ahora en Id., *Raccolta di Scritti*. Tomo III. Milán: Giuffrè, 1993. pp. 67 y siguientes; y SCOGNAMIGLIO, Renato, voz *Aspettativa di diritto*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen III. Milán: Giuffrè, 1958. pp. 226 y siguientes.

(101) FAGGELA, Gabrielle, *op. cit.*, pp. 335.

(102) FAGGELA, Gabrielle, *op. cit.*, pp. 336.

A pesar de la claridad del argumento antes aludido hay quienes sostienen, inexplicablemente, que para Faggela la responsabilidad precontractual se fundaría en que “la determinación contraria e intempestiva de la voluntad es en cierto modo arbitraria, opuesta al precedente consentimiento en la elaboración del diseño contractual” (SPOTA, Alberto G. *Op.*

El acucioso lector podría preguntarse, con total justicia, si es que el destinatario de la oferta contractual que no ha participado en la elaboración de la misma (o, en su defecto, no ha participado en los gastos que ella representa) puede sufrir, en opinión de Faggela, algún perjuicio que justifique una responsabilidad de tipo precontractual. Para dar una respuesta a tal interrogante debemos distinguir dos períodos⁽¹⁰³⁾:

a) Desde la emisión de la propuesta hasta el momento de su arribo o de su aceptación; y,

b) Desde el momento de arribo de la oferta o su aceptación hasta el instante en que se perfecciona el contrato.

Mientras que nos encontremos en (i) hay que prestarle atención a la existencia de conocimiento de parte del destinatario de la oferta sobre la existencia de la misma, esto es de su expectativa; y, sobre su participación en los tratos preliminares. Sí estos se encuentran ausentes entonces no habrá posibilidad de exigir resarcimiento alguno en caso de revocación de la oferta o de receso injustificado de las tratativas, dado que el destinatario ha permanecido ajeno a su formación e incluso puede ignorar del todo su existencia por lo que no ha podido actuar (válidamente) en vista a la suscripción de un futuro contrato ni puede presentarse confianza alguna sobre el comportamiento del “co-tratante”. Empero, es posible que, por un lado, exista el conocimiento sobre la propuesta o la expectativa por parte del destinatario y que, por otro lado, falte del todo el concurso o participación de aquél en la formación de la oferta. Aquí, nuevamente, es posible efectuar un deslinde basado en sí el conocimiento se funda en la emisión de la oferta por parte del proponente o sí, por el contrario, tal

conocimiento es alcanzado a través de una circunstancia distinta y no jurídica. En el último caso, es lógico suponer que el conocimiento no generará ningún efecto de carácter jurídico dado la ausencia del mecanismo idóneo para producirla, vale decir sólo podrá fundar una expectativa de carácter fáctica y no una de carácter jurídico⁽¹⁰⁴⁾, en cambio, en el conocimiento basado en el encaminamiento de la oferta por parte del proponente si se presentan efectos de carácter jurídico y, por ende, es posible que exista responsabilidad precontractual⁽¹⁰⁵⁾.

Por su parte, cuando nos encontremos en (ii) la posición del destinatario de la oferta se ve fortalecida dado que ésta ingresa a su esfera jurídica por lo que puede, de considerarlo conveniente a sus intereses, aceptarla (sea mediante un acto declarativo o a través del cumplimiento —esto es, a través de un acto de comportamiento o, sí así se prefiere, por medio de actos concluyentes o bien una manifestación de voluntad)⁽¹⁰⁶⁾, modificarla o rechazarla. Tal circunstancia ya significa un valor jurídico y económico, el cual es susceptible de ser mensurado, por lo menos a grandes rasgos, en atención a dos elementos: el contenido objetivado en los anteriores estudios efectuados para las tratativas; y, el valor representado por el comportamiento del destinatario incluyendo el o las conductas de

cit.; p. 315). Tal afirmación no toma en cuenta que para Faggela la responsabilidad se presenta con total prescindencia de cualquier elemento subjetivo (como podría serlo la justificación del receso o de la revocación) puesto que depende de la circunstancia de que con tal comportamiento se destruya o no un valor económico y jurídico.

(103) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; pp. 336 y 337.

(104) Sobre el particular nos remitimos a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *El negocio jurídico testamentario: Algunas reflexiones en torno a su esencia y estructura*. En: *ius et veritas*. Número 33. Lima: Asociación Civil *ius et veritas*, 2006. p. 95, nota al pie (12).

(105) FAGGELA, Gabrielle. *Op. cit.*; p. 337.

(106) Tal posibilidad se encuentra reconocida, no sin ciertas limitaciones, en el artículo 1380° del Código Civil en donde se dispone que “[c]uando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.”

Renzo E. Saavedra Velazco

carácter positivo o negativo que éste haya efectuado en vista o en consideración a la propuesta⁽¹⁰⁷⁾.

Finalmente, se aborda el concepto de interés negativo, acuñado por Jhering⁽¹⁰⁸⁾, el cual es calificado como “antijurídico”; empero, a pesar de ello, Faggela brinda una noción del mismo entendiéndolo como “[e]l resarcimiento del valor que representa para el destinatario la propuesta destruida y del daño sufrido como consecuencia de tal destrucción”⁽¹⁰⁹⁾. Sin perjuicio de ello, se precisa que los dos elementos descritos y que componen el daño resarcible pueden no presentarse en un caso concreto a pesar de que exista responsabilidad, aunque, más adelante se afirma que “el contenido del resarcimiento debe equivaler al contenido de la destrucción y de la pérdida. Empero, dado que ninguna pérdida exista, sea por la inercia del destinatario sea por la ausencia de gastos o de ocasiones similares o por imposibilidad de una acción conforme a la propuesta, permanecería siempre, a nuestro modo de ver, la destrucción de un valor, que representa la propuesta en sí misma, resarcible según su importancia”⁽¹¹⁰⁾.

10. A manera de conclusión

En la presente investigación se ha pretendido exponer los diversos extremos de la teoría de Gabrielle Faggela manteniendo, en la medida de lo posible, estrictamente la construcción original y con profusas referencias a la fuente directa. Empero, como se ha visto, tal esfuerzo ha exigido que exponamos algunas imprecisiones en los que incurrió cierto sector de la doctrina jurídica (en especial la argentina) al momento de describir tal propuesta.

Asimismo, a pesar del tiempo transcurrido, la teoría en cuestión mantiene una sorprendente actualidad en cuanto a la identificación de los diversos momentos que se atraviesan a lo largo de las tratativas. Ello no significa que la construcción teórica que se ha estudiado se encuentre exenta de objeciones y/o de interrogantes, acaso la más importante de ellas resulta la

que atiene al fundamento esgrimido por Faggela para la verificación de la responsabilidad: la destrucción de un valor económico y jurídico, lo cual nos llevaría a afirmar, en primer lugar, prácticamente el carácter objetivo de la responsabilidad precontractual.

Tal circunstancia no tendría nada de malo, pues era lo que pretendía Faggela al escribir su ensayo, si es que con dicha aseveración no se estuviese generando un efecto ciertamente no deseado: rechazar la existencia de un *ius revocandi* (vale decir, la libertad de los tratantes para decidir si contratan o si resulta mejor a sus intereses revocar la oferta, modificarla o, incluso, apartarse de la tratativa). Nos explicamos. Sí admitimos con Faggela que la oferta contractual ostenta en sí misma un valor (pese a que el destinatario no participe en ningún momento en la construcción de la oferta o bien no haya efectuado ningún gasto o inversión) siempre se presentaría un perjuicio en la esfera jurídica del destinatario dado que el retiro de la oferta le estaría causando la pérdida de un valor jurídico y económico que ya integraba su patrimonio jurídico. Dicho en otras palabras, este valor se integra al patrimonio jurídico del receptor de una multiplicidad de maneras, a saber:

- a) a través de su participación directa en la formulación de la oferta;
- b) a través de la realización de gastos y/o la asunción de inversiones; o,
- c) a través de la confianza que se ha suscitado en la contraparte

(107) FAGGELA, Gabrielle. Op. cit.; p. 338.

(108) JHERING, Rudolf von. Op. cit.; p. 33.

(109) FAGGELA, Gabrielle. Op. cit.; p. 338.

(110) FAGGELA, Gabrielle. Op. cit.; p. 339 y 340.

En tal sentido, al encontrarse este valor al interior del patrimonio del receptor de la oferta (o del co-tratante), sólo es posible retirarlo válidamente con su consentimiento o bien el debe renunciar unilateralmente a él. En caso no sucede lo antes descrito, en toda hipótesis en la que se destruya ese valor existirá responsabilidad, al menos si es que se sigue la opinión de Faggela.

Por otro lado, y que incluso agrava más la situación, es que dado que no resulta necesario analizar ningún elemento de carácter subjetivo para imputar responsabilidad precontractual se deberá concluir que el revocante (o el individuo que se aparta de las tratativas) deberá soportar siempre los costos económicos que tal conducta significa para la esfera jurídico-patrimonial de su co-tratante, pese a que tal desistimiento o revocación se encuentre ampliamente justificado en razones jurídicas o bien en razones económicas.

De lo anotado en el párrafo precedente se estaría alcanzando algo que, según el propio Faggela, debía ser rechazado: considerar que existe la obligación de suscribir el contrato definitivo una vez iniciada la tratativa (al menos para el oferente). Veamos. Si el oferente decide

ya sea revocar o apartarse de la tratativa, y dado que con ello se estaría destruyendo un valor jurídico-económico común que justifica el surgimiento de la responsabilidad precontractual, de modo implícito se estaría reconociendo que dicho tratante no puede efectuar tal conducta por lo que se le impone una sanción como la reparación de los daños irrogados. Por esta vía (la imposición del deber de contratar) se procuraría incentivar a que los oferentes se comporten de la manera deseada (vale decir, mantenerse en la tratativa y sin revocar su oferta) y que la única manera de apartarse resultaría ser un disenso de carácter absoluto⁽¹¹¹⁾ o, si se quiere, ante la negativa del destinatario de aceptar la oferta emitida.

El esfuerzo desplegado por Faggela, si bien considerablemente importante para el desarrollo posterior de la responsabilidad precontractual obtiene, lamentablemente, un resultado que excede lo deseado por el autor: desvanecer la libertad de los sujetos en el período de tratativas, el cual ha sido incluso pregonado por el autor a lo largo de su ensayo. A pesar de que, por las razones que se han anotado, no compartimos las apreciaciones del autor sobre el fundamento de la responsabilidad precontractual sí comprendemos las razones histórico-doctrinales que lo llevaron a proponer una lectura en clave objetiva para el análisis de la responsabilidad.

Todo ello, sin embargo, nos demuestra la rectitud de una de las afirmaciones con las que iniciamos el presente estudio: la necesidad de efectuar, siempre que ello sea posible, la consulta directa de las fuentes doctrinales.

(111) Este disenso sólo ocurriría en supuestos en los que: (i) luego de emitida la oferta el receptor la rechaza planteando una contraoferta (por lo que el oferente inicial se vería liberado de su deber de concluir el contrato o bien de no apartarse de la tratativa, aunque este deber se vería trasladado al inicial receptor de la oferta); (ii) el receptor indica que no tiene ninguna intención de contratar; o, (iii) el receptor no tiene intención de contratar con ese oferente o con esas condiciones ofrecidas, por lo que procede a buscar un nuevo oferente.