



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS

**LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR ACUERDOS
PRECONTRACTUALES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

JOHN CARLOS ESPINOZA SILVERIO

ASESOR:

DR. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2020

ÍNDICE

RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
INTRODUCCIÓN.....	vi
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	9
1.1. Antecedentes de la investigación	9
1.2. Bases teóricas	12
1.2.1. Hecho jurídico	12
1.2.2. Negocio jurídico	15
1.2.3. Contrato	22
1.2.4. El periodo precontractual	33
1.2.5. Contratos preparatorios	35
1.2.6. Acuerdos precontractuales	46
1.2.7. Responsabilidad civil	71
1.2.8. Responsabilidad precontractual	80
1.3. Definición de términos básicos.....	98
1.3.1. Conveniencia	98
1.3.2. Incorporar	98
1.3.3. Acuerdo	98
1.3.4. Precontractual	98
1.3.5. Ordenamiento	99
1.3.6. Jurídico	99
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS.....	100
2.1. Hipótesis principal.....	100
2.2. Hipótesis específica	100

CAPÍTULO III: ESTADO DE LA CUESTIÓN JURÍDICA DE LOS ACUERDOS PRECONTRACTUALES.....	101
3.1 Antecedentes de la incorporación de acuerdos precontractuales en otros ordenamientos jurídicos	101
3.2 Antecedentes de investigación de los acuerdos precontractuales en el Perú	106
3.3 La conveniencia de la incorporación de acuerdos precontractuales en el ordenamiento jurídico Perú.....	110
CAPÍTULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	114
4.1 Diseño Metodológico.....	114
4.2 Procedimiento de Investigación	114
4.3 Aspectos Éticos	114
CONCLUSIONES	116
RECOMENDACIONES.....	118
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	119

RESUMEN

La presente investigación, titulada “La conveniencia de incorporar acuerdos precontractuales al ordenamiento jurídico peruano”, tiene como objeto determinar los tipos de acuerdos precontractuales que se podrían incorporar al Código Civil y se examina si es posible aplicar medidas de resarcimiento en caso existan daños a alguna de las partes, tomando como base únicamente los acuerdos precontractuales.

Las principales conclusiones a las que arriba este estudio señala que en el caso de acuerdos precontractuales que incluyan un acuerdo de intenciones, sí se generarán efectos jurídicos, incurriendo en la contractualización de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, un acuerdo precontractual que incluya acuerdos parcialmente alcanzados, no generará efectos jurídicos, por tanto, no se incurrirá en responsabilidad civil de ningún tipo.

Considerando los fundamentos expuestos en el marco legal vigente, la jurisprudencia y la legislación comparada, esta tesis demuestra lo conveniente de introducir en el ordenamiento civil peruano a los acuerdos precontractuales (en su denominación de carta de intención) a fin de proteger a las partes durante el periodo de una negociación de un eventual contrato con reglas claras que les permitan tener seguridad y predictibilidad.

Palabras clave:

Responsabilidad precontractual, tratos preliminares, acuerdos precontractuales, invitación a negociar, acuerdo de intenciones, acuerdos parcialmente alcanzados carta de intención, resarcimiento de daños.

ABSTRACT

This investigation entitled "The convenience of incorporating pre-contractual agreements into the Peruvian legal order", has the purpose of determining whether it is convenient to include pre-contractual agreements into the Peruvian legal system for which the types of pre-contractual agreements that could be considered into the civil code and it is examined whether it is possible to apply compensation actions in case a damage is caused to one of the parties based only on pre-contractual agreements.

The main conclusions to which this study arrived indicates that in the case of pre-contractual agreements that include an agreement of intentions, legal effects will be caused, incurring in the contractualization of precontractual liability. However, a pre-contractual agreement that includes agreements partially achieved will not generate legal effects, therefore no civil liability of any kind will be incurred

Considering the fundamentals set forth in the current legal framework, jurisprudence, and comparative legislation, this thesis demonstrates the convenience of introducing pre-contractual agreements (in its denomination of letter of intent) in the Peruvian civil order in order to protect the parties during the period of a negotiation of a possible contract with clear rules that allow them to have security and predictability.

Keywords:

Pre-contractual liability, preliminary treatment, pre-contractual agreements, letter of intent, memorandum of understanding, compensation for damages.

INTRODUCCIÓN

En un mundo con cada vez mayores desafíos y tráfico comercial, se presentan distintas situaciones jurídicas que deben ser reguladas por figuras jurídicas a medida de estas. Estas operaciones económicas requieren de figuras jurídicas más complejas, las cuales han traspasado lo que se encontraban regulado en el ordenamiento jurídico nacional. El Código civil no presta las condiciones necesarias para brindar certeza y predictibilidad ante estas prácticas contractuales, al no regular los acuerdos precontractuales. Dado que los acuerdos precontractuales no han sido desarrollados en amplitud por la doctrina ni la jurisprudencia nacional, se formula como problema principal de esta investigación: ¿es conveniente incorporar acuerdos precontractuales al ordenamiento jurídico peruano? A este problema formulado le he sumado otros más específicos relacionados a su tipología y la medida de resarcimiento a aplicarse.

Es necesario realizar una investigación sobre esta materia a fin de lograr el objetivo principal planteado, que busca determinar la conveniencia incorporar acuerdos precontractuales al Código Civil, así como su tipología y la medida de resarcimiento a aplicarse. En tanto, la investigación se justifica al evaluar las condiciones del Código Civil para afrontar figuras jurídicas que regulan las tratativas, en vista de que solo se ha regulado los contratos preparatorios y ha establecido un artículo para la responsabilidad precontractual, que no es del todo preciso. El resultado de este estudio servirá para reevaluar la forma en la que deben establecerse los acuerdos previos a un contrato definitivo, siendo así que los contratos preparatorios actualmente contemplados dentro de la normativa no satisfacen las prácticas comerciales imperantes. En cuanto a las limitaciones de la

investigación estas fueron básicamente lo escaso que ha sido estudiado este tema en el Perú y que estas figuras jurídicas son de uso entre instituciones privadas, lo que limita su acceso.

Resulta importante destacar que el diseño metodológico de la investigación es cualitativo, el nivel de investigación es exploratorio y el tipo de investigación es analítico. Además de que se utilizó la técnica de análisis documental como técnica de recopilación de datos. Conforme al método de investigación deductivo, se sigue una investigación de lo general a lo particular. Se comienza con desarrollar figuras jurídicas como el hecho jurídico, el negocio jurídico, el contrato y los contratos preparatorios, para alcanzar el desarrollo del tema central de la tesis, los acuerdos precontractuales y poder ubicarlo en la categoría jurídica correcta de acuerdo al tipo de funciones que siguen. Posteriormente, se desarrolla la responsabilidad civil y específicamente la responsabilidad precontractual y de este modo precisar los efectos y determinar la medida de resarcimiento a aplicarse, en base a la contractualización de la responsabilidad precontractual. La revisión del derecho comparado sobre los antecedentes de la incorporación de acuerdos precontractuales hace concluir que es conveniente incorporar la figura precontractual de la carta de intención en el ordenamiento jurídico peruano, pues con ello se promueve la seguridad jurídica de las negociaciones, al llevar la discutida responsabilidad civil precontractual a una innegable responsabilidad civil contractual.

Por último, cabe precisar que la presente tesis consta de IV capítulos: Capítulo I: Marco teórico desarrolla los antecedentes de investigación, bases teóricas (hecho jurídico, negocio jurídico, contratos, periodo contractual, contratos preparatorios, acuerdos precontractuales, responsabilidad civil, responsabilidad

civil precontractual) y términos básicos; Capítulo II: Hipótesis está dedicado a la hipótesis principal e hipótesis específica; Capítulo III: Estado de la cuestión jurídica de los acuerdos precontractuales, desarrolla los antecedentes de la incorporación de acuerdos precontractuales en otros ordenamientos jurídicos y en el Perú, y la conveniencia de incorporar acuerdos precontractuales en el ordenamiento jurídico peruano; y Capítulo IV: Metodología de la investigación está dedicado al diseño metodológico, procedimiento de investigación y aspectos éticos. Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones arribadas con la investigación.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

Se expondrán cuatro antecedentes relacionados al problema de esta investigación, así como las bases teóricas y los términos básicos.

1.1. Antecedentes de la investigación

Se consideran relevantes los siguientes textos para el desarrollo del tema: (a) La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de las tratativas: El rol de la buena fe y el deber de información (Condemayta, 2015); (b) La culpa *in contrahendo* y la responsabilidad precontractual en el Código Civil (Ojeda, 2011); (c) Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes (Vega, 2009); y (d) Los acuerdos precontractuales típicos” (Marin, 2012).

Condemayta, en su tesis “La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de las tratativas: El rol de la buena fe y el deber de información” (2015), presentada ante la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar el grado de magister en Derecho Civil, tras realizar un análisis jurisprudencial y comparativo respecto a ordenamientos como el colombiano, chileno y argentino, llegó a las siguientes conclusiones:

La buena fe que regula el artículo 1362 de nuestro código [...] privilegia el actuar conforme a la lealtad de los sujetos, aún en la etapa de las tratativas. [...] El concepto de buena fe, como fundamento de la responsabilidad precontractual, es insuficiente, [...] Siendo mejor el uso del artículo 1969 de nuestro código como sustento de esta

responsabilidad, esto en atención a que el daño en la etapa de las negociaciones como hecho ilícito invita al uso del deber de no causar daño a otro: *neminem laedere* de donde surgirían también deberes precontractuales, que guíen el actuar de los negociantes y cuyo quebrantamiento da lugar a la responsabilidad precontractual. (Condemayta, 2015, p. 125)

Con respecto al concepto de responsabilidad precontractual, Condemayta (2015) concluye que "actualmente se aplica a aquello que salvaguarda los intereses de quienes negocian, cuando alguno de los involucrados debe resarcir a su contraparte" (p. 126). Asimismo, según el autor, la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual, y es que hay quienes opinan que vendría a ser un *tertium genus* diferente. Para Condemayta (2015) el OJN considera la indemnización íntegra de los daños suscitados, como en el art. 1969 del CC.

Por último, Condemayta (2015) reconoce a los *preliminary agreements* como una alternativa en el *common law* ante la ausencia de regulación y que sustituyan la seguridad que la ley no otorga. A su vez, Condemayta (2015) revela "su oposición en que el Código Civil se modifique para incluir reglas específicas, ya que esto conlleva a que se originen costos muy altos" (p. 126).

Por su parte, Ojeda, en su tesis "La culpa *in contrahendo* y la responsabilidad precontractual en el Código Civil" (2011), presentada ante la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar el grado de magíster en Derecho Civil, concluyó respecto a la pertinencia del resarcimiento que quien haya recibido daños originados por un contrato nulo puede demandar una

indemnización, y que dicho término comprenderá también a la responsabilidad procedente de acciones que invaliden un contrato en las etapas de formación (p. 332).

En relación a las medidas de resarcimiento aplicables, Ojeda (2011) concluye que la responsabilidad precontractual tiene una naturaleza contractual, al señalar que “hay un vínculo jurídico y las partes responderán por cualquier tipo de daño ocasionado” (p. 229). Sobre la modificatoria del CC, Ojeda (2011) manifiesta su posición en modificar el artículo 1362 a fin de regular expresamente la indemnización por ruptura injustificada de negociaciones.

Mientras que Vega, en su memoria “La responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes” (2009), para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales ante la Universidad Austral de Chile.

No está a favor de incluir una regulación exclusiva en los acuerdos precontractuales, pues para asumir los daños ocasionados se debe actuar en forma indiscutiblemente dolosa o negligente. Sin embargo, sostiene que cada caso es particular (Vega, 2009, p. 54).

En conclusión, a pesar de que en Chile no se cuenta con una regulación determinada, es viable un sistema de protección siguiendo las normas de la responsabilidad extracontractual. Así, este autor recomienda ampliar expresamente el empleo del principio de la buena fe al periodo precontractual.

Finalmente, Marín, en su tesis “Los acuerdos precontractuales típicos” (2011), para optar por el título de doctor en Derecho Civil ante la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, hace un repaso de cuatro tipos de acuerdo precontractual: (a) los acuerdos de intenciones, cuyo objetivo es regular el proceso negociador, delimitando los derechos y las obligaciones de los involucrados, y proporcionando una mayor certidumbre sobre los efectos y las responsabilidades que pueden emerger; (b) los *memorandum of understanding*, que plasman los acuerdos alcanzados durante las negociaciones; (c) las autorizaciones a proceder, que sirven para poder cumplir los plazos fijados; y (d) los precontratos, cuyo fin es comprometerse a celebrar el contrato definitivo en una etapa posterior.

Cuando concurren simultáneamente, habría que acumular sus respectivos efectos. De ser incompatibles, Marín (2011), sin estar a favor o en contra de que se reglamenten los acuerdos precontractuales, indica que habría que decidirse por uno, considerando la voluntad de las partes y lo esencial del efecto concreto en la transacción.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Hecho jurídico

La doctrina italiana afirma que hecho jurídico es todo aquello que produzca una alteración de la realidad jurídica. A Espinoza (2010) le parece “más propia la nomenclatura de hechos jurídicos. Considerando la posición italiana, la doctrina nacional preferiría utilizar el nomen hecho jurigeno para nombrar a todo hecho que ocasione una consecuencia de hecho” (p. 30). Se distinguen cinco tipos:

- a. *Hechos jurídicos naturales*. “En estos no participa la voluntad humana, como la desaparición y la muerte” (Espinoza, 2010, p. 30).
- b. *Hechos jurídicos legales*. “se trata de efectos colaterales, por ejemplo, la hipoteca legal y la garantía por construcción” (Espinoza, 2010, p. 31).
- c. *Hechos jurídicos humanos*. “Dependen de la voluntad humana. Se subclasifican en involuntarios (el hombre los realiza, pero sin desear lo que originan, e incluso los realiza sin discernimiento) y voluntarios (las personas los llevan a cabo con discernimiento, intención y libertad)” (Espinoza, 2010, p. 32).
- d. *Hechos jurídicos voluntarios ilícitos*. “Producen un daño a una persona, e importan para la obligación de resarcir dicho daño” (Espinoza, 2010, p. 34).
- e. *Hechos jurídicos voluntarios lícitos*. “Los que no se oponen al ordenamiento legal o aquellos que no sean adversos ni a las buenas costumbres ni a las normas de orden público” (Espinoza 2010, p. 34).

Conforme a esta clasificación, los negocios jurídicos, contratos y acuerdos precontractuales vendrían a ser hechos jurídicos humanos, dentro de la subclasificación de voluntarios por la intervención de la voluntad necesaria para su formación.

Según Morales (2011) “un hecho sin juridicidad no será un hecho jurídico” (p. 17). Asimismo, señala que:

El negocio jurídico es el hecho jurídico cuyo elemento central de realidad consiste en la manifestación consciente de voluntad, en relación a la cual el sistema jurídico faculta a las personas el poder

escoger la categoría jurídica y la estructura de contenido eficaz de las relaciones jurídicas” (Morales, 2011, p. 29).

El acto jurídico es aquel que toma en cuenta solo la voluntad para que se realice. Por lo tanto, sostiene Morales (2011) “el acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad de comportamiento según el cual el propio acto no tiene el poder de producir efectos jurídicos. Los efectos son producto de la ley” (p. 35).

En sentido preciso, en los actos jurídicos los propios autores no ocasionan efectos y, justamente, no llevan a cabo autonomía privada. La voluntad del comportamiento es la que vale para la norma jurídica (Morales, 2011, p. 36). La diferencia entre ambos está en que el primero se da por la situación subjetiva de poder, en el segundo actúa la situación subjetiva de poder normativo. Conforme esta clasificación, los negocios jurídicos, contratos y acuerdos precontractuales vendrían a ser actos de la autonomía privada porque las partes ejercen su poder privado autónomo con el objeto de reglamentar sus intereses destinados a producir efectos jurídicos.

Si el hecho jurídico implica una conducta humana, es un hecho jurídico voluntario. Cuando busca la obtención de un efecto jurídico, el hecho entonces se denomina negocio jurídico, y si más bien sin pretender lograr efectos jurídicos, estos ocurren sería un simple hecho jurídico (Domínguez, 2011, p. 11).

Conforme a esta clasificación, los contratos y acuerdos precontractuales vendrían a ser negocios jurídicos, pues si las partes manifiestan su voluntad, tienen la determinación de producir efectos jurídicos.

1.2.2. Negocio jurídico

La concepción que ha tenido la doctrina acerca de la institución jurídica del negocio jurídico ha ido evolucionando. Será vital contar con una definición clara para poder entender lo que es un contrato y, al mismo tiempo, los acuerdos precontractuales. Como se desarrollará más adelante, a esta figura jurídica se le denomina acto jurídico en el CC; aunque, según su definición, se corresponde a la de negocio jurídico, debido a esto, el término es usado indistintamente por algunos juristas.

Como se ha desarrollado anteriormente, los negocios jurídicos pueden ser calificados como hechos jurídicos voluntarios que, producto de la autonomía privada, consiguen efectos jurídicos. Taboada (2016) ha tratado la evolución conceptual desde aquel acto del hombre que origina efectos jurídicos hasta la figura actualmente denominada como negocio jurídico. Se mencionan las siguientes teorías desarrolladas por las doctrinas francesas, alemanas e italianas:

- a. *Teoría voluntarista*. Esta teoría acogida por la versión clásica de la doctrina francesa, por autores como Domat y Pothier, basadas en el iusnaturalismo, toma como centro de su fundamento la figura de la libertad del hombre. En ese sentido, se glorifica la voluntad manifestada por el hombre, bajo el “dogma de la voluntad”, y se busca darle protección legal a dicha voluntad manifestada. De la Puente (2011), citando a Mazeaud (1977), llama “acto jurídico a cualquier manifestación de voluntad con la intención de alterar un derecho” (p. 28).

La doctrina alemana, por su parte, liderada por la primera corriente pandectista, elaboró su propio concepto, que siguió la misma línea de sus pares franceses, pero con una denominación distinta. Esta teoría es tomada por la doctrina italiana, por Giuseppe Stolfi. De la Puente (2011), citando a Stolfi (1959), define dicho negocio como “la manifestación de voluntad humana que busca un efecto jurídico, la transformación de un derecho subjetivo, o, de pronto, su garantía o extinción” (p. 28). Las concepciones clásicas francesa, alemana e italiana podrían ser suficientes para justificar la definición que estipula nuestro CC.

b. *Teoría del supuesto de hecho*. Esta teoría fue acogida por la doctrina alemana, por la segunda corriente pandectista, basada en las propuestas de juristas como Ludwig Enneccerus, quien se aleja de la concepción de la teoría voluntarista, restándole supremacía a su manifestación de voluntad como agente productor de efectos jurídicos. Entiende que estos últimos son producto del propio derecho, al cumplirse determinado supuesto de hecho preestablecido.

De la Puente (2011) cita a Enneccerus (1954) y refiere que “es un supuesto de hecho con una o más declaraciones de voluntad, aceptado jurídicamente como base para generar el efecto querido” (p. 28). A su vez, también cita a Messineo (1968), quien afirma que “está dirigido a la creación de determinados efectos jurídicos” (De la Puente, 2011, p. 28).

Con esta noción legalista, se plantea que el negocio jurídico necesita una norma que aplique efectos jurídicos que ocasionen determinado comportamiento. Son considerados supuestos de hechos aquellos

requisitos que la norma acepta como efectos jurídicos. “Un negocio jurídico debe conseguir efectos prácticos conforme a la norma existente” (Taboada, 2016, p. 70). En el CC vigente se encuentra este concepto, considerándose todo lo que valide su existencia.

- c. *Teoría normativista*. Esta teoría propuesta por el jurista italiano Luigi Ferri, quien planteaba que el negocio jurídico era un supuesto de hecho, añadía un contenido normativo (Taboada, 2016).
- d. *Teoría preceptiva (función económico-social)*. Propuesta por el jurista, también italiano, Emilio Betti, planteaba que el negocio jurídico era un supuesto de hecho, pero que únicamente deben merecer tal calificación los actos de la autonomía privada encaminados a la realización de una función económica-social o práctico-social.

Palacios (1994), lo define como el “acto que regula los intereses propios en relación con los demás, considerando los efectos más cercanos a su función económico-social” (p. 42). A su vez, se hace una discriminación de los negocios jurídicos de los actos intrascendentes y reprobados. El negocio jurídico incluye una autorregulación de intereses privados socialmente útiles (Taboada, 2016).

- e. *Teoría preceptiva (función socialmente razonable o digna)*. Toma como antecedente lo propuesto por Betti (1959), quien propugnaba que la tipicidad de los negocios jurídicos era exclusivamente legal, al cumplir un fin económico-social sin exclusiones. Sin embargo, después se plantea la tipicidad social de los negocios jurídicos atípicos, orientados a satisfacer intereses entre privados (Taboada, 2016). Según esta concepción más

amplia de la teoría preceptiva, se define a este como un supuesto de hecho autorregulado por los intereses de los privados cuando son considerados razonablemente útiles.

La doctrina nacional continúa adherida al nombre tradicional de actos jurídicos. Vial del Río (2003) menciona que la doctrina moderna llama así a los actos voluntarios del hombre, distinguiendo, dentro de estos, una especie constituida por los negocios jurídicos. Para Lohman (1986), citado por Espinoza (2010) tiene las siguientes características:

- Pertenece al derecho privado.
- Voluntad y efecto no tienen una relación de causalidad inmediata.
- Las consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter económico o social.
- Los efectos serán esenciales, naturales o accidentales.
- La declaración de voluntad puede necesitar ocasionalmente de otros supuestos para obtener la práctica deseada.
- El negocio busca conseguir un fin que, por lo general, reviste un aspecto económico. (p. 42)

Para Espinoza (2010), los actos jurídicos causan efectos jurídicos, pero no son negocios en estricto. Existe negocio cuando los involucrados manifiestan su voluntad para autorregular sus intereses propios, con la consecuencia de crear, modificar, extinguir o regular relaciones jurídicas. Al igual que con el CC de 1936, la actual codificación peruana ha consagrado el término acto jurídico como denominación legal para hablar

de “los comportamientos del hombre en su vida de relación con los demás, que producen efectos o consecuencias jurídicas” (Taboada, 2016, p. 50).

El sistema jurídico peruano, para evitar confusiones, denomina a unos “actos jurídicos”, y a otros, “hechos jurídicos voluntarios lícitos sin declaración de voluntad”, aunque siguiendo el postulado francés de que todos saben de leyes. Taboada (2016), aludiendo que las ideas clásicas francesas del acto jurídico y alemana del negocio jurídico se caracterizan por graves insuficiencias e incongruencias conceptuales, afirma que son las doctrinas alemana, italiana y española las que influyeron en el CC (1984). Fundamentando la definición dada en el art. 140, para su validez se requiere:

1. Agente capaz¹.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

Se debe considerar que los conceptos franceses apuntan a lo mismo. “Negocio jurídico” para los pandectistas alemanes es lo que “acto jurídico” para los franceses: el acto voluntario que acarrea consecuencias jurídicas.

Queda claro que la principal diferencia entre estos conceptos trasciende de dónde se originaron, está relacionada a la fuente de las consecuencias jurídicas de los mismos. Se es consciente de que circulan otros

¹ Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, cuyo texto es el siguiente: “1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley”.

criterios de distinciones que apuntan hacia la intencionalidad de los efectos. Por este criterio, el acto jurídico suscita un efecto jurídico, en el cual la intencionalidad de tal efecto es ocasionada por la ley, no por el privado. Por su parte, el negocio jurídico forma un efecto jurídico, en el cual la intencionalidad de tal efecto es ocasionada plenamente por el privado.

A su vez, existe otro criterio que los vincula en una relación de género-especie, como se pudo desarrollar con los tipos de hechos jurídicos existentes. El acto jurídico vendría a ser género y el negocio jurídico sería una especie del anterior. Así, las especies del acto jurídico son: (a) Acto jurídico en sí y (b) Negocio jurídico. Algunos consideran como una tercera especie a los actos ilícitos. El acto jurídico abarcaría a los actos humanos que generan un efecto jurídico.

Se han rescatado algunos otros criterios que resaltan las diferencias entre acto jurídico y negocio. Juristas nacionales como Raúl Ferrero Costa, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Jorge Eugenio Castañeda y Rómulo Morales Hervias son reacios a seguir utilizando erróneamente el término acto jurídico cuando lo correcto apunta a llamarlo negocio jurídico.

Así, Ferrero (1974) se muestra claro al indicar su licitud. De ser ilícito, no sería negocio jurídico. Podría ser considerado un acto jurídico en sentido general, el cual sí admite a todos los actos humanos que produzcan alguna clase de efecto jurídico. De igual modo, Lohmann (1994) es enfático al señalar que el negocio jurídico tiene a un privado, quien crea la regla de sus intereses perseguidos, por lo cual es este el que se autorregula, siendo así los efectos siempre consecuencia de su intención. Por otro lado, se tiene al acto jurídico

no negocial, en este el privado elige una alternativa propuesta por el ordenamiento jurídico, aunque sin una intencionalidad de autorregulación, siendo así los efectos consecuencia de la ley, mas no de la autonomía privada.

Castañeda (1972) considera que el denominado negocio jurídico por sí mismo no origina efectos, es debido a que el OJN lo reconoce y le otorga su fuerza. Siguiendo una postura contraria a la del CC, Morales (2002) es “sumamente crítico al resaltar que este tiene una normativa general denominada acto jurídico, que ha sido utilizada inadecuadamente a lo largo de toda su vigencia” (p. 177).

Sin embargo, hay una postura contraria asumida por otros juristas nacionales, como Fernando Vidal Ramírez, Aníbal Torres Vásquez, Manuel de la Puente Lavalle, Mario Castillo Freyre y Juan Espinoza Espinoza; que, si bien reconocen las distinciones terminológicas, consideran que, en la práctica, acto jurídico no conlleva a mayor importancia y se tendría un resultado similar que al cambiarlo por negocio jurídico, por lo que son simpatizantes a conservar la terminología usada en el vigente CC.

Según sostienen Torres (1998), para el derecho peruano, “la diferencia entre ambos términos se reduce al campo doctrinario, no afectando su uso práctico” (p. 96). Para De la Puente (2011), “no hay una diferencia de fondo entre acto y negocio jurídico, pues los dos cumplen su función adecuadamente” (p. 29).

Castillo (2005), si bien considera que la doctrina nacional ha recogido las diferencias entre los conceptos tratados, afirma que “no existen problemas de orden práctico derivados de la propia norma” (p. 140). A su vez, Espinoza

(2012) “destaca la utilidad en la realidad en lugar de debates terminológicos” (p. 48).

Una vez arribado a una adecuada definición de la figura jurídica del negocio jurídico y aclarar la recurrente confusión con su semejante acto jurídico, De la Puente (2011) introduce la clasificación de los actos jurídicos, quien los ordena por las partes que manifiestan su voluntad:

- a. Son actos unilaterales aquellos en que una sola parte declara su voluntad, y esta declaración tiene la virtualidad de producir los buscados efectos jurídicos.
- b. Son actos plurilaterales los que necesitan la participación de las manifestaciones de voluntad de varias partes para suscitar efectos. Aquí está comprendida la bilateralidad. (p. 32)

Siguiendo la clasificación, por su objeto pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales: “a. Son actos jurídicos patrimoniales los de naturaleza económica. Esta no tiene carácter subjetivo; b. Los actos jurídicos extrapatrimoniales son los que versan sobre derechos sin valor económico.” De la Puente (2011, p. 32)

1.2.3. Contrato

Habiendo conseguido una definición clara de hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico, se procederá a desarrollar un concepto preciso del contrato, ya delimitado como un tipo de negocio jurídico bilateral y patrimonial. La figura del contrato resulta importante para entender que este como tal puede tener antecedentes en su formación, en el cual se encuentran figuras jurídicas,

como los acuerdos precontractuales o contratos preparatorios. Posteriormente se desarrollará la distinción de estas dos últimas en mención.

Para Roppo (2009), los componentes de la definición de contrato son tres: (a) El acuerdo de los interesados; (b) El objeto del acuerdo: una relación jurídico-patrimonial; y (c) El modo cómo opera el acuerdo respecto a su objeto: el contrato es un acto de voluntad. Se destaca en esta definición la confluencia de voluntades de los involucrados, que establecen un acuerdo de relacionarse jurídicamente con un matiz patrimonial.

Cuenta con una definición en el CC vigente, en su art. 1351. En base a esta definición, Torres (2011) puede destacar entre sus componentes que exista acuerdo y que se efectúe entre dos o más partes. Y para que se dé correctamente, que exista libertad de las partes y el objeto posible. Por otra parte, para Ferri (2004) el contrato posee distintos elementos fundamentales para que sea válido, así como los añadidos por quienes lo suscribieron. Estos elementos se encuentran divididos en esenciales, naturales y accidentales.

Son elementos esenciales aquellos que en su conjunto le dan validez, como la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma. Son considerados elementos naturales aquellos que no afectan la esencia del contrato, los que las partes podrían excluir voluntariamente mediante alguna cláusula, y aun así, este no perdería su validez. Los elementos accidentales son los que se implantan en el contrato bajo la libertad contractual, un ejemplo sería incluir una cláusula de exclusividad.

Para Ferri (2004), el contrato puede ser evaluado desde dos perspectivas diferentes, es decir, el contrato como hecho y el contrato como

norma. En el primer caso, se trata de un acto, un comportamiento humano, una manifestación de voluntad. “Como norma, describe de forma intangible los comportamientos que deben realizarse, y que, de no ser cumplidos, hacen que se deriven sanciones jurídicas” (Ferri, 2004, p. 3).

De la Puente (2011) hace una diferenciación similar a la planteada por Ferri, al señalar que, “como norma, el contrato es un acto jurídico voluntario con determinados efectos jurídicos” (p. 37). Como hecho o acto, el contrato abarca al mismo como el acuerdo de voluntades, es decir, lo analiza desde el punto de una simple conducta humana dispuesta para un fin.

No obstante, el contrato como norma o precepto es analizado desde el contenido de este, estableciendo las obligaciones que deberán cumplir las partes y las sanciones que puedan recibir en caso de incumplirlo. Es decir, regulará la relación jurídica entre los involucrados, estableciendo los derechos y deberes que surgirán al suscribirlo. Borda (1989) establece “las diferencias entre contrato y convención. Convención sería el género, contrato, la especie” (p. 7). Al respecto, Torres (2016) señala que las expresiones contrato, convención y pacto guardan sinonimia.

La autonomía privada

Es el principio superior dentro del derecho contractual, denominada erróneamente como autonomía de la voluntad. Se manifiesta como:

a. *Libertad de contratación*. De la Puente (2011) explica que “también es llamada “libertad de conclusión”, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, conociendo que de esto surgirán derechos y obligaciones” (p. 200) En esa misma línea, Spota (1975) señala que “se

contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea” (p. 22).

b. *Libertad contractual*. De la Puente (2011) explica que también es llamada “libertad de configuración interna” (p. 207). El CC en su art. 1354, explica que son los contratantes quienes en consenso determinarán las prestaciones de sus contratos. La Carta Magna peruana vigente, en su art. 62, ampara este principio.

Torres (2011) afirma que la autonomía privada crea normas jurídicas particulares, de esta forma el contrato es fuente de derecho. Está sujeta a limitaciones dispuestas por ley imperativa y la buena convivencia, o mediante otras instituciones. Estos límites están contenidos en el art. 1355 del CC vigente.

La formación del contrato

Para ubicar adecuadamente el periodo precontractual dentro del iter contractual, Torres (2011) hizo un análisis de las etapas de la formación del contrato, distinguiendo tres: (a) aquella de las tratativas; (b) aquella del perfeccionamiento; y (c) aquella en la que se ejecutan las prestaciones.

- a. *La negociación*. Son las conversaciones. Cada parte, señala Torres (2011) “debe actuar de buena fe, con transparencia en la información” (p. 98). Esta etapa se desarrollará a mayor profundidad más adelante.
- b. *Perfeccionamiento*. Se establece cuando hay consentimiento entre las partes. En esta etapa, los elementos fundamentales son: (a) la oferta y (b) la aceptación; los cuales darán como resultado (c) el consentimiento:

(a) *La oferta*. Llamada también propuesta a contratar, se define como un acto jurídico unilateral. “Generalmente la oferta la realiza quien toma la iniciativa de contratar” (Arrubla, 1985, p. 164).

De la Puente diferencia a la oferta de la propuesta y la oferta al público (policitación). La primera se ofrece a una persona determinada, o destinatario (p. 475). La segunda es el “ofrecimiento hecho al público en general”. Por otro lado, la propuesta “no tiene fuerza vinculante” (De la Puente, 2011, p. 474).

Para que la oferta sea catalogada como tal, deberá: (a) Ser completa (autosuficiente); (b) Expresar una intención seria de contratar; (c) Cumplir una formalidad; y (d) Ser dirigida al eventual aceptante (carácter recepticio). Según Torres (2016), si no se cumplen dichos requisitos, “la propuesta de celebración de contrato quedará en el campo de las tratativas” (p. 299).

- a. *Debe ser completa (autosuficiente)*. La propuesta tiene que ser de tal forma que con la simple aceptación quede perfecto el negocio jurídico. (Arrubla, 1985, p.165). Saavedra (2019) sostiene que “al receptor debiera bastarle con declarar su «aceptación» para, al menos potencialmente, proceder con la ejecución inmediata del compromiso, esto es, sin requerir declaraciones o conductas posteriores que completen el acuerdo alcanzado”. Para Forno (1991) la oferta debe ser suficiente para que, sin necesidad de aceptación, exista acuerdo.
- b. *Debe expresar una intención seria de contratar*. Según De la Puente (2011), la intencionalidad radica en que “con la declaración de voluntad formulada, producida la aceptación, el contrato quedará concluido” (p.

476). Para Saavedra (2019) una parte debe entender el alcance y el carácter vinculante y la otra debe confiar en su seriedad.

- c. *Que cumpla una formalidad.* Y para esto, el oferente debe otorgarle alguna forma a su declaración para que llegue al consignatario. La ley establece para el contrato una formalidad especial, la oferta también tendrá que cumplir dicha formalidad (Saavedra, 2019).
- d. *Que sea dirigida al eventual aceptante (carácter recepticio).* Es decir, la oferta debe tener un destino, no solo un destinatario, así producirá los efectos pretendidos (Saavedra, 2019).

(b) *La aceptación.* Regulada en el art. 1380 del CC. Para Arrubla (1985) se configura cuando el “destinatario de la oferta manifiesta su aceptación incondicional a la misma” (p. 169). Al igual que la oferta, la aceptación debe tener algunas características:

- a. *La conformidad con la oferta.* “El contrato solo se perfecciona cuando exista perfecta congruencia, aun en cláusulas accesorias, entre la propuesta y la aceptación, porque en defecto de tal conformidad, no existe consentimiento” (Torres, 2016, p. 3003). En caso de modificación de oferta, se considera como contraoferta, según señala Saavedra (2019): “Esta declaración debe ser, a todos los efectos, una adhesión a la oferta o ser conforme a ella (esto es, no puede cambiar su contenido, so pena de convertirse en una nueva oferta o «contraoferta»)”.
- b. *Que exprese una intención seria de contratar.* “Encaminada a la celebración de un contrato” (De la Puente, 2011, p. 493).

- c. *Que cumpla una formalidad.* “Si el contrato propuesto es formal solemne, tanto la oferta como la aceptación deben manifestarse observando la solemnidad legal o convencional” (Torres, 2016, p. 304).
- d. *Que sea dirigida al oferente (carácter recepticio).* “Se trata de una declaración recepticia y que debe llegar a destino antes de que el oferente la revoque (si este se reservó dicha prerrogativa)” (Saavedra, 2019).
- e. *Debe ser oportuna.* “Debe emitirse dentro de los plazos otorgados en la oferta y expedida por el sujeto a quien se dirigió la oferta o por su representante” (Saavedra, 2019).

La normativa peruana no señala un plazo explícito para que caduque la oferta, conforme al art. 1385.

(c) *El consentimiento.* De acuerdo con Arrubla (1985), la aceptación no implica necesariamente la perfección del contrato. Si se trata de un contrato consensual, y tanto la oferta como la aceptación se dan en presencia de los involucrados, este se perfecciona al mismo tiempo que la aceptación. Pero si se trata de contrato real o solemne, aunque oferente y aceptante estén, será imprescindible la entrega o el cumplimiento de la solemnidad. Cuando oferente y aceptante no se encuentran, así se sea un negocio consensual, la sola aceptación no perfecciona el negocio. De la Puente (2011) describe las siguientes teorías para la formación del consentimiento:

Teoría de la voluntad. Proclama la libertad individual y la autonomía privada y se manifiesta en el Code Civil des Francais (1804) (CC de Francia). Esta teoría señala que en los contratos debe valorarse lo que realmente quisieron las partes y no lo que se ha declarado.

Teoría de la declaración. Se refiere a que lo que realmente importa es lo manifestado mediante el contrato, restándole importancia a lo que en realidad quieren las partes. Es decir, en caso lo manifestado y lo querido sea distinto, deberá prevalecer lo manifestado a través del contrato. Se busca que predomine la voluntad declarada. El CC toma la postura de esta teoría según lo que se establece en el primer párrafo del art. 1361.

Teoría de la responsabilidad. Suaviza la teoría de la voluntad. El declarante asume el riesgo de la confianza que tal declaración crea.

Teoría de la confianza. Se centra la atención en el destinatario de la declaración. Se debe tutelar la declaración no por lo expresado en esta, sino en la confianza del destinatario.

Por su parte, Torres (2011) enumera las siguientes teorías, que buscan precisar en qué momento se perfecciona el contrato:

Teoría de la declaración. El consentimiento se da con la aceptación de quien acepta la oferta.

Teoría de la expedición. La aceptación deber ser enviada al oferente.

Teoría de la recepción. El contrato se perfeccionará cuando el documento con la aceptación llegue a manos del oferente.

Teoría de la cognición o conocimiento. El consentimiento se produce cuando el ofertante está al tanto del contenido de la aceptación. El CC toma la postura de la teoría del conocimiento, así se establece en el art. 1373.

Así como durante la negociación, las partes deben actuar con responsabilidad, diligencia y buena fe. Torres (2011) destaca que “no actúa de buena fe quien actúa con dolo, violencia o intimidación” (p. 99). De la Puente (2011) señala las diferencias entre la conclusión y el perfeccionamiento del contrato. El primero se da con el consentimiento. El segundo se refiere a la eficacia del contrato de causar efectos jurídicos.

c. *Ejecución*. Díez-Picazo (1996) denomina a esta etapa como fase de consumación, periodo donde se cumplen las prestaciones.

Clasificación de los contratos

De la Puente (2011) propone hacer la clasificación de los contratos de derecho privado atendiendo a los siguientes conceptos:

- a. *Por la prestación*. Tradicionalmente, el criterio se basaba en la obligación y no en la prestación. Se clasifican en contratos *unilaterales* y *bilaterales*.
- b. *Por la valoración*. Según este criterio, se clasifican en *onerosos* y *gratuitos*; considerándose oneroso aquel en el que cada una de las partes sufre un sacrificio, cuya contrapartida radica en la ventaja que recibe. Con el contrato gratuito, una de las partes recibe una ventaja y la otra sufre un sacrificio, sin ninguna contrapartida en ninguno de los casos (p. 162).
- c. *Por el riesgo*. Se clasifican en *conmutativos* y *aleatorios*. “Tradicionalmente, el conmutativo era un contrato oneroso con equivalencia entre las prestaciones” (De la Puente, 2011, p. 167).
- d. *Por la estructura*. Pueden ser *simples* o *complejos*. Simple es, por ejemplo, la compraventa; es decir, un contrato con una única relación jurídica patrimonial. Complejo, por su parte, es el que agrupa contratos diferentes.

Esta agrupación puede dar, a su vez, lugar a contratos contextuales y vinculados. Los primeros, aunque figuren en un solo documento, tienen total autonomía entre sí. Es el caso de una única escritura pública donde se celebra un contrato de constitución de sociedad anónima y uno de compraventa, sin que ninguno afecte al otro. Son vinculados cuando conservan igualmente su identidad propia, pero se unen por algún vínculo de cualquier naturaleza, impuesto o que los firmantes acuerdan voluntariamente. Este es el caso de un contrato de fianza, vinculado a un contrato de comodato.

- e. *Por el área.* Son *civiles, comerciales y especiales*. El CC rige los primeros. El Código de Comercio, los segundos. Los especiales, en cambio, son regulados por normas que se ocupan de actividades especiales, que pueden originar contratos civiles o contratos de comercio, existiendo en ocasiones dudas en cómo determinarlos. Por ejemplo, la minería o la pesquería.
- f. *Por la autonomía.* Pueden ser *principales y accesorios*. La primera clase de contrato no requiere actos jurídicos adicionales. Los contratos accesorios dependen del contrato principal, así, si el primero termina, ocurrirá lo mismo con el segundo.
- g. *Por la formación.* Por el rubro, se clasifican en *consensuales, formales y reales*. Dependen del consentimiento, además de una formalidad especial o la entrega de un bien.
- h. *Por la regulación.* Este criterio determina la clasificación en contratos *típicos y atípicos*. La tipicidad se determina conforme a que se encuentre regulado en el CC.

- i. *Por la función.* Según este criterio, se clasifican en *constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos*. Esta clasificación va conforme al tipo de prestación.
- j. *Por el tiempo.* Para De la Puente (2011), los contratos se clasifican en los de ejecución *inmediata, diferida, instantánea y de duración*. Los dos primeros se relacionan a cuándo debe ejecutarse. Los dos restantes, al tiempo que debe durar la ejecución del contrato. López de Zavalía (1985), citado por De la Puente (2011), agrega que los dos criterios pueden combinarse. Es el caso del arrendamiento puro (un contrato de ejecución inmediata que es también de duración), y la compraventa (de ejecución diferida, además de ejecución instantánea).
- k. *Por los sujetos obligados.* Son *individual y colectivo*. Según De la Puente (2011) “el primero solo involucra a los firmantes. El art. 1363 del CC lo sustenta así. Pero en el contrato *colectivo*, además, terceras personas adquieren obligaciones” (p. 185).
- l. *Por la formación.* Son de *negociación previa y de adhesión*. Según De la Puente (2011), “han adquirido actualmente mucha relevancia. El CC regula con detalle el contrato de adhesión en su art. 1390 y siguientes.” (p. 186)
- m. *Por el rol económico.*

Se clasifican en contratos *de cambio* (intercambio de riqueza); de *colaboración o de cooperación* (persiguen un fin determinado); *asociativos* (persiguen un fin en común); de *prevención o de previsión* (previenen un riesgo); de *custodia o conservación* (adoptan medidas de seguridad); de *crédito* (basados en la confianza); de *garantía*

(aseguran el cumplimiento de una obligación); de *goce* (permiten el disfrute de un bien sin tener la disposición); de *liquidación* (eliminan una situación dada); y de *restitución* (obligan a recibir un bien temporalmente) (De la Puente, 2011, pp. 188).

1.2.4. El periodo precontractual

En este acápite se analizará la fase anterior al perfeccionamiento del contrato, también entendida como negociación, tratos o tratativas preliminares. Es parte de la negociación del contrato, pero tiene características propias. De la Puente (2011) señala que en estos tratos preliminares se prevén los riesgos, se obtiene la información necesaria que permitirá efectuar el contrato de forma segura. En las tratativas se encontrarán los sustentos de vialidad del mismo. Carreño (2015) señala las funciones que se cumplen en la negociación: "una función informativa y una función formativa" (p. 91).

Estas dos funciones son vitales en la construcción de un contrato, debido a que servirán de fundamento para las bases del cumplimiento de prestaciones. Carreño (2015) destaca que las negociaciones no tienen del todo clara su delimitación. Señala dos posturas. La que corresponde a la etapa preliminar de la negociación, concluyendo cuando se lanza la oferta. Otros consideran que se extiende hasta la firma del contrato.

Albaladejo (2008), Roppo (2009) y De la Puente (2011) coinciden que las tratativas terminan con la oferta. En esta línea, en Italia, Scognamiglio (1996) separa las tratativas de la oferta, distingue dos fases en la etapa precontractual: las negociaciones o tratativas y la formación del contrato.

En España, Valés (2012) identifica a la negociación como periodos continuos con función y alcance diferenciables. Considera que los pactos previos sientan las bases de la oferta, y por tanto, se erige como una fase predominantemente declarativa, desprovista de contenido jurídico. Por su parte, la oferta tiene por objeto dar por nacimiento al contrato luego de la aceptación.

En Argentina, Brebbia (1987) señala que la etapa precontractual tiene dos subetapas: “(a) las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta; y (b) comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o el cese de las negociaciones por desacuerdo definitivo” (p. 52).

En Italia, Gabrielle Faggella (1906), quien fue el primero en hacer un análisis del periodo precontractual, citado en Saavedra (2016), señala que “en los tratos preliminares se identifican dos momentos. Cuando se proyecta el contrato, y cuando se da la propuesta concreta y la aceptación” (p. 453).

En España, Alonso Pérez (1971) expone un concepto holístico del iter preparatorio que componga, a los tratos y a la oferta. A su vez, Hilsenrad (2005) señala sobre la identidad de intención de los tratos y a la oferta, consistente en la gestión de la anuencia de las partes sobre el contrato negociado.

En el Perú, Torres (2016) señala que habrá dos tipos de oferta posibles en la etapa de negociación:

Oferta del contrato y oferta de negociaciones: La primera perfecciona el contrato con la aceptación, mientras que la segunda no lo perfecciona nunca, sin una previa negación (...) La oferta del contrato

es vinculatoria, puede ser aceptada y la oferta de negación no vincula al proponente, no puede perfeccionar un contrato. (p. 306)

De acuerdo con Arrubla (1985), las dos voluntades que conforman un contrato pueden examinarse de forma separada antes de perfeccionarse el negocio, y también generan efectos y responsabilidades. El análisis es importante debido a que las legislaciones antiguas, que prolongan ortodoxamente los principios del derecho romano, asumen que el contrato es casi un acuerdo simultáneo, aunque lo cierto es que muchas veces se ha recorrido un difícil y largo camino para llegar a él. El que se resume en cuatro etapas: invitación a contratar, oferta, aceptación y la formación del contrato.

1.2.5. Contratos preparatorios

Dentro de las manifestaciones jurídicas que se pueden dar durante las tratativas encontramos regulados a los contratos preparatorios como figuras típicas: el compromiso de contratar y el contrato de opción. Esta figura jurídica recibe distintas denominaciones: contrato preliminar, contrato de promesa, pactum de contrahendo, antecontrato, precontrato y contrato de primer grado. Dichas denominaciones utilizadas en distintos documentos contractuales tienen un fin común, el cual es la exigencia de realizar un contrato definitivo.

Al respecto, Torres (2016) hace una diferenciación entre las definiciones de contrato preliminar y contrato preparatorio. El primero es el que sienta los lineamientos básicos. En cambio, el segundo prevé y sienta los cimientos que utilizarán de marco para la posible celebración de contratos futuros, pero sin que las partes estén forzadas a esto. El CC recoge la

definición de contrato preliminar para los contratos preparatorios tipificados en dicho cuerpo normativo.

En lo que corresponde a los contratos preparatorios, De la Puente (2011) y Leonseguí (2012) han coincidido en establecer tres teorías que tratan de explicar el concepto de contratos preparatorios:

- a. *Teoría tradicional, clásica o del precontrato.* “Esta teoría es seguida por juristas como Coviello, Ruggiero, Sánchez-Román, Valverde, De Diego, Castán Tobeñas, Messineo y Mirabelli” (De la Puente, 2011, p. 159). Esta teoría dispone que en el contrato preparatorio las partes se obligan a realizar en el futuro uno nuevo, que requerirá las manifestaciones de voluntad de las partes nuevamente.
- a. *Teoría del contrato preparatorio básico o de la base del contrato.* “Esta teoría es seguida principalmente por el jurista Roca-Sastre” (De la Puente, 2011, p. 160). Esta teoría menciona que el contrato preparatorio será un acuerdo de voluntades bilateral que establecerá los lineamientos fundamentales del contrato que se desarrollará más adelante. El contrato preparatorio, entonces, no obliga a celebrar otro contrato. Esta teoría establece que el precontrato es un contrato en el que se sientan las bases de un futuro contrato y se obligan a celebrar en un plazo determinado.
- b. *Teoría del precontrato como fase del iter contractual o negocial.* Esta teoría es seguida por los juristas De Castro y Bravo, Albaladejo, Román García, Díez-Picazo y Farnsworth. Esta teoría establece que del precontrato nace una relación jurídica obligacional y, posteriormente, con el consenso se efectiviza el contrato preparado. En esa misma línea, Román (1982) afirma que: “el precontrato es un fenómeno contractual completo, pero

dependiente del contrato definitivo, ya que constituye la primera fase de su *iter* negocial” (p. 145).

De la Puente (2011) establece el planteamiento en contra de la figura de los contratos preparatorios sustentada por Alguer, quien afirma que el precontrato y el contrato principal son idénticos, en consecuencia, el precontrato es “teóricamente innecesario y prácticamente inútil” (p. 162). Por su parte, y respecto a los contratos preparatorios, Alguer (1935) señala que el alemán Degenkolb (1887) fue el primero en ocuparse de manera sistemática de esta categoría jurídica. “Precontrato”, del vocablo alemán *vorvertrag*, pertenece a la doctrina de los pandectistas. Para Moisset de Espanés (1990), “en ocasiones el contrato definitivo no puede celebrarse inmediatamente, ya sea debido a un impedimento repentino lo vuelva inviable, o debido a que se presentan dificultades materiales o jurídicas, lo que obliga a esta convención” (p. 2).

Análisis derecho nacional. En el OJN, los contratos regulados por el CC son: (a) compromiso de contratar y (b) contrato de opción. Conforme a las definiciones de los contratos en mención, el efecto único del contrato preparatorio es el de obligar a la celebración de un contrato definitivo. De la Puente (2011) consideraba ineludible tomarlos en conjunto como alternativas de contratos preparatorios.

Compromiso de contratar. El CC, en su art. 1414, lo define: “Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”.

El contrato tendrá un mínimo contenido, de acuerdo a lo regulado en el art. 1415 del CC. En estos contratos las condiciones del contrato definitivo a celebrarse en un futuro no son necesarias. Incluso es sensible a modificaciones al celebrarse el contrato definitivo. Según señala Northcote (2013), el compromiso de contratar crea una responsabilidad de naturaleza contractual.

Contrato de opción. El Código Civil, en su art. 1419, define al contrato de opción: “Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no”.

El CC, en su art. 1419, lo puntualiza. Torres (2016) señala su naturaleza: “una de las partes, denominada concedente u accionista, queda vinculada irrevocablemente a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo (contrato opcional) y la otra, llamada optante, tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no” (p. 767). El contrato deberá tener un contenido mínimo, de acuerdo a lo regulado en el CC en su art. 1422.

Los dos contratos preparatorios tendrán que cumplir con la misma formalidad exigida a la del contrato definitivo. Esto se encuentra normado en el CC en su art. 1425. Ambos contratos deben tener un plazo determinado o determinable, en su defecto será de un año. A sus vencimientos, podrán ser renovados sucesivamente por un año. Para el compromiso de contratar, esta consigna se encuentra reglamentada en el CC en su art. 1416. El contrato de opción se encuentra en el art. 1423.

Conforme a la clasificación de los contratos propuesta por De la Puente (2011) en el capítulo previo, las particularidades del contrato preparatorio son:

- a. Por su prestación: podrá ser un contrato unilateral o bilateral, dependiendo de cuántas partes quedan obligadas.
- b. Por su valoración: podrá ser un contrato gratuito u gravoso, dependiendo si existen ventajas para una o ambas partes.
- c. Por el riesgo: es un contrato conmutativo, pues se saben anticipadamente del sacrificio y la ventaja de celebrar este contrato.
- d. Por la estructura: es simple, crea una sola relación jurídica.
- e. Por el área: es un contrato civil, por encontrarse regulado en el CC.
- f. Por la autonomía: es un contrato principal que no depende de otro contrato para cumplir cabalmente su finalidad.
- g. Por la formación: es un contrato formal, ya que se debe cumplir la formalidad establecida en el CC.
- h. Por la regulación: es un contrato típico, al hallarse regulado en el CC.
- i. Por la función: es un contrato constitutivo, puesto que se crea una obligación de hacer (contratar).
- j. Por el tiempo: de ejecución diferida, ya que su efecto (celebrar un contrato definitivo) es posterior a la ejecución.
- k. Por los sujetos obligados: es un contrato individual, debido a que sus obligaciones solo afectan a las partes contratantes.

- l. Por la formación: podrá ser un contrato de negociación previa o de adhesión, dependiendo si las partes tienen participación por igual en la formación del contrato.
- m. Por el rol económico: es un pacto de colaboración o cooperación, al facilitar la consumación de un objetivo determinado (celebrar un contrato).

Análisis comparado. Se presenta un análisis de los contratos preparatorios en el derecho comparado del *Common Law*:

- a. *Derecho inglés.* El precontrato no existe como tal regulado en alguna ley o algún código. Sin embargo, existen figuras utilizadas en la práctica comercial que hacen las veces de esta, como los *agreements subject to contract* y los *agreements to agree*.

Respecto a los *agreements subject to contract*, Marín (2012) sostiene que su contenido, aunque puede ser bastante fiel al contrato en sí, está pendiente de ser formalizado (p. 87). Respecto a los *agreements to agree*, Marín (2012) sostiene que: “las partes se comprometen a celebrar un futuro contrato. Dichos acuerdos, tampoco son vinculantes para parte de la doctrina por la falta de determinación, dudándose incluso de si imponen a las partes la obligación de negociar” (p.87).

Estas figuras precontractuales no son equiparables a los contratos preparatorios, al solo establecer los elementos esenciales de un posterior contrato definitivo, mas no crear la obligación a celebrar este contrato proyectado, tan solo un compromiso moral de celebrar el contrato definitivo.

- b. *Derecho estadounidense*. El derecho estadounidense es inminentemente jurisprudencial, además, el derecho contractual es competencia estatal, por lo que cada estado tendrá su propia legislación. Sin embargo, existen figuras utilizadas en la práctica comercial que hacen las veces de esta: *agreements to agree*, *contract to make a contract* y *promise to contract*.

Respecto a los *agreements to agree*, Marín (2012) sostiene que “son acuerdos precontractuales que contemplan la obligación de celebrar un futuro contrato” (p. 86). Estos acuerdos preliminares son usados con el propósito de cumplir algún requisito normativo o de reducir el riesgo de malos entendidos, respecto a lo acordado. En cuanto a los *contract to make a contract*, Marín (2012) sostiene que “contemplan la obligación de suscribir un contrato formal” (p. 84). Respecto al *promise to contract*, Fontaine & De Ly (2006) sostienen que: “A promise to contract constitutes, by itself, a contractual obligation of a distinct kind. Its purpose is to commit a party to the conclusion of a definitive contract, whose elements have already been agreed upon” (p. 32).

Estas figuras precontractuales son equiparables a los contratos preparatorios, al establecer los elementos esenciales de un posterior contrato definitivo, creando la obligación a celebrar este contrato proyectado. También puede constituirse como un compromiso moral de celebrar el contrato definitivo, en esta coyuntura, no sería ejecutable judicialmente.

Respecto al análisis de derecho comparado de países con el sistema jurídico del *Civil Law*: (a) Alemania; (b) Francia; (c) España; (d) Italia; (e) Argentina; (f) Chile; y (g) Colombia.

- a. *Derecho alemán*. Degenkolb (1887) fue el primero en abordarlo de modo sistemático, siendo igualmente criticado y elogiado por proponer una eventual coacción para concretar la “promesa de mutuo”. Sin embargo, Moisset de Espanés (1990) destaca que no fue tipificada en el CC alemán de 1900 (p. 4). Von Thur (1934) denomina al contrato preliminar como *pactum de contrahendo*, en este un particular está obligado a un contrato de efectos personales.
- b. *Derecho francés*. En el derecho francés se regulan dos tipos de figuras precontractuales, entre las cuales no se encuentran los contratos preparatorios o precontratos. Estos son la promesa unilateral y el pacto de preferencia. El primero está regulado en el art. 1224 del CC de Francia (1804), el segundo, en el art. 1223. Cabrillac (2016) señala que es el documento con el cual un beneficiario tendrá la chance de concluir un contrato cuyos elementos esenciales se encuentran determinados (p. 62). Este último pacto puede ser en los acuerdos precontractuales, como una cláusula que regule la negociación de un contrato, como se verá en el siguiente capítulo.
- c. *Derecho italiano*. Leonardo Coviello introduce recién este concepto en la doctrina italiana en 1896, siguiendo la teoría de Degenkolb (1887). Este valioso aporte motivó a que en el CC de 1942 se regule al “contrato preliminar” en su art. 1351, y la complementa en el art. 2932. Moisset de Espanés (1990) destaca “la concordancia que debería tener con este

artículo, el que establece que mediante sentencia se podrá exigir se produzcan los efectos del contrato no celebrado” (p. 6).

- d. *Derecho español.* En el derecho español no se define el precontrato como tal, tan solo la figura de promesa de compra o venta (art. 1451), de prenda e hipoteca venta (art. 1862) en el Código Civil (1889) (CC español). Sin embargo, tanto Díez-Picazo (1996) como Albaladejo (2008) coinciden en que el precontrato puede ser utilizado en cualquier tipo de precontrato.
- e. *Derecho argentino.* Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), se definen claramente los contratos preliminares en su art. 994: “Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo”. Así, esta definición coincide con la de los contratos preparatorios, establecida en nuestro CC.

A su vez, el Código establece los dos tipos de contratos preparatorios: (a) Promesa de celebrar un contrato y (b) Contrato de opción. El art. 995 del CCyCN (2014) define a la promesa de celebrar un contrato: “Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer”. Esta definición se asemeja a la dada por nuestro CC al compromiso de contratar.

El art. 996 del CCyCN (2014) define al contrato de opción como el “que contiene una opción de concluir un contrato definitivo”. Esta definición se asemeja a la dada por nuestro CC al contrato de opción;

aunque no hace referencia a lo imperioso de establecer todas las condiciones del contrato definitivo.

Danuzzo, Silvero y Escalante (2015) concluyen los siguientes puntos sobre los contratos preliminares: “son una categoría general independiente; establecen un plazo de vigencia; debe incluir la aceptación de los elementos esenciales que identifica el contrato futuro; y crean una obligación de hacer para los involucrados” (p. 4).

- f. *Derecho chileno.* El derecho chileno no define los contratos preparatorios como tal. Conforme al Código Civil de la Republica Chile (1855) o CC de Andrés Bello, establece en el art. 1554° las condiciones de la promesa:

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª Que la promesa conste por escrito; 2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3ª Que la promesa contenga un plazo o una condición que fije la época de la celebración del contrato; 4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Este artículo explica que la promesa es una figura intercontractual que puede ser utilizada con distintos contratos. Entonces, esta definición coincide con la de los contratos preparatorios, establecida en nuestro CC. Sin embargo, no fija un plazo máximo. Tampoco se tipifican al compromiso de contratar ni al contrato de opción.

Respecto a los contratos de opción, la doctrina permite incluirla como una figura atípica respaldada en el principio de autonomía privada, conforme establece Corral (2012), porque las partes pactan un contrato definitivo, aunque este queda suspendido mientras alguna de ellas no exprese voluntariamente su deseo de hacerlo eficaz.

- g. *Derecho colombiano.* El derecho colombiano no define los contratos preparatorios como tal. Conforme a la Ley N.º 153 de 1887, que en su art. 89 deroga y sustituye el contenido del art. 1611 del Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (1873) (CC de Colombia) se fijan los requisitos de la promesa:

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito; 2. Que el contrato que fije la promesa no sea declarado ineficaz al no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3. Que la promesa fije un plazo o una condición que establezca la época en que el contrato ha de celebrarse; 4. Que el contrato esté determinado de tal forma que, para perfeccionarlo, solo haga falta la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Se puede notar que la noción de la figura jurídica de promesa fue tomada del Código de Andrés Bello chileno, por lo que las observaciones coincidirán a las dadas en dicha regulación.

Complementando, la legislación colombiana determina las consecuencias de la promesa de negocio jurídico en su Código de Comercio (1971) en su art. 965. Al respecto, Oviedo (2003) señala sobre

la promesa que, “aunque el CC no contenga una definición expresa, este tiene un fin y es una manifestación recíproca de querer celebrar otro contrato” (p. 621).

Como una reflexión final, sostiene Northcote (2013) “evaluar todas las alternativas que nos ofrece la legislación para estructurar nuestras operaciones comerciales y aplicar el esquema que se ajuste mejor”. Acotando a esto, los contratos preparatorios no son las únicas figuras jurídicas posibles antes de celebrar un contrato definitivo. Se podrán utilizar los acuerdos precontractuales que se desarrollarán a continuación.

1.2.6. Acuerdos precontractuales

Como se analizó en el numeral anterior, se celebran contratos preparatorios para asegurar los contratos definitivos. A su vez, se realizan distintos tipos de acuerdos durante cada etapa precontractual; en la práctica comercial se utilizan figuras jurídicas de origen anglosajón para estos acuerdos precontractuales que se les denomina carta de intención o *Letter of Intent* (LOI), y memorándum de entendimiento o *Memorandum of Understanding* (MOU).

Dichos términos suelen ser utilizados en la práctica contractual internacional aleatoriamente entre sí. Dichos acuerdos precontractuales, a pesar de ser titulados de la misma forma, son de distinta naturaleza; siendo contratos vinculantes jurídicamente, o acuerdos o declaraciones de voluntad sin vinculación jurídica. Dicha naturaleza se basa en los objetivos que cumplan, los cuales dependerán de los intereses propios, teniendo como punto en

común su aplicación, la que está delimitada a la etapa tratativa de un contrato final.

Estos acuerdos precontractuales antecederán a contratos de formación continuada, precedida de diferentes actos durante las tratativas. Conforme a Díez-Picazo (1996), dicha formación sucesiva se suscita por ser operaciones de una envergadura tal que la haga necesaria, para definir acuerdos previos al contrato.

Del mismo modo, estos acuerdos precontractuales son figuras jurídicas atípicas que no se encuentran reguladas en el derecho anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos), de donde son originarias, menos aún en el derecho de Europa continental (Alemania, Francia, Italia y España). En Latinoamérica (Chile, Colombia y Perú), estas figuras jurídicas tampoco han sido reguladas, salvo en Argentina. Al no contar con regulación, en la mayoría de países se analizarán estas figuras jurídicas desde una perspectiva doctrinaria.

Los acuerdos precontractuales pueden cumplir distintas funciones. “Las cartas (o declaraciones) de intenciones pueden variar profundamente por contenido, funciones y efectos” (Roppo, 2009, p. 151). Conforme a Marín (2012), los acuerdos precontractuales deben clasificarse según el efecto que cumple cada uno:

a. Invitación a negociar

Esta figura precontractual, llamada *carta de intención* según Llodrá (2003) y Carrasco (2013), a su vez es denominada como *oferta a negociar* según Menéndez (1998). En la práctica comercial también es “conocida como *heads*

of agreement, heads of term, memorandum of understanding, protocol, letter of understanding, letter of Intent o term of sheet“ (Marín, 2012, p. 198).

Carrasco (2013) señala como una de los cometidos de la carta de intención, o letter of intent, que “una o ambas partes de una negociación declaran su compromiso, intención, deseo, oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe en un acuerdo definitivo de compra” (p. 124).

En el tráfico comercial, se utilizan con la finalidad de iniciar la etapa de negociación o tratativas. Dichos documentos podrán ser tanto unilaterales como bilaterales, con los cuales se manifiesta la intención de una parte o ambas partes de iniciar las negociaciones. Marín (2012) explica que “son un tipo de acuerdo precontractual que manifiesta por escrito, de forma unilateral, la voluntad de iniciar una negociación” (p. 200). De otra parte, Díaz (2013) destaca que:

la carta de intención es un deseo manifiesto de empezar o retomar una negociación, pero que no los compromete a celebrar el contrato final, pues, en la mayoría de los casos, incluye la cláusula de no vinculación (*non binding rule*) (p. 201).

Naturaleza. Como invitación a negociar, será la de un documento precontractual que plasma la declaración de voluntad de quien la redacta. En esa línea, Llodrá (2003) destaca lo siguiente:

La letter of intent es una propuesta que no puede ser calificada como abierta a la aceptación, es decir, como oferta; sino que, si el receptor quiere continuar negociando, así lo ha de indicar. Cuando lo haga, empezará la fase de tratos preliminares. (p.15)

En base a esta definición, queda claro que una invitación a negociar es un tipo de documento con naturaleza extracontractual, no pudiendo ser vinculante jurídicamente, incluso con la recepción o aceptación del mismo.

Efectos. Sobre sus efectos, Torres (2016) señala que “la invitación a iniciar tratos no obliga a su autor ni a nadie” (p. 359). Este documento solo podrá considerarse como un indicador del origen de las tratativas de un eventual contrato, incluso con la recepción del destinatario. Coincide De la Puente (2011) al señalar que: “cualquiera sea la modalidad de invitación a ofrecer, el invitante no queda vinculado por su invitación, de manera que conserve la libertad absoluta de aceptar y rechazar las ofertas que le formulen” (p. 633).

En ese sentido, Navares (2011) señala que estos documentos por su contenido son incompletos e inejecutables. Cavestany (2010) se refiere a la poca trascendencia de la invitación a negociar.

Formalidad. Las invitaciones a negociar, que son tituladas como cartas de intención, evidentemente serán escritas. En ese sentido, Carrasco (2013) señala sobre la redacción de la carta de intención: “tiene forma de carta. Por lo tanto, es un documento que *prima facie* [a primera vista] es redactada por una parte” (p.128).

Análisis derecho nacional. El OJN no las regula. La aceptación o recepción de la invitación a negociar daría inicio a la etapa de negociación. El art. 1362 del CC sí regula dicha etapa. Marín (2012) menciona las obligaciones que conlleva: “(a) Un deber de obligación a negociar con buena fe; (b) Una obligación de proporcionar determinadas informaciones; (c) Un deber de protección; (d) Una obligación de confidencialidad” (p. 204).

Es importante señalar que estas obligaciones no están adecuadamente delimitadas, y serían consideradas como cuidados mínimos que tienen que tener las partes diligentemente al negociar. Siguiendo la naturaleza contractual de las negociaciones por la responsabilidad precontractual, sería el juez quien establecería los límites en caso de incumplimiento de alguno de estos deberes.

En cambio, si se sigue la naturaleza extracontractual de las negociaciones por la responsabilidad precontractual, el juez, basado en el *nominem leadere*, valorará el daño derivado de una conducta antijurídica (actuar de mala fe). Las invitaciones pueden ser válidamente revocadas o desconocidas por el emisor. Las ofertas sí son irrevocables. Como síntesis, se podría indicar que las cartas de intención, como invitaciones a negociar, son incapaces de generar obligación o responsabilidad alguna, según el OJN.

Análisis derecho comparado. A continuación, se presenta un análisis de las invitaciones a negociar en el derecho comparado del *Common Law*:

a. *Derecho inglés.* Reciben principalmente la denominación de *invitation to treat*. En palabras de Marín (2012): “Las *invitations to treat* en derecho inglés no tienen eficacia contractual, siendo su principal efecto el comienzo de los tratos preliminares cuando son aceptadas” (p. 211).

En esa misma línea, Law Teacher (2013) señala que una invitación a tratar es diferente a una oferta, toda vez que solo invita a un parte a hacer una oferta y no genera vinculación jurídica. Por su parte, Duhaime (2019) define a la *invitation to treat* como: “An invitation to another person to make

an offer to contract. An invitation to treat is a mere declaration of willingness to enter into negotiations”.

- b. *Derecho estadounidense*. Estas invitaciones a negociar reciben principalmente el título de *letter of intent*. A nivel de jurisprudencia, los tribunales americanos han determinado algunos casos de manifestación de los *letter of intent* en su modalidad de invitación a negociar. Las cotizaciones de precios y los pedidos sujetos a aprobación interna serán considerados *letter of intent* (Marín, 2012).

Según destaca Llodrá (2003), esta figura consiste en una invitación a entrar en tratativas, con mesura y con intención de que los tratos prosperen. Se podría concluir, a palabras de Marín (2012), que “en el derecho estadounidense las *letter of intent*, entendidas como invitaciones a negociar, carecen de eficacia jurídica” (p. 211). Estas figuras precontractuales tendrían de esta manera una utilización en el campo comercial como primer acercamiento entre partes que quieran negociar sobre un eventual contrato.

Como se mencionó anteriormente, estos acuerdos precontractuales no tienen una regulación expresa en los ordenamientos jurídicos del derecho romano-germánico, incluidos en estos los de Europa continental y Latinoamérica.

Características. La invitación a negociar es una figura jurídica precontractual que tiene características propias:

- a. Manifestación de voluntad unilateral, susceptible a ser suscrita por el destinatario.

- b. Intención de empezar o retomar una negociación.
- c. La respuesta o aceptación de esta por el destinatario dará inicio a la negociación o tratativas.
- d. Forma de carta (escrita).
- e. No tiene intención de vincularse para generar obligación a contratar.
- f. Figura autónoma de la negociación del eventual contrato futuro.

Usos. En la práctica comercial empresarial, cuando una empresa busca cotizar algún producto o servicio, de la misma forma que un proveedor puede hacerlo presentándose a un eventual cliente. Marín (2012) señala que “se utilizan como una manera usual de comenzar una negociación, es una vía de acercamiento con más de un potencial contratante y escoger la oferta más conveniente” (p. 201).

Diferencia con otras figuras jurídicas. Este acuerdo precontractual se caracteriza porque no busca vincular a nadie a ninguna obligación. En dicho documento solo la o las partes se presentan y manifiestan su interés sobre emprender la etapa de negociación de determinado bien o servicio. Por ello no se consideran los elementos esenciales del eventual contrato que podría celebrarse como resultado de las negociaciones. En base a ello, no cumple con las características de una invitación a ofrecer u ofertar, oferta, contrato preparatorio ni mucho menos un contrato definitivo.

La invitación a negociar es definida como “una proposición de iniciar tratos previos acerca de un eventual contrato” (Menéndez, 1998, p. 85). Juristas como Albaladejo (2008) “equiparan a la invitación a negociar con la invitación a ofertar” (p. 376). La invitación a negociar no busca recibir ofertas,

tan solo iniciar negociaciones, se ejemplificaría en la práctica comercial con la solicitud de catálogo de los productos que ofrece.

Por su parte, la oferta requerirá cumplir sus requisitos antes mencionados: que sea completa (autosuficiente); que exprese una intención seria de contratar; que cumpla una formalidad; y que sea dirigida al eventual aceptante (carácter recepticio). De los requisitos mencionados, sobre la formalidad, si es consensual, tendría que hacerse por escrito necesariamente. Respecto al carácter recepticio, sí podría ser dirigida al eventual aceptante, pero esto solo denotará el principio del periodo de negociación, no vinculándolos jurídicamente. En ese sentido, Llodrá (2003) señala “la falta de autosuficiencia de las invitaciones a negociar” (p. 15). La diferencia es aún más clara respecto al contrato, al no contener sus elementos esenciales (Carrasco, 2013, p. 169). Tampoco se cumple con las condiciones de un contrato.

b. Acuerdos de intenciones

Ha adquirido diversas denominaciones: acuerdo de intenciones según Marín (2012) y Menéndez (1998); carta de intención según Roppo (2009), Llodrá (2003) y Carrasco (2013); contrato de negociación según Torres (2016); acuerdo para negociar (*agreement to negotiate*) según Llodrá (2003); *memorandum of understanding (MOU)* según López (2016). Para Menéndez (1998), el acuerdo de intenciones es “una figura contractual cuya finalidad consiste en fijar los principios o criterios que marcarán el rumbo durante la negociación de un hipotético futuro contrato” (p. 30). Para Roppo (2009), “pueden en el estadio inicial de la tratativa, simplemente documentar que las partes consideran tratar sobre un cierto contrato, indicando los puntos que se

deberán discutir y negociar, y acaso definiendo tiempo, lugares y modos de las tratativas” (p. 151).

Torres (2016) denomina contrato de negociación a este tipo de carta de intención, señala que “tiene por objeto regular contractualmente las relaciones previas al contrato definitivo” (p. 757). Según Carrasco (2013), las “cartas de intenciones establecen reglas temporales obligatorias para ordenar el proceso de negociación futura” (p. 88).

López (2016) señala al *memorandum of understanding* como un tipo de acuerdo precontractual: “Un acuerdo generado dentro del proceso de negociación, cuyo objeto es regular el comportamiento de las partes durante esta etapa”. Se produce en la etapa precontractual y puede contener o no obligaciones (p. 213).

Díez-Picazo (1996) es enfático al otorgarle naturaleza contractual (p. 280). Sin embargo, para Llodrá (2003) no alcanza la categoría de contrato (p. 15). De acuerdo con López (2016), en ambas figuras las partes pueden elegir el arbitraje como método alternativo de resolución de disputas, siempre que ellas cumplan con lo imprescindible para que el convenio arbitral sea considerado válido.

De la misma forma, Parra (2013) establece que las autorregulaciones serían el primer paso para otorgar seguridad jurídica a una práctica cada vez más frecuente y menos regulada, como es la de los acuerdos precontractuales. Por su parte, Caramelo (2015) establece como una función primordial de la carta de intención el establecer reglas de conducta que encaminen correctamente la negociación, con resultados favorables para ambas partes.

Naturaleza. Sobre la naturaleza de los acuerdos de intenciones, Díez-Picazo (1996) es enfático al “otorgarle naturaleza contractual, al ser contratos autónomos” (p. 280).

Si las cartas de intención no celebran el contrato al cual se refieren; sin embargo, pueden crear entre las partes algún distinto vínculo de naturaleza contractual. Como el deber de respetar tiempos, lugares y modos acordados para el desarrollo de la tratativa. O bien, si en ellas está previsto, el deber de exclusividad, es decir, de no desarrollar tratativas paralelas con otros; o el deber de no modificar ciertas situaciones (*standstill agreement*); o el deber de revelar a la otra parte ciertos datos, relativos a la propia organización (*disclosure agreement*) y el contra-deber, para quien los aprehende, de mantenerlos en reserva (*secrecy o confidentiality agreement*). El acuerdo sobre estos compromisos da lugar a contratos (secundarios e instrumentales) sobre la manera de conducir las tratativas del contrato principal (Roppo, 2009, p. 151).

En cambio, Marín (2012) señala que los acuerdos de intenciones tienen una doble naturaleza, tanto contractual como extracontractual. Sobre el ámbito contractual, por incluir derechos y obligaciones que regulan la negociación, y sobre el ámbito extracontractual, por ser parte de las tratativas de un eventual contrato. Esta posición resulta más adecuada teniendo en cuenta que los acuerdos de intenciones son partes del iter contractual y a su vez un contrato que tiene por objeto regular la etapa en mención.

Efectos. El acuerdo de intenciones obliga a respetar el proceso acordado, pudiendo instar su cumplimiento como el de cualquier otra obligación contractual (Marín, 2012, p. 187). Según Torres (2016), un contrato de negociación tiene como único fin establecer las condiciones y la forma en que las negociaciones serán llevadas, de este modo determinan con total seguridad el contenido contractual del contrato a celebrarse (p. 757).

En el contrato de negociación se puede estipular que una o ambas partes (obligación con prestación unilateral) se obligan (obligación con prestaciones recíprocas) a participar en las negociaciones, o sea, su objeto es la obligación de iniciar conversaciones, mas no la de perfeccionar el contrato, porque cualquier desavenencia podría impedir su conclusión. (Torres, 2016, p. 757).

Los acuerdos de intenciones tienen como objeto promover la seguridad jurídica al llevar la responsabilidad precontractual de las tratativas a una incuestionable responsabilidad contractual. Llodrá (2003), al referirse a estos, señala que “no serán vinculantes, sino establecen obligaciones adicionales a aquella de negociar de buena fe” (p. 19). Marín (2012) señala que “el acuerdo de intenciones, al tener una doble naturaleza, tiene consecuentemente efectos según corresponda la naturaleza de las obligaciones” (p. 241).

Formalidad: Los acuerdos precontractuales no tienen una formalidad establecida, como contratos atípicos, solo se requiere que se plasmen materialmente en un documento. “Por lo general mediante una escritura pública” (Marín, 2012, p. 239).

Análisis derecho nacional: No están regulados ni en el CC ni por leyes especiales. No obstante, el art. 1362 fija la buena fe y el común acuerdo durante las negociaciones. Al respecto, Vásquez (2017) señala que existen dos tipos de acuerdos de intenciones, uno vinculante y otro no vinculante. El MOU no vinculante solo se considerará como parte de las tratativas. El MOU vinculante será un genuino contrato.

Analizando los requisitos que debe tener un contrato, se puede establecer que los acuerdos de intenciones son contratos plenos, al cumplir con los componentes que destaca Torres (2016):

1. Que exista acuerdo: El acuerdo de intenciones contiene voluntad expresa de las partes de someterse al mismo.
2. Que sean de dos o más partes: El acuerdo de intenciones requiere necesariamente la participación de dos partes, lo cuales recibirán la denominación de tratantes o negociantes de un eventual contrato futuro.
3. Que sus efectos sean constitutivos, modificativos, extintivos o reguladores: En este caso los acuerdos de intenciones tendrán efectos jurídicos reguladores de la etapa de negación (tratativas) de un eventual contrato futuro.
4. Que la relación jurídica sea de naturaleza patrimonial: El acuerdo de intenciones tendrán naturaleza patrimonial en cuanto tengan un valor económico susceptible a satisfacer necesidades.

Análisis derecho comparado: A continuación, se presenta un análisis de los acuerdos de intenciones en el derecho comparado del *Common Law*. (a) Derecho inglés (b) Derecho estadounidense:

a. *Derecho inglés*. Estos acuerdos de intenciones reciben principalmente la denominación de *agreements to negotiate* (acuerdos de negociar) según Marín (2012).

Según este autor, estos acuerdos precontractuales se caracterizan por: “a) aludir a la fase de formación del contrato proyectado y b) regular el *substance* (contenido) de la obligación a negociar” (p. 227). Se delimitan a la etapa de negociación de un eventual contrato y regulan el contenido con derechos y deberes para dicho periodo temporal.

Según Fontaine y De Ly (2006), en el derecho inglés “se parte de la premisa que nadie está obligado a mantenerse en una negociación” (p. 35). Asimismo, Fontaine y De Ly (2006) “son reacios a reconocer la responsabilidad durante la etapa de negociación” (p. 36). Según Zimmermann (2000), en el derecho inglés “no existe un principio general de cuyo contenido sea que las partes de un contrato deban ajustar su conducta a los mandatos de buena fe” (p. 155).

b. *Derecho estadounidense*. Esta figura precontractual recibe distintas denominaciones. Según Marín (2012), estos acuerdos precontractuales “se caracterizan por dar las reglas de toda la negociación de un eventual contrato” (p. 230). Lake y Draetta (1994), al referirse a las cartas de intenciones, señalan que son un reflejo de las negociaciones.

Según Fontaine y De Ly (2006), habrán dos tipos de acuerdos de intenciones:

Los no vinculantes (*letters without binding effect and clause excluding liability*) y los vinculantes (*firm agreements about certain particular aspects of the negotiation*). Estos últimos pondrían las siguientes cláusulas: *exclusivity*; *promise of confidentiality*; *obligation as to timeline for negotiations*; *organization and payment of the cost of primary studies*; y *acceptance to bear the cost of negotiations*. En ese sentido, plantean si el solo deber de negociar de buena fe considera la obligación de exclusividad, lo cual solo se esclarecerá con una cláusula pactada (p. 25).

Según Llodrá (2003), la consecuencia de los acuerdos de intenciones es incierta, “en caso solo se obligue a negociar de buena fe solamente se podría accionar por el daño sufrido” (p. 19). En esa misma línea, Farnsworth (1987) señala que para las partes solo será exigible lo que se hayan obligado hasta la etapa de negociación.

Según “Fontaine y De Ly (2006), pueden determinarse, “dentro de la libertad contractual, cláusulas contractuales que excluyan una obligación legal” (p. 41). “Sobre los acuerdos de intenciones no vinculantes, estos autores señalan que “el contenido del acuerdo de intenciones debe evidenciar la calidad del acuerdo de caballeros” (Fontaine y De Ly , 2006, p. 43). Un mismo acuerdo de intenciones puede tener cláusulas vinculantes como no vinculantes. “Se tiene así una naturaleza ambivalente en ambos sentidos” (Fontaine y De Ly, 2006. p. 44.) Respecto a la forma de ordenar estos dos tipos de obligaciones, Fontaine y De Ly

(2006) señalan que hay dos técnicas. “La primera técnica, indicando expresamente qué cláusula es vinculante y cuál no. La segunda divide las cláusulas según su naturaleza” (p. 44).

Como se mencionó anteriormente los acuerdos precontractuales denominados como carta de intención o memorándum de entendimiento bajo la modalidad de acuerdos de intenciones no tienen una regulación expresa en los ordenamientos jurídicos del Derecho Romano-Germánico, incluidos en estos los de Europa continental y Latinoamérica, salvo en Argentina.

- c. *Derecho argentino*: La carta de intención, como un acuerdo de intenciones, ha sido tipificada en su nuevo cuerpo normativo, el CCyCN (2015) en el art. 993:

Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos.

La carta de intención regulada en el Código sustantivo argentino se refiere al acuerdo de intenciones. Esta señala que las partes acuerdan negociar sobre ciertas bases, lo que vendría a ser la regulación de las tratativas de un eventual contrato futuro. Señala que estos deben delimitarse en su interpretación respecto a la etapa de negociación. Además, solo podrían ser consideradas ofertas de un contrato si cumplen los requisitos de estas. Con esta última afirmación queda claro que la suscripción de un acuerdo

de intenciones no podrá ser considerado el perfeccionamiento del contrato sobre el que versan las tratativas, siendo dos contratos autónomos.

Borda (2013) define a la figura de la carta de intención como acuerdo de intenciones en el ordenamiento jurídico argentino. Papa (2016) le reconoce un carácter no vinculante a las cartas de intenciones, respecto a obligar la celebración sobre el contrato objeto de tratativas. “La carta de intención ha recibido una regulación expresa en el nuevo Código, como formato precontractual en esencia no vinculante” (p. 7).

Caramelo (2016) señala algunas obligaciones y deberes que pueden pactarse a fin de regular la etapa de negociación: “El deber de confidencialidad; el de lealtad; el de información, (...) algunas especificaciones suelen ser beneficiosas, por aportar claridad al contenido de las conductas debidas” (p. 394).

Características: El acuerdo de intenciones es una figura jurídica precontractual que tiene características propias:

- a. Contrato atípico, lo firman las partes.
- b. Intención de que la negociación sea regulada.
- c. La aceptación originará una relación contractual entre los copartícipes.
- d. Forma de contrato (escrito).
- e. No tiene intención de vincularse para generar obligación a un futuro contrato.
- f. Contrato autónomo de la negociación del eventual contrato futuro.
- g. Se establecen distintas cláusulas, siendo las más comunes: exclusividad, confidencialidad, plazos y penalidades.

Sobre la importancia de los acuerdos de negociar, Farnsworth (2004) señala de lo que está comprendido el deber de buena fe en las tratativas no debe ser indeterminado, y quedar a libre interpretación del juez:

A través de un cuidadoso contrato las partes pueden fácilmente determinar si las negociaciones son exclusivas, cuánto tiempo deben continuar, qué debe ser divulgado y qué deben mantenerse en reserva. Dado el estado incierto de la ley sobre tales materias, no deben dejarse a la discreción de una corte (p. 113).

Usos: Los acuerdos de intenciones pueden ser implementados en distintos tipos de prácticas comerciales, un ejemplo sería en caso de compraventa de empresas, según señala Marín (2012), en el cual es necesario el intercambio de información sensible, que deben ser cauteladas bajo el concepto de información confidencial, además será necesario la realización de una *due-diligence* (Espinoza, 2016, p. 1046). En la práctica comercial empresarial, regula algunos aspectos de la negociación de un eventual contrato. Las cláusulas que pueden ser usadas podrán ser tanto vinculantes como no vinculantes, conforme lo señala (Castro-Mendivil, 2019).

Acuerdos vinculantes:

- Cláusula de exclusividad (*no shop clause*).
- Cláusula de confidencialidad o *Non-Disclosure Agreement* (NDA).
- Penalidades.
- Asunción de daños.
- Asunción de gastos (costo de asesoría legal, financiera, traslado de información, etc.).

- Cláusula arbitral o de jurisdicción competente.
- Cláusula de ley aplicable.
- Cláusula de salida (*walk-away fee*).
- Cláusulas resolutorias (puede considerar algún acuerdo no vinculante como causal de resolución).

Acuerdos no vinculantes:

- Cláusula de contactos y direcciones (Identificación de personal autorizado para negociar).
- Identificación del bien objeto de negociación.
- Plazos para negociación.
- Transición de la gerencia y/o auditores (autorización de personal para que ingresa a otra empresa).
- Definición de términos o conceptos.
- Deber de compartir información fidedigna.
- Negociar de buena fe.
- Cláusulas *best efforts* (deber de actuar con sus mejores esfuerzos o previsión de esfuerzos razonables).

Es importante rescatar que los acuerdos de intenciones pueden incluir otros tipos de acuerdos precontractuales, como los acuerdos parcialmente alcanzados. Al respecto, Marín (2012) señala que: “puede haber documentos que responden simultáneamente a más de una institución” (p.240).

Diferencia con otras figuras jurídicas: Este acuerdo precontractual tiene como particularidad que no busca vincular a los copartícipes a ninguna obligación. En dicho documento solo las partes regulan la fase de negociación

de un eventual contrato. Por ello no se consideran los elementos esenciales del eventual contrato que podría celebrarse como resultado de las negociaciones. En base a ello, no cumple con las características de una oferta, de un contrato preparatorio, ni mucho menos un contrato definitivo. En palabras de Torres (2016), “los contratos de negociación (acuerdos de intenciones) se diferencian de los contratos preparatorios en el objeto que tiene cada uno, a pesar de que ambos se celebran antes del contrato definitivo” (p. 758).

c. Acuerdos parciales alcanzados

Esta figura precontractual ha recibido la denominación de: acuerdos parciales, punctation o punktuation y semiacuerdos según Roppo (2009), De la Puente (2011), Marín (2012) y Torres (2016), carta de intención (letter of intent o L.O.I.) según Llodra (2003) y Marín (2012), minuta según Menéndez (1998) y De la Puente (2011), acuerdos de principios según Torres (2016), acuerdo o pacto de intenciones según Llodra (2003) y Memorándum de entendimiento (Memorandum of Understanding o M.O.U.) según Marín (2012) y Castro-Mendivil (2019)

Según Roppo (2009), las cartas de intenciones “pueden intervenir en el estadio más avanzado, y fijar los puntos sobre los cuales se ha alcanzado ya el acuerdo, reenviando seguidamente a la secuela de la tratativa la búsqueda del acuerdo sobre los demás” (p. 151). Fontaine y De Ly (2006) “introducen el término autorregulación en la redacción de cartas de intención de negocios complejos” (citado en Parra, 2013, p. 31).

Los acuerdos de intenciones pueden desencadenar en otra forma de carta de intención, al establecer acuerdos parcialmente alcanzados en las tratativas. En los contratos de negociación de larga duración, las partes pueden tener intereses en fijar los puntos sobre los cuales han llegado a un acuerdo. Se les denomina acuerdos de principios. Estos pactos ponen de manifiesto la formación sucesiva del contrato (Torres, 2016, p. 758).

Por su parte, Caramelo (2015) establece como funciones de la carta de intención, la declarativa y probatoria. “Dejando constancia sobre los puntos en los que se llega a un acuerdo y sobre los que no; a fin de ordenar y esclarecer el transcurso de las tratativas” (p. 68). De forma similar, Díaz (2013) destaca “el registro documental de cuáles han sido los avances de la negociación” (p. 202).

Naturaleza: Las partes están “habilitadas para fijar por escrito los puntos acordados (puntuación), o extender un texto provisional del contrato en discusión (minuta), y firmar o rubricar el texto así redactado” (Roppo, 2009, p. 150). Llodrá (2003) hace referencia a los acuerdos parcialmente alcanzados como antesalas a un contrato definitivo, “en los que se van creando acuerdos sin vinculación contractual mediante la evidencia escrita de los diálogos que se mantienen, como una constancia en caso lleguen a romper las negociaciones” (p. 15).

En esa línea, Marín (2012) destaca la naturaleza extracontractual de los acuerdos parcialmente alcanzados, “toda vez que se encuentran en las tratativas y, a pesar de que se puede llegar a un consenso de los tratantes,

estos no son definitivos, por lo que pueden ser variados por los mismos” (p. 262).

Efectos: La formación continua del contrato está caracterizada por la determinación, paso a paso, de cómo procede la tratativa. Ello plantea un problema: en esta progresión de semiacuerdos, o acuerdos parciales. El momento en que se forma el acuerdo necesario y suficiente para celebrar un contrato, se fundamenta en dos reglas:

La primera regla es que necesariamente se alcance el acuerdo sobre cada uno de los puntos puestos en discusión; si queda un desacuerdo acerca de un solo punto entre los discutidos, el contrato no se efectuará. La segunda regla es que para celebrar el contrato podría ser suficiente el acuerdo parcial sobre algunos puntos discutidos, mientras que respecto a otros puntos no hay aún acuerdo, siempre que las partes manifiesten su común voluntad en tal sentido (Roppo, 2009, pp. 149-150).

El acuerdo parcialmente alcanzado estar falto de valor vinculante cuando el contrato no se celebra. No obstante, puede originar responsabilidad precontractual para quien injustificadamente lo desatienda.

Formalidad: Estos acuerdos no guardan una formalidad establecida, pueden ser redactados en forma de acta, carta o minuta.

Análisis derecho nacional: Los acuerdos parciales están diseñados para ser utilizados en un sistema que les den valor a estos acuerdos parciales (De la Puente, 2011, p. 305). Así, el art. 1359° del CC estipula sobre la conformidad de las partes sobre el contenido para darle nacimiento a un contrato: “No hay

contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

Por otro lado, en el sistema de *punktuation* (minuta) se señala que “los acuerdos parciales documentados permiten establecer en qué momento la negociación después de sucesivos acuerdos parciales se ha llegado a formar el contrato definitivo, momento en que el contrato se da por celebrado” (De la Puente, 2011, p. 303).

Los acuerdos precontractuales solo materializan algunos elementos de un eventual contrato definitivo, no llegan a definir todos los elementos del mismo. Los acuerdos parciales conseguidos nos ubican dentro de la etapa de negociaciones, por lo que se incurriría en responsabilidad precontractual de naturaleza extracontractual en caso de daños ocasionados por los mismos.

Análisis derecho comparado: A continuación, se presenta un análisis de los acuerdos parcialmente alcanzados en el derecho comparado del *Common Law*: (a) Derecho inglés (b) Derecho estadounidense:

a. *Derecho inglés*: Estos acuerdos parcialmente alcanzados reciben principalmente la denominación de *memorandum of understanding* o *notes* según Marín (2012).

Para el derecho inglés, estos acuerdos precontractuales no tienen una eficacia contractual, se limitan a ser documentos utilizados como instrumentos probatorios de la negociación de un eventual contrato definitivo.

b. *Derecho estadounidense*: Estos acuerdos parcialmente alcanzados reciben principalmente la denominación de *letter of intent* según Llodrá

(2003), Fontaine & De Ly (2006) y Marín (2012); y *memorandum of understanding* según Marín (2012). “Los acuerdos parcialmente alcanzados son documentos en los cuales se plasman las bases del contrato definitivo, con los resultados parciales de las negociaciones que se han ido obteniendo. Estos acuerdos serán provisionales” (Fontaine & De Ly, 2006, p. 37).

Durante las negociaciones los tratantes buscarán documentar los acuerdos logrados hasta la fecha, a pesar de que no se haya llegado al contrato definitivo. “*There are circumstances in which the parties wish to have a writing that will provide a record of the negotiations that have taken place to date even though no contract has been reached*” (Rohwer & Skrocki, 2013, p. 30).

Como se mencionó anteriormente los acuerdos precontractuales denominados como carta de intención o memorándum de entendimiento bajo la modalidad de acuerdos parcialmente alcanzados no tienen una regulación expresa en los ordenamientos jurídicos del Derecho Romano-Germánico, incluidos en estos los de Europa continental y Latinoamérica, salvo en Argentina.

- c. *Derecho argentino*: La carta de intención, como se ha mencionado, ha sido tipificada en el nuevo cuerpo normativo argentino. Se regula como tal los acuerdos parciales en el CCyCN en su art 982°:

Acuerdo parcial. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda

integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos.

La carta de intenciones que se ha regulado en el Código sustantivo argentino también puede entenderse como un documento por el cual las partes expresan su consentimiento sobre los acuerdos alcanzados hasta determinado momento de las negociaciones. En este caso, no tendrá eficacia contractual, tan solo serían declaraciones de voluntad orientadas en un mismo sentido, que cumplen una función probatoria del estado de las negociaciones. Caramelo (2016) reconoce que los acuerdos parciales también “son denominados minuta” (p. 370).

En ese sentido, Papa (2016) destaca “la utilización de la denominación de carta de intenciones para plasmar acuerdos parciales” (p. 7). Borda (2013) define a la figura de la carta de intención como acuerdos parcialmente alcanzados bajo el nombre de minuta en el ordenamiento jurídico argentino.

Características: Los acuerdos parcialmente alcanzados son una figura jurídica precontractual que tiene características propias:

- a. Declaración de voluntad bilateral, susceptible a ser suscrita por el destinatario, en señal de conformidad con los avances.
- b. Intención de plasmar los hitos de la negociación.
- c. La respuesta o aceptación estará supeditada a la firma del contrato definitivo.

- d. Acta, carta o minuta (escrita).
- e. No tiene intención de vincularse para generar obligación a contratar.
- f. Figura dependiente de la negociación del eventual contrato futuro.

Usos: Los acuerdos parcialmente alcanzados son utilizados en la práctica comercial empresarial en la última etapa de las tratativas. Marín (2012) destaca “la importancia probatoria de los acuerdos parcialmente alcanzados en la negación de contratos complejos en los cuales la etapa de negociación toma mucho tiempo, por lo que se establecen hitos de los consensos conseguidos” (p. 264).

Según Castro-Mendivil (2019), los acuerdos parcialmente alcanzados son de aplicación en casos complejos como las fusiones y adquisiciones (Mergers and Acquisitions) empresariales, así, sirven para: “plasmear y organizar los puntos acordados durante la primera etapa de negociación de una operación de M&A”.

En la práctica servirían para evitar negociar nuevamente acuerdos alcanzados en determinado momento de la negociación. De esta forma, “reducir el tiempo que las partes y sus abogados deben invertir en negociar ciertos aspectos del contrato de compraventa (que ya han sido previstos en el MOU)” (Castro-Mendivil, 2019).

Diferencia con otras figuras jurídicas: Este acuerdo precontractual tiene como rasgo distintivo que no busca vincular a las partes a ninguna obligación. En dicho documento solo la o las partes plasman acuerdos alcanzados en la etapa de negociación de un eventual contrato. No se considera los elementos esenciales del eventual contrato que podría celebrarse como resultado de las

negociaciones. En base a ello, no cumple con las características de una oferta, contrato preparatorio, ni mucho menos un contrato definitivo.

Los acuerdos parcialmente alcanzados no son consensos definitivos, a diferencia de los contratos definitivos, por ello los últimos pueden cambiar a los primeros. En ese sentido, Marín (2012) señala que “el contrato definitivo no tiene que contener necesariamente lo recogido en el *memorandum of understanding*, puesto que las partes pueden tener razones justificadas para desvincularse de los acuerdos alcanzados antes” (p. 271).

1.2.7. Responsabilidad civil

Se puede entender como la obligación de remediar daños y perjuicios derivados de una acción u omisión. Es definida por León (2011) como “fenómeno que consiste en que el ordenamiento haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro” (p. 145). La responsabilidad civil ha ido evolucionando a lo largo de toda la humanidad. En un inicio, en la Edad Antigua, la teoría del daño del derecho romano tenía una función punitiva que buscaba castigar a quien había generado un perjuicio a otro. Así, el daño era remediado por la responsabilidad personal a través de la venganza, que consistía en ocasionar el mismo daño o uno equivalente a quien lo había producido. Posteriormente, con la modernidad se fue humanizando cada vez más con el remedio ante un daño. Con la teoría del resarcimiento, la responsabilidad pasa a ser patrimonial y busca entregar un equivalente monetario a fin de remediar el daño sufrido.

En el derecho romano, la responsabilidad era de dos tipos, según el origen del daño. El primero, cuando el daño era producido por hecho

antijurídico, estos hechos jurídicos a su vez se subdividían en dos tipos: los delitos (*delictos*), cuando el ilícito era perjudicial; y los cuasidelitos (*quasidelictos*), cuando además de ser perjudiciales, acarreaban una reparación por el daño. “Era inminentemente objetiva, solo se tomaba en cuenta el dolo para su calificación” (Vidal, 2001, p. 390).

El segundo tipo de responsabilidad civil se daba cuando el daño era ocasionado por inejecuciones de obligaciones asumidas previamente del daño. Este tipo de responsabilidad tiene dos elementos fundamentales, la culpa y el dolo. “A su vez, este tipo de responsabilidad era subjetiva, al tomarse en cuenta la culpa o el dolo para atribuir responsabilidad” (Vidal, 2001, p. 391).

Siguió evolucionando hasta llegar a Francia, quienes, seguidores del desarrollo jurídico de los romanos, tomaron la división de la responsabilidad civil considerando la fuente del daño.

Así, Domat y Pothier influenciaron para su tratamiento dual dentro del Código Napoleónico. Sería contractual cuando provenga de la inejecución de obligaciones, y extracontractual cuando provengan de un delito o cuasidelito. Este CC de Francia tomó como criterio de imputación a la culpa, la cual tenía una orientación subjetiva (Vidal, 2001, p. 392).

Posteriormente, en Alemania, influenciados por la escuela pandectista, desarrollaron en 1900 su Código Civil denominado *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB), el cual le dio mayor importancia al daño sobre la culpa, de esta forma pasó a ser objetiva, siendo

fundamental el elemento del nexo causal para atribuir responsabilidad (Vidal, 2001, p. 394).

“A la par de una marcada tendencia dual de la responsabilidad civil, se desarrolló una corriente unificadora o unitarista que buscó concentrar la responsabilidad civil en un solo sistema unitario” (Vidal, 2001, p. 397). Esta propuesta unificadora se le atribuye a Lefebvre, quien inicio el planteamiento que la responsabilidad civil debe analizarse unificadamente, en tanto, la responsabilidad contractual tiene un génesis común al de la responsabilidad extracontractual. Ambas nacen cuando se produce el daño, indistintamente a que haya algún acuerdo previo sobre prestaciones.

En el Perú, este planteamiento de unificación es seguido por juristas como Vidal (2001, p. 399). En este sentido, Espinoza (2016) propone un “cambio en el sistema de la responsabilidad civil” (p. 76). De igual forma, Taboada (2013) señala que “la responsabilidad es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambos como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados” (pp. 35-36).

El CC peruano vigente toma una postura clara a favor de la dualidad, al distinguir ambos tipos de responsabilidad en dos apartados separados en el cuerpo normativo. La responsabilidad contractual se ubica en el Libro VI: Las Obligaciones, Sección Segunda: Efecto de las Obligaciones, Título IX: Inejecución de obligaciones. Por su parte, la responsabilidad extracontractual se encuentra codificada en el Libro VII: Fuente de las Obligaciones, Sección Sexta: Responsabilidad Extracontractual. Por otra parte, la jurisprudencia

nacional ha establecido los elementos de la responsabilidad civil conforme a la Casación 411-2014-CUSCO, los cuales son:

La antijuridicidad es el hecho creador del daño, el cual es contrario al derecho. Según Taboada (2013) la antijuridicidad es “una conducta que contraviene norma prohibitiva, también cuando viole el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios” (p. 36).

El daño, según Taboada (2013), es “todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal” (p. 39).

Los daños se dividen en dos categorías: A) Daños patrimoniales: a) “El daño emergente es la disminución patrimonial” (León, 2016, p.59). b) El lucro cesante es la ganancia dejada de percibir; B) Daños extrapatrimoniales: a) El daño moral, “en su sentido amplio, incluye el menoscabo a la integridad de la persona o lesión a los sentimientos y al daño a la persona” (León, 2016, p. 63).

La relación de causalidad determinará quién es responsable y en qué medida se asumirá el daño.

Un análisis de causalidad destinado a dos fines: por un lado, la vinculación entre el daño y la acción u omisión de un sujeto (aquel que será considerado ‘responsable’); y por otro, la extensión del resarcimiento, es decir, la determinación de si ciertos daños están o no incluidos (en función de su cercanía o lejanía respecto del evento) dentro de la relación de daños resarcibles (León, 2016, p.80).

El factor de atribución o criterio de imputación sustentará si a alguien, según determinada circunstancia, le corresponde ser responsable y asumir el resarcimiento.

Guías o pautas que permiten justificar la imposición de la obligación resarcitoria en cada caso. Son criterios mediante los cuales se responde la pregunta: ¿Por qué en el caso analizado el ordenamiento reacciona concediendo un resarcimiento al damnificado? O: ¿Por qué en el caso analizado no se ha determinado que lo que corresponde y es justo es que los daños se mantengan en la esfera del propio damnificado? (León, 2016, p. 104).

a. Responsabilidad contractual

También es denominada responsabilidad por inejecución de obligaciones o incumplimiento de obligaciones. Tiene como fundamento una obligación asumida previamente, la cual es incumplida en su totalidad, o cumplida de forma parcial, sea defectuosa o tardía. Así, la obligación de resarcir un perjuicio parte de un pacto volitivo, que celebran las partes que establecen derechos y obligaciones, y ante el incumplimiento de una de estas la parte perjudicada pueda accionar. Para su configuración se requiere que antes del daño padecido haya habido una relación jurídica contractual y que, estando en esa situación, se sufra el daño. “Las dos partes (...) se han vinculado voluntariamente y que han buscado en común ciertos propósitos: su reunión no es casual o accidental” (De Trazegnies, 2003, p. 463).

Según Castillo (2017), la responsabilidad civil contractual tiene un origen, una obligación anterior al daño, la cual es “la que surge como

consecuencia de una obligación previamente acordada entre el deudor y autor del daño, y el acreedor o perjudicado” (p. 140). Según Torres (2016), la responsabilidad contractual tiene como origen no solo al contrato: “el daño que causa el deudor a su acreedor con el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de su obligación proveniente de un contrato o de cualquier otro acto jurídico válido, unilateral, bilateral o plurilateral” (p. 309).

El OJN regula a la responsabilidad por inejecución de obligaciones en el CC en el Libro VI: Las Obligaciones, Sección Segunda: Efecto de las Obligaciones, Título IX: Inejecución de obligaciones, desde el art. 1314 al 1332.

La antijuridicidad de la responsabilidad contractual consiste en la falta de cumplimiento a alguna obligación. Según Taboada (2013), la antijuridicidad de la responsabilidad contractual será siempre típica. El OJN señala como causas no imputable la diligencia ordinaria y el caso fortuito o fuerza mayor. El CC en su art. 1314 establece la imputabilidad o ausencia de culpa en casos de actuar con diligencia ordinaria. A su vez, en su art. 1315, establece imputabilidad o ausencia de culpa cuando se da caso fortuito o fuerza mayor.

El daño causado por la responsabilidad contractual puede manifestarse en tres tipos: El daño emergente y lucro cesante están establecidos en el CC en su art. 1321, segundo párrafo. Por su parte, el daño moral está precisado en el art. 1322.

La relación de causalidad es la causa próxima, inmediata o directa. Se incurre en responsabilidad contractual al no hacer una actividad a la que me había comprometido a realizar. Esta también se encuentra establecida en el CC en

su art. 1321, segundo párrafo. Según Espinoza (2016) la causa próxima es entendida como: “la condición inmediata anterior a la producción del evento dañino.” (p. 250).

El factor de atribución es exclusivamente subjetivo, al tomar en consideración el comportamiento del causante del daño al dolo, y la culpa en sus variantes, culpa leve y culpa inexcusable. Esto se halla establecido en el CC en su art. 1321, primer párrafo. “En materia de responsabilidad contractual mantiene absoluta fidelidad a la teoría clásica de la culpa” (León, 2016, p.394).

El dolo se manifiesta cuando el deudor tiene la intención de incumplir la obligación, sea por una acción u omisión. “El dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto” (Castillo, 2017, p. 145). Está estipulado en el CC en su art. 1318.

La culpa inexcusable se manifiesta cuando “el deudor negligentemente no cumple la obligación, sea por una acción u omisión” (Castillo, 2017, p. 145). Según lo estipulado en el CC en su art. 1319, actúa así quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Tanto el dolo como la culpa inexcusable, ante incumplimiento de obligaciones, deberán ser probados (CC, art. 1330).

La culpa leve se manifiesta cuando “el deudor por falta de diligencia ordinaria (imprudencia, inexperiencia o torpeza) omite cumplir la obligación, incurre en culpa, sea por una acción u omisión” (Castillo, 2017, p. 145). Está estipulado en el CC en su art. 1320. Respecto a la prueba, se establece una presunción *iuris tantum* de culpa leve ante incumplimiento de obligaciones, según lo estipulado en el CC en su art. 1329.

La responsabilidad contractual tiene una prescripción a los diez años, teniendo una protección mayor al de la responsabilidad extracontractual conforme a lo señalado en el CC, art. 2001, inciso 1.

b. Responsabilidad extracontractual

Este tipo de responsabilidad también es denominada responsabilidad aquiliana, por originarse en la Lex Aquilia. La responsabilidad extracontractual no deriva de una relación de un acto volitivo, sino de hechos ajenos a estos tipos de relaciones. Según Torres (2016), “la responsabilidad extracontractual tiene como origen una lesión sin una obligación anterior” (p. 310).

La responsabilidad extracontractual se origina de una lesión ajena sin una obligación preexistente. “En la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño” (De Trazegnies, 2003, p. 463).

El OJN la regula en el CC en el Libro VII: Fuente de las Obligaciones, Sección Sexta: Responsabilidad Extracontractual, desde el art. 1969 al 1988.

La antijuridicidad de la responsabilidad extracontractual consiste en violación de cierto “deber general de no causar daño a nadie”. Según Taboada (2016), “podrá ser típica y atípica, en tanto solo se menciona a la producción de un daño, mas no se especifica el origen del mismo o la conducta que la cause” (p. 38). El CC establece causales eximentes que justifican el daño o se actúe en el ejercicio regular de un derecho, según lo establecido en el art. 1971.

Tampoco habrá responsabilidad extracontractual cuando el perjuicio sea derivado de caso fortuito o fuerza mayor. El CC estipula improcedencia del derecho a reparación en su art. 1972. Asimismo, el art. 1985 establece los tipos de daños (daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral).

La relación de causalidad o nexo causal es la causa adecuada. Aparece en el CC en su art. 1985. Según Espinoza (2016), la causa adecuada es entendida como “la que busca entre todas las condiciones aquella que ha influido de manera decisiva en la producción del evento dañino” (p. 254). Dicha relación de causalidad entre la acción u omisión generadora del daño y el evento dañoso requiere una relación adecuada entre hecho y daño producido. Según Taboada (2016), para que una conducta sea causa adecuada se requiere que concurren dos tipos de factores:

El factor *in concreto* debe entenderse en sentido de que la conducta debe haber causado el daño; (...) y el factor *in abstracto* debe entenderse como el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado (p. 99).

El factor de atribución es dual. Es subjetivo al tomar en consideración el comportamiento del autor del daño, el dolo o la culpa. Esta faceta subjetiva tiene un elemento psicológico, al implicar la voluntad del causante del daño. Será dolosa cuando el comportamiento sea específico y dirigido a causar daño. Será culposa cuando por una mera negligencia, al no observar un deber de cuidado, incurre en responsabilidad.

En cuanto a la prueba, el propio autor deberá descargar su falta de dolo o culpa. La presunción sobre el dolo ha sido criticada por juristas como De Trazegnies (2003), al señalar que: “el dolo no se presume nunca” (p. 152). Según Taboada (2016), “esto se sustenta en un error de redacción, al señalar que no puede interpretarse como señala literalmente el artículo, que se presume el dolo del autor” (p. 114). Siguiendo esta misma idea, Castillo (2005) propone modificar el CC eliminando la presunción del dolo, en el segundo párrafo del art. 1969, quedando de la siguiente forma: “El descargo por falta de culpa corresponde a su autor” (p. 272).

La responsabilidad objetiva por el riesgo se encuentra establecida en el CC en el art. 1970. En cuanto a la probanza, Taboada (2016) señala que: “se debe probar que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad” (p. 43). Por otro lado, la responsabilidad objetiva en caso de hallarse en estado de pérdida de conciencia se encuentra establecida en el CC en su art. 1974.

La responsabilidad extracontractual tiene una prescripción de la acción a los dos años, teniendo una protección menor al de la responsabilidad contractual (CC, art. 2001, inciso 4).

1.2.8. Responsabilidad precontractual

Incumplir una obligación es claramente amparada por la responsabilidad contractual; sin embargo, la doctrina no tiene una posición unánime en definir ante qué tipo de responsabilidad se encuentra una persona al sufrir un daño en la etapa precontractual. De esta forma, la responsabilidad precontractual

queda en una zona gris en la que algunos la catalogan como responsabilidad contractual y otros como responsabilidad extracontractual.

Este punto en cuestión ha sido recogido por De La Puente (2011) al señalar la existencia de posturas contrapuestas según su naturaleza contractual o extracontractual: “Lo primero ocurrirá si se entiende que la iniciación de las tratativas crea una relación jurídica relativamente relevante entre los tratantes, y lo segundo si tal relación no existe” (p. 362).

La responsabilidad precontractual ha sido tratada básicamente para reparar el daño ocasionado por el rompimiento injustificado de las negociaciones. En este sentido, Torres (2016) señala que “surge cuando una de las partes lesiona la libertad de negociación de la otra, es decir, el sujeto afectado en la libre manifestación de su autonomía negocial” (p. 310). Dentro de los primeros estudios de responsabilidad precontractual encontramos a los realizados por el alemán Rudolf von Jhering, el francés Gabriel Faggella y el italiano Raymond Saleilles.

Tesis de Jhering. Para hablar de responsabilidad precontractual es inevitable referirse al aporte de Von Jhering, que es citado por autores como De la Puente (2011), Brebbia (1987), y Mazeaud y Tunc (1977). De la Puente (2011) destaca la obra titulada “*Culpa in Contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse” del alemán Rudolf von Jhering (1886).

La responsabilidad precontractual bajo el enfoque de la culpa *in contrahendo* tuvo en sus inicios como principal aporte tutelar la situación en la que quedaba una parte al ser dañada como consecuencia de un contrato

inválido. La responsabilidad precontractual de naturaleza contractual estaba amparada desde el momento que se formulaba la oferta, con esta se generaba un deber de diligencia por la confianza depositada. De esta forma se rechaza la existencia de responsabilidad durante las tratativas.

Mazeaud y Tunc (1977) señalan que fue Von Jhering quien, tomando como base el derecho romano, “habló de conceder la acción contractual a la responsabilidad del precontratante” (p. 168). Farnsworth (2004) destaca que los aportes de Jhering se limitaron a contratos que ya habían sido celebrados, mas no a tratativas que habían sido interrumpidas antes de la perfección de un contrato (p. 95). Posteriormente, tomando postura contraria a la de Von Jhering, Faggella y Saleilles realizaron los siguientes estudios:

Tesis de Faggella. Este jurista italiano centró sus investigaciones en los efectos de los periodos precontractuales. Establece que inician aun antes de la oferta, como lo había establecido Jhering. Para Faggella, los tratantes no están obligados a celebrar un contrato por el solo hecho de haber iniciado tratativas, por lo que podrán romper negociaciones amparándose en la libertad contractual; sin embargo, sí deberían asumir los gastos ocasionados a la otra parte que se ha visto perjudicada por la misma, lo que vendría a ser la responsabilidad precontractual por los daños producidos al apartarse de las tratativas. Según Faggella, solo se podrá terminar tratativas sin generar daños al otro tratante con la negativa de la oferta o el mutuo disenso. En este sentido, Saavedra (2016) destaca el valor de la propuesta destruida, siendo objetiva, al no valorar la culpa.

Si el oferente opta por revocar o apartarse de los tratos preliminares, es indudable que destruirá un valor jurídico-económico común [la propuesta tenía un valor en su patrimonio], por lo que siguiendo a Faggella, surgirá una responsabilidad precontractual (...) el oferente no puede apartarse de la tratativa ni puede revocar su oferta, de lo contrario se le impondrá el deber de resarcir los daños de su contratante (p. 486)

Es importante delimitar desde cuándo se considera que existe una propuesta que tenga un valor jurídico-económico. Saavedra (2016), analizando la obra de Faggella (1906), señala que hay dos etapas:

Un primer momento de preordinación y proyección del contrato. En la segunda etapa ya existe una propuesta concreta y se pasa a la aceptación. Este segundo momento da lugar al nacimiento a la propuesta terminada, la cual será tutelada por la responsabilidad precontractual, aun cuando no haya sido emitida como oferta o se encuentre en formación (p. 487).

Por su parte, Brabbia (1987) destaca que “la incorporación de la primera etapa a la teoría de responsabilidad precontractual constituye el verdadero aporte de la tesis de Faggella al estudio del tema que exponemos” (p. 53).

Tesis de Saleilles. La responsabilidad precontractual, según el jurista francés Raymond Saleilles del año 1907, se basa en lo publicado en su obra titulada “De la responsabilidad precontractual”. Este jurista fue un gran comparatista del siglo XX, quien tomando los estudios del derecho italiano publica su obra.

De la Puente (2011) destaca que: “Saleilles acepta el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual propiciado por Faggella (...) [agregando que] las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato deben actuar en la medida de la equidad comercial” (p. 364).

De esta manera, no estaría enfocada en la culpa por romper las tratativas, sino a la vulneración del deber de actuar conforme a la equidad comercial y a la buena fe. Estos principios se convierten en obligatorios desde el primer momento de las tratativas. Por lo tanto, son estos los principios violados por retiro intempestivo de las negociaciones. Establece como causales legítimas para retirarse de las tratativas, sin causar daño, cuando esta se deba por variaciones económicas. Brebbia (1987) señala “como aporte de Saleilles la exigibilidad de las ofertas, en base a su irrevocabilidad” (p. 57).

Análisis derecho nacional. El OJN hace mención a la regla que rige la negociación de un contrato en el CC en su Libro VII: Fuente de las Obligaciones, Sección Primera: Contratos en General, Título I: Disposiciones Generales, art. 1362 señala que la etapa de negociación de contrato deberá estar regulada siguiendo la buena fe y común intención de las partes. No obstante, Haro (2002) destaca que lo mencionado en el CC resulta insuficiente para establecer la naturaleza de la responsabilidad precontractual.

Respecto a la jurisprudencia referida a responsabilidad precontractual no ha habido una posición tomada. En ese sentido, León (2011) señala la falta de posición tomada por la jurisprudencia nacional. En la Casación N° 4407-2015-PIURA, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema no llegó a resolver

la demanda en base a la responsabilidad precontractual ni mucho menos tomó postura sobre si su naturaleza era contractual o extracontractual, más bien determinó que no se había llegado a perfeccionar un contrato.

Dicha demanda fue interpuesta el 28 de enero de 2014 en el Primer Juzgado Civil de Piura por Flor de María Rishing Mendoza (demandante). Se interponía demanda de indemnización por daños y perjuicios en contra del Banco de Crédito del Perú “BCP” (demandado). El monto del petitorio era de US\$83 490.

La demandante (arrendadora) señala que es titular registral del predio situado entre la avenida Grau, avenida Loreto y el jirón Loa N° 757 en la provincia y región de Piura. Tenía un contrato de arrendamiento de fecha 01 de mayo de 2012 celebrado con Svenza Zona Franza SRL “Carsa” (arrendataria), con una renta fijada en US\$12 650. El plazo de vigencia determinado de dicho contrato era de un año, por ello vencía el 30 de abril de 2013, fecha en la que podían prorrogarlo. El 5 de junio de 2013, Carsa, mediante carta notarial, aceptó el incremento de la renta a US\$13 915 y solicitaba una prórroga del contrato hasta el 15 de enero del 2014. Sin embargo, el 11 de junio de 2014, la demandante, mediante carta notarial, únicamente acepta la prórroga hasta el 31 de julio 2013. Finalmente, el 15 de agosto de 2013, Carsa desocupó el inmueble.

La demandante sostiene que el contrato con Carsa terminó a pedido del BCP (demandado), supuesto nuevo arrendatario, debido a que mejoró las condiciones que tenía con Carsa. Este pedido fue mediante correos electrónicos, parte de las tratativas del supuesto nuevo contrato de

arrendamiento requerido por el demandado, para que cumpla con enviarle una serie de documentos del bien objeto de arrendamiento, entre estos la carta donde se le pide a Carsa que desocupe el inmueble. A pesar de haber cumplido con enviar al demandado la carta requerida, y teniendo el inmueble desocupado, este no suscribió el contrato ni ejecutó económicamente, ocasionándole daños y perjuicios.

En su constatación, el demandado señala que las cartas enviadas por la demandante a Carsa, a fin de terminar el contrato de arrendamiento, se deben a que la demandante tenía un interés propio, decisión voluntaria y autónoma, en reducir el plazo de dicho contrato, lo cual no fue solicitado ni exigido por su parte. El BCP señala que este hecho es falsamente imputado por la demandante. Además, que es legítimo solicitar que les muestre que el inmueble que les estaban ofreciendo en arrendamiento estuviera saneado registralmente y/o problemas legales y físicos, como parte de la diligencia de un futuro arrendatario.

El BCP acepta la existencia de conversaciones a fin de celebrar un futuro contrato de arrendamiento, mas no un contrato. En dichas tratativas se encontró que el predio tenía problemas legales y físicos. En lo legal, tenía tres gravámenes inscritos en su partida registral y una hipoteca que debía ser levantada. En lo físico, el área inscrita en Sunarp y la municipalidad no coincidía con el área real; dicha información fue comunicada por medio de correos electrónicos.

En primera instancia, el juzgado declara fundada la demanda, al considerar los correos enviados. Con fecha 27 de mayo de 2013 se señalaba

una comunicación del BCP requiriendo a la Sra. Rishing Mendoza determinada documentación sobre la que tuvieron conversaciones previas, la cual deberá entregar en físico para el contrato de alquiler del inmueble. Para el juez, dicho correo expresa que el contrato de arrendamiento existe como tal, habiendo el demandado incumplido sus prestaciones, por lo que debe indemnizar a la demandante.

En su apelación, el demandado señala que lo que efectivamente aconteció fueron tratativas y conversaciones orientadas a celebrar un contrato de arrendamiento, el cual no se celebró por divergencias en dicho periodo. Además, el juez ha interpretado incorrectamente los medios probatorios, negando la existencia de un arrendamiento pactado con ellos desde marzo de 2013.

En la sentencia de vista, la Sala Superior, con la resolución del 21 de septiembre de 2015, revoca la sentencia apelada y la declara infundada, señalando que las tratativas se realizaban por medio de correo electrónico. A fin de presumir la aceptación, requiere del demandado el “acuse de recibo”, de acuerdo a lo estipulado en el art. 1374 de CC, lo que no sucedió.

Respecto al correo electrónico en mención, señala que este no contiene elementos de un contrato, solo requerimiento de documentación de índole municipal y registral. Además, el 19 de agosto de 2013, el demandado propone las condiciones del contrato, lo cual fue contestado el 20 de agosto de 2013 con una contraoferta sobre la renta. Dicha contraoferta no fue aceptada por el demandado, quien mantenía su propuesta, al señalar que lo ofrecido era la renta máxima que podían pagar. Dicho documento vicia la

conclusión de la celebración del contrato por no haberse puesto de acuerdo, al 20 de agosto de 2013, sobre la renta, un elemento esencial de dicho contrato. La Sala concluye que el demandado no ha cometido ningún ilícito civil (incumplimiento de obligación) al no haber celebrado el contrato, quedando descartado el elemento de antijuridicidad.

Se establecieron como puntos controvertidos, en la resolución del 11 de mayo de 2015: Determinar si el demandado es responsable civil de haber incumplido con ejecutar el contrato de arrendamiento en mención. De ser el caso, establecer si el demandado está obligado a indemnizar a la demandada con US\$83 490 por concepto de lucro cesante.

La casación fue interpuesta por la demandante por vulneración de normas procesales y también materiales. La Corte Suprema analizó la infracción del artículo VII del Título Preliminar del CC. Seguirá con el análisis de la supuesta infracción a los arts. 1362 y 1969, 1971 y 1985 del CC.

Sobre la supuesta vulneración del artículo VII del Título Preliminar, la demandante señala que se pudo haber resuelto utilizando normas de responsabilidad extracontractual de acuerdo al principio del *iura novit curia*. Respecto al principio de congruencia procesal, se sustentó la demanda según la responsabilidad contractual, al señalar que el demandado no había cumplido con ejecutar el contrato de arrendamiento. Por ello, la sentencia de primera instancia, declarándola fundada, y la sentencia de segunda instancia, al analizar la existencia del contrato y determinar su inexistencia, han correspondido sobre lo peticionado y lo resuelto, no habiéndose vulnerado el principio.

Respecto a la probabilidad de que el juez adopte el derecho, a pesar de no haber sido invocado, la demandante asevera que el juez debió aplicar las normas sobre responsabilidad extracontractual, al determinar la inexistencia del contrato. La Corte Suprema señala que el hecho controvertido era determinar su existencia, por lo que una decisión diferente habría modificado los hechos y vulnerado el derecho de defensa del demandando.

Sobre la supuesta vulneración al art. 1362 del CC, la demandante señalaba haber celebrado un contrato, por ello ese supuesto fue analizado. Acerca de las tratativas, señaló la existencia de posturas divididas en la doctrina sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, no tomando lugar por ninguna.

La Corte Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto a la demanda al no encontrar el elemento de antijuridicidad por no haber acuerdo sobre la renta, por tanto, no se vulneró la buena fe ni hubo común acuerdo, descartando la existencia de cualquier tipo de indemnización sin considerar la naturaleza de la responsabilidad. Con la casación presentada se perdió la oportunidad de que la Corte Suprema tome una postura sobre esta, resolviendo el caso en base a normas procesales, mas no a normas sustantivas. Solo deja en debate la naturaleza de la responsabilidad producida por el quebrantamiento injustificado de las tratativas. Moreno (2017) coincide al señalar la falta de decisión de la Corte Suprema sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Sostiene lo siguiente:

La decisión contenida en la Casación N° 4407-2015-Piura ha dejado pasar por alto un momento crucial para el ordenamiento jurídico

peruano, pues se ha perdido la posibilidad de definir los contornos de la naturaleza de una responsabilidad precontractual y de proporcionar al foro reglas interpretativas en torno a esta figura. Asimismo, argumenta que, si la pretensión era sobre resarcimiento de los daños, al juzgador, de todas formas, le competía señalar y justificar la elección de un determinado régimen resarcitorio, cosa que no habría sucedido. (p. 211)

En esa misma línea, Geldres (2017) señala que la casación en mención tuvo un pronunciamiento sobre la responsabilidad precontractual; sin embargo, solo mencionó el debate generado en cuanto a su naturaleza, sin tomar posición sobre alguna de las posturas, contractual o extracontractual.

Pretel (2017) sostiene que “la casación permite demostrar la inaplicación de la teoría del contacto social, toda vez que esta no es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, al seguir la naturaleza extracontractual para la responsabilidad precontractual” (p. 115).

Análisis derecho comparado. Como se mencionó anteriormente, la naturaleza de la responsabilidad precontractual no tiene un punto de vista único en las legislaciones nacionales, como se verá en los ordenamientos jurídicos del derecho romano-germánico, incluidos en estos los de Europa continental y Latinoamérica.

A continuación, se presenta un análisis de la responsabilidad precontractual en el derecho comparado de países con el sistema jurídico del *Common Law*:

- a. *Derecho inglés*. No contempla una responsabilidad precontractual que cubra los daños por romper injustificadamente las tratativas. Se muestra reacia al poder calificar que durante las negociaciones pueda existir algún tipo de obligación creada.

Farnsworth (2004) señala que según el common law las negociaciones gozan de un riesgo natural, por tener una perspectiva aleatoria:

Las cortes toman una perspectiva de este periodo precontractual que releva a las partes del riesgo de cualquier responsabilidad, sea contractual o no, y esto resulta en una amplia “libertad de negociación”. Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones precontractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo o sin motivo alguno. El único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y gasto (p.83).

- b. *Derecho estadounidense*. No contempla una responsabilidad precontractual, en tanto las partes pueden negociar y salirse de las negociaciones sin obligaciones asumidas. Por ello no habrá daños *per se*, al romper injustificadamente las tratativas.

Al respecto, Farnsworth (2004) señala la ausencia de regulación en dicho ordenamiento jurídico de un deber general de buena fe en la etapa de negociación, en sus leyes solo se estipula la obligación de celebrar y ejecutar conforme a la buena fe:

Las cortes americanas (...) han declinado a encontrar una obligación general que impida a una de las partes romper las negociaciones, aun cuando existían probabilidades de éxito. Su negativa se sostiene en la formulación de un deber general de fair dealing y de negociar de buena fe contenidos en el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contract que, al menos, por interpretación en contrario, no se extiende a las negociaciones (p. 95).

Respecto al análisis de derecho comparado de países con el sistema jurídico del *Civil Law*: (a) Alemania; (b) Francia; (c) España; (d) Italia; (e) Argentina; (f) Chile; y (g) Colombia.

a. *Derecho alemán*. La responsabilidad precontractual, según el ordenamiento jurídico alemán, tiene una naturaleza contractual. Esta no estuvo reconocida en un inicio en el BGB de 1901, sino que tuvo que esperar hasta su modificación del año 2001 para considerar el deber de buena fe en la negociación de un contrato.

En el BGB original no se recogió la *culpa in contrahendo*, según señala León (2011), “solo se consideró el resarcimiento por contratar con representante sin poderes” (p. 433). El BGB (1901) original también establecía el deber de buena fe, pero este solo era aplicable para la ejecución de la prestación según la sección 242.

En tanto, la responsabilidad precontractual tenía una naturaleza contractual, toda vez que la responsabilidad extracontractual tenía limitantes establecidos, y fue de esta forma entendida por la jurisprudencia germana. Con la última modificatoria que tuvo el BGB, por la Ley de

Modernización del Derecho de Obligaciones, del 11 de octubre del 2001, se dio un desarrollo en la codificación a la figura de la responsabilidad precontractual. Para ello se reconoce como un deber que nace de la relación obligatoria el respeto a sus derechos, bienes jurídicos e interés. Establecido en su sección 241, párrafo 2. Para ello se estableció como supuestos de nacimiento de una relación obligatoria el inicio de las tratativas, según se establece en el BGB en su sección 311, párrafo 2.

Esta incorporación está sustentada en la teoría del contacto social, planteada por Stoll, quien señalaba que la obligación que daba origen a los deberes precontractuales era el “contacto social” y no necesariamente una declaración unilateral. Habiéndose establecido el deber que acarrea entrar en tratativas, se determina la acción ante su vulneración por su incumplimiento. Para ello se establece que ante el daño presentado se podrá demandar su indemnización, según lo refiere el BGB en su sección 288, párrafo 1.

- b. *Derecho francés*. Según el ordenamiento jurídico francés, tiene una naturaleza extracontractual. En ese sentido, León (2011) destaca “la falta de positivación de la responsabilidad precontractual en el Código Napoleónico” (p. 428). Al no estar regulada una obligación que nazca de las tratativas, se rige los daños ocasionados en dicha etapa en el CC Napoleónico (1804) en su art. 1382.

El deber de comportarse de buena fe no aparece como regla de negociación de un contrato, tan solo se establece la buena fe para la ejecución del contrato, conforme al CC de Francia (1804), art. 1134. “En el ordenamiento jurídico francés, entonces, la ruptura maliciosa de las

tratativas (*pourparlers*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad “delictual” (*délictuelle*) –o “extracontractual” (*extracontractuelle*)” (Leon, 2011, p. 429).

- c. Derecho español. La responsabilidad precontractual, según el ordenamiento jurídico español, tiene una naturaleza extracontractual. Toda vez que no existe una norma específica que establezca responsabilidad por daños ocurridos durante las tratativas. En el CC español de 1889 no se hace mención de un deber de buena fe desde las negociaciones, sino se reserva para la ejecución del contrato.

De esta forma, ante un eventual caso de responsabilidad precontractual, debería resolverse conforme a lo establecido en el CC español (1889) en el Título XVI. De las obligaciones que se contraen sin convenio, Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia en su art. 1902, que establece la obligación de indemnizar por acción u omisión.

- d. *Derecho italiano*. Su naturaleza no es clara, toda vez que su Codice Civile (1942) (CC italiano) no establece la acción ante el incumplimiento de la buena fe en la etapa de negociaciones. El art. 1337, que se encarga de regular las tratativas y la responsabilidad precontractual, fue de clara influencia a nuestro art. 1362.

Ante la ausencia de una postura del derecho positivo italiano, hay dos posturas que buscan guiar la naturaleza de los daños producidos en la etapa de negociación.

La posición que guía a la responsabilidad precontractual por una naturaleza extracontractual, que toma posesión la jurisprudencia italiana, se basa en que el deber de buena fe es un deber genérico, por lo que se fundamenta en el *nominem laedere* como un acto ilícito extracontractual. Este resarcimiento está establecido en el CC italiano (1942) en su art. 2043. Por su parte, la posición que guía a la responsabilidad precontractual por una naturaleza contractual, sigue la doctrina alemana fundamentada en la “teoría del contacto social”.

- e. *Derecho argentino.* La responsabilidad precontractual, según el ordenamiento jurídico argentino, tiene una naturaleza contractual, aunque esto pasa a segundo plano debido a que en su nuevo Código sustantivo se unifica la responsabilidad civil. Esta posición fue tomada dejando atrás la del Código Vélez Sarsfield de 1869, con clara influencias francesas. En su nuevo cuerpo normativo, tiene la sección tercera, dedicada a las tratativas contractuales. El CCyCN (2014) en su art. 991 positiviza el deber de buena fe y su respectivo resarcimiento en caso de ser violentado.

Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

El deber de buena fe se establece como un deber secundario de conducta en la etapa de las tratativas, el cual será resarcido en caso de su incumplimiento cuando se rompa las tratativas sin justificación.

Con la unificación del sistema de responsabilidad civil, no es necesario que el Código sustantivo especifique a qué tipo de responsabilidad se acoge la responsabilidad precontractual, como está estipulado en el CCyCN (2014) art. 1716.

En ese sentido, Caramelo (2016) sostiene la falta de importancia en el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual en la legislación argentina:

Las implicancias que en nuestro derecho tenía el encuadre de un supuesto de responsabilidad como contractual o extracontractual ha perdido relevancia práctica con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación; ello por la práctica homogeneidad de régimen de ambos tipos de responsabilidad (p. 391).

Si bien se establece la libertad de negociación, la cual permite romper tratativas en cualquier momento, esta no debe vulnerar el deber de buena fe y deber de confidencialidad, como se señala en el CCyCN (2014) art. 990. Además del mencionado deber de buena fe, también se establecía el deber de confidencialidad para las tratativas, a fin de positivizar una obligación de no hacer para no difundir ni usar determinada información, como se señala en el CCyCN (2014), art. 992.

f. *Derecho chileno.* Tiene una naturaleza extracontractual. Al no tener una norma expresa, esta es amparada por la responsabilidad extracontractual. El ordenamiento jurídico civil sigue teniendo influencia del CC de Francia de 1804. De esta forma, ante un eventual caso de responsabilidad precontractual, debería resolverse de acuerdo a lo determinado en el CC de Andrés Bello (1855), Título XXXVV. De los

Delitos y Cuasidelitos, en su art. 2314, establece la indemnización por dolo o culpa. A pesar de la falta de regulación de un deber de buena fe para la etapa de tratativas de un eventual contrato, la doctrina no es categórica en reconocer la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual. En ese sentido, San Martín (2013) reconoce lo siguiente:

La responsabilidad extracontractual no es típica, por consiguiente, no hay barreras legislativas que impidan afirmar que la culpa *in contrahendo* da origen a responsabilidad extracontractual. (...) La doctrina ampliamente mayoritaria aboga por el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual. (p. 320)

- g. *Derecho colombiano.* La responsabilidad precontractual, según el ordenamiento jurídico colombiano, tiene una naturaleza contractual. La buena fe solo está regulada como un deber de actuación para la etapa de ejecución de un contrato. Así lo señala el CC colombiano (1887), art. 1603. Sin embargo, en el Código de Comercio de Colombia (1971), en el art. 863, se establece como el deber de actuar de buena fe desde la tratativa.

Oviedo Albán (2003) destaca la importancia de “regular la indemnización producto de la violación al deber de actuar de buena fe en la etapa de negociación” (p. 103). Marín (2013) destaca la importancia de la regulación de la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico colombiano. Las bases teóricas que sustentan el estudio referido a la responsabilidad precontractual se dividen en el tipo de responsabilidad que debe ser aplicada según ocurran hechos dañosos durante las tratativas.

Marín (2013) destaca la importancia de la positivación de la responsabilidad precontractual en el artículo 863° del Código de Comercio: “Este artículo establece un mandato particular para los precontratantes, en el sentido de que deben ajustar su participación en las conversaciones o tratos preliminares al contrato, a los postulados de la buena fe y la honestidad” (p.76).

1.3. Definición de términos básicos

1.3.1. Conveniencia

Se define como “utilidad o provecho” (RAE, 2017).

1.3.2. Incorporar

Es “unir una persona o una cosa a otra u otras para que haga un todo con ellas” (RAE, 2018).

1.3.3. Acuerdo

Según Cabanellas (2006), es “el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo fin” (p. 20). Para Messineo (1968), “es el término equivalente de los términos romanistas *conventio* y *sinallagma*” (p. 51).

1.3.4. Precontractual

Marín (2012) lo define como “espacio de tiempo que antecede al contrato mismo” (p. 59).

1.3.5. Ordenamiento

Según Cabanellas (2006), significa: “Orden, concierto; debida y conveniente disposición o estructura. Organización. Mandato, orden. Acción o acto de conferir las órdenes sagradas. Ley, pragmática. Colección o cuerpo de leyes” (p. 304).

1.3.6. Jurídico

Según Cabanellas (2006), significa: “Concerniente al Derecho. Ajustado a él. Legal. Se decía jurídica de la acción intentada con arreglo a derecho” (p. 240).

CAPÍTULO II: HIPÓTESIS

Trataré en este capítulo, la hipótesis principal e hipótesis específicas desarrolladas en base a la formulación de problemas y objetivos planteados previamente.

2.1. Hipótesis principal

Es conveniente incorporar la carta de intención o memorándum de entendimiento como acuerdo precontractual al ordenamiento jurídico peruano en cuanto regulan la etapa de negociación y permiten resarcir correctamente daños precontractuales.

2.2. Hipótesis específica

- a. El tipo de acuerdo precontractual que se podría incorporar al ordenamiento jurídico peruano es la carta de intención o memorándum de entendimiento en cuanto son las denominaciones que toma esta figura precontractual que tiene como objeto regular la etapa de negociación.
- b. Es posible aplicar medidas de resarcimiento en caso existan daños a alguna de las partes basándose solo en lo declarado en el acuerdo precontractual basándonos en la responsabilidad precontractual de naturaleza contractual.

CAPÍTULO III: ESTADO DE LA CUESTIÓN JURÍDICA DE LOS ACUERDOS PRECONTRACTUALES

Trataré en este capítulo, inicialmente, los antecedentes que establecen la incorporación de los acuerdos precontractuales en el ordenamiento jurídico de otros países. A continuación, se mostrará la situación jurídica que las fuentes del derecho utilizan, desarrolladas en el anterior capítulo, para aplicarlas al caso particular y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano.

3.1 Antecedentes de la incorporación de acuerdos precontractuales en otros ordenamientos jurídicos

Díaz (2013), en su publicación *La carta de intención o el memorando de entendimiento*: Su aplicación en el derecho colombiano, define así a “la carta de intención como el documento suscrito en la etapa precontractual que le da forma y conducirá a los firmantes para llegar a un acuerdo definitivo” (p. 205).

Del mismo modo, Díaz (2013) sostiene que el factor concluyente y diferenciador de estos documentos es que las partes que los suscriben no se obligan a celebrar un contrato, independientemente de que asuman obligaciones durante las tratativas, pero relacionados a asuntos de otra naturaleza. Distinto al *Common Law*, respecto del cual Moura (2005), citado por Díaz (2013), destaca:

En los sistemas del *Common Law*, por ejemplo, se rechaza la existencia de cualquier vínculo obligacional entre aquellos con vista a la conclusión de un contrato, apenas admitiéndose la imputación de

daños causados *in contrahendo* en los términos de la responsabilidad extracontractual. (p. 196)

Delimitando su opinión al Código de Comercio colombiano, Díaz (2013) comenta que:

En la etapa precontractual los participantes están contenidos al deber de actuar de buena fe (art. 863), además de ser lo más límpidos posible y brindar la información íntegra a su contraparte; asimismo, respetar el transcurso de las negociaciones sin interrumpirlas sin motivo alguno (p. 196).

El ordenamiento jurídico colombiano protege así a quienes negocian de cualquier conducta indeseada, considerando el esfuerzo y los recursos invertidos. Lo que es más fácil de llevar si se cuenta con un documento escrito que permita a los involucrados vislumbrar claramente desde la intención de la contraparte hasta las consecuencias de no llegarse a celebrar el contrato. Todo esto, dependiendo de que los involucrados no se vean obligados a firmar el contrato final, pues, de ser así, la etapa de negociación no tendría sentido.

En palabras de Monsalve (2018) señala que:

Las cartas de intención son los más importantes instrumentos legales precontractuales en el tráfico jurídico angloamericano actual, y cuya denominación se remonta a un litigio entre Chicago Inv. Corp vs. Dolins, 1985, donde una Corte Americana calificó al primer documento en una serie de escritos preliminares como carta de intenciones y a los siguientes como acuerdos (p. 198).

Estos documentos, cuando compete al número de participantes, son unilaterales o bilaterales (art. 1496 del Código de Comercio colombiano), se extienden a modo de carta dirigida de una parte a la otra solicitando su aceptación, o son escritos que contienen declaraciones de voluntad de ambos.

Para el colombiano Díaz (2013), las cartas de intención se catalogan como documentos unilaterales o bien como bilaterales. “En el primer caso contienen declaraciones de voluntad de una de las partes. Respecto a lo segundo, como escritos firmados por ambos declarantes, tomando así el nombre de memorando de entendimiento” (Díaz, 2013, p. 201). La carta de intención es la garantía de no quedar obligado, pues esta contempla, mayoritariamente, la cláusula de no vinculación.

La carta de intención también “evita repetir discusiones ya finiquitadas, permite delimitar lo que podría incluir el contrato; pues esos acuerdos puntuales posiblemente se transformaran en cláusulas o estipulaciones definitivas” (Díaz, 2013, p. 202). Sin embargo, Díaz (2013) advierte que esos acuerdos parciales girarán alrededor de elementos accidentales del negocio jurídico, mas no sobre lo esencial, pues, de ocurrir esto último, estaríamos hablando del contrato definitivo. Siguiendo esto, que existan convenios ya fijados no implica que no sea posible modificar el contrato mientras duren las negociaciones.

Puede haber aspectos que, aunque la ley no los catalogue como esenciales, para quienes negocian sí pueden adquirir esa connotación por propia voluntad, de allí la importancia de estipularlo en la carta de intención.

Díaz (2013) señala que las reglas de conducta en la negociación son vitales para las partes, pues evitan así cualquier perjuicio. También señala que las disposiciones pactadas en las cartas de intención poseen una naturaleza distinta e imponen obligaciones, que son, en síntesis, respecto a la información que se da y a la reserva y seriedad con la que se debe actuar durante las tratativas.

Díaz (2013) “resalta que quienes suscriben la carta de intención no están obligados a celebrar un contrato definitivo. Se impone la autonomía privada, y, si se da determinado caso, pueden abandonar la negociación siempre que esté justificado” (p. 205). Entre los motivos para suscribir una carta de intención, Díaz (2013) menciona:

- a. El riesgo de la vinculación de los negociantes, por manifestaciones verbales o por conductas incuestionables.
- b. La complejidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto al tipo de responsabilidad que se genera en la etapa precontractual.
- c. La conversión de simples deberes de conducta emanados del supuesto de la buena fe precontractual a obligaciones.
- d. La seriedad en la negociación.
- e. El suministrar la prueba de que efectivamente se estaba negociando.

Díaz (2013) destaca que es usual en la actividad comercial, las cartas de intención se confundan con otras figuras, por ello lo importante de su clara delimitación. Las cartas de intención no son negocios o actos jurídicos por lo siguiente:

- a. No puede confundirse con un contrato de promesa, pues no están fijados los elementos básicos del negocio que quiere celebrarse *a posteriori*.
- b. No puede confundirse con un contrato de opción, ya que en la carta de intención no se determinan los elementos esenciales del negocio jurídico.
- c. No puede confundirse con la oferta de celebrar un negocio jurídico, ya que solo consigna la simple intención o deseo de iniciar o continuar una negociación (p. 213).

En Argentina, la carta de intención está debidamente regulada en su CCyCN, por lo que no deja duda respecto a la interpretación de los efectos de estos documentos. El CCyCN al abarcar tanto el ámbito privado como comercial y ser moderno, toma en cuenta los desafíos comerciales del mundo contemporáneo al acoger figuras jurídicas como la carta de intenciones.

Según Papa (2016), sobre la posible responsabilidad derivada de las cartas de intención estas contienen estipulaciones vinculantes que pueden tomarse por verdaderos contratos, entonces, el no cumplirlos ocasionará una responsabilidad precontractual de naturaleza contractual.

El CCyCN ha regulado las tratativas contractuales sobre el ejercicio libre de contratar respecto a la negociación, celebración y ejecución de las cartas de intención. De esta forma se le otorga autonomía al ser una figura jurídica con una naturaleza particular a cualquier otro contrato al tener como objeto la regulación de negociación de un futuro contrato.

3.2 Antecedentes de investigación de los acuerdos precontractuales en el Perú

En el Perú, Torres Maldonado (2016) propone una reflexión importante respecto a la carta de intención en el ámbito de la compra de empresas. En su opinión, instrumentar lo que se negocia es necesario. Este autor examina las bases conceptuales y las implicaciones prácticas de este documento legal. Este investigador peruano sostiene que la carta de intención, además de reflejar la intención de las partes, objetivos y límites, también muestra cuánto control querrá ejercer cada una ante un eventual negocio.

En esa línea, recomienda, además del uso de definiciones sumarias y generales, dejar mención expresa de que la carta no es vinculante. Entonces, no hay un compromiso de contratar entre las partes, salvo que lo establezcan. Además, Torres Maldonado (2016) menciona que a menudo se dan acuerdos contractuales previos, por lo que se debe diferenciar aquellos que son aspectos propios de la negociación con los que son aspectos propios de la formación paulatina del contrato futuro:

- a. Aspectos propios de la negociación. Aquí están comprendidos los acuerdos de confidencialidad, de exclusividad, de los cronogramas a seguir, los estudios preliminares de documentos y la debida diligencia (*due diligence*).
- b. Aspectos propios de la formación paulatina del futuro contrato. Aquí aparecen pactos sobre la intención de contratar, lineamientos generales del futuro contrato, acuerdos parciales logrados que se

incorporarán al texto definitivo e incluso un borrador del mismo (Fontaine, 2006, citado por Torres Maldonado, 2016, p. 35).

De forma similar, Parra (2013) recomienda “distinguir en la redacción de la carta de intención las provisiones vinculantes de aquellas que no lo son, para evitar confusiones hermenéuticas en eventuales litigios” (p. 8). El documento no debe mencionar un objeto determinado, solo un compromiso de negociar en el futuro.

Asimismo, Torres Maldonado (2016) destaca que la carta de intención guía los pasos que seguirá el futuro contrato. Es claro que esto no incluye el contenido completo del futuro contrato, sin embargo, sí lo que las partes concuerdan. En adición, esta carta, “al darle a ambas partes seguridad jurídica, es una forma de incentivar el contrato futuro, a la vez que prepara a las partes para sacar el mejor provecho en la negociación” (Torres Maldonado, 2016, p. 36).

Torres Maldonado (2016) concluye que la carta de intención no es vinculante; lo que no impide que las partes así lo establezcan, en ese caso, hay un compromiso de contratar y se hablaría de un contrato preparatorio. Sobre el compromiso de contratar, el art. 1414 del CC dictamina que las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo en el futuro. Además, “según el art. 1415, este compromiso contendrá lo esencial del contrato definitivo. Por ejemplo, en una compraventa debe figurar el bien y el precio a pagar por este” (Torres Maldonado, 2016, p. 37).

Respecto a la obligatoriedad de una carta de intención, Torres Maldonado (2016) resalta que podría incluir los elementos básicos de un

contrato definitivo. Así, “sin una razón válida, quien impida su celebración deberá resarcir al afectado, conforme al numeral 2 del art. 1418 del CC” (Parra, 2013, p. 17). En este escenario poco frecuente, la naturaleza jurídica de este documento la fijaría como un compromiso de contratar a futuro.

Tomando en cuenta de cómo son las prácticas corporativas, si la carta de intención no incluye su no vinculatoriedad, “solo se podría fijar responsabilidad precontractual por no cumplir la obligación de negociar de buena fe, sin ninguna consecuencia negativa para alguno de los involucrados” (Torres Maldonado, 2016, p. 38).

Torres Maldonado (2016) cita al art. 993 del CCyCN acerca del grado de obligatoriedad que los involucrados den a la carta de intención, “basando las negociaciones en el principio de la buena fe, sin atarse a la suscripción de un contrato definitivo” (p. 39). En esa misma línea, Papa (2016) también afirma que “los precontratantes, a través de la carta de intención, garantizan su buen obrar en el proceso” (p. 5).

Sobre los contratos comerciales internacionales, por su parte, los principios UNIDROIT reconocen que hay libertad plena para la constitución de un contrato, y absoluta responsabilidad para quien de mala fe interrumpe las negociaciones, es decir, negocia sin una verdadera intención de contratar (art. 2.1.15). En consecuencia, “romper las negociaciones preliminares fijadas por carta de intención podría llevar a un escenario atributivo de responsabilidad” (Cárdenas, 2013, citado por Torres Maldonado, 2016, p. 40).

El *Common Law* ha enumerado los comportamientos de mala fe, tomando en cuenta los siguientes eventos: (a) demoras irrazonables

durante el curso de las tratativas; (b) inflexibilidad en la negociación; (c) no divulgar información relevante; (d) abandonar las negociaciones sin una causa justa; (e) negociar en forma paralela (y oculta) con terceros (*deal dumping*); (f) utilizar indebidamente información comprendida dentro de un compromiso de confidencialidad; (g) entablar negociaciones sin un propósito serio de contratar; (h) falta de cooperación, e (i) celebrar negociaciones para evitar que un tercero celebre el contrato (Polkinghorne y Kirkman, 2009, citados por Torres Maldonado, 2016, p. 40).

Al respecto, Cieza (2017) citado por Torres (2016) opina que los daños derivados deberían resarcirse de la responsabilidad civil precontractual cuando las tratativas precontractuales han vulnerado la buena fe comercial. En relación al resarcimiento, Lorenzetti (1993), citado por Torres Maldonado (2016), afirma que el alcance de la responsabilidad depende de en qué punto están las negociaciones.

Torres Maldonado (2016) menciona el riesgo que se da cuando hay un largo periodo de negociación, junto con una *due diligence*. En consecuencia, que un comprador no conozca, aunque tuviera esta posibilidad, lo hace asumir el riesgo de la posible contingencia. Por ejemplo, que el comprador decida dejar las negociaciones debido a que la información que consiguió era insatisfactoria no lo obliga a indemnizar al vendedor.

Cabe destacar que si bien el mencionado jurista no llega a concluir que las cartas de intención tienen que necesariamente ser positivizadas, sus aportes son de gran utilidad al servir de fundamento de la importancia de la

utilidad de esta figura jurídica, por lo que se justifica su incorporación al CC peruano a fin de ser regulada adecuadamente.

3.3 La conveniencia de la incorporación de acuerdos precontractuales en el ordenamiento jurídico Perú

Ante la importancia de los acuerdos precontractuales resulta conveniente que el OJN le otorgue una regulación adecuada, que le permita ser tutelada en cuanto es una figura jurídica autónoma. Habiéndose establecido en el art. 1362° del CC peruano que los contratos deben ser regidos por la buena fe desde la negociación.

Saavedra (2019) considera que la buena fe que regula la etapa precontractual se basa en que: “las partes no sólo busquen satisfacer su interés personal, sino que protejan los intereses de su contraparte” (p. 9). A su vez, conforme al último anteproyecto presentado por la Comisión Revisora del Código Civil, con su Grupo de Trabajo (2019), en el cual se señala: “Artículo 1362°-A.- Responsabilidad precontractual. El incumplimiento imputable de un deber precontractual generará la obligación de la parte infractora de indemnizar los daños que se generen a su contraparte” (p. 142). El Grupo de Trabajo, de esta forma, establece expresamente la indemnización ante daños ocasionados por el incumplimiento de un deber precontractual, lo cual se entendería es el deber de actuar de buena fe. El Grupo de Trabajo (2019) explica la importancia de este nuevo artículo:

Exposición de motivos. - En la práctica judicial y arbitral se han incrementado los casos de responsabilidad precontractual, amparándose únicamente en el artículo 1362° del Código Civil. Por

ello, el Grupo de Trabajo propone incluir este artículo para regular de manera expresa la responsabilidad precontractual y la obligación de indemnizar los daños que ocasione la parte infractora. (p.142)

Esta incorporación de la comisión revisora del CC destaca la importancia de la etapa precontractual, la que generará ante la vulneración de un deber precontractual daños que buscarán ser reparados por la responsabilidad precontractual. Este anteproyecto de artículo nos deja aún un área del derecho no cubierta, toda vez que no señala cuáles serán los deberes precontractuales tutelados por la responsabilidad precontractual. Ante esta situación de vacío legal, se puede complementar con una figura jurídica precontractual, como la carta de intención en su forma de acuerdo de intenciones, donde se pacten expresamente los deberes precontractuales a los que las partes se obligan.

Saavedra (2019) destaca la importancia de las cartas de intenciones, a fin de que los tratantes podrán establecer la vinculación de los acuerdos para la negociación. En ese sentido, el citado art. 1362 del CC peruano puede ser complementado, sin interponerse con la propuesta del Grupo de Trabajo, con un literal A o B dependiendo de la aprobación del anteproyecto.

La propuesta para el CC peruano, tomando como influencia la denominación tomada por el CC argentino, que permitirá la aplicación de medidas de resarcimiento ante los danos basados en lo establecido en el acuerdo precontractual, sería la siguiente:

1362-A° Carta de intenciones. Documento mediante los cuales los tratantes regulan las negociaciones sobre ciertas

bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, serán de aplicación solo a dicho periodo. El incumplimiento de las obligaciones pactadas en este generará la obligación de la parte infractora de indemnizar los daños. Los acuerdos parcialmente alcanzados de una negociación no serán vinculantes.

En definitiva, la exposición que acompañaría la propuesta de incorporar este nuevo literal al art. 1362 del CC sería:

En la práctica comercial se viene utilizando figuras precontractuales, las cuales no están debidamente tuteladas por el ordenamiento jurídico nacional. Con la incorporación de este literal, se logrará brindar seguridad jurídica a las partes durante la negociación para que puedan prever los efectos que tendrá la celebración de cartas de intención para regular la negociación y la debida aplicación de medidas de resarcimiento ante vulneración de las obligaciones allí establecidas.

La conveniencia de incorporar acuerdos precontractuales, con la denominación de carta de intenciones, en el Libro VII Fuente de Obligaciones Sección Primera: Contratos en general, Título I: Disposiciones generales, se basa principalmente en que esta figura jurídica es transversal en su uso y puede ser utilizada para regular la negociación de cualquier contrato de típico de la sección Segunda: Contratos nominados, así como en cualquier contrato atípico. Por ello su ubicación responde a la generalidad de esta figura jurídica, que debe acompañar el

artículo que regula la buena fe en cuanto este último se también se refiere a la etapa de negociación.

La ubicación de la propuesta de incorporar a la carta de intenciones al Código Civil no podría estar en el Código Comercial ni en la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887). Sobre la primera, esta figura jurídica no es de aplicación exclusiva a contratos mercantiles sino de uso tanto privados como comerciales. Sobre la segunda, si bien la carta de intención podría servir para regular la negociación de contratos societarios, tampoco es de aplicación exclusiva a estos. En ese sentido, el Código Civil abarca las situaciones anteriormente mencionadas, al ser mas general.

CAPÍTULO IV: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

En este capítulo se brindan mayores alcances respecto al diseño y el procedimiento de la investigación. Del mismo modo se presentan los aspectos éticos más relevantes de la investigación.

4.1 Diseño Metodológico

El diseño metodológico a seguir fue el cualitativo al basarse en el análisis de teorías y casos. El nivel de la investigación fue exploratorio, al ser un tema que aún no había sido abordado en una tesis nacional. (Ríos, 2017) Así mismo el tipo de investigación fue analítico, ya que se diferenciaron los elementos del problema de investigación y se revisaron de forma separada para establecer sus relaciones de manera vinculada. (Hernández, 2006; como se citó en Ríos, 2017). A su vez, el método de investigación fue deductivo, al seguir una investigación de lo general a lo particular. (Aranzamendi, 2015)

4.2 Procedimiento de Investigación

La investigación jurídica, en general se vale de determinadas técnicas para lograr su cometido. En estos casos, la técnica en la investigación jurídica se constituye en un conjunto de procedimientos y recursos. El acopio de datos, el registro y manipulación son parte de la técnica jurídica y son importantes para la elaboración de la tesis. A través de esta actividad se acumula racionalmente todo material idóneo para contextualizar y verificar la certeza de la hipótesis. (Aranzamendi, 2015). La técnica de recopilación de datos utilizada fue la técnica del análisis documental.

4.3 Aspectos Éticos

El principal requisito ético sobre el cual se regió el estudio es el de validez científica, ya que fue llevado a cabo mediante metodologías validadas y aceptadas por la comunidad académica sobre la cual se obtienen resultados válidos y fiables.

En esa misma línea, las fuentes de información a las que se hizo referencia son de uso público y se respetaron los derechos de autor correspondientes con la debida citación (Rufino, 2016).

Yo, JOHN CARLOS ESPINOZA SILVERIO, identificado con D.N.I. N° 71939703, bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, declaro bajo juramento que las fuentes bibliográficas, impresas y electrónicas, que he consultado han sido citadas en la presente tesis conforme al “Manual para la elaboración de las tesis y trabajos de investigación”, aprobadas por Resolución Rectoral N° 093-2017-CU-R-USMP, de fecha 27 de enero de 2017; y que la investigación jurídica es de mi autoría, asumiendo plena responsabilidad ante la Universidad y la SUNEDU.

CONCLUSIONES

- a. La doctrina nacional no tiene una posición única respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual surgida del rompimiento injustificado de las tratativas ni del incumplimiento de la buena fe, tampoco de los acuerdos precontractuales.
- b. La jurisprudencia peruana no se ha manifestado respecto la naturaleza responsabilidad precontractual ni de los acuerdos precontractuales.
- c. Los acuerdos precontractuales tienen un origen en el derecho anglosajón, en el que no existe responsabilidad precontractual, debido a que los gastos generados en esta etapa se consideran como parte del riesgo que asumen las partes cuando entran en negociación.
- d. Los principales acuerdos precontractuales son la carta de intención y el memorándum de entendimiento, dichas denominaciones son utilizadas sin distinción aparente. El ordenamiento jurídico argentino se decanta por la primera denominación.
- e. Los acuerdos precontractuales, se diferencian de los contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción), al no obligar a la cotratantes a celebrar un contrato definitivo en el futuro, cumplen objetivos distintos. Los objetivos que cumplen son: (a) invitación a negociar, (b) acuerdo de intenciones, y (c) acuerdos parcialmente alcanzados.
- f. La responsabilidad precontractual en caso de rompimiento de tratativas (durante la formación del contrato) tendrá una naturaleza extracontractual, en tanto por sí solas las tratativas no generan un vínculo social suficiente para establecer una relación obligatoria contractual. La responsabilidad extracontractual es la

regla general para tutelar resarcimiento ante el deber genérico de no causar daño, conforme al art. 1968 del CC.

- g. Respecto al acuerdo precontractual que incluya invitación a negociar, por el cual se declara la intención de iniciar negociaciones, no generará efectos jurídicos, es decir, no acarrea responsabilidad civil de ningún tipo.
- h. En el caso de acuerdo precontractual que incluya acuerdo de intenciones, por el cual se regule la etapa de negociación, generará efectos jurídicos, entonces se incurrirá en responsabilidad civil contractual, solamente de las obligaciones debidamente pactadas como tales. De esta forma se plasma la contractualización de la responsabilidad precontractual.
- i. Un acuerdo precontractual que incluya acuerdos parcialmente alcanzados, por el cual se declaren algunas estipulaciones de un futuro contrato, no generará efectos jurídicos, entonces, no se incurrirá en responsabilidad civil de ningún tipo.
- j. Los acuerdos precontractuales no están regulados por los ordenamientos jurídicos de países europeos como Inglaterra, Alemania, Francia, España e Italia, tampoco en países americanos como EE.UU., Chile, Colombia y Perú. En Argentina se regula la carta de intenciones en su Código Civil y Comercial de la Nación del 2014.
- k. La conveniencia de incorporar acuerdos precontractuales que incluya acuerdo de intenciones con la denominación de “Carta de intenciones” al Código Civil radica en que permite regular las obligaciones durante las negociaciones de un futuro contrato, de esta forma se ampara los deberes precontractuales como obligaciones de un contrato, generando responsabilidad contractual en caso de su incumplimiento.

RECOMENDACIONES

Al no haber unanimidad en la doctrina ni pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional ante lo expuesto, se recomienda el uso de acuerdos precontractuales, de este modo las partes podrán convenir la naturaleza contractual de la responsabilidad incurrida durante la fase de tratativas; en caso no se manifiesten respecto a la responsabilidad, se seguirá la regla general de responsabilidad extracontractual.

A su vez, esta figura jurídica permite a los tratantes (potenciales contratantes) convenir sobre obligaciones como confidencialidad, información, plazos, penalidades, entre otros. También esta figura jurídica permitiría tener mayor seguridad jurídica, al generar una predictibilidad ante la ausencia de homogeneidad postural de la doctrina y el pronunciamiento jurisdiccional. En ese sentido, teniendo en cuenta que esta figura jurídica no genera una obligación a celebrar un contrato, habrá que diferenciarla debidamente de los contratos preparatorios.

Por último, se recomienda incorporar un artículo al Código Civil peruano, que tipifique la figura jurídica de la carta de intención, como un acuerdo precontractual que regula la etapa de negociación de un eventual contrato definitivo dándole autonomía legal.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Albaladejo, M. (2008). *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer, S.L.
- Alguer, J. (1935). Para la crítica del concepto de precontrato. *Derecho Privado*, 322 - 427.
- Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Grijley.
- Arrubla, J. (1985). *El Periodo Precontractual*. Recuperado el 5 de mayo de 2019, de Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6056>
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista.
- Borda, A. (12 de diciembre de 2013). Las nuevas perspectivas de la teoría general del contrato y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *El Derecho*, pág. 119.
- Borda, G. (1989). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Brebbia, R. (1987). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Ediciones La Roca.
- Bürgerliche Gesetzbuch - BGB. (1901). Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche - EGBGB. Berlin, Alemania, 18 de agosto de 1896.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cabrillac, R. (2016). El nuevo derecho francés de los contratos. *Themis*, 59 - 66.
- Caramelo, G. (febrero de 2015). La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos. *La Ley*, 63.

- Caramelo, G. (Mayo de 2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado - Tomo II Libro Tercero Artículos 724 a 1250*. Obtenido de Biblioteca Digital Gobierno Argentina:
http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1630/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf
- Carrasco, A. (2013). Las Cartas de Intenciones. En A. y. Carrasco, *Adquisiciones de empresas* (págs. 117-184). Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi.
- Carreño, S. (3 de diciembre de 2015). *La Negociación Contractual: Su delimitación en el iter contractual*. Obtenido de Revista Global Iure:
https://www.academia.edu/32250645/La_Negociaci%C3%B3n_Precontractual_Su_Delimitaci%C3%B3n_en_El_Iter_Contractual_Precontractual
- Castillo, M. (2005). *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo, M. (2017). *Derecho de las Obligaciones* . Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Castro-Mendivil, A. (23 de Julio de 2019). *El ABC del MOU*. Recuperado el 8 de Octubre de 2019, de The Key Corporate law and finance economics:
<https://www.thekeyperu.com/el-abc-del-mou/>
- Catañeda, J. (1972). El negocio jurídico. . *Revista de derecho y ciencias políticas* .
- Cavestany, J. (07 de junio de 2010). *Letters of intents, precontratos y otros acuerdos preparatorios*. Obtenido de Expansión jurídico:
<https://www.expansion.com/2010/06/07/juridico/opinion/1275925551.html>
- Code Civil des Français. (1804). Ley del 30 Ventoso año XII, Paris, Francia, 21 de marzo de 1804.
- Codice Civile . (1942). Real Decreto N°262, Roma, Italia, 16 marzo 1942.
- Código Civil. (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de Madrid, Madrid, España, 25 de julio de 1889.
- Código Civil. (1984). Decreto Legislativo N° 295. El Peruano, Lima, Perú, 25 de julio de 1984.

Código Civil de la Republica de Chile. (1855). Ley, Santiago de Chile, Chile, 14 de diciembre de 1855.

Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley N° 84. Diario Oficial N° 2.867, Bogotá, Colombia, 31 de mayo de 1873.

Código Civil y Comercial de la Nación . (2014). Ley N° 26 994. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 08 de octubre 2014.

Código de Comercio. (1971). Decreto N° 410. Diario Oficial N° 33.339, Bogotá, Colombia, 16 de julio de 1971.

Condemayta, J. (16 de mayo de 2015). *La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de las tratativas "El rol de la buena fe y el deber de información"*. Recuperado el 25 de setiembre de 2018, de PUCP: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6873>

Corral, H. (05 de julio de 2012). *Promesa unilateral y contrato de opción*. Obtenido de El Mercurio Legal : <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901257&Path=/0D/C0/>

Danuzzo, R., Silvero, C., & Escalante, H. (2015). *Los contratos preliminares*. Obtenido de Comisión n° 4, Contratos: "Formación progresiva del contrato: Los pactos preliminares": https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Danuzzo-y-otros_TRATATIVAS.pdf

De La Puente, M. (2011). *El Contrato en General: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores.

De Trazegnies, F. (2003). La responsabilidad extracontractual. En *Biblioteca Para leer el Código Civil* (7ma ed., Vols. IV, Tomo II). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Degenkolb. (1887). Zur Lehre vom Vorvertrag. *Archiv. fur die Civilistische*, 1- 3.

Díaz, A. (2013). *La Carta de intencion (letter of intent) o memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el derecho Colombiano*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de

<https://es.scribd.com/document/341182907/La-Carta-de-Intencion-Letter-of-Intent-o-El-Memorando-de-Entendimiento-Memorandum-of-Understanding-Su-Aplicacion-en-El-Derecho-Colombiano-Andres>

Díez- Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas.

Domínguez, R. (2011). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Duhaime. (14 de julio de 2019). *Invitation to Treat Definition*. Obtenido de Duhaime's Law Dictionary:
<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/I/InvitationtoTreat.aspx>

Enneccerus, L. (1954). *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, España : Casa Editorial.

Espinoza, J. (2012). *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima, Perú: Rodhas.

Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Instituto Pacífico.

Faggella, G. (1906). *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*,. Napoles: Luigi Pierro Editore.

Farnsworth, A. (Marzo de 1987). *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*. Obtenido de Columbia Law Review:
https://www.jstor.org/stable/1122561?seq=1#page_scan_tab_contents

Farnsworth, A. (2004). Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (49), 81-125.

Ferrero, R. (1974). *El Negocio Jurídico*. Lima: Rocarme.

Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Lima: Grijley.

- Fontaine, M., & De Ly, F. (2006). *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*. New York : Transnational Publisher, Inc.
- Forno, H. (1991). *La oferta al publico: Razones para una discrepancia*. Obtenido de Derecho PUCP:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6163/6187>
- Geldres, R. (Mayo de 2017). La responsabilidad precontractual. *Gaceta Civil y Procesal Civil*(47), 201-209. Obtenido de s. "La responsabilidad precontractual" GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL (2017)
- Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil . (25 de agosto de 2019). *ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PERUANO PROPUESTAS DE MEJORA Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS*. Obtenido de Gaceta Jurídica: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/AnteproyectoReformaCodigoCivil.pdf>
- Haro, J. J. (2002). *¿Podría usted "no hacer" negocios conmigo?: sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe*. Recuperado el 8 de Octubre de 2019, de Advocatus. Portal de Revistas Universidad de Lima:
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2382>
- Hernández, R. F. (2006). *Metodología de la Investigación, 4ta Edición*. México D.F.: MC Graw Hill Interamericana.
- Hilsenrad, A. (2005). *Las Obligaciones Precontractuales*. Pamplona: Analecta Editorial.
- Lake, R., & Draetta, U. (1994). *Letter of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and forms*. Massachusetts: Butterworth Legal Publishers.
- Law Teacher. (noviembre de 2013). *Difference Between Offer and Invitation*. Obtenido de Law Teacher: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/difference-between-offer-and-invitation-contract-law-essay.php>

- León, L. (2011). *La Responsabilidad Civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ra ed.). Lima: Jurista Editores.
- Leonseguí, R. A. (2012). El Contrato de Opción como Contrato Atípico de Tracto Único. *Revista de Derecho UNED*, 315 -345.
- Llodrá, F. (abril de 2003). *Letter of intent, carta de intenciones, Precontrato*. Obtenido de Academia:
https://www.academia.edu/38274723/_Letter_of_intent_carta_de_intenciones_precontrato_?auto=download
- Lohmann, G. (1994). *El negocio jurídico, 2º Edición*. Lima: Grijley.
- López de Zavalía, F. (1985). *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor) Tomo II, Parte Especial.
- López, F. (1971). *Teoría del Contrato*. Buenos Aires: Zavalía.
- López, F. (2016). Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento. *IUS ET VERITAS*, (52), 202-2013.
- Marín, G. (2013). *La responsabilidad precontractual en Colombia*. Obtenido de Opinión Jurídica. Publicación de la Facultad de Derecho:
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1324/1326>
- Marín, H. (2011). *Los acuerdos precontractuales típicos*. Obtenido de UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=26685>
- Marín, H. (2012). *Estudios de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*. España: Bosch Civil.
- Mazeud, H., Tunc, L., & Mazeud, A. (1977). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictiva y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- Menéndez, J. C. (1998). *La oferta contractual*. Pamplona: Aranzadi.
- Messineo, F. (1968). *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Moisset de Espanes, L. (1990). *Notas sobre el Precontrato (Antecedentes de derecho comparado)*. Obtenido de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba:
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/notas-sobre-el-precontrato-antecedentes-de-derecho>
- Monsalve, V. (mayo de 2018). *La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares*. Recuperado el 26 de setiembre de 2018, de
https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18494/1/DDP_Ruptura%20injustificada%20de%20los%20tratos%20preliminares.pdf
- Morales, R. (2002). *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima: Ara Editores.
- Morales, R. (2011). *Las patologías y los remedios del contrato*. Lima: Jurista Editores. Recuperado el 04 de mayo de 2019, de Repositorio web PUCP:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4682>
- Moreno, C. (2017). ¿La responsabilidad precontractual... llega la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 211-226.
- Navares, S. (01 de junio de 2011). *La función de la carta de intenciones en la interpretación de los contratos celebrados por la empresa*. Obtenido de Iustitia : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5978961>
- Northcote, C. (agosto de 2013). *¿Cómo funcionan los contratos preparatorios?* Recuperado el 17 de junio de 2019, de Area Derecho Empresarial:
www.aempresarial.com/web/revitem/41_13076_48040.pdf
- Ojeda, L. (11 de diciembre de 2011). *La culpa in contrahendo y la responsabilidad precontractual en el Código Civil*. Recuperado el 25 de setiembre de 2018, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1139>
- Oviedo, J. (15 de octubre de 2003). *Apuntes sobre el contrato bilateral de promesa en el Derecho Privado colombiano*. Obtenido de Pontificia Universidad Javeriana:
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14832>

- Palacios, E. (1994). *Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico*. (PUCP, Ed.) Recuperado el 11 de diciembre de 2018, de Themis Revista de Derecho:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11402/11917>
- Papa, R. (12 de Abril de 2016). La “carta de intención” en el nuevo Código y en el Common Law. *La Ley*(Año LXXX N° 68), págs. 1-7. Obtenido de La Ley.
- Parra, N. (2013). La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de. *Revista de Derecho Privado*(50), 31.
- Pérez, A. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Mercantil*, 859-922.
- Pretel, E. (2017). La responsabilidad precontractual: análisis histórico y comparado sobre el innecesario (pero insistente) esfuerzo de contractualizarla bajo el escudo del “contacto social”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(47), 115-132.
- Real Academia de la Lengua Española. (2018). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 8 de octubre de 2018, de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Ag9M2OT>
- Ríos, G. (2017). *¡Hagamos juntos una Tesis de derecho! Teoría y práctica*. Lima: Ideas Soluciones Editorial SAC.
- Román, A. (1982). *El precontrato: estudio dogmatico y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rufino, M. (2016). *Aspectos éticos en la investigación*. Obtenido de Recuperado el 25 de septiemebre de 2019, de la Univerisidad de La Laguna - ULL media: https://www.youtube.com/watch?v=dXnO0p_mE20
- Saavedra, R. (2005). La responsabilidad precontractual en debate. *Ius et veritas*(31), 144-166.

- Saavedra, R. (2016). *Análisis económico y comparado del derecho privado - Una introducción*. Lima: Fogueras.
- Saavedra, R. (7 de marzo de 2019). *Las declaraciones precontractuales clásicas: Oferta, oferta al público, invitación a ofrecer, contraoferta y aceptación*. Obtenido de IUS 360°: <http://ius360.com/columnas/renzo-e-saavedra/las-declaraciones-precontractuales-clasicas-oferta-oferta-al-publico-invitation-ofrecer-contraoferta-y-aceptacion/>
- Saavedra, R. (21 de febrero de 2019). *Nociones básicas vinculadas a la formación del contrato*. Obtenido de IUS 360: <http://ius360.com/columnas/renzo-e-saavedra/nociones-basicas-vinculadas-la-formacion-del-contrato/>
- Saavedra, R. (27 de febrero de 2019). *Responsabilidad precontractual, deberes de conducta y daños resarcibles*. Obtenido de IUS 360 : <http://ius360.com/columnas/renzo-e-saavedra/la-responsabilidad-precontractual-algunas-ideas-preliminares/>
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Spota, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*. Buenos Aires.: Ediciones Depalma.
- Stolfi, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico. Traducción de la edición italiana por Jaime Santos Briz*. Madrid. España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Taboada, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Taboada, L. (2016). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley.
- Torres Maldonado, M. A. (Noviembre de 2016). *La carta de intención (letter of intent) en la adquisición de empresas: ¿Son contratos preparatorios?* Recuperado el 22 de agosto de 2019, de Gaceta Civil y Procesal Civil: <https://works.bepress.com/marcoandreetorresmaldonado/36/>
- Torres, A. (1998). *Acto Jurídico* . Lima: San Marcos.
- Torres, A. (2011). *Teoría General del Contrato Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico.

- Valés, P. (2012). *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Reus.
- Vásquez, W. (10 de enero de 2017). *¿Qué es exactamente un MOU en el Perú?*
Recuperado el 25 de Setiembre de 2018, de IUS 360:
<http://ius360.com/columnas/walter-vasquez-walter-vasquez-columnas/que-es-exactamente-un-mou-en-el-peru/>
- Vega, T. (2009). *La Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes*. Recuperado el 9 de octubre de 2018, de Tesis para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: <https://www.scribd.com/doc/117607053/La-Responsabilidad-precontractual-en-el-perfeccionamiento-de-los-contratos-reales-y-solemnes>
- Vial del Rio, V. (2003). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vidal, F. (2001). *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las Obligaciones, trad. por W.Roces,*. Madrid: Reus.
- Zimmermann, R. (2000). *Estudios de derecho privado europeo*. Madrid: Civitas.