

# Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering. Aproximación doctrinal\*

CATALINA SALGADO RAMÍREZ\*\*

Sumario: I. La problemática: ¿un replanteamiento de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual para el derecho colombiano? II. Primeros elementos para una clarificación de la problemática desde el punto de vista del análisis histórico. A. Un antes

\* No se tendrán en cuenta en esta oportunidad las referencias normativas anteriores a la teoría de RUDOLF VON JHERING por considerar que su estudio amerita una investigación responsable acerca de los antecedentes de tales normas y su posterior interpretación por la doctrina, la cual no puede efectuarse sino teniendo acceso a fuentes primarias de las que no disponemos en el momento. Sin embargo, valga anotar, se encuentran en dos cuerpos normativos, uno de los cuales ya no está en vigencia. Se trata, por un lado, del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, conocido como ALR prusiano (*Allgemeines Landrecht*) de 1794. Cfr. ALR: I (*Erster Theil*) [Primera parte], 4 (*Vierter Titel*) [Título cuarto] (*Von Willenserklärungen*) [De las declaraciones de voluntad] §§ 78, 79 [ALR I.4 § 78, 79]; 5 (*Fünfter Titel. Von Verträgen*) [Título quinto. De los contratos], §§ 33, 36, 53, 284 [ALR I.5 §§ 33, 36, 53, 284]; II (*Zweyter Theil*) [Segunda parte], 2 (*Zweyter Titel*) [Título segundo]. (*Von den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Aeltern und Kinder*) [De los derechos y deberes recíprocos de padres y menores], §§134, 135 [ALR II.2.§134,135]. Fue un código interesantísimo. Además de establecer la responsabilidad en caso de contratos afectados de nulidad (*Nichtigkeit*) por error de uno de los contratantes [ALR I.4 §§ 78, 79], también contempló el supuesto de imposibilidad inicial del objeto [conocida/reconocible? por la parte que se obliga (el verbo es *bekennen*, que significa, entre otros, *reconocer*)], con el deber consiguiente de indemnizar integralmente los daños [ALR I.5 §53]; así como el supuesto de un vicio del acuerdo que reguarda la 'capacidad de las partes' [ALR I.5 §§33,36,134,135]. Pero lo más interesante es que reguló expresamente el régimen de responsabilidad en el periodo precontractual, atándolo a las graduaciones de la culpa contractual en función del criterio de utilidad del contrato [ALR I.5 §284]. El otro cuerpo normativo es el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, conocido como ABGB austríaco, de 1811, que reguló materias a la par del ALR prusiano. Cfr. ABGB I. (*Von dem Personen Rechte*) [Del derecho de la persona] § 248 y II (*Von dem Sachenrechte*) [Del derecho de las cosas] 2 (*Von den persönlichen Sachenrechten*) [De los derechos de crédito]. §§866, 878. Los dos primeros

de Jhering. 1. Hugo Grocio y la responsabilidad "precontractual" en la promesa. 2. Samuel von Pufendorf. De la responsabilidad por error en la promesa a la responsabilidad por error motivo en los pactos y contratos y un criterio diferenciador: el principio de ejecución. 3. Jean Domat. ¿Una responsabilidad precontractual? 4. Robert Joseph Pothier. a. Responsabilidad en la formación del contrato entre ausentes: "per epistolam aut per nuntium". Una ficción de contrato indemnizatorio o contrato implícito indemnizatorio basado en una regla de equidad: ¿una obligación nacida de cuasicontrato? b. ¿Alguna responsabilidad precontractual fuera del supuesto anterior? Rechazo de la posición de Pufendorf sobre el error en los motivos y omisión de referencias a las construcciones romanas sobre la *actio empti* en función resarcitoria. B. A modo de conclusión parcial en el aporte a la aclaración de la problemática sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual y elementos a tener en cuenta para un análisis de la futura construcción de Rudolf von Jhering

Resumen: Con el presente artículo se busca aportar al debate nacional sobre la materia de la responsabilidad precontractual algunos elementos de estudio desde el punto de vista del análisis histórico, que ayuden a una comprensión más amplia del instituto e inciten a su vez a la exploración más profunda, por parte de nuestra doctrina, de puntos de vista hasta ahora desatendidos debido a la preponderancia de las referencias a la célebre pero al mismo tiempo desconocida teoría del alemán RUDOLF VON JHERING.

Palabras clave: formación del contrato, error, responsabilidad precontractual, *culpa in contrahendo*

*Historical Considerations Pertaining to Precontractual Liability. Part One: Before the Time of Rudolf von Jhering. Legal Literature Approach*

Abstract: This article means to bring some elements from the historic analysis to the national debate regarding precontractual liability. This is to foster a better understanding of the subject and incentivize a deeper exploration of little investigated vantage points through the scholars. So far they have received little attention due to the predominant fame of the still little comprehended theory of the German RUDOLF VON JHERING.

Keywords: formation of contracts; mistake; precontractual liability; *culpa in contrahendo*

parágrafos relativos a la incapacidad para contratar (del menor y del mayor de edad) y el deber de reparar los daños y el último sobre imposibilidad del objeto del contrato e indemnización de perjuicios (aquí ya indudablemente en caso de "reconocibilidad" y no solo de conocimiento). Nota: Se ha conservado la ortografía original de las rúbricas.

\*\* Profesora de Derecho Civil en la Universidad Externado de Colombia. Máster y Doctora en Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma 'Tor Vergata' (Roma II). Correo electrónico: [catalina.salgado@uexternado.edu.co]

Fecha de recepción: 15 de enero del 2012. Fecha de aceptación: 20 de marzo del 2012.

I. LA PROBLEMÁTICA: ¿UN REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL PARA EL DERECHO COLOMBIANO?

El presente estudio parte de una inquietud presente en la prolífica (para nuestro medio) doctrina nacional de la última década<sup>1</sup>, en torno a un instituto que constituye una "nueva" vértebra del derecho de obligaciones<sup>2</sup>. La cuestión que le ha inquietado desde siempre radica en buscarle a la responsabilidad precontractual un lugar adecuado y definitivo dentro del régimen de responsabilidad civil del ordenamiento colombiano. El desasosiego que produce en ella el hecho de que el legislador colombiano no haya tenido la disposición de legislar con nombre propio sobre el tipo de responsabilidad civil al que pertenece este instituto, a pesar de haber encontrado un reconocimiento normativo (solo expreso) en la codificación mercantil de 1971<sup>3</sup>, la lleva a discurrir, normalmente, entre una posición extracontractualista y una contractualista, reduciéndose, por lo general, la discusión a esta dicotomía. Quienes por su lado apelan a una tercera *specie* difícilmente pueden sustentar sus contornos<sup>4</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ciertamente encaminada por las sendas trazadas por los litigantes, ha sostenido en cambio un carácter extracontractual de la mencionada responsabilidad precontractual (entrelazada en sus considerandos con matices como el del abuso del derecho y el deber de actuación conforme a la buena fe) en las contadas veces en que ha

<sup>1</sup> GUSTAVO ADOLFO MARÍN VÉLEZ. *La responsabilidad precontractual en Colombia*, en Opinión Jurídica 5 (2004) p. 57-67; Vladimir MONSALVE CABALLERO. *La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el derecho europeo continental, en Via inveniendi et iudicandi*. Revista virtual. Universidad Santo Tomás. 3 (2006). Online en <http://viei.usta.edu.co/articulos/edi3/rupturainjustificadadelostratospreliminares.pdf>; ID. *Disertación hacia una nueva construcción en Colombia de la "culpa in contrahendo"*, en Revista de Derecho. Universidad del Norte. 27 (2007) p. 41-73; Jorge OVIEDO ALBÁN. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, en Vniversitas 115 (2008) p. 83-116; V. MONSALVE CABALLERO. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, en Vniversitas 117 (2008) p. 15-52; ID. *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta, una doctrina europea en construcción*, en Revista de Derecho. Universidad del Norte 30 (2008) p. 30-74; ID. *El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: una visión desde el derecho europeo*, en Vniversitas 119 (2009) p. 251-278; ID. *Una aproximación histórico-legal de la culpa in contrahendo en las negociaciones preliminares*, en Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) 17 (2011) p. 61-82. Online en [[www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-061\\_Artigo\\_Vladimir\\_Monsalve\\_Caballero\\_\(Una\\_Aproximacion\\_Historico\\_Legal\\_de\\_la\\_Culpa\\_in\\_Contrahendo\\_en\\_las\\_Negociaciones\\_Preliminares\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-061_Artigo_Vladimir_Monsalve_Caballero_(Una_Aproximacion_Historico_Legal_de_la_Culpa_in_Contrahendo_en_las_Negociaciones_Preliminares).pdf)].

<sup>2</sup> Una nueva vértebra, si se tienen presentes no solo los más de dos mil años de continuo desarrollo del derecho de obligaciones, sino la variedad de supuestos que de ordenamiento en ordenamiento caben dentro de ella.

<sup>3</sup> Código de Comercio. Art. 863. [Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que se causen]

<sup>4</sup> Véase la discusión (iberoamericana) al respecto en J. OVIEDO ALBÁN. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, cit., esp, p. 107 y ss.; también en V. MONSALVE CABALLERO. *Disertación hacia una nueva construcción en Colombia de la "culpa in contrahendo"*, cit., p. 59.

tenido oportunidad de pronunciarse y en las que, muy a nuestro pesar, ha debido lidiar con problemas más de forma (la técnica de casación) que de fondo<sup>5</sup>.

Con todo, en esta última década se viene gestando en la doctrina nacional más autorizada la idea de abogar por una "naturaleza contractual" de la responsabilidad precontractual en nuestro medio<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sin ánimo exhaustivo. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias: 1) 11 de mayo de 1970. M. P. Guillermo Ospina Fernández. Siendo la primera y única (que yo sepa) anterior a la expedición del código de comercio (aunque de fondo el asunto no fue la responsabilidad precontractual), transcribo lo pertinente "Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de responsabilidad (la contractual) aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formarse la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr. la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa *in contrabando* en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana". 2) 28 de junio de 1989. M. P. Rafael Romero Sierra. Esta le agrega a la responsabilidad extracontractual el matiz del abuso de la libertad de celebrar el negocio y del comportamiento conforme a buena fe, se apoya en doctrina del Sistema de derecho romano (F. MESSINEO, R. SCOMAMIGLIO) y habla de una 'doctrina universal' al respecto: "[...] por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella cuyo interés ha sido solicitado por ella" [...] "El Código de comercio, siguiendo muy de cerca las opiniones de la doctrina universal en el punto [...]" descarga "en cada uno de los contratantes el deber de comportarse de buena fe [mejor, conforme a buena fe], como una fórmula comprensiva de los varios deberes que pueden integrar el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico, a pesar de no estar ligados por vínculo contractual alguno" paréntesis fuera de texto. 3) 23 de noviembre de 1989. M. P. José Alejandro Bonivento Fernández. Ésta, que constituye uno de los pocos casos en los que la Corte ha reconocido en el caso concreto la responsabilidad, reitera que sea de carácter extracontractual, aunque pone su fundamento en el principio de buena fe. 4) 27 de junio de 1990. M. P. Pedro Lafont Pianeta; 8 de marzo de 1995. M. P. Pedro Lafont Pianeta (reiterativas de las doctrinas anteriores). 5) Fuera de otras (27 de marzo de 1998. M. P. José Fernando Ramírez Gómez; 31 de marzo de 1998. M. P. Rafael Romero Sierra; 23 de junio de 2000. M. P. José Fernando Ramírez Gómez; 13 de diciembre de 2001. M. P. Manuel Ardila Velásquez), la Sentencia de 12 de agosto de 2002. M. P. José Fernando Ramírez Gómez, expone la línea jurisprudencial de la Corte de tres décadas y hace referencia explícita a la dicotomía doctrinal al interior del Sistema de derecho romano, entre quienes abogan por la responsabilidad contractual y quienes abogan por la extracontractual. 6) La del 19 de diciembre de 2006, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, hace referencia al milenar principio *neminem laedere* y al principio de buena fe (aunque este último ha sido utilizado por la Corte, en mi opinión, en modo erróneo, subjetivizándolo en el ámbito 'probatorio', abandonando así su funcionamiento como principio (valoración de la conducta de las partes de conformidad con parámetros objetivos de corrección) pasando al distinto campo de la 'presunción' de buena fe, eminentemente de la buena fe subjetiva). Respecto de los malentendidos doctrinales y jurisprudenciales, léanse los aportes de Martha L. NEME VILLARREAL, publicados en esta revista: *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* RDP 11 (2006) pp. 79-126.; *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. RDP 17 (2009) p. 45-76. 7) 12 de julio de 2011. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Reitera el carácter extracontractual de la responsabilidad y prevé el concurso de las normas que regulan la responsabilidad contractual (como normas generales) a falta de norma especial: por ejemplo, en materia del 'monto de los intereses'.

<sup>6</sup> Cfr. en particular V. MONSALVE CABALLERO. *Disertación hacia una nueva construcción en Colombia de la "culpa in contrabando"*, cit., esp., p. 62, 64 y 66. Si bien se centra en los llamados 'deberes de protección'. Habla de una evolución 'expansiva' de la responsabilidad contractual

No me propongo con este escrito dar una respuesta sobre la "naturaleza de la responsabilidad precontractual", sino solo contribuir, con algunos elementos puntuales de estudio, al ya rico debate nacional sobre el tema; debate que ha "arrancado", por lo demás, legítimamente, desde la teoría del alemán RUDOLF VON JHERING, pero que por ello ha perdido de vista, en mi parecer, elementos preciosos que pueden ayudar a comprender, en primer lugar, el porqué de una u otra solución en los ordenamientos "europeos" a los que normalmente la doctrina nacional se aferra y que la han llevado por lo general y casi por inercia a no detenerse en la estructura, en las raíces, en un análisis "desde" una comprensión del propio ordenamiento, análisis que debe implicar obligatoriamente un análisis histórico.

## II. PRIMEROS ELEMENTOS PARA UNA CLARIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ANÁLISIS HISTÓRICO

Por regla general se toma como inicio del desarrollo de la responsabilidad precontractual (fuera del supuesto de la presencia de *dolus*)<sup>7</sup> el renombrado aunque poco conocido<sup>8</sup> ensayo de 112 páginas que publicó RUDOLF VON JHERING en los *Anuarios para la Dogmática del Derecho Romano Actual y del Derecho Privado Alemán*, en 1861: "*Culpa in contrabendo*" o de la indemnización de perjuicios en caso de contratos nulos o no llegados a perfección<sup>9</sup>, estudio que tuvo su origen en las dificultades que

(a mi modo de ver, muy influenciado por las construcciones alemanas, que obedecen a la estructura de tal ordenamiento y no al nuestro). Remito, para enriquecer el debate, a la lectura de un reciente aporte esclarecedor sobre la naturaleza jurídica de los deberes de protección. Se encuentra en un artículo de Javier M. RODRÍGUEZ OLMOS publicado en esta revista: *Deberes de protección 'aun frente a terceros' en la dogmática alemana*, en RDP 20 (2011) p. 301-346.

<sup>7</sup> Es común en la doctrina romanista el llamado a una locución: *dolus in contrabendo* (que no es una expresión romana) como contrapuesta a otra, *culpa in contrabendo* (acuñada por R. VON JHERING), para indicar que en el derecho romano el comportamiento de una de las partes en la etapa precedente a la celebración de un contrato 'nulo' era solo jurídicamente relevante en la medida en que hubiera habido presencia de dolo. Véase PROCCHI, "*Dolus*" e "*culpa in contrabendo*" nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico, en *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. I. L. GAROFALO (al cuidado). Padua: Cedam, 2007, p. 181-246; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom)* (s. v.) en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI. Milán: Giuffrè, 1993, § 25 a) - g); H. HONSELL habla en este caso de función de la *actio empti* "als *dolus-Haftung*". *Römisches Recht*, Berlín: Springer-Verlag, 2010<sup>7</sup>, § 46 p. 136. Sin embargo, la *actio empti* en función indemnizatoria no necesariamente se limitaba al presupuesto de un *venditor sciens* (vendedor que vende a sabiendas) en ciertos eventos de ineptitud (jurídica) o inexistencia del objeto. Ver *infra* nt. 69.

<sup>8</sup> Poco conocido, por un lado, por su escasa difusión en otras lenguas (el ensayo carece de una traducción al castellano; sólo en la última década se realizó su traducción al italiano: *Della "culpa in contrabendo". Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Trad. FEDERICO PROCCHI, Nápoles: Jovene, 2005 [Antiqua 90]); por otro, por su complejidad. En efecto, el ensayo dista mucho de ser una construcción meramente dogmática y se basa, fundamentalmente, en el análisis de fuentes de derecho romano, por lo que resulta particularmente difícil de comprender en su conjunto para quien carezca de un conocimiento mínimo de las fuentes.

<sup>9</sup> Título original: "*Culpa in contrabendo*" oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen*

encontraba este jurista alemán en sus lecciones para justificar las consecuencias del error (obstativo)<sup>10</sup>:

Al exponer la doctrina del error esencial (*wesentlicher Irrtum*) durante mis lecciones, por mucho tiempo me encontré con un punto que me generaba gran dificultad y al que no lograba dar alguna explicación satisfactoria. Se trataba de responder al interrogante de si el errante es o no responsable frente a su contraparte por los daños que por su culpa le hubiere ocasionado. Así por ejemplo, queriendo alguien ordenar 100 libras esterlinas [£] de una mercancía confunde el signo de las libras con el de los quintales y luego, llegando los 100 quintales de mercancía, los rechaza; o el agente de una hacienda comercial quien bajo encargo del principal, debe ordenar una cierta mercancía pero se equivoca en el nombre de la misma. Que el contrato sea nulo es indudable, partiendo de la base de que la equivocación pueda ser ciertamente demostrada. ¿Pero quién carga con los costos de embalaje y expedición que resultaron inútiles? ¿Está obligada la parte en culpa a indemnizar a la contraparte lo que por causa de tal culpa le hizo gastar?<sup>11</sup>

Pero antes de exponer en qué consistió exactamente la teoría de JHERING, cuáles su mérito y sus repercusiones sobre nuestro ordenamiento (lo que se publicará en una *segunda parte*), corresponde dejar en claro que las bases sobre las cuales puede fundarse una responsabilidad precontractual y que los intentos doctrinales (y normativos)<sup>12</sup> por dar una solución al problema de la necesidad de protección en tal etapa de formación del contrato no nacieron con él, como además el mismo jurista germano puso de presente.

Desde siempre, en todo caso, ha sido un tema bastante problemático:

La doctrina prácticamente me abandonaba ante tal interrogante: la mayor parte de los libros de enseñanza no lo abordaban y solamente en cuatro autores modernos lo encontré planteado. Dos de ellos lo respondían negativamente<sup>[13\*]</sup> y al parecer, con toda la razón. Como quiera que allí no surge el contrato, no puede hablarse de la aplicabilidad de los principios sobre la *culpa* contractual y en los de la extracontractual de la *actio legis Aquiliae*, es del mismo modo difícil encuadrar el supuesto<sup>14</sup>.

und deutschen Privatrechts, 1861, vol. 4, p. 1-112. El texto original en alemán puede consultarse en la biblioteca virtual del Max-Planck-Institut para el derecho privado comparado e internacional privado aquí: [<http://dlib-zs.mpiet.mpg.de/pdf/2084719/04/1861/20847190418610005.pdf>].

<sup>10</sup> JHERING habla de *wesentlicher Irrtum* (error esencial), pero valga aclarar que muchos de sus ejemplos son de error en la emisión de la declaración que pueden llamarse mejor errores obstáculo u obstativos. Véase *infra* nt. 11.

<sup>11</sup> Ver R. VON JHERING, "Culpa in contrabendo" oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, cit., p. 2.

<sup>12</sup> Ver *supra* la nota aclaratoria del título de nuestra exposición.

<sup>13</sup> [Nota de JHERING]: VON SAVIGNY, *System* III, p. 295, nota a; VON WÄCHTER, *Würtemb. Privatrecht* II, p. 749.

<sup>14</sup> Los otros dos autores, sobre los que después se detiene son, de acuerdo con sus notas: SCHWEPPE, *Das röm. Privatrecht* III, § 418 (cuarta edición), y RICHELMANN, *Der Einfluß des Irrthums*

## A. Un antes de Jhering

Fuera de los autores germanos a los que hace referencia el mismo JHERING, me interesa resaltar aquellos que en uno u otro modo han impregnado el subsistema jurídico latinoamericano. Se expondrán en el orden de aparición de la obra relevante, cuya fecha encontrará el lector en los subtítulos.

### 1. Hugo Grocio (1625) y la responsabilidad "precontractual" en la promesa

Menciono en primer lugar una noticia que antecede en casi dos siglos y medio a JHERING, fundamentalmente por la trascendencia del autor para el patrimonio universal del derecho: se trata de HUIG DE GROOT, más conocido por su denominación latina, HUGO GROTIUS, y entre nosotros como HUGO GROCIO<sup>15</sup>. Y se encuentra precisamente en su *De iure belli ac pacis*<sup>16</sup> publicado en París en 1625. El primer interrogante que se presenta es cómo una temática como la que tratamos pueda encontrarse en la célebre obra de GROCIO y la respuesta radica en que ella pretendió ser el primer intento por exponer en forma integral y sistemática el derecho que rige entre los pueblos y sus gobernantes<sup>17</sup>, no solo en tiempo o con pretexto de la guerra<sup>18</sup>.

*auf Verträge*, Hanover: 1837, p. 129 y siguientes. Estos autores hacían referencia a autores como *Cujacius* y *Donellus*, pero en la opinión de JHERING se alejaban del contenido de las fuentes. Cfr. JHERING "Culpa in contrabendo" oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, cit., p. 3.

<sup>15</sup> En general ver "Grotius" (s. v.) en *Allgemeine Deutsche Biographie* (en adelante ADB) 9 (1879). Leipzig: Verlag von Dunckler & Humboldt, 1879, p. 766 y 783. Online en [www.deutschebiographie.de/pnd118542702.html]. HUGO DE GROOT nació en 1583 en la ciudad de Delft (Países Bajos) y murió en Rostock (Alemania) en 1645. Sus trabajos jurídicos *Mare liberum* y *De iure belli ac pacis* son considerados, junto con otros de la segunda escolástica española, bases del derecho marítimo y del derecho internacional público.

<sup>16</sup> *Tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz*.

<sup>17</sup> Cfr. *Hvgonis Grotii. De ivre belli ac pacis libri tres. In quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur*. París: apud Nicolavm Bvon, 1625. *Prolegomena*, en el primer párrafo. Los textos en latín son tomados de ésta, la primera edición.

Sobre los antecesores en esta materia y el grado de originalidad de la obra de GROCIO ver A. GÓMEZ ROBLEDO, *Fundadores del derecho internacional*. Vitoria, Gentili, Suarez, Grocio. México D. F.: UNAM, 1989, p. 145 y ss. Por otra parte, dice el profesor chileno A. GUZMÁN BRITO lo siguiente: "En los *prolegomena* del *De iure belli ac pacis*, [...] Grotius se [sic] hizo expresamente eco de la tradición del *mos Gallicus* de dar un orden y sistema al derecho. Con resonancia ciceroniana, primeramente recuerda los esfuerzos del pasado en tal sentido: "Con anterioridad, muchos proyectaron darle (sc. a la jurisprudencia) la forma de sistema, pero nadie lo hizo acabadamente [...]". Después añade que uno de sus propósitos tenidos al escribir el libro radicó en que las materias tratadas fuesen dispuestas precisamente en un 'orden cierto' ": tomado de *La sistemática del Derecho Privado* en el "De iure belli ac pacis" de *Hugo Grotius*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004) p. 156-186. Online: [www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552004002600006&script=sci\_arttext].

<sup>18</sup> "*Liber secundus cum omnes causas ex quibus bellum oriri potest exponendas sumserit, quae res communes sint, quae propriae, quod ius personis in personas, quae ex dominio nascatur obligatio, quae successionum regiarum norma, quod ius veniat ex pacto, aut contractu, quae federum, quae iurisiurandi tum privati tum publici vis atque interpretatio, quid ex damno dato debeat, quae legatorum sanctimonia, quale ius humandi*

GROCIO dedica así buena parte del libro II, el más extenso de los tres libros, a dos de los principios que para él derivan del derecho natural y más propiamente de la fuerza asociativa del hombre y su defensa de la sociedad: el deber de reparar los daños causados "con culpa" y el deber de cumplimiento de lo pactado<sup>19</sup>. En la sistemática de GROCIO, por otro lado, ha de entenderse que promesa y contrato son especies de "pacto"<sup>20</sup>: solo que GROCIO, al tratar especialmente de la promesa, la reduce en sentido estricto al campo de la liberalidad<sup>21</sup>.

*mortuos, quae poenarum natura, late exsequitur.*" [El libro segundo expone todas las causas de las que puede nacer la guerra, qué cosas son comunes, qué propias, qué derecho tiene una persona en otras, qué obligaciones nacen del dominio, qué normas hay en las sucesiones de reyes, qué derecho nace del pacto o del contrato, qué interpretación tienen los tratados y el juramento público y privado, cuál la inviolabilidad de los legados, qué es debido por el daño causado, cuál sea el derecho de enterrar los muertos, cuál la naturaleza de las penas] Traducción libre. Cfr. *Hogonis Grotii. De iure belli ac pacis libri tres*, cit., *prolegomena*.

<sup>19</sup> "Haec vero quam rudī modo iam expressimus societatis custodia humano intellectui conveniens, fons est eius iuris quod proprie tali nomine appellatur: quo pertinent alieni abstinentia, & si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus restitutio, promissorum implendorum obligatio, damni culpa dati reparatio, & poenae inter homines meritum" [...]. "Deinde vero cum iuris naturae sit stare pactis" Cfr. *Hogonis Grotii. De iure belli ac pacis libri tres*, cit., *prolegomena*. [Esto que acabamos de exponer de modo sucinto, la defensa de la sociedad que conviene al entendimiento humano, es fuente de derecho propiamente dicho. A éste pertenece la abstención de lo ajeno y si algo tenemos o de ello nos hubiéramos lucrado, la restitución, la obligación de cumplir las promesas, la reparación de un daño (causado) por culpa y el merecimiento de la pena entre los hombres] Traducción castellana tomada de Hugo GROCIO. *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz. Edición bilingüe, traducción, introducción y notas de Primitivo Mariño Gómez*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. *Prolegómenos*, p. v. (paréntesis y subrayados fuera de los textos).

<sup>20</sup> Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática del Derecho privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004) p. 156-186. Online: [www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54522004002600006&script=sci\_arttext p. 4 y 7].

<sup>21</sup> Para comprender qué entiende GROCIO por promesa véanse las consideraciones que al respecto ha hecho el profesor chileno A. GUZMÁN BRITO en su artículo titulado *Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato*, en *Revista de estudios histórico jurídicos*, 22 (2000) p. 4 y 5. Online: [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-5452200002200003&script=sci\_arttext]. Al respecto resulta necesario remontarse a un antecesor de GROCIO, perteneciente a la segunda escolástica española. Se trata de Luis MOLINA (1535-1600), quien en su tratado *De justicia et Jure* habla de *promisiones* (teniendo presente la estructura de la *stipulatio* romana, pero quitándole cualquier 'causa' onerosa o mejor, desconociendo su carácter abstracto en el Derecho Romano) las cuales considera como una especie de *contractus*, únicamente gratuito: pero más exactamente reduce las *promisiones* a las donaciones. Lo trascendental de Molina para la moderna ciencia del Derecho radica en que es al ocuparse de la fuerza obligatoria de la promesa que son analizados problemas hoy generales y fundamentales en la construcción de una teoría general del contrato, como el de la existencia de consentimiento y la aptitud jurídica del objeto. MOLINA, a su vez, tuvo una clara influencia en GROCIO. Así, dice A. GUZMÁN BRITO: GROCIO "termina afirmando que "todos los actos útiles a otros, excepto los meramente benéficos, se llaman contratos" (*omnes autem actus aliis utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur*). De esto se deduce que para nuestro autor sólo quedan excluidos del concepto de contrato las liberalidades, especialmente las donaciones, tanto reales como promisorias. Ello explica que de las promesas GROCIO haya tratado en el capítulo XI: *De promissis*". La diferencia entre MOLINA y GROCIO es que para GROCIO la promisión deja de ser un contrato: promisión y contrato son especies de 'pacto'.

Así, en el capítulo XI del mencionado libro II se encarga de las promesas y en la sección VI hace referencia a qué puede estar obligado naturalmente quien incurra en error en un "pacto", cuestión que el mismo pensador calificó como bastante confusa<sup>22</sup>. Luego de mencionar brevemente que la mayor parte de las distinciones en materia de error se basa en el derecho romano, se queja de que ellas no necesariamente son verdaderas o suficientemente acuradas<sup>23</sup>. Prosigue entonces tratando de encontrar la verdad "natural" y concentrándose en el campo de las "promesas" trae una breve conclusión: la no obligatoriedad de las promesas hechas en la suposición de la existencia de una circunstancia de hecho que resulta no ser cierta, sirviéndose para ello de un paralelo con la eficacia de las leyes, las cuales sólo obligarían en la medida en que el legislador se hubiera basado en un supuesto cierto<sup>24</sup>. Una vez aquí, culmina la sección VI mencionando expresamente el aspecto que nos interesa:

*Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, & damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato, de quo capite infra agemus*<sup>25</sup>.

Pero si el promitente fue negligente al explorar la cosa o al expresar su intención, y por ello se genere un daño a la otra parte, está obligado a resarcir, no en razón de la promesa, sino en razón del daño que causó por su culpa, de lo que trataremos posteriormente en otro capítulo<sup>26</sup>.

La fuente de la obligación de resarcimiento, para GROCIO, es el daño causado con culpa, y no parece calificarlo en algún sentido el hecho de haberse generado con ocasión de la celebración una promesa. Podríamos decir que en GROCIO se trata de una responsabilidad "extrapactual" en oposición a una "pactual". No hay que perder de vista en todo caso que GROCIO al tratar nuestro asunto hace su apre-

<sup>22</sup> *"De pacto errantis perplexa satis tractatio est"*. GROCIO. *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., p. 266. Énfasis nuestro.

<sup>23</sup> *"Sed harum distinctionum pleraeque veniunt ex iure Romano, tum ciuili vetere, tum praetorio: quaedam etiam non satis verae aut accuratae sunt"*. Cfr. *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., p. 266.

<sup>24</sup> *"Similiter ergo dicemus, si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter nullam eius esse vim: quia omnino promissor non consensit in promissum, nisi sub quadam conditione quae re ipsa non existit"* *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., p. 267.

<sup>25</sup> *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., p. 267.

<sup>26</sup> Traducción libre. Reporto otras dos traducciones. *"But if the promiser has been negligent in inquiring into the matter, or in expressing his intention, and another person has thereby suffered loss, the promiser will be bound to make that loss good, not by the force of his promise, but as having done damage by his fault, of wihc head we shall hereafter treat"* Traducción al inglés tomada de *Grotius on the Rights of War and Peace. An Abridged Translation*. W. HEWELL (trad.) Cambridge: Cambridge University Press, 1853, p. 150. *"Wenn der Versprechende in Untersuchung der Sache oder in der Erklärung seines Willens nachlässig gewesen ist, und wenn der Andere dadurch Schaden erlitten hat, so muss der Versprechende diesen ersetzen, aber nicht aus dem Versprechen, sondern aus der Beschädigung an sich, wie später erörtert werden wird"*. Traducción alemana tomada de *Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens, in welchem das Natur-und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden*. J.H. v. KIRCHMANN (trad.), vol. I. Berlín: Verlag von L. Heimann, 1869, p. 396.

ciación teniendo presente el problema de la vinculatoriedad de la promesa, y si queremos ser más precisos, de la atribución del acto al promitente, no en términos de existencia o no de un pacto, así en ello redunde como consecuencia<sup>27</sup>.

Pese a que GROCIO anuncia que habría de examinar el supuesto en estudio al tratar posteriormente de los daños (capítulo XVII) no lo hace, por lo que únicamente podemos conformarnos con las concisas oraciones que escribió al ocuparse de la promesa.

2. *Samuel von Pufendorf (1672). De la responsabilidad por error en la promesa a la responsabilidad por error motivo en los pactos y contratos y un criterio diferenciador: el principio de ejecución*

El jurista alemán<sup>28</sup> publica en el año de 1672 su obra más importante: *De jure naturae et gentium libri octo*<sup>29</sup>, época en la cual tenía la cátedra de derecho natural y de gentes en la recién fundada Universidad de Lund (Suecia). En el libro III, capítulo VI (*De consensu circa promissa et pacta adhibendo*)<sup>30</sup>, el jurista se ocupa en el § 6 del error en las promesas (*De errore circa promissa*). Desde allí pone PUFENDORF de presente que hay una distinción entre las consecuencias del error en la promesa y la consecuencia del error en los pactos. Ocupándose en particular de la promesa, es indiscutible una influencia del discurso grociano: la promesa es válida solo bajo la condición de que el supuesto bajo el cual el promitente la realiza resulte cierto:

§. 6. Consensus porro, qui ad validitatem promissorum & pactorum requiritur, quam maxime impedit error; per quem contingit, ut intellectus a vero promissi pactive objecto deviet, adeoque voluntas re vera in illud non consentiat. Distincte autem fuerit dispiciendum, utrum error evenerit circa promissum, an vero circa pactum. De promissis ita videtur pronuntiandum, si promissio fundata sit in praesumptione alicujus facti, quod ita se non habeat, seu ubi in promissione aliquod factum, vel etiam qualitatem alterius supposuerim, citra cujus intuitum promissurus non fuero, naturaliter promissionis nullam fore vim; modo ipsa negotii natura, liquidaeque circumstantiae

<sup>27</sup> "Está claro que para GROTIUS las promesas y los contratos pertenecen al género de los pactos; pero él no explica en el capítulo XI cuál sea su diferencia." Así A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius*, cit., p. 7.

<sup>28</sup> SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF nace en 1632 y muere en 1694. Como hijo de un pastor protestante y por voluntad de su padre tuvo una fuerte formación en teología. Estudió también derecho, matemáticas y filosofía. Fue profesor de la primera cátedra de Derecho Natural, en HEIDELBERG. En él se encuentra una neta distinción entre derecho y moral y es considerado como pensador ecléctico al tener su obra influencia tanto de GROCIO como de HOBBS. En general ver "PUFENDORF" (s. v.) en ADB (26) 1888, p. 701-708, en [www.deutsche-biographie.de/pnd118597051.html].

<sup>29</sup> *Del derecho natural y de gentes en VIII libros*. Aquí se ha consultado la segunda edición: *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium libri octo*. Frankfurt: Sumptibus Friederici Knochii, 1684.

<sup>30</sup> Cfr. *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 405. (Del consentimiento requerido en las promesas y pactos). Por tanto, en PUFENDORF, a diferencia de GROCIO, promesa y pacto son dos especies distintas. Para GROCIO la promesa es una especie del pacto.

ostendant, promissorem unice ex illo facto, cave qualitate tanquam ex conditione consensum suspendisse. Ratio est, quia promissor consensit in promissum non absolute, sed praesumptionem ejus facti qualitatise tanquam conditionem supposuit; quae cum non existat, ruit quoque & evanescit, quicquid ipsi fuerat superstructum. l. 15.D. de juridict. [...]<sup>31</sup>

Luego de citar algunos ejemplos, concluye PUFENDORF en modo similar al de GROCIO lo siguiente:

*Caeterum si promissor fuit negligens in re exploranda, id qua consensum suum fundavit, tenetur resarcire, si quod damnum ex inani isto promisso alter accepit.*<sup>32</sup>

Pero si el promitente fue negligente al examinar la cosa sobre la que ha fundado su consentimiento, está obligado a reparar, si algún daño sufre el otro a causa de lo prometido inanemente [traducción libre].

PUFENDORF no explicitó claramente –como sí lo hizo GROCIO– el fundamento de la obligación de reparación. Sin embargo, explica en su obra que los deberes que los hombres se adeudan recíprocamente son de dos tipos. Deberes simples, que provienen inmediatamente de la naturaleza, independientemente de la intervención humana, y deberes condicionales, que se llaman así porque dependen de la intervención humana por necesidad de la vida civil. Dentro de los primeros se encuentran, para PUFENDORF, el deber de no perjudicar a nadie<sup>33</sup>, de donde surge el deber de reparar; y el deber de mantener la palabra dada. En el primero de ellos se ubicaría el deber de reparar el daño ocasionado con negligencia con ocasión de una promesa nula.

Después, en el § 7, donde trata del error en los pactos y contratos (*De errore circa pacta & contractus*)<sup>34</sup>, dice PUFENDORF que hay que hacer algunas diferenciaciones. Si

<sup>31</sup> Texto tomado de *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 407. A continuación tiene el lector el texto de la traducción inglesa de la segunda edición (que fue comparada por el traductor con la traducción francesa de Barbeyrac). *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*. BASIL KENNETT (trad.) Oxford: L. Lichfield y otros, 1710, pp. 219 y 220. "VI. Another thing wich invalidates Consent, and by consequence the Promises or Pacts that are built upon it, is "Error" or Mistake, through which it comes to pass, that the Understanding is cheated in its Object, and the Will in its Choice and Approbation. We ought here carefully to distinguish, whether the Case relate to a Promise or to a Pact. As for Promises we may lay down this for a certain Rule, that if a Promise be grounded upon Belief and Presumption of some Fact which really never was, or when in making an Engagement, of this kind I supposed such an Action, or such a Quality, without regard to which I should never have given my Consent, in this Case my Promise is naturally Null and Void, provided it appear evident from the Nature and Circumstances of be Business, that I agreed to the Proposal purely on account of that Fact, or of that Quality, wich I took for granted. Because, here I did not promise absolutely, but upon Presumption of a necessary Condition, wich Condition failing, whatever was built upon it, must consequently come to nothing [...]" Pide PUFENDORF confrontar D. 2.1.15.

<sup>32</sup> Texto tomado de *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 408.

<sup>33</sup> Cfr. *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 322, libro III, cap. 1.

<sup>34</sup> Nótese entonces que para PUFENDORF, pacto y contrato son tratados como sinónimos y no ya, como en GROCIO, donde el contrato es una 'especie' del pacto.

el error consiste en lo que llamaríamos nosotros un error en los motivos (PUFENDORF habla de *motus, impulsus*), es necesario mirar si ha habido lugar o no a un inicio de ejecución por las partes. Si no ha habido lugar a una ejecución, dice PUFENDORF, es equitativo que la parte en error pueda retractarse<sup>35</sup>: si alguien compra unos caballos en la convicción de que los suyos han muerto, si lo ha puesto de presente al vendedor y no ha habido lugar a ejecución, dice PUFENDORF que aunque pueda retirarse del contrato el comprador, en equidad está obligado a compensar los daños que se generan con la separación del contrato<sup>36</sup>:

*Etsi ad id quod interest, aut saltem ad pensandum damnum, si quod fecit venditor, per aequitatem obligetur. [...]*<sup>37</sup>

Si bien por equidad está obligado al *id quod interest* o por lo menos a compensar el daño, si a causa de ello (los) padeciera el vendedor [traducción libre].

Cuando se trata de un error en los motivos, pero en cambio ha habido lugar a la ejecución, la parte que ha errado no podría retractarse<sup>38</sup>.

Aquí es conveniente hacer una adición. PUFENDORF repite la misma idea en otra de sus obras: *De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali* (1673), en dos libros, obra posterior en un año al *De iure naturae et gentium* y del que bien constituye una síntesis dirigida en particular al estudiantado<sup>39</sup>. La aseveración de la libertad de alejarse del contrato en caso de error en los motivos cuando no ha habido lugar a ejecución debe interpretarse siempre en el sentido de que la contraparte no sufra ningún daño o de que la parte en error indemnice los daños ocasionados. Así lo asevera en el libro I, capítulo IX (que trata de los deberes de los contratantes en general), § 12: para PUFENDORF es equitativo que la parte pueda retractarse, si al entrar en el negocio manifestó abiertamente cuáles eran sus

<sup>35</sup> Samuelis Pufendorfii *De iure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7: "Circa errorem autem, qui in pactis contingit, distinguendum videtur, utrum ad paciscendum quis per errorem fuerit motus, an vero error circa rem, de qua pactum ininitum est, versetur. Circa prius itidem putaverim dispiciendum, an res sit adhuc integra, an verus minus. Si ex errore ad paciscendum aut contrahendum fuerim impulsus, eumque re integra, & quando nihil adhuc fuit praestitum, deprehendero, aequum sane fuerit, ut facultas poenitendi mihi concedatur. [...]"

<sup>36</sup> Samuelis Pufendorfii *De iure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7: "[...] v.g. Patrifamilias peregre versanti falsus nuncius adsertur, equos ipsius domi periisse. Hoc ille prae se ferens circa alios emendos contractum inivit. Sed antequam traditio pretii aut equorum fieret, nuncium istum falsum comperit. Puto, eum ad implendum contractum adigi non debere, cum sciente venditore istum nuncium tanquam conditionem supposuerit. [...]"

<sup>37</sup> Samuelis Pufendorfii *De iure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7.

<sup>38</sup> Samuelis Pufendorfii *De iure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7: "[...] Verum ubi res non amplius est integra, & ubi error patuerit, quando jam pactum est impletum ex toto aut ex parte, qui erravit rescissionem contractus urgere non poterit, nisi quantum alter ex humanitate velit indulgere [...]"

<sup>39</sup> Así lo informa la traducción inglesa de B. KENNETT, (1710) enriquecida con las notas de la traducción francesa de Barbeyrac. Cfr. "Of the Law of Nature and Nations", B. KENNETT (trad.) op. cit., p. 220, § VII. nt. 2. Sin embargo, en las nota no se menciona el lugar exacto de la obra en donde PUFENDORF lo asevera. Al respecto, ver *infra* en el texto.

razones y la otra no sufre ningún daño por el cambio de opinión o el errante está dispuesto a indemnizarla<sup>40</sup>.

Volviendo al *De iure naturae et gentium*, la cuestión será muy distinta pasando a un error que se presente en un pacto o contrato pero que recaiga no sobre el motivo sino sobre la cosa objeto de aquel<sup>41</sup>: el pacto (o contrato) estaría "viciado" (no dice que sea nulo), pero no tanto en razón del error, sino porque, dice PUFENDORF, la ley del pacto no fue satisfecha<sup>42</sup>.

PUFENDORF prosigue tratando el problema de los vicios de la cosa y, luego, el de error en la sustancia, pero no hace una distinción bien nítida de ambos supuestos ni mucho menos trata el error en clave de sus consecuencias sobre la existencia del contrato o pacto. Muy posiblemente el jurista moderno esperaría que lo hiciera, porque distingue ambas problemáticas. Independientemente de lo anterior, a pesar de que PUFENDORF afirma que no puede entenderse que en el primer caso (de vicios; o digamos en otros términos, de error en las cualidades de la cosa) haya un *liquidus consensus* (un consentimiento límpido, claro, evidente), faculta al errante a pedir el cumplimiento del contrato (a pedir lo esperado) o a separarse del mismo, en ambos casos con indemnización de perjuicios, si son causados con fraude o culpa de la otra parte<sup>43</sup>.

Luego, pasa a ocuparse brevemente del error en la sustancia de la cosa objeto de contrato<sup>44</sup>, pero aquí, debido al enfoque de su exposición, impregnada por las construcciones romanas (las cuales se plantean en la disyuntiva de *protección del interés del comprador* o de *inexistencia del contrato*, en caso de ambigüedad de las partes sobre la determinación de la cosa objeto de la compraventa)<sup>45</sup>, no tiene espacio el jurista alemán para plantearse un eventual daño del vendedor.

<sup>40</sup> He consultado para el efecto Samuel VON PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, vol. I y *The Translation*, vol. II. Frank GARDNER MOORE (trad.) Nueva York: Oxford University Press, 1927. Cfr. vol. II. pp. 48 y ss.

<sup>41</sup> Cfr. "Of the Law of Nature and Nations", B. KENNETT (trad.) op. cit., p. 221, § VII; así mismo, cfr. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, vol. II, cit., p. 51 §12.

<sup>42</sup> *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7. "Ast ubi error contigerit circa ipsam rem, de qua convenitur, pactum vitatur non tam ob errorem, quam quia legibus pacti non fuit satisfactum". Esto fue entendido por Barbeyrac, en el sentido de un 'incumplimiento' del contrato. Cfr. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, vol. I. JEAN BARBEYRAC (trad.) Amsterdam: Henri Schelte, 1706, pp. 346-347 "Que si l'erreur se trouve dans la chose même du sujet de laquelle on a traité, alors la Convention es nulle [recalco que PUFENDORF dice viciada, no nula], non pas tant à cause de cette erreur, que parce que l'autre Contractant n'a point satisfait aux conditions de la convention" (énfasis nuestros).

<sup>43</sup> *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7.

<sup>44</sup> *Samuelis Pufendorfii De jure naturae et gentium*, cit., p. 408, § 7. No solo en sentido físico, sino en el que hayan comprendido las partes como tal.

<sup>45</sup> Por el momento tenga claro el lector que las construcciones romanas sobre el *error (in substantia)* en la compraventa se plantean desde el punto de vista de la protección del comprador y no del vendedor: el problema fundamental (a grandísimos rasgos) radica en la concesión o de una *condictio* (por inexistencia del contrato) que implicaría la recuperación del precio o en la concesión de una *actio empti* que permitiría ir hasta el *id quod interest*, esto es, perseguir el resarcimiento del daño. Ténganse presentes algunos de los ejemplos que trataban los juristas: si se compraron vestidos recompuestos como si fueran

### 3. Jean Domat (1689). ¿Una responsabilidad precontractual?

Nace en el año de publicación de la obra cumbre de GROCIO, 1625, el jurista francés Jean Domat, quien habría de realizar una de las obras fundamentales para el posterior proceso codificador francés: *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*<sup>46</sup>, que se publicará por partes a partir de 1689 (es decir, 18 años después de la publicación de la obra de PUFENDORF). En dicha obra no aparece como tal el problema de la responsabilidad precontractual, sin que pueda afirmarse, por un lado, que no quepa dentro del libro II, título VIII (*Des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit*)<sup>47</sup>, ni, por otro, que Domat lo hubiera realmente considerado.

Para Domat, son tres las causas generadoras de daño: las que constituyen crimen o delito, la violación de deberes contractuales y otras que no tienen relación con las convenciones pero que tampoco constituyen crimen o delito<sup>48</sup>. A algunos de estos últimos daños dedica la sección IV del citado título, que trata específicamente *Des autres especes de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit*<sup>49</sup>, cuyo encabezado, en modo abstracto, dice así:

*Toutes les pertes & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même, il n'auroit pas en intention de nuire*<sup>50</sup>.

Todas las pérdidas y todos los daños que pueden presentarse por el hecho de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de aquello que se debe saber o por otras causas similares, por más ligeras que puedan ser, deben ser reparados por aquél que ha dado lugar a la imprudencia u otra falta. Pues se trata de un daño que ha hecho, aún cuando fuera sin la intención de dañar<sup>51</sup> [traducción libre].

nuevos; si se compró una mesa de plata que resultó hueca cuando se creía que era macisa, si se compraron unas mesas de una madera, cuando se creía que eran de otra. etc. Sobre estos problemas y para una consideración histórica del error en nuestra tradición jurídica véase fundamentalmente Martin Josef SCHERMAIER. *L'errore nella storia del diritto*, en Roma e America, Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, 24 (2007), p. 185-255.

<sup>46</sup> Se ha consultado la siguiente edición: Jean DOMAT. *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*. Paris: Chez Nyon aîné, 1777.

<sup>47</sup> Esto ha sido traducido al castellano como 'De los casi delitos'. Cfr. J. DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*. F. Vilarrublas/J. Sarda (trad), tomo II, Barcelona: Imprenta de José Taulo, 1844, p. 65.

<sup>48</sup> Tomado de J. DOMAT. "*Les loix civiles dans leur ordre naturel*", cit., pp. 299 y ss.

<sup>49</sup> 'De las otras especies de daños causados por faltas (culpa) sin crimen ni delito'. Cfr. DOMAT. "*Les loix civiles dans leur ordre naturel*", cit., p. 299.

<sup>50</sup> DOMAT. "*Les loix civiles dans leur ordre naturel*", cit., p. 307.

<sup>51</sup> Traducción libre.

#### 4. Robert Joseph Pothier (1762)

a. Responsabilidad en la formación del contrato entre ausentes: “*per epistolam aut per nuntium*”. Una ficción de contrato indemnizatorio o contrato implícito indemnizatorio basado en una regla de equidad: ¿una obligación nacida de cuasicontrato?

Aunque no pueda afirmarse ni negarse que Domat considerara el problema de la responsabilidad precontractual, un conterráneo suyo, igualmente trascendente para la doctrina moderna del derecho civil, sí lo hizo. Se trata de Robert Pothier, quien nace setenta y cuatro años después de la publicación de la obra cumbre de GROCIUS<sup>52</sup>. Se ocupó de nuestro tema fundamentalmente en su *Traité du Contrat de Vente* (*Tratado sobre el contrato de compraventa*), obra que se publicó en 1762 y que es posterior a su *Tratado de las obligaciones* (1761).

La construcción de POTHIER es mucho más compleja y detallada que la de los autores anteriores que hemos expuesto. Y la razón radica claramente en el tipo de obra en cuestión, al no tener el carácter general que se predica de las otras que hemos visto hasta el momento. Por el contrario, se concentra en un riquísimo tipo contractual: la compraventa, uno de los arquetipos de la moderna teoría general del contrato. De manera que POTHIER pudo ocuparse aquí en profundidad de otros aspectos para los cuales nuestros otros autores no tuvieron o el tiempo o la disposición.

En la primera parte (*De la nature du Contrat de Vente & de ce qui en constitue la substance*), sección segunda (*De ce qui constitue la substance du Contrat de Vente*), artículo III (*Du consentement des Parties contractantes*), § I (*De quelles manieres le consentement des Parties contractantes doit-il intervenir dans le Contrat de Vente*), n. 32<sup>53</sup>, hace el jurista francés una serie de razonamientos que nos interesan en modo particular. Veamos.

Dice POTHIER que el consentimiento que se dan las partes (no solo en el contrato de compraventa) puede presentarse cuando se encuentran una frente a la otra, o también entre ausentes, esto es, para la época, por medio de carta o de un emisario, “*per epistolam aut per nuntium*”. Según nuestro jurista, para que pueda decirse que intervino el consenso, es necesario que la voluntad de la parte que ha escrito

<sup>52</sup> ROBERT JOSEPH POTHIER nace en Orleans, Francia, en 1699 y muere en 1772. Sus obras fueron fundamentales para el proceso de codificación francés. Es el autor de un famoso comentario a las *pandectas*, esto es, a los códigos de Justiniano, que tiene la particularidad de haberlas expuesto en un ‘nuevo orden’: *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* (1748). A parte de esta obra, es también conocido por sus diferentes tratados de derecho civil, ampliamente influenciados por el derecho romano. Sobre la vida de POTHIER y el contexto en que se realizan sus obras, ver *Great Jurist of The World*. J. MACDONELL/E. MANSON (eds.), Boston: Little, Brown and Company, 1917, pp. 447 y ss. (*The Continental Legal History Series*).

<sup>53</sup> Se ha consultado: R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, tomo I. París/Orleans: Debure/J. Rouzeau-Montaut, 1762, que es la primera edición.

a la otra (nosotros diríamos, que hace una oferta) "se mantenga" hasta el momento en que la carta llegue a la contraparte:

*Pour que le consentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché, ait persévéré jusqu'au tems auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie, & auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptoit le marché<sup>54</sup>.*

Para que el consentimiento intervenga en este caso, es necesario que la voluntad de la parte que ha escrito a la otra para proponerle el negocio, persevere hasta el tiempo en el que su carta llegue a la otra parte y la otra haya declarado que acepta el negocio [traducción libre].

Ello significa, para POTHIER, que si hay un cambio de voluntad antes de que la carta llegue al destinatario (por ejemplo porque en el entretanto se haya enviado otra en la que hay un arrepentimiento de la oferta, el oferente haya perdido el uso de la razón, o incluso haya muerto), así el destinatario hubiera respondido a la primera carta no hay lugar a hablar de concurso de la voluntad de las partes y por tanto de contrato<sup>55</sup>.

Una vez aquí, toca POTHIER el tema que nos interesa:

*Observez néanmoins que si ma lettre a causé quelque dépense à ce Marchand pour l'exécution du marché que je lui proposois par cette lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte; putà, si dans le tems intermédiaire entre la réception de la premiere & celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé, & que ma premiere lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution; dans tous lesdits cas, je suis tenu de l'indemniser, si mieux je n'aime consentir au marché proposé par ma premiere [...] <sup>56</sup>.*

Obsérvese, sin embargo, que si mi carta causó alguna despesa al vendedor en razón de la ejecución del negocio que yo le proponía por esa carta, o si ella le ha ocasionado alguna pérdida; como si en el tiempo que media entre la recepción de la primera y la segunda carta el precio de las mercancías bajara y que mi primera carta le hubiera hecho perder la oportunidad de venderlas antes de la disminución; en tales casos, yo estoy obligado a indemnizarle si no estoy dispuesto a consentir en el primer acuerdo por mi propuesto [...] [traducción libre].

Y dice POTHIER cuál sea la fuente de tal obligación de indemnizar:

*[...] cette obligation naît de cette regle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre, Nemo ex alterius facto praegravari debet.; je dois donc l'indemniser de la dépense & de la perte que je lui ai causé par la proposition que je lui ai faite, & que je ne veux plus aujourd'hui exécuter. <sup>57</sup>*

<sup>54</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente*, cit., pp. 29 y 30.

<sup>55</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente*, cit., p. 30.

<sup>56</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente*, cit., p. 31.

<sup>57</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente*, cit., p. 31.

[...] Esta obligación nace de aquella regla de equidad según la cual ninguna persona debe sufrir por el hecho de otra, *Nemo ex alterius facto praegravari debet*; entonces, tengo que indemnizarla por el daño y la pérdida que le he causado por la proposición que le hice y que ya no quiero ejecutar [traducción libre].

A continuación, explicando aún más su posición con un ejemplo, menciona un punto que causa mucha curiosidad. Si bien anteriormente ha dicho que la fuente de la obligación de indemnizar está basada en la regla de equidad *Nemo ex alterius facto praegravari debet*, lo que podría indicarnos que se encuentra fuera de un ámbito "contractual", pasa a hablar de "obligación de indemnizar 'contraída' por la carta", "resultante" de tal regla de equidad:

*Par la même raison, si ce Marchand de Livourne au reçu de ma première lettre, avoit fait charger pour mon compte, & avoit fait partir les marchandises que je lui demandois, avant que d'avoir reçu ma seconde lettre, qui contenoit la révocation de ce que je lui avois mandé par ma première, ou dans l'ignorance où il étoit de ma démençe ou de ma mort qui avoit empêché la conclusion du marché, quoiqu'en ce cas il ne soit proprement intervenu aucun contrat de vente entre nous, néanmoins il sera en droit de m'obliger moi ou mes héritiers à exécuter le marché proposé par ma lettre, non en vertu d'aucun contrat de vente, mais en vertu de l'obligation que j'ai contractée par ma lettre de l'indemniser, résultante de cette regle d'équité: nemo ex alterius facto praegravari debet*<sup>58</sup>.

Por la misma razón, si este mercante de Livorno al haber recibido mi primera carta, había hecho cargar por cuenta mía y había hecho partir las mercancías que yo le pedía, antes de haber recibido mi segunda carta, que contenía la revocación de la que yo había mandado primero, o en la ignorancia en la que se encontraba de mi demencia o de mi muerte se había abstenido de la celebración de un contrato; si bien es cierto que en este caso no ha intervenido en sentido propio algún contrato de venta entre nosotros, no lo es menos que él estará en el derecho de obligarme o a mis herederos a ejecutar el negocio propuesto por mi carta, no en virtud de un contrato de venta, sino en virtud de la obligación que he contraído por mi carta, de indemnizar, resultante de aquella regla de equidad: *nemo ex alterius facto praegravari debet*<sup>59</sup>.

POTHIER no encuadra el supuesto del que nos ocupamos, "expresamente" en algún tipo de fuente de las obligaciones. Simplemente describe que la fuente está en una regla de equidad, y si bien no hay propiamente un contrato, existe una obligación "contraída" de indemnizar en caso de no allanarse a cumplir lo propuesto: llamémoslo nosotros, un contrato tácito o implícito nacido de una regla de equidad<sup>60</sup>. Estamos, fuera lo que fuere, de frente a una obligación, que debe nacer de

<sup>58</sup> R. J. POTHIER. *Traité du contrat de vente*, cit., pp. 31 y 32.

<sup>59</sup> Traducción libre, énfasis nuestros.

<sup>60</sup> En autores anteriores se encuentra la idea de consenso o convención presunta: Johannes VOET (1647-1713) "*Commentarius ad pandectas*", tomo II. Colonia: Fratres de Tournes, 1769, p. 733, libro XLIV, título VII (*De obligationibus & actionibus*) §5 (*Quid sint quasi contractus? An in iis expressus vel tacitus consensus requiratur ejus, qui obligandus est? Cur manes sit praesumptus in iis consensus?*)

alguna de las *fuentes de las obligaciones* en el esquema pothieriano. Ya hemos visto que en Domat eran tres las fuentes (contrato, crimen o delito, y una tercera especie, a la que no da el nombre ni de cuasicontrato, ni de cuasidelito, *ver supra*). ¿Cuál era entonces la fuente de nuestra obligación en la construcción de POTHIER?

Para responder este interrogante, conviene preguntarse en qué términos se ocupó nuestro autor de las fuentes de las obligaciones en su *Tratado de las obligaciones*, publicado con solo un año de antelación al tratado sobre la compraventa. Y en efecto, como es de esperarse, para exponer la materia POTHIER tuvo que hacer una clasificación que además, alejándose de Domat, retoma la tradicional cuatripartición justiniana de las fuentes (contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito) agregando la ley. Habiendo expuesto como primera fuente el contrato, dividirá "las otras fuentes de las obligaciones" en tres: de los cuasicontratos; de los delitos y cuasidelitos; de la ley.

Intuyamos que no se trate de una obligación contractual, pues ya POTHIER ha dicho claramente que no hay propiamente un contrato y examinemos directamente si la examinó dentro de las otras fuentes. En la primera parte (*De ce qui appartient a l'essence des Obligations, & de leurs effets*), capítulo primero (*De ce qui appartient a l'essence des Obligations*), sección II (*Des autres causes des Obligations*), se ocupa POTHIER en el §I de los cuasicontratos (*Des quasi-Contrats*). Llama *cuasicontrato* un hecho de una persona, permitido por la ley, que la obliga para con otra u obliga a otra para con ella, sin que intervenga un contrato, y da ciertos ejemplos (n. 113)<sup>61</sup>, dentro de los cuáles no se encuentra nuestro supuesto. Aunque agrega<sup>62</sup>:

*Quae sint species quasi contractuum? An plures quam quinque?; p. 735 "5. Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio. Vera namque conventio in quasi contractibus nulla est, nec in iis consensus illorum, inter quos obligatio subsistere debet, requiritur, sed magis ex re ipsa, facto, gestione, obligatio descendit [...].* Énfasis nuestro. También es el caso del alemán Johannes HEINECCIUS (1681-1741), sobre cuya vida y obra ver (s. v.) "*Heineccius (eigentlich Heinecke), Johann Gottlieb*", en ADP 11 (1880) pp. 361-363. Véase una obra constitutiva de sus 'recitaciones' (editada por su hijo) y posterior a las de POTHIER que venimos examinando (1765): *Recitationes in Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*. Breslavia: Michaelis Gampert, 1765. En el libro III, tít. XXVIII. § CMLXV. "*Quasi Contractus. Eos ita definimus. Quasi contractus sunt facta honesta, quibus & ignorantes obligantur Ex Consensu ob aequitatem praesumpto. [...] Addimus, oriri obligationem ex consensu praesumpto, vel ficto.*" p. 504. Sin embargo este autor recalca que este consenso presunto es distinto al que se entiende en los pactos tácitos en materia contractual, porque debe entenderse más en el sentido de fingido. (Así en sus anotaciones a Vinio: cfr. *Comentario académico y forense de Arnaldo Vinnio, anotado por J. Gottlieb Heinecio*, tomo II. Barcelona: Oliveres, 1867, libro III, tít. XXVIII, pp. 293 y ss.). Sobre la historia del cuasicontrato como fuente de obligaciones véase Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*. Padua: Cedam, 2009, cap. 1.

<sup>61</sup> Se ha examinado R. J. POTHIER, *Traité des obligations. Tome premier*. París/Orleans: Chez Debure/ Chez Rouzeau-Montaut, 1761, pp. 126 y 127; que es la primera edición. Los ejemplos son: a) La aceptación del heredero: frente a los legatarios, es un cuasicontrato que hace surgir la obligación de pagarles los legados, aunque no haya habido acuerdo entre ellos. b) El pago de lo no debido: el pago es un hecho que obliga a quien ha recibido, a restituir, aunque no haya intervenido convención para la restitución de la cosa. c) La gestión de negocios: el hecho de la gestión de los negocios de un ausente, sin encargo, obliga al uno tanto a rendir cuentas como al otro a indemnizar lo gastado; así no haya habido acuerdo al respecto.

*Il y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats que nous passons sous silence.*

Hay cantidad de ejemplos de cuasicontratos que no mencionaremos [traducción libre].

Pero luego, en el n. 114, nos da definitivamente la anhelada respuesta:

*Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation, dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, & c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats, parce que sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats*<sup>63</sup>.

En los contratos, es el consentimiento de las partes contratantes el que produce la obligación; en los cuasicontratos, no interviene algún consentimiento y es la misma ley o la *equidad natural* la que produce la obligación, al volver obligatorio el hecho de donde resulta. Es por ello que estos hechos son llamados cuasicontratos, porque sin ser contratos, ni mucho menos delitos, producen obligaciones como las producen los contratos [traducción libre, énfasis nuestro].

No sobra una información adicional: la obligación de la que tratamos, en el esquema pothieriano no podría nacer de un delito (al no haber dolo) y no podría nacer de un cuasidelito (al no haber imprudencia, culpa)<sup>64</sup>. Recordemos que en el supuesto del que se ocupa POTHIER, esto es, la formación del contrato entre ausentes, considera como posibilidades la muerte o la demencia del oferente, hechos que no podrían ser calificados de imprudentes o culposos. El hecho de cambiar de opinión antes de la aceptación, para POTHIER, es un hecho legítimo que genera sí la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte<sup>65</sup>.

Por último, indiquemos un punto que ata la construcción pothieriana a sus antecesores. Sabemos, por sus llamados, que POTHIER conocía muy bien la obra de PUFENDORF. En el n. 123<sup>66</sup>, donde hablará de la ley como fuente de las obligaciones, recuerda una división que ya se encuentra tanto en GROCIO como en PUFENDORF:

*La Loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations, car si les contrats, délits & quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, & qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute.*

<sup>62</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 127.

<sup>63</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 128 (énfasis nuestro).

<sup>64</sup> Cfr. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., pp. 129 y ss., n. 116-122.

<sup>65</sup> Al respecto confróntense la opinión de POTHIER sobre la no obligatoriedad de la policitación: *Traité des obligations*, primera parte, capítulo primero, sección primera, artículo primero, §II.

<sup>66</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 134.

*C'est aussi cette même loi qui rend obligatoires les faits d'où il résulte quelque obligation, & qui sont pour cet effet appellés quasi-contrats, comme nous l'avons déjà remarqué.*

La ley natural es la causa, al menos mediata, de todas las obligaciones; porque si los contratos, delitos y cuasidelitos producen obligaciones, es primordialmente porque la ley natural ordena que cada uno cumpla lo que ha prometido y que repare el daño que ha cometido por su culpa.

Es también esta misma ley la que hace que obliguen los hechos de donde resulta alguna obligación y que son para el efecto llamados cuasicontratos, como ya lo hemos recalcado [traducción libre].

*b. ¿Alguna responsabilidad precontractual fuera del supuesto anterior? Rechazo de la posición de Pufendorf sobre el error en los motivos y omisión de referencias a las construcciones romanas sobre la actio empti en función resarcitoria*

En el tratado sobre el contrato de compraventa no se encuentra otro supuesto de responsabilidad precontractual aparte de la que puede generarse en la formación del contrato entre ausentes. ¿No consideró POTHIER otros supuestos? No, pero sí se pronunció contrario a la posición de PUFENDORF en el caso del error en los motivos y el criterio diferenciador del principio de ejecución. En el *Tratado de las obligaciones*, al preguntarse si el error en los motivos anula la convención, dice POTHIER, apoyándose en la opinión de BARBEYRAC (quien, como sabemos, fue quien tradujo y anotó la obra de PUFENDORF al francés):

*Barbeyrac fait très-bien remarquer l'inconséquence de cette raison, car s'il étoit vrai que nous eussions fait dépendre notre convention, de la vérité de la nouvelle que j'avois eue, la nouvelle se trouvant fausse, la convention seroit absolument nulle, l'exécution qu'elle auroit eue ne pourroit la rendre valable, & elle ne pourroit m'obliger à aucuns dommages & intérêts envers le vendeur pour son inexécution, il décide ensuite bien que cette erreur dans le motif ne donne aucune atteinte à la convention<sup>67</sup>.*

Barbeyrac ha resaltado muy bien la inconsecuencia de esta razón; porque si hubiera sido cierto que nosotros hubiéramos hecho depender nuestra convención de la verdad de la noticia que me había llegado, si la noticia resulta falsa, la convención sería absolutamente nula; la ejecución que ella hubiera hecho no podría hacerla válida y ella no podría obligarme a ningunos daños e intereses frente al vendedor por la inexecución; él decide enseguida corretamente que este error en el motivo no va en perjuicio de la convención [traducción libre].

Es una lástima que PUFENDORF hubiera fallecido sesenta y ocho años antes de la publicación del tratado de la compraventa y no hubiera tenido oportunidad de responder a las críticas de POTHIER. La discusión, sin lugar a dudas, habría sido

<sup>67</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 31.

muy interesante. La condición, de hecho, como sabemos, no la predicaban ni GROCIO ni PUFENDORF del acuerdo, sino que estaba directamente ligada al problema filosófico de la obligatoriedad del acto al promitente. La posición de POTHIER evidentemente es mucho más formalista y desatiende, en mi opinión, cualquier valoración de los intereses en juego en el caso concreto: muy a pesar de las reglas de equidad a las que acude en ocasiones.

Independientemente del curso que tomará la cuestión de la relevancia del error en los motivos y de las posiciones que puedan asumirse al respecto, es particular que aunque POTHIER, para sostener la "inconsecuencia" de la posición de PUFENDORF, se haya apoyado en algunas fuentes romanas<sup>68</sup>, no haya tenido en cuenta otros problemas que las mismas fuentes planteaban (ni él, ni GROCIO, ni PUFENDORF, ni Domat), algunos de los cuales serán en cambio trascendentales en la posterior construcción que hará JHERING y de la cual nos ocuparemos en otro escrito.

#### **B. A modo de conclusión parcial en el aporte a la aclaración de la problemática sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual y elementos que se han de tener en cuenta para un análisis de la futura construcción de Rudolf von Jhering**

En primer lugar, dejemos planteados los problemas a que acabamos de referirnos para tenerlos muy en cuenta y poder comprender después a cabalidad el "mérito" de la teoría de JHERING:

¿Cabe responsabilidad en los casos de *nullidad* (inexistencia) del contrato por inexistencia o destrucción parcial del objeto antes del "acuerdo"?<sup>69</sup> ¿Cabe responsabilidad en los casos de inidoneidad (jurídica) del objeto para ser dado?<sup>70</sup>

En segundo lugar, podemos concluir que en ninguno de nuestros autores podemos encontrar definida, al menos en modo explícito, una construcción general de la responsabilidad de las partes en la etapa precontractual. Cada uno de ellos, salvo Domat, exploró puntos muy concretos, que resaltamos en su oportunidad.

En términos generales podemos decir que el tipo de responsabilidad es, en la terminología actual difundida, de tipo "extracontractual". Sin embargo, la utilidad de haber explorado estos antecedentes radica más en la exhortación a tener como punto de partida del estudio de la materia una construcción básica pero olvidada

<sup>68</sup> Sostuvo a continuación POTHIER que al igual que en los legados, la falsedad del motivo que el testador hubiera tenido no tenía influencia en el legado. Pide confrontar I.2.20.32 y D. 35.1.72.6. Ver POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 31.

<sup>69</sup> POTHIER no se lo plantea. Cfr. *Traité du contrat de vente*, cit., pp. 5 y ss.; en las fuentes romanas, se encuentran los casos de la *domus exusta* (la casa que se quema, total o parcialmente) y de la venta de una herencia inexistente. Cfr. D. 18.1.57 pr. y ss., D. 18.4.7 y 18.4.8.

<sup>70</sup> Se trata aquí, en las fuentes romanas, de los casos en los cuales el objeto de la venta está fuera del comercio: particularmente, el problema de la validez de la venta de un hombre libre como esclavo, y de la venta de un lugar sagrado: cfr. Pomp. D. 18.1.4; Paul. D. 18.1.5; Cel. D. 18.1.6 pr.; Paul. D. 18.1.34.2; Mod. D. 18.1.62.1; Lic. Ruf. D. 18.1.70; Jav. D. 18.4.8.

casi por completo en las consideraciones de nuestra doctrina: más que encontrar "una" naturaleza de la responsabilidad precontractual, conviene preguntarse en primer lugar sobre el rol del sistema de *fuentes de las obligaciones* como están planteadas en el ordenamiento jurídico colombiano. La "tercera especie" de fuente de las obligaciones de Domat y el cuasicontrato de POTHIER ciertamente nos invitan a partir de un análisis de las estructuras de nuestra codificación civil antes que tratar de encontrar "una" naturaleza de la responsabilidad precontractual, pues no existe "una" tal naturaleza, o en otros términos: la naturaleza de la responsabilidad precontractual depende de la manera como estén concebidas, ya legal, ya jurisprudencialmente, las "fuentes de las obligaciones" en cada ordenamiento jurídico. Si tuviéramos que definirla, no tendríamos más remedio que describirla como "naturaleza camaleónica".