

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADA DE LA RUPTURA
INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS “EL ROL DE LA BUENA FE Y EL
DEBER DE INFORMACIÓN”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil que presenta

JORGE LUIS CONDE MAYTA MOLLEHUANCA

Dirigido por

RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO

San Miguel, 2015

*“Y mis pies, sin titubear, se
mantuvieron firmes en tus caminos.”*

Salmos 17: 5

A mi madre:

**Por compartir cada sueño y meta
conmigo,**

Por ser mi fuerza y mi razón,

**Por ser mis alas cuando mis pasos se
volvían cortos,**

**Porque cada consejo y sacrificio suyo
forjaron en mi la necesidad de retribuir
su inmenso amor,**

Por creer en mí.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I:

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD

PRECONTRACTUAL.....14

1. Análisis histórico de la responsabilidad precontractual.....	14
1.1. La responsabilidad precontractual antes de Jhering.....	14
1.1.1.Hugo Grocio (1625).....	14
1.1.2.Samuel von Pufendorf (1672).....	17
1.1.3.Jean Domat (1689).....	19
1.1.4.Robert Joseph Pothier (1762).....	21
1.2. El pensamiento de Jhering (1860).....	25
2. Noción y Fundamento de la responsabilidad precontractual.....	31
2.1. Noción de la responsabilidad precontractual.....	31
2.2. Fundamento de la Responsabilidad Precontractual.....	35
3. Naturaleza de la responsabilidad precontractual.....	38
3.1. Sobre la naturaleza contractual.....	39
3.2. Sobre la naturaleza extracontractual.....	41
3.3. Sobre la naturaleza de <i>tertium genus</i>	41
3.4. Nuestra postura.....	42
3.5. La responsabilidad precontractual en el Iter Contractual (alcances sobre la teoría de Gabrielle Faggella).....	44
4. El daño resarcible en la responsabilidad precontractual.....	49

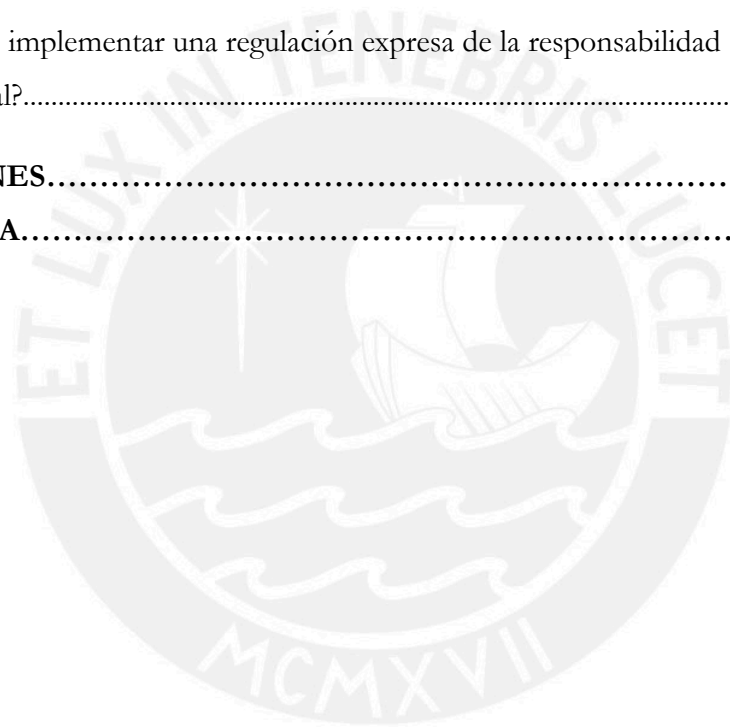
4.1. Sigue: sobre el <i>quantum</i> indemnizatorio.....	57
---	----

CAPÍTULO II:

TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL..... 61

1. La verdadera función de la Buena fe en la responsabilidad precontractual. Alcances del artículo 1362 del código civil peruano, hacia una correcta comprensión.....	61
1.1. La buena fe subjetiva y objetiva.....	65
1.2. La buena fe en el Perú.....	69
2. La importancia de la observancia de los deberes precontractuales en la negociación, como cimientos a la futura estructura contractual.....	73
2.1. El rol del deber de información.....	76
2.1.1. Límites y alcances del deber de información. ¿Hasta dónde es bueno informar?.....	81
2.2. Lealtad	87
2.3. Confidencialidad.....	87
2.4. Actos necesarios para la validez o eficacia del contrato.....	91
3. Hipótesis que dan origen a la responsabilidad precontractual.....	92
3.1. Ruptura injustificada de las tratativas.....	92
3.2. Conocimiento de la causal de invalidez o ineficacia.....	94
3.2.1. Análisis del artículo 207 del código civil peruano.....	95
3.3. Celebración de contrato no conveniente.....	99
3.3.1. Análisis del artículo 211 del código civil peruano.....	100
3.4. Los daños sufridos a los bienes y/o derechos de las partes producto de la negligencia o el dolo de la contraparte.....	105

CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN FUNCIONAL EN EL DERECHO PERUANO.....	106
1. La responsabilidad precontractual en el derecho comparado.....	106
2. La Responsabilidad Precontractual en el Perú. Estudio y análisis jurisprudencial.....	111
3. Los <i>preliminary agreements</i> y la eficacia de la resarcibilidad del daño. ¿Está preparado el Derecho peruano?.....	118
4. ¿Es necesario implementar una regulación expresa de la responsabilidad precontractual?.....	122
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127



INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrollará la problemática generada por la falta de consenso y regulación en cuanto a la aplicación de la responsabilidad precontractual. Mucho se ha discutido, y se discute aún, sobre la aplicación de la institución *in comento*; por lo mismo, en el Perú se han elaborado escasos trabajos sobre la responsabilidad precontractual.

Por otro lado, si se parte de la premisa que en la etapa de la negociación, o durante la formación del contrato, se puede ocasionar daños a alguno de los negociantes, surge la discusión de si estos daños deben ser resarcidos; si la respuesta fuera afirmativa, se da lugar a la siguiente interrogante ¿bajo qué institución y fundamento se debería otorgar el resarcimiento?

Es así que, la doctrina presenta tres posturas: una primera que propugna que estos daños se deban resarcir bajo la figura de la responsabilidad precontractual, pero con los elementos y la naturaleza de la responsabilidad civil contractual o también llamada responsabilidad por incumplimiento de obligaciones –se afirman que incluso el solo acercamiento de dos personas con miras a un futuro contrato establece entre ellas un vínculo que tiene naturaleza contractual (mención aparte merece la teoría del contacto social, mediante la cual se pretende contractualizar todo tipo de acercamiento entre dos o más personas)– postura que por lo demás, es discutible. La segunda postura afirma que estos daños generados en la etapa previa al contrato, se deben resarcir con las reglas y la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, pues se dice que antes al contrato no existe propiamente un vínculo entre ambos negociantes por lo que basándose en las reglas de la responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad aquiliana se vería mejor resarcido los posibles daños generados en esta etapa previa al contrato. La tercera posición plantea que la responsabilidad precontractual es un *tertium genus* de naturaleza jurídica distinta a las anteriores desarrolladas y por lo mismo el resarcimiento de estos daños se puede dar de manera independiente y con

reglas independientes, esta posición es bastante discutida en la actualidad por cuanto no se define bien cuales serían estas reglas aplicables distintas a las dos grandes corrientes de la responsabilidad civil.

El presente trabajo se enfocará en desarrollar y defender la segunda posición, por medio de la cual la responsabilidad precontractual tiene una naturaleza jurídica de cariz extracontractual, por lo mismo se realizará un estudio teórico-normativo que permita afianzar la idea planteada, pues constituye aún en la actualidad un punto de discusión vigente.

Posteriormente desarrollaremos la institución enfocada a una aplicación funcional y práctica de la misma, pues de nada sirve defender la aplicación de la institución en un ámbito teórico-normativo sin poder aterrizar luego en una aplicación funcional efectiva en la realidad; para lo cual se buscará resoluciones y sentencias que confirmen la aplicación de la institución y a su vez se realizará un análisis jurisprudencial de casos en los cuales se aplicaron otras instituciones para intentar compensar la falta de aceptación de la responsabilidad precontractual.

Otro problema que se puede encontrar en el estudio e investigación de la responsabilidad precontractual es el referido a la buena fe en las tratativas y el deber de información, al respecto se discute mucho cuáles deben ser los comportamientos de las partes negociantes que aspiran a celebrar un futuro contrato y bajo que parámetros se deben guiar, pues de ello depende si el daño ocasionado, con motivo de las negociaciones, debe ser o no resarcido.

Se discute hasta ahora, el límite de la información que una parte negociante está obligada a comunicar a la otra; de igual forma, se discute el tipo de información que ambas partes se deben proporcionar para la celebración del contrato, es decir, que ámbito de ésta se debe informar a la otra parte para concretar un acuerdo futuro, y si en caso de no revelar toda la información que tengan en su poder se podría hablar de un actuar indebido.

La responsabilidad precontractual es entendida como aquella que se enfoca en resarcir los daños generados en la etapa previa a la formación de un contrato, al proteger a la persona que está inmersa en negociaciones para que no se le cause daño alguno; por lo mismo, ésta protege “el interés del sujeto en no ser envuelto en tratos inútiles, en no estipular contratos inválidos o ineficaces, y en no sufrir presiones o engaños en razón de los actos negociales” (Bianca 2007: 176).

Precisamente, esta institución, se enmarca en la aceptación –actualmente mayoritaria– que propugna la idea que, previa a la formación y celebración de un contrato, existen diversas fases, no necesarias y carentes de vinculación con la celebración del contrato, las mismas que, generan una amplia gama de consecuencias jurídicas, alternas a un vínculo contractual puro. La aceptación de la idea de la fase previa a la celebración del contrato confirma y concuerda “con el reconocimiento del contrato como instrumento de alcance general para la regulación de los intereses particulares”. (Scognamiglio 1996: 94)

Nadie puede negar que el libro sétimo de nuestro código civil tiene una fuerte influencia del código civil italiano, y por lo mismo debemos partir del estudio de las fuentes primarias de la institución, para luego, poder recoger la experiencia nacional sobre la institución bajo estudio. Y podemos aventurarnos a buscar un concepto de génesis jurisprudencial que nos permita conocer cuál es el desarrollo de la responsabilidad precontractual en nuestro país. Con miras a este objetivo podemos indagar sobre la interpretación que la judicatura le da al Art. 1362° del Código Civil Peruano y bastara con citar un párrafo de alguna sentencia al azar:

“La interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse en primer término, a lo expresado en ellos y si esto no fuese posible, es necesario someterlo a las reglas de la buena fe y común intención de las partes, conforme lo establece los artículos 1361 y 1362 del Código Civil. En este sentido, un contrato en el que exista una discrepancia tal que pueda resolverse bajo este criterio de interpretación será válido y surtirá por tanto todos sus efectos” (Exp. N° 3925-1999-Lima. Data 45,000. G.J.)

Como bien podemos deducir de las jurisprudencias seleccionadas, los jueces invocan el Art. 1362° del C.C. sin caer en cuenta del alcance que en realidad se puede le puede dar, hasta el punto que se puede entender que está cláusula normativa general constituye para los jueces la puerta de salida para la no fundamentación de sus resoluciones. Máxime si los jueces invocan a la buena fe como principio fundamental de todo contrato.

Lo anteriormente descrito obedece a una visión jurisprudencial de la institución, sin embargo, la observación no puede detenerse en este límite, pues al exponer el estado de la cuestión, se debe desarrollar un estudio general, así es, como podemos seguir describiendo como la doctrina nacional, ha abordado la institución de la responsabilidad precontractual. Es así que, encontramos a Manuel de la Puente y Lavalle, quien en sus estudios sobre el contrato en general, realza desde su punto de vista la solución del legislador, para lo cual, afirma que el artículo 1362° del Código Civil, regula las conductas que las partes deben seguir en todas las fases de la formación de un contrato en estricta observación del deber de buena fe, justamente a tan notable jurista se le debe las primeras líneas de la institución de la *culpa in* contrahendo en nuestra esfera doctrinal. (De la Puente y Lavalle 2003: 324)

Un segundo estudio que la doctrina nacional ha recibido, es el aporte de José Juan Haro Seijas, autor que utilizando el análisis económico del derecho, pretende una justificación de lo inapropiado que podría ser para las transacciones económicas, la implantación de una represión ante el apartamiento en las tratativas contractuales.

Otro aporte, que podemos analizar, es el del profesor Freddy Escobar Rosas, autor que se enfoca más en el estudio de la responsabilidad precontractual derivada de la invalidez contractual, a la vez, que llama la atención sobre la regulación, a su parecer, deficiente de nuestra legislación, sobre este tema.

Es de resaltar, además, el estudio realizado por el profesor Leysser L. León Hilario, autor que da mayores luces sobre la responsabilidad precontractual, utilizando el método comparatista, profundiza sobre los orígenes de la

institución, así como, los otros supuestos sobre los cuales, la responsabilidad precontractual se puede aplicar.

Entre los más recientes trabajos en los que se ha abordado la institución se encuentra el elaborado por el profesor Juan Espinoza Espinoza, quien con minuciosidad elogiada, comienza el estudio de la responsabilidad precontractual, precisamente desde su génesis, esto es, desde la famosa monografía de Jhering, luego de lo cual, desarrolla un estudio más sólido de la institución.

Después de repasar por la actualidad de la institución de la responsabilidad precontractual en nuestro país, podemos vislumbrar, un desarrollo de la misma, en el ámbito doctrinal, no así, en el ámbito judicial, y ante este divorcio de ambos sectores, es menester llamar la atención.

Así, consideramos que los objetivos de la investigación son:

1. Determinar si la responsabilidad precontractual tiene cabida y fundamento para su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, a raíz de las diferentes posiciones doctrinarias, y el sustento legislativo vigente, para poder ofrecer bases jurídicas con miras a una aplicación funcional de la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico peruano.
2. Determinar si es eficiente la aplicación de la buena fe en la etapa de las tratativas precontractuales y el grado de información que se debe develar en las mismas.
3. Identificar la problemática existente para la tardía recepción de la responsabilidad precontractual en el medio jurisprudencial.
4. Describir cual es el tratamiento legislativo, dogmático y jurisprudencial que se le da a este problema, tanto a nivel nacional como internacional.

Precisamente, el tema se justifica en la gran proliferación de posturas en relación a la institución que se aborda; por lo mismo, se reconoce que en el

Perú, y pese a la creciente producción doctrinaria y jurisprudencial, la institución de la responsabilidad precontractual no es bien recibida y aplicada.

Son numerosos los casos en los cuales se observa nítidamente un supuesto de responsabilidad precontractual, aunque en la realidad todos estos casos sean embarcados hacia otras instituciones y son desarrollados también con normas que más que solucionar, dejan al desamparo pretensiones que bien podrían ser resueltas si se aplicara la responsabilidad precontractual.

Creemos que de esta forma se podría tutelar los intereses en conflicto de manera eficiente, pese a ello, se sabe que existen en la actualidad diversos procesos arbitrales en los cuales la aplicación de la responsabilidad precontractual se ha visto eficazmente aplicada, generando una sensación mayor de justicia entre las partes que tiene sus intereses en conflicto, es por todo lo expuesto que la presente tesis se justifica en razón a la importancia jurídica, económica y hasta incluso social que trae consigo la aplicación de la responsabilidad precontractual.

Ésta institución debe ser aplicada, no solo en la esfera arbitral, sino aplicado a un ámbito general; es decir, desde la justicia ordinaria hasta la justicia administrativa, así como la correcta delimitación de la información que se debe develar en razón del deber de información, los cuales deben ser observados en la etapa de formación de todo contrato.

Finalmente consideramos que el desarrollo de esta tesis es de utilidad funcional, en virtud a la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional, que muestran la existencia de este problema. La tesis es viable por tratarse de un tema jurídico y social de suma importancia, se tiene acceso a doctrina nacional y extranjera que versan sobre el tema, así como a legislación y jurisprudencia en el ámbito nacional y extranjero; lo que facilita el desarrollo de la investigación. Es menester mencionar que por tratarse de un

tema que es del agrado y atención del investigador también se pueden sopesar obstáculos en pro de la viabilidad de la tesis.

Ante lo indicado, nos planteamos la siguiente interrogante:

¿ES APLICABLE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO? Y ¿CUÁL ES EL ROL DE LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN?

La responsabilidad precontractual es aplicable en nuestro ordenamiento, posee una naturaleza extracontractual, que nace de la verificación de un daño en la fase previa a la formación del contrato, lo cual, desde toda posible postura que considere a este daño de carácter contractual; puesto que, en esta etapa, no existe propiamente un vínculo contractual entre las partes, fundamentando la naturaleza extracontractual de la institución materia de estudio, en la violación del deber genérico de no causar daño a otro (*neminem laedere*); en base, a la falta de un vínculo contractual que una las partes tratantes.

En este orden de ideas, los deberes precontractuales –que tiene origen en la cláusula normativa general de no causar daño a otro– deben ser observados por las partes, incluso durante el mero acercamiento con fines de negociación; pues buscan delimitar el comportamiento de los sujetos en los tratos previos a la celebración de un contrato.

MARCO METODOLÓGICO

En el presente trabajo se empleará la metodología dogmática, puesto que, consideramos que es indispensable realizar un análisis crítico de las instituciones existentes, relacionadas a la responsabilidad precontractual, su naturaleza jurídica y los deberes precontractuales.

Además de ello se empleará la metodología comparada, pues se revisará el abordaje normativo, doctrinario y jurisprudencial que ha recibido la responsabilidad precontractual, institución objeto de estudio, en otros

ordenamientos (como el italiano, francés y alemán). Finalmente, se tendrá en cuenta importantes cuerpos normativos en materia de contratos como los Principios de UNIDROIT, los Principios del Código Europeo de Contratos.

Todo lo anterior sin desmerecer la metodología funcional, ya que se tiene como finalidad establecer si la aplicación de la responsabilidad precontractual es acorde a la normativa vigente, y su posible existencia en el desarrollo jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional, es decir, la determinación del impacto que podría causar el cambio de este paradigma en nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias prácticas que éste podría generar.



CAPÍTULO I:

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. Análisis histórico de la responsabilidad precontractual

1.1. La responsabilidad precontractual antes de Jhering

Al abordar el tema de la responsabilidad precontractual, en su gran mayoría, la doctrina parte del estudio de la famosa monografía de Jhering sobre la *culpa in contrahendo*. Sin embargo, son pocos los que se detienen en buscar los fundamentos históricos que forjaron la teoría de la *culpa in contrahendo* en el pensamiento de Jhering.

Sopesando lo anterior, es necesario desarrollar una exposición sobre las ideas y teorías que, en su momento, contribuyeron a formar la teoría de la responsabilidad precontractual. Así, si realizamos un análisis histórico, podemos diferenciar la presencia de autores que, antes de Jhering, ya tenían consciencia de los problemas que generaba el daño sufrido en la etapa precontractual. Aunque, centraron su discurso en la problemática de la ruptura de las negociaciones, no se debe dejar de lado los demás supuestos que dan origen y configuran la responsabilidad precontractual.

Para fundamentar sus reflexiones, llegaron incluso a emplear análisis filosóficos y sociales sobre la contingencia que acarreaba el daño en la etapa previa al contrato.

1.1.1. Hugo Grocio (1625)

Partiremos estudiando la obra *de iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grocio, y en ésta no aborda, específicamente, el tema de la responsabilidad precontractual; sin embargo, tenemos que reconocer que es el primer acercamiento al tema. Se tiene que, en su intento de explicar los derechos que rigen entre los pueblos y sus

gobernantes y la relación que a su vez se desprende de estos derecho, se postula y construye el “deber de reparar los daños causados con culpa” y el “deber de cumplimiento de lo pactado”, en aquellos actos previos a la celebración del contrato. Es decir, Grocio hace referencia, específicamente, a aquellos casos en los que surgen vicios en la manifestación de voluntad.

Para explicar estos supuesto debemos señalar que, en el pensamiento de GROCIO, la promesa y el contrato son especies de “pacto”. Se entiende que, los pactos que generan un vínculo obligacional (contratos), son aquellos que están estipulados. Por otro lado, no tienen fuerza alguna los pactos (promesas) mientras nada se ha dado en virtud de ellos. Sin embargo, ambos conceptos vinculan a los sujetos (Grotius 1625: 171).

Ahora bien, en el caso del error, Grocio señala lo siguiente:

Y, si el prometiente fue negligente en examinar el asunto, o en declarar su pensamiento, y el otro sufrió por eso algún daño, tendrá obligación el prometiente de indemnizarlo, no en virtud de la promesa, sino por el daño causado por su culpa [...] (Grotius 1625: 179)

Si nos detenemos en este punto, podemos encontrar un atisbo a un supuesto que da origen a la responsabilidad precontractual, en el acto que causa el daño pues si se dio antes del perfeccionamiento del contrato, el error puede dar lugar a la celebración de un contrato que devendrá en una causal de invalidez o ineficacia. Ante este daño, Grocio señala que surge la obligación de indemnización, por lo tanto, entendemos a esta obligación como resultado de la responsabilidad precontractual. Así, si nos remontamos a tiempos más actuales; encontraremos ordenamientos que legislaron esta figura, así tenemos al código civil alemán (BGB), que en los

parágrafos 119 y 122¹, encuadra la figura bajo análisis, pues contempla que ante la verificación del error, el declarante deberá indemnizar a la otra parte o a cualquier tercero por el daño que hayan sufrido, siempre que el perjudicado no haya tenido la posibilidad de conocerlo.

Aterrizando a nuestra realidad, el legislador peruano no considera éste hecho como relevante o que sea un supuesto que dé lugar a una indemnización. El artículo 207 nos dice que: “la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes”, creemos que se refiere únicamente a los casos en los que el error era esencial o conocible. Abordaremos este punto, con mayor detenimiento, en el segundo capítulo.

El autor, también hace referencia a la indemnización en caso de dolo:

Mas si hubo error ciertamente, pero no se fundó la promesa en él, el acto será válido, puesto que no falta el verdadero consentimiento; pero también en este caso, si aquel a quien se promete dio motivo al error con fraude (engaño), tendrá obligación de resarcir cuanto sufrió de daño el prometiente con

¹ **§119 BGB (Recisión debida a error)**

1. Quien en el momento de hacer una declaración de voluntad está en un error en cuanto a su contenido, o no pretendía en absoluto hacer una declaración de dicho contenido, puede rescindir la declaración si se da por sentado que no la habría hecho con conocimiento de los hechos y una estimación razonable de la situación.
2. Como error sobre el contenido de la declaración se considera también un error en cuanto a las cualidades de la persona o cosa que se considera esenciales en el negocio.

§122 BGB (Recisión de la obligación de la parte para compensar)

1. Si una declaración de voluntad es nula conforme al §119, 120, el declarante indemnizará, si se exigió que la declaración fuera hecha a otra parte, a dicha parte, o a cualquier tercero, por el daño que ésta o el tercero hayan sufrido al confiar en la validez de la declaración, sin exceder, sin embargo, de la cuantía del interés que está o el tercero tuvieron en la validez de la declaración.
2. La obligación de compensar no surge si la parte dañada conocía el fundamento para la nulidad o la rescisión o si no lo sabía debido a negligencia (debería haberlo conocido).

ese error, por aquel otro motivo de obligación. (Grotius 1625: 179-180)

Si bien Grocio no lo reconoce expresamente, creemos que éste si es un claro supuesto de responsabilidad precontractual (celebración de contrato no conveniente), que si está regulado en nuestro código civil, precisamente en el artículo 211 (de lo que nos ocuparemos en el segundo capítulo). Lo necesario hasta este punto, es poder comprender el aporte que tuvo GROCIO en la elaboración de la *culpa in contrahendo*.

Podemos desprender dos ideas bien diferenciadas en las palabras de GROCIO, por un lado, entiende que la obligación de resarcir no nace del incumplimiento de la promesa, pues al ser ésta, producto de la liberalidad de un sujeto, carece de fuerza vinculatoria entre las partes; por otro lado, el autor asume que la obligación que se genera se fundamenta en el daño que se ocasiona actuando en culpa. Lo que nos lleva a concluir que, para GROCIO, la idea de la existencia de una obligación de reparar los daños causados, no nace de la relación creada por la promesa, pues ésta –promesa– no tiene la fuerza suficiente para generar otra obligación; por el contrario, lo que nos propone el autor, es la creación subsiguiente de una obligación en base al daño sufrido por una parte, máxime si se ha actuado con culpa.

1.1.2. Samuel von Pufendorf (1672)

El reconocido jurista alemán, en su obra: *De jure naturae et Gentium libri octo* (1672) se ocupa, en un momento, del error en las promesas. Aquí hace la distinción en función de las consecuencias, de un error en la promesa y de un error en el pacto; precisamente, sobre las primeras menciona que “es válida solo bajo la condición de que el supuesto bajo el cual el promitente la realiza resulte cierto” (Pufendorf 1672: 407).

Pufendorf, prosigue su razonamiento, en armonía con Grocio, señalando que:

“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” (Pufendorf 1672: 408)

Nos llama la atención que, a diferencia de GROCIO, el autor no señala expresamente un fundamento a la obligación de reparar el daño causado, la sola mención de una actuación negligente, no otorga un sustento jurídico estimable para arribar a la creación de una obligación de resarcimiento. Sin embargo, ahondando más en el pensamiento del autor, encontramos que existen dos tipos de deberes:

“[L]os 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 deberes simples se encuentra, el deber de no perjudicar a nadie. (Pufendorf 1672: 322)

Entonces, podemos entender que la obligación de reparar el daño causado por la verificación de un error en la promesa, tiene su fundamento, en lo que el autor considera la afectación de un deber simple (no perjudicar a nadie).

En otro momento, Pufendorf se adentra en el estudio del error (en los motivos) en los pactos y contratos, pues expresa que hay ciertas diferencias que se deben resaltar; y afirma que es distinto y por lo tanto, debe tomarse en cuenta, si se ha dado inicio o no a la ejecución de las prestaciones, puesto que, si una de las partes no inicia aún la ejecución de la obligación, puede éste retirarse si ha

habido un error en el motivo, aunque de todos modos, deberá resarcir los daños generados con su apartamento. Por otro lado, si ya se dio inicio a la ejecución de la obligación, se entiende en el pensamiento del autor, que la parte que ha errado no podría retractarse. (Pufendorf 1672: 408)

Entonces, desprendemos del ideario del jurista alemán que, en una relación que se derive de una promesa también se pueden verificar daños hacia alguna de las partes, naciendo a raíz de esto, la obligación de reparar dichos daños. Esta obligación se fundamentaría en razón al quebrantamiento de un derecho natural, que es el de no causar daño a otro. Todo esto, facilita que una parte pueda apartarse del cumplimiento de una promesa o un pacto, y si existiese un error en el motivo, comprensiblemente se resarcirán los daños generados por este apartamento.

También es preciso tomar en consideración el estado en que se encuentre la ejecución de la prestación, pues en la idea de Pufendorf, solamente en el caso en que aún no se haya dado el inicio a la ejecución de la obligación, una parte puede apartarse o desistir de la misma, siempre que haya expresado el motivo para el cual se estaba obligando.

1.1.3. Jean Domat (1689)

Nos toca ahora, analizar el pensamiento del jurista francés, Jean Domat, para lo cual, nos parece oportuno, partir señalando que para el autor existen tres clases de hechos que pueden ser causa de ciertos daños:

[U]nos que constituyen un verdadero crimen o delito; otros que son obra de las personas que faltan al cumplimiento de sus obligaciones en los contratos, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, un arrendador que no hace los reparos a que está comprometido; y otros que no tienen

relación con las convenciones pero que tampoco pasan a ser un crimen o delito, como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté abajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño” (Domat 1689: 65)

Rápidamente, podemos darnos cuenta que solamente en la tercera descripción es dónde se podría ubicar la idea de la responsabilidad precontractual; pues de las líneas citadas, es claro que el autor distingue ciertos hechos productores de daños, diferentes al incumplimiento de los contratos y de los delitos.

Si bien, Domat no toma con específica atención, el fenómeno del daño generado en la etapa previa al contrato. Consideramos que, esto no es obstáculo suficiente que pueda impedir buscar la idea de la *culpa in contrahendo*, dentro de su postura.

Domat, sobre este tercer daño señala que:

Todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de los que debe saber, o por otras faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aun cuando no tuviese intención de dañar. (Domat 1689: 76)

Como puede verse, las palabras de Domat son claras al expresar su posición sobre este tipo de daños, y nos permite entender que, ya en esos años podríamos reconocer y establecer supuestos en los cuales opere la responsabilidad precontractual, desprendida de una obligación de tono moral, pues para el autor basta la comisión de

un mal aunque no hubiese intención; más aún, si recordamos que la naturaleza misma de la responsabilidad precontractual no resulta ni del incumplimiento de un deber contractual, ni propiamente de un delito. Sin perjuicio de la afirmación anterior, sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, nos avocaremos más adelante.

1.1.4. Robert Joseph Pothier (1762)

Pothier en su libro *traité du Contrat de Vente* (1762), sobre el tema que avoca la presente investigación, afirma en primer lugar que, la voluntad de las partes para la conclusión de un contrato puede efectuarse frente a frente, o entre personas ausentes –por un emisario o por mensaje epistolar (*per epistolam aut per nuntium*) – y en base a esta segunda afirmación, Pothier expresa que:

“Para que en este caso haya consentimiento, es necesario que la voluntad del que ha escrito proponiendo a otro algún negocio, haya perseverado hasta que este haya recibido la carta, y declarado aceptar la propuesta. Y se presume haber perseverado en la voluntad, mientras no haya acto o suceso alguno en contrario” (Pothier 1762: 19)

Sobre el tema que nos atañe, podemos verificar que, Pothier tiene por cierto que se consuma un contrato entre ausentes, sólo cuando la aceptación del negocio propuesto se haya efectuado, esto es, que el receptor de la propuesta (oferta) emita de manera indubitable la aceptación del negocio propuesto. Siempre que, persista la voluntad del proponente del negocio, y no exista acto que perturbe la formación del contrato.

Sobre lo último, nos animamos a pensar en la revocación o desistimiento que el proponente realice, en la muerte del mismo o en la caída de éste en un estado de inconsciencia, que le impida ejecutar de manera coherente el negocio pactado. Por tanto, si

existe alguno de los hechos que señalamos, no existirá la formación del consentimiento.

Sin embargo, debemos recordar que en la actualidad, para la formación de un contrato entre ausentes, depende de la teoría que se acoja sobre el consentimiento, y la formación del contrato; pues debemos tomar en cuenta ciertos supuestos: cuando el oferente, acepte la oferta o comience a realizar actos que según los usos comerciales, o la costumbre, den a entender que ha aceptado el negocio, cuando se emite la aceptación de forma indubitable o cuando la oferta llega al conocimiento del emisor de la oferta, o al menos alcance al ámbito de influencia de éste. Fuera de lo anterior, también es necesario reconocer que, en el caso de la muerte o incapacidad del oferente, la oferta obliga a sus herederos.

Pothier sigue su razonamiento con la siguiente afirmación:

“Nótese que, si mi primera carta hubiese ocasionado algunos gastos a aquel a quien iba dirigida para ejecutar lo propuesto, o si esto le hubiese acarreado alguna pérdida, como si en el tiempo que medió entre la primera y la segunda carta los géneros perdidos hubiesen experimentado alguna baja, y el comerciante de Valencia hubiese despreciado por lo que yo le escribía, la coyuntura de venderlos a precio más cómodo; en todos estos casos deberé indemnizarlo, a menos que prefiera llevar adelante el contrato propuesto” (Pothier 1762: 20)

Prosigue su discurso, afirmando que el fundamento de tal obligación “nace de la regla de equidad por la cual se establece, que nadie debe ser perjudicado por hecho de otro.” (Pothier, 1762: 20)

Definitivamente, esta aproximación al tema de la responsabilidad precontractual es la más concreta y directa que podemos encontrar, por supuesto, debemos resaltar que la obra de Pothier era más

precisa en el tema que se aborda, pues se avocaba eminentemente al tema del contrato de compra venta, y con el tema de investigación fijo, tenía las facilidades de abordar puntos que otros autores no.

Desde otra perspectiva, también debemos resaltar que, el fundamento de la obligación que exige el resarcimiento nace de un criterio de equidad, pues consiente que no existe un vínculo contractual que se deba cumplir, y que existe tan solo, una obligación de resarcimiento proveniente del *neminem laedere*.

Pothier continua exponiendo su postura, y lo que a primera vista pareciera no tener conflictos, luego se convierte en un aspecto poco claro, pues de la cita anterior podíamos rescatar que la obligación de resarcir a la parte a la que se le había causado un daño, con la variación de la voluntad, nacía de una regla de equidad que nos llevaba a pensar, era una relación extracontractual. Sin embargo, esto deviene en poco claro, al afirmar en otro momento que, se puede obligar tanto al ofertante como a sus herederos, no en virtud del contrato de venta que no se llegó a perfeccionar, sino en virtud a la carta que se ha remitido con la propuesta y que luego se ha desistido de mantener:

Así es que si el comerciante de Valencia al recibir mi primera carta hubiese cargado de mi cuenta, y hecho partir los géneros pedidos, antes de recibir la segunda, o ignorando mi demencia o muerte; en tal caso por más que no haya intervenido contrato alguno entre nosotros, sin embargo tendrá derecho para obligarme a mí o a mis herederos, o a llevar adelante la propuesta, o a pagarle los daños y perjuicios. (Pothier 1762: 20)

De lo anterior pareciera que, el vínculo tiene una naturaleza distinta a la que Pothier expuso, será necesario entonces, esclarecer qué

naturaleza tiene dicho vínculo. Para tal fin, recapitularemos a la postura que sobre las fuentes de las obligaciones mantiene el autor. Pothier enseña que: "Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi Contratos, los delitos y los cuasi delitos; y algunas veces la ley, o la equidad." (Pothier 1761: 9)

Sobre los delitos y cuasi delitos, diremos que para Pothier debe estar presente el dolo o la culpa respectivamente, lo cual a su criterio no se presenta en el cambio de la voluntad respecto de la propuesta, por lo que estas fuentes quedarían descartadas.

En relación a los contratos, Pothier ya da por sentado que si no existe el consentimiento pleno de ambas partes, no existe contrato, entonces, sobre esta tercera fuente tampoco tendremos problemas para excluirla. Nos queda solamente la categoría de los cuasi contratos. Y Pothier categóricamente afirma que:

En los contratos el consentimiento de los contratantes es la causa única de la obligación; mas en los cuasicontratos en que no hay tal consentimiento, es la ley sola o la equidad natural la que produce la obligación, haciendo obligatorio el hecho de donde dimana. Por esto se llaman *cuasicontratos*, porque sin ser contratos y aún menos delitos, producen obligaciones tan fuertes como las provenientes de contrato. (Pothier 1761: 73)

De lo citado, es clara la referencia que hace Pothier sobre el fundamento que pueda ordenar a la responsabilidad precontractual, pues al reconocer que existe un tipo de relación que no llega a ser contractual, también afirma que este tipo especial tiene sustento en la ley o en la equidad; precisamente reafirma las palabras que al inicio resaltamos.

1.2. El pensamiento de Jhering (1860)

Como bien se ha dicho en innumerables trabajos sobre la *culpa in contrahendo*, no es posible abordar el estudio de esta institución sin partir, necesariamente, del famoso y celebre ensayo de Rudolph Von Jhering (1818-1892), estudio que llevó el nombre de "*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfection gelangten Verträgen*" (1860), al español traducido como: "Culpa in contrahendo o del resarcimiento del daño en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse" (Espinoza 2013: 87). Es precisamente a raíz de este trabajo que, Jhering propone una novedosa forma de ver ciertos hechos de la realidad, sobre los cuales las figuras jurídicas que hasta ese entonces se conocían no se bastaban en sí mismas para resolver estos problemas. Así, Jhering propone ejemplos que condicen a la postura que pretendía sustentar:

Una persona quiere ordenar cien libras de un producto, pero confunde el símbolo de las libras con el de los quintales; los cien quintales arriban y el que ha realizado la orden los rechaza. [...]. Suponiendo que el error se demostrara verosímilmente, el contrato sería nulo, de ello no cabe duda. Pero ¿quién se hará cargo de los gastos de embalaje y envío que se realizaron inútilmente? ¿No responde de alguna manera la parte que ha cometido el error, por los gastos que se ocasionaron por su culpa?". "Yo encargo a un amigo que tengo en Bremen que ordene en mi nombre a un comerciante de tabacos $\frac{1}{4}$ de caja de puros; mi amigo se equivoca y ordena 4 cajas. Las cajas me son enviadas, pero yo no las acepto. ¿El remitente debe soportar el gasto por el transporte de ida y vuelta, o puede demandar un reembolso, indistintamente, a mí o a mi intermediario?". "La empresa X de Colonia había encargado a través de un telegrama al banco Z de Frankfurt vender, por cuenta de ella, cierto número de títulos que tenían una determinada cotización. Por un error en

la transmisión del telegrama, la sílaba 'ver' de 'verkaufen' [vender] desapareció, y quedó sólo la palabra 'kaufen' [comprar], y fue así, con este sentido literal, que el mensaje arribó al mandatario, el cual dio ejecución a la orden tal cual la había recibido. Las cotizaciones de mercado sufrían una considerable caída, de modo que la diferencia de valor de los títulos no era para nada marginal. Creo que la cotización alcanzó, aproximadamente, el tope de 30,000 florines. ¿Tenía el banco Z de Frankfurt el derecho de demandar el reembolso por la compra a la empresa X de Colonia? Esta última lo negó, alegando que el mandato, como todo otro contrato presupone la formación de un acuerdo, que no había tenido lugar en el caso señalado. (Jhering 1861: 5)

A partir de estos ejemplos Jhering se pregunta sobre quién debe hacerse cargo por los daños generados durante las negociaciones de un contrato, o de aquellos daños generados a raíz de la celebración de un contrato nulo. Así también, se cuestiona cuál de las partes tratantes, y bajo que supuestos, tendría la acción de resarcimiento sobre el daño sufrido. Jhering instó la búsqueda de la solución a sus cuestionamientos, en los preceptos romanos como norma vigente al momento de su estudio. El autor inicia su exposición apoyado en dos supuestos que eran aplicados en el derecho romano: la venta de un bien que se encuentra fuera de comercio y el caso de la herencia inexistente, así:

<p>I.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) (MODESTINUS): "Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod</p>	<p>I.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) Modestino: "Quien sin conocimiento compra un bien inalienable, sacro o público, en calidad de ciudadano privado, no posee una adquisición lícita, sin</p>
--	--

<p>interfuit eius deciperetur”.</p>	<p>embargo, después de la compra el vendedor adverso deberá soportar, de todas formas lo que sucedió con él, si efectivamente fue un engaño”.</p>
<p>Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23): “[loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit] quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit”.</p>	<p>Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23): “El que compra a sabiendas objetos sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, un forum, una basílica, ejecuta un acto nulo. Pero si, engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos o privados, tendrá la acción de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, a fin de obtener de esta manera la indemnización del interés que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo” (Espinoza 2013: 834-835).</p>

De lo citado, se desprende cómo en el albor del derecho romano ya se daban luces sobre la problemática planteada, y como Jhering tuvo que recurrir hasta los fundamentos del derecho romano para hallar la razón

de su investigación, máxime si estos preceptos, eran la ley vigente en el tiempo de Jhering.

Además, el autor entiende que, sólo amparándose en casuística, podría plantear una solución a sus preocupaciones, pudiendo –solo así– demostrar la aplicación práctica de su postura, y poner en evidencia los supuestos bajo los cuales, una de las partes debía responder frente a la otra, por el daño irrogado como consecuencia de haber ocultado acontecimientos que hacían nulo el contrato (Escobar 2004: 154-155).

Jhering, al abordar la naturaleza de ésta responsabilidad, partía del concepto de culpa –precisamente iría a girar en torno a la culpa todo sustento que se avoque a justificar su tesis– ligándola con una relación contractual, considerando a la culpa presente en este tipo de supuestos de la misma especie que la que se encontraba sólo en el campo de las relaciones contractuales. (Jhering 1860: 53)

De igual forma, se aprecia en los fundamentos de Jhering, sobre el punto anterior, que la nulidad, concebida como se hacía en el derecho romano, debía ser reinterpretada, y ahora (en el tiempo de Jhering) debía ser entendida desde otra perspectiva. Así, se debía considerar que ante un supuesto de nulidad, la consecuencia deseada es la ausencia de efectos jurídicos. Sin embargo, esto no implicaba que no existieran efectos que se creen a raíz de la nulidad de un contrato que se había celebrado con la creencia que era válido, es decir, se conservaban o se generaban efectos tales como las arras, la restitución de la cosa entregada y el resarcimiento por daños.

Sobre el supuesto del apartamiento injustificado de las negociaciones, o la ruptura de las mismas que genere daños al otro tratante, Jhering afirma que si bien las fuentes romanas no contenían precepto alguno que se avoque al tema, se podía aún utilizar a la culpa como un factor de atribución subjetivo, tal cual en una relación contractual. Así, al entablar una relación con miras a concretar un contrato que

verosíblemente para ambas partes se va a perfeccionar, se sale del campo de los hechos extracontractuales, para arribar a uno de tinte eminentemente contractual, por lo mismo, si aconteciera que alguna de las partes se apartara injustificadamente de las tratativas, se debería utilizar también las reglas de la culpa, tal cual, se estuviera ante una relación contractual, pues el futuro contrato no debía de verse afectado por la negligencia de una de las partes, en perjuicio de la contraparte que confía en la realización de los actos de la otra, sobre los cuales ésta última generó certeza en su realización. (Jhering 1860: 65-73)

Jhering continúa su planteamiento teórico, dando esbozos de un iter contractual, señalando que el primer paso hacia un contrato es la oferta correctamente recepcionada, desde este instante tiene relevancia y entra en juego el deber de diligencia que las partes deben seguir, con miras a celebrar el contrato. Lo anterior se debe entender en base a que la oferta haya sido correctamente formulada, es decir con los elementos esenciales que deberá contener el futuro contrato, que haya llegado al destinatario de la oferta sin mayor contratiempo y que no se de la comunicación de la revocación de la oferta; ya que de presentarse éste último evento –comunicación de la revocación de la oferta- no se crea certeza de la realización del futuro contrato.

Además, con miras a obtener un sustento normativo, Jhering cita normas tanto del código civil general de Austria², como del código Prusiano³. De entre las cuales se puede ver el A.L.R.I. 5 § 284:

² Entre las cuales, se tienen: "Quien hace creer, fraudulentamente, que es capaz de celebrar contratos, y de esta forma engaña al otro contratante, que no ha podido ser fácilmente informado, está obligado al resarcimiento" (ABGB, § 866). "El menor que, habiendo cumplido veinte años, se hace pasar por mayor de edad en algún negocio, responde de todos los daños si la contraparte, antes de la celebración del negocio, no ha podido procurarse fácilmente informaciones sobre la verosimilitud de su aserción" (ABGB, § 248). "Aquello que no puede ser objeto de un préstamo o lo que es absolutamente imposible o ilícito no puede, en modo alguno, ser objeto de un contrato válido. Quien engaña a otro sujeto, con afirmaciones como éstas, o quien por ignorancia culpable le crea un detrimento u obtiene un beneficio dañándolo, es responsable" (ABGB, § 878).

“Lo que se encuentra establecido en mérito al grado de culpa por el cual se responde en la ejecución del contrato, se aplica igualmente al caso en el cual, uno de los contrayentes, en la conclusión del contrato, haya descuidado los deberes que le incumben”.

Sobre la citada norma, Jhering afirma que se encuentra fácilmente el fundamento y reconocimiento de su teoría, pues la diligencia que las partes deben observar, se muestra en las relaciones contractuales que están en fase de formación, como en aquellas que ya están perfeccionadas. Por lo tanto, la inobservancia de este principio acarrea, en ambas fases, el resarcimiento del daño; y se llega a afirmar que “la *culpa in contrahendo* no es otra cosa sino la culpa contractual orientada en una dirección especial” (Jhering 1860: 105).

Otro merito, que también se le reconoce a Jhering, es la distinción que realiza en base a la idea de FRIEDRICH MOMMSEN, sobre el interés contractual positivo y negativo: al primero lo entiende como aquel que protege el cumplimiento del contrato, o defiende el resarcimiento desde el punto de vista de la validez, en tanto que la segunda concepción, conlleva al resarcimiento de los gastos que se hicieron para la celebración del contrato, esto es, busca dejar a la parte que resultó

³ En este punto: “Quien, tras haberse informado debidamente, es inducido a celebrar un contrato con un incapaz, puede pretender una indemnización contra los bienes de este último” (ALR I, 5 § 33). “Quien conociendo su propia ausencia de capacidad, induce a otro sujeto a celebrar un contrato, será sancionado como estafador” (ALR I, 5 § 36). “Sin embargo, el acreedor que ha sido realmente engañado por un deudor semejante [en relación con el caso del individuo que se hace pasar por agente capaz], sin que exista negligencia de su parte, podrá demandar, sobre la base de los principios generales de la ley, la reparación del daño a costa de los bienes del deudor” (ALR II, 2 § 135). “Si la imposibilidad inherente de la condición era conocida sólo por quien se obligaba al acto o a la prestación imposible, éste debe mantener completamente indemne a la contraparte” (ALR I, 5 § 53). “Sin embargo, si él [el declarante] ha cometido el error a causa de propia culpa grave o de mediana entidad, y si la contraparte no sabía que el declarante se equivocaba, este último está obligado a reparar el daño ocasionado por su error” (ALR I, 4 § 79). “Lo que se establece en relación con el grado de culpa por el cual se responde en la ejecución del contrato se aplica, igualmente, al caso en que uno de los contratantes, en la celebración del contrato, descuida los deberes que pesaban sobre él” (ALR I, 5 § 284).

perjudicada en la situación en la que estaba, si no hubiera entablado negociaciones o celebrado el contrato. (Jhering 1860: 107)

Sobre el interés negativo, señala también que, en algunas circunstancias éste podía ser reducido a cero, en el caso en el que el mensajero que transfería el mensaje de forma errónea, corrija su error en el instante, o la revocación de la oferta arribaba antes de que se inicie la ejecución de la prestación.

Finalmente desprendemos del trabajo de Jhering, que se realiza la diferencia entre la diligencia y la buena fe, prefiriendo la primera sobre la segunda (Espinoza 2013: 844). Sobre el tema en concreto, nos avocaremos más adelante.

2. Noción y Fundamento de la responsabilidad precontractual

2.1. Noción de la responsabilidad precontractual

Para abordar la noción de la responsabilidad precontractual, debemos señalar que existen diferentes acepciones que se le han dado a ésta institución, y que han surgido desde diferentes sistemas jurídicos; para una mejor ilustración podemos citar en un primer extremo, las palabras de Jhering, quien denominaba su teoría: *culpa in contrahendo*, en base al concepto de la culpa contractual, pues el autor creía, que la diligencia contractual que se exigía en la relación contractual (en base a las reglas de la culpa) ya formada, era igualmente solicitada en la etapa de formación de los contratos, de modo tal que ninguna de las partes se vea perjudicada ante el actuar negligente de la otra. (Jhering 1860: 85-105). Otra denominación más actual y surgida en nuestro medio, que sobre la institución se ha elaborado, es la de responsabilidad *in contrahendo*, que sostiene Espinoza, pues en ella quedarían comprendidos los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva. (Espinoza 2013: 844)

Creemos que, las diferentes acepciones que se utilizan, aunque no guardan una relación de sinonimia, pretenden abordar un mismo fenómeno; radicando la diferencia en los elementos que forman parte de cada una, los mismos que ayudan a determinar la naturaleza jurídica de cada planteamiento. Nosotros preferimos aunarnos a la denominación que en la actualidad tiene más adeptos: "Responsabilidad Precontractual", pues nos parece que es una acepción que aborda lo que en realidad busca la institución bajo estudio.

Una vez habiendo dilucidado la noción, pasemos a buscar la definición que mejor se ajuste a nuestra visión de la responsabilidad precontractual, o en todo caso, se llegara a esbozar una definición propia con miras a lograr los objetivos planteados en la presente investigación. Entonces, será necesario partir buscando la definición en una fuente enciclopédica, que entiende a la institución como:

"La que resulta de la ruptura intempestiva de las negociaciones contractuales o de otras conductas antijurídicas realizadas en el curso de tales negociaciones. **(v. Culpa precontractual.)**".
(Cabanellas 2006: 225)

Remitiéndonos al ámbito doctrinal, encontraremos autores que ofrecen una vasta variedad de definiciones; de las cuales podemos rescatar las que nos parecen más coherentes, pues solo así podremos alcanzar el objetivo propuesto:

Para Massimo Bianca, la responsabilidad precontractual "indica la responsabilidad por lesión de la libertad negocial ajena, que se puede presentar por la concurrencia de un comportamiento doloso o culposo, o también, por la inobservancia del precepto de buena fe" (Bianca 2007: 177).

Por su lado, Vincenzo Roppo, de forma escueta, delimita la responsabilidad precontractual estableciendo que existen comportamientos que se pueden apreciar en las tratativas previas al

contrato y que estos "comportamientos ligados a la formación de un contrato pueden provocar daños y crear responsabilidad hacia el dañado" (Roppo 2009: 181).

Existen también, posturas que evitan brindar una noción propia sobre la responsabilidad precontractual y se limitan a señalar una norma positiva para enfocar su campo de aplicación, sin embargo, esta negativa a la definición no aleja a los autores de profundizar sobre las características de la responsabilidad precontractual y sus supuestos de aplicación (Monateri, 2004: 525).

Otro autor que podemos citar es Renato Scognamiglio, que basa su pensamiento en el fundamento mismo de la institución, apoyándose a su vez, en el código civil italiano, y así, encuentra a la responsabilidad precontractual en los daños que se generan en la etapa de negociación previa al contrato, pero a la vez en los daños que se pretenden evitar aún antes de ser sufridos; por lo tanto enuncia que:

"la libertad de acción de las partes, que no debe tener restricciones durante esa fase preliminar, con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objeto de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuente de daños" (Scognamiglio 1996: 94).

Los autores antes citados, son quizás cuatro de los máximos exponentes de la doctrina civilista italiana, y es por lo mismo que partiremos de sus construcciones para llegar a identificar características exactas que se deban resaltar en la responsabilidad precontractual. En ese sentido, hay consenso respecto a que, el evento que da origen a la responsabilidad precontractual se desarrolla en la etapa previa al contrato, esto es, en la fase de las negociaciones, sin perjuicio de que, el daño causado puede presentarse aún después de esta etapa.

Delimitada el área de aplicación, corresponde establecer las principales características, así tenemos: existencia de un comportamiento, la presencia de un daño y la inobservancia o violación de un deber de comportamiento en la etapa precontractual.

1. Debemos considerar que, en la responsabilidad precontractual siempre va existir un comportamiento, que se puede materializar en un actuar o en una omisión, desarrollado por alguna de las partes que entran en negociaciones o tratativas; puesto que el hecho de un tercero, que lleve a generar un daño en esta etapa, no deberá ser entendida en el ámbito de la responsabilidad precontractual (ej. Un tercero ajeno a las negociaciones, quien a través de un comportamiento propio (sea culposo o doloso) genera la destrucción del bien, respecto del cual se está negociando).

El comportamiento que las partes efectúen, a su vez, puede ser doloso en tanto se observa un dolo omisivo en la violación del deber de información, que finalmente sea la fuente generadora de un contrato desfavorable para una de las partes, o en la nulidad del contrato.

2. Presencia de un daño resarcible, que además debe de estar debidamente probado y acreditado por parte de quien cree lo ha recibido. Dicho daño debe provenir del actuar de la parte contraria; sea en el entendido del apartamiento injustificado de las negociaciones, por la celebración de un contrato inválido, etc.

El daño, valga la aclaración, deberá también tener un reconocimiento a nivel normativo para que el aparato legal pueda hacer frente al resarcimiento del mismo.

3. La violación de un deber precontractual, que importa las directrices básicas sobre las cuales debe de girar toda negociación, y esto lo entendemos así, por cuanto siempre se busca el equilibrio de posiciones con miras a un contrato justo y en concordancia con los

intereses de cada parte tratante. Por lo que, se han ido reconociendo y desarrollando ciertos deberes precontractuales, a los cuales las partes están ligadas e impulsadas a su cumplimiento. Mereciendo el reconocimiento de un elenco de comportamientos observables en la etapa de negociación, los cuales pueden –o no– ser reconocidos en la legislación.

De las características descritas, podemos esbozar una definición final sobre la responsabilidad precontractual: “la responsabilidad precontractual es aquella que busca resarcir el daño ocasionado por el quebrantamiento de un deber precontractual –éste daño se puede verificar en la etapa de las negociaciones, o con posterioridad a ella– por el actuar doloso o culposo de una de las partes tratantes.”

2.2. Fundamento de la Responsabilidad Precontractual.

Existen, distintas posturas sobre el fundamento, que justifique la aplicación de este tipo de responsabilidad. Al respecto se ha pretendido enmarcar a la responsabilidad precontractual, en primer lugar, a la teoría del *contacto social*, amparados en la idea de la creación de una relación de naturaleza contractual aún antes de celebrar el contrato principal, pues se dice que no basta la correcta diligencia solo en el momento del contrato, sino que la teoría del *contacto social* permite una aplicación extensiva, en campos en los cuales la naturaleza de la responsabilidad misma se encontraba en discrepancia entre el contrato y el delito. Lo que se busca, es el desarrollo de relaciones jurídicas obligacionales, sin haber llegado a finalizar o concluir la relación principal que insta el acercamiento de las partes.

[l]a conocida y aceptada teoría que considera de naturaleza contractual la responsabilidad precontractual. Según esta orientación, la relación entre dos sujetos, vinculada a la estipulación de un negocio jurídico, se cualifica como fuente de un particular deber que vincula a las partes a comportarse según

buena fe. El hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación obligatoria precontractual está constituido por la confianza, engendrada en una parte por el comportamiento de la otra. [...]. [P]artiendo del presupuesto que, en la fase precontractual, la confianza entre las partes es fuente de una obligación sin deber primario de prestación, esta doctrina intenta identificar otras hipótesis en la cuales un contacto social implique un idéntico modelo de tutela. (Faillace 2014: 87)

Nos parece que la teoría del contacto social si bien a primera impresión propone un esquema lógico y autosuficiente para justificar la aplicación de la responsabilidad precontractual, no puede forzar la idea de que, el acercamiento de dos partes con miras a celebrar un contrato, genere una relación jurídica obligacional basada en la confianza.

[a]unque todavía entre los interesados no hay una verdadera relación jurídica antes de la perfección del contrato, es evidente que hay una relación social o un contacto social. (Puig Brutau 197: 226-227)

Por el contrario, consideramos que no existe ningún vínculo jurídico entre las partes negociantes, en tanto, la aceptación de ésta idea, generaría mayor incertidumbre en los tratantes que, siempre preferirán no verse obligados sino hasta la celebración de un acto formal y definitivo. Entonces, la sola negociación no tendría por qué dar lugar a mayores relaciones, por ser ésta idea desmedida para todas las negociaciones.

Creemos finalmente, el inicio de las negociaciones entre dos partes, genera únicamente deberes precontractuales de comportamiento, que deben ser observados por las partes, si quieren arribar a un contrato final sin vicio alguno y libre de cualquier impedimento. Estos deberes precontractuales deberán ser respetados en todo momento, incluso en la etapa post-contractual.

Otro fundamento que la doctrina ha esbozado, ha sido la asimilación de la teoría del abuso de derecho como fundamento, debido a que, se consideraba que la parte que se apartaba de las negociaciones de manera intempestiva, amparándose en su derecho a la libertad para contratar y su autonomía privada, ejercía de manera abusiva dicho derecho. Ya que no se puede concebir, que se genere un daño por el solo actuar de un sujeto en el ejercicio de un derecho. Como lo explica Josserand:

Suponiendo que la oferta no sea obligatoria, su retirada, cuando es injustificada, cuando es injustificada, cuando no se funda en un *motivo legítimo*, es susceptible de comprometer la responsabilidad del peticitante; no se quiere que después de haber atraído inconsideradamente al destinatario y de haber hecho nacer en él una esperanza legítima, pueda el peticitante arrepentirse discrecionalmente; cometería, en tal caso, *un abuso del derecho de no contratar*, más exactamente, *un abuso del derecho de retractación*, que quedaría sancionado por los daños y perjuicios. La libertad contractual tiene sus límites, aunque se la considere bajo *su forma negativa*; no está permitido hacer mal uso de ella. (Josserand 1950: 43)

Finalmente, y con mayor desarrollo, se ha fundado la responsabilidad precontractual en la buena fe, que al ser un concepto más amplio, permite el desarrollo y encuadre de la institución en un concepto flexible, y como hemos estado adelantando a lo largo del presente trabajo, es el fundamento preponderante en la actualidad a nivel doctrinal y legislativo.

El fundamento jurídico del deber de indemnización de daños no puede ser una relación contractual, puesto que tal relación no puede ya tener lugar válidamente. Solamente puede encontrarse aquel fundamento en la vulneración de un deber de aclaración derivado de la "buena fe". Por el hecho de que A, entrase en

tratos con B, con vistas a una compraventa, no surgió una relación obligatoria propiamente dicha [...] (Larenz 1958: 107)

Bajo éste fundamento, hay quienes creen que surgen ciertos deberes nacidos de la buena fe, y cuya trasgresión da lugar a la responsabilidad precontractual.

[E]sto implica que estén obligadas a observar reglas de conducta inspiradas en la corrección (es este uno de los casos en los que el término "buena fe" es empleado en un significado ético y objetivo, o sea como sinónimo de "lealtad"). Por tradición se habla en estos casos de *culpa in contrahendo*, con la advertencia de que la noción de *culpa* es usada en una concepción no restringida a la sola esfera de los comportamientos caracterizados por la negligencia, sino incluso comprensiva de expectativas legítimas, como para alterar la distribución normal de los riesgos y de las cargas conexas a la fase preliminar a la estipulación del contrato. (Breccia y otros 1995: 752)

Sobre la buena fe y la aplicación en la responsabilidad precontractual, haremos un desarrollo más exhaustivo en el capítulo siguiente.

3. Naturaleza de la responsabilidad precontractual

Es momento de desarrollar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, comenzaremos exponiendo la problemática para finalmente abordar el tema con atención y tomar postura.

El problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual ha sido un tema que ha generado controversia a lo largo del desarrollo de la institución. Recordemos que Jhering ya proponía una naturaleza contractual sobre la *culpa in contrahendo*, basada en un vínculo contractual proveniente del incumplimiento de una obligación de diligencia que tiene propiamente una naturaleza contractual. En contraposición, surgieron quienes, en lugar de asignar a la responsabilidad precontractual una

naturaleza contractual, planteaban más bien, un carácter extracontractual (pues se decía que existía la violación al deber genérico de no causar daño a otro: "*neminem laedere*"). Se llegó incluso a proponer la independización de la institución desde su naturaleza; intentando el desarrollo de una teoría específica, que abarcara el desarrollo de la responsabilidad precontractual como un *tertiu genus*.

La responsabilidad precontractual nació como responsabilidad de tipo delictual en el sistema francés, o probablemente antes, si se quiere volver a las acciones romanas en materia de dolo y violencia, en un momento sucesivo ha sido reconducida por Jhering dentro de la responsabilidad contractual. En este tiempo, aunque la mayor parte de los autores⁴, así como la jurisprudencia mayoritaria⁵, está ahora orientada hacia la naturaleza delictual de la responsabilidad precontractual, no faltan voces autorizadas que, en tiempos recientes, se expresan a favor de la naturaleza contractual de la responsabilidad en cuestión, tanto en la doctrina⁶ como en jurisprudencia⁷, así como de autores que sostienen la naturaleza atípica o incluso híbrida de la responsabilidad precontractual⁸ (Gallo 2006: 479-481)

3.1. Sobre la naturaleza contractual:

La doctrina que defiende la naturaleza contractual, precisa que no es aplicable la teoría de la responsabilidad aquiliana ("*neminem laedere*"), en el desarrollo de la *culpa in contrahendo*, en razón a que la obligación de no causar daño a otro no puede ser entendido en el contexto de las

⁴ En vía meramente indicativa: TRABUCCHI, SACCO e DE NOVA, MONATERI, BIANCA, GALLO, *Diritto privato*, 3° ed., Torino, 2002.

⁵ Cass., 19 abril 1983; Cass., 18 junio 1987.

⁶ MENGONI, Sulla natura della responsabilità extracontrattuale; BERNATTI, TURCO, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999.

⁷ Trib. Milano, 11 enero 1988.

⁸ A favor de la naturaleza atípica de la responsabilidad, como expresa SACCO en una obra juvenil, *Culpa In contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, RDCo, 1951, posteriormente se adiere a la naturaleza delictual de la responsabilidad precontractual en sus escritos sucesivos: SACCO DE NOVA, *Diritto privato*, 3° ed., Torino, 2002.

negociaciones, ya que debe recaer en personas no determinadas, donde ambas partes no se encuentran identificadas y delimitadas, por lo que no sería posible al supuesto de que la responsabilidad precontractual tenga naturaleza jurídica de responsabilidad extracontractual.

[s]e sustenta, invariablemente, en el incumplimiento de una obligación; y como ocurre que en el caso de la responsabilidad precontractual existe una obligación que no se cumple, surgida en el momento en que se instauraron las tratativas entre las partes. (Galvano 1993: 492)

Otro argumento a favor de la asimilación de la naturaleza contractual, es aquella que estima que en la responsabilidad precontractual se presenta un incumplimiento de obligación, pues es verificable la existencia de una obligación que se crea en el momento en que se instauran las negociaciones (Monateri 2004: 527). Esta postura de la naturaleza contractual se refuerza, equivocadamente a nuestro entender, en el hecho que la negociación se realiza entre personas determinadas, lo que genera que entre ellas se cree un vínculo en razón a la teoría del contacto social, pues basta con que las personas entren en contacto para que surja una obligación.

Creemos que no es fundamento suficiente. Si bien es cierto que existen ciertos deberes secundarios que nacen de la buena fe, los cuales guían el actuar de los sujetos, esto no quiere decir que de ellos se originen la responsabilidad precontractual, pues en el caso de una relación contractual se busca proteger al acreedor ante el incumplimiento de una prestación. En las negociaciones las partes son libres de determinar si entablarán un vínculo contractual o no, es decir, no en todos los casos las tratativas culminan en la celebración del contrato, lo que no significa que ante la ruptura injustificada de las mismas no se produzcan daños.

3.2. Sobre la naturaleza extracontractual

En sentido opuesto, un sector de la doctrina, defiende la aplicación de la responsabilidad aquiliana. Para ellos, la responsabilidad precontractual tiene una naturaleza extracontractual basado justamente en el quebrantamiento de este deber genérico que toda persona tiene, de no causar daño a otro (*neminem laedere*) y por lo tanto una conducta así, sería suficiente sustento para que se constituya un acto ilícito extracontractual, puesto que, se "lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes en el desarrollo de las tratativas" (Monateri 2004: 527).

[l]a fuente de responsabilidad sería, entonces, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas [...]. [S]egún este punto de vista, la lealtad y la buena fe deben ser consideradas deberes que pesan sobre todos los sujetos. (Monateri 2004: 474)

3.3. Sobre la naturaleza de tertium genus

Existe también construcciones que son novedosas, y que podrían denominarse eclécticas, pues se basan en una ambivalencia según los casos, esto es, algunas veces puede ser extracontractual y otras veces de naturaleza contractual. (Monateri 2004: 528)

La última postura sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* esgrime una tercera opción independiente a las anteriormente descritas, la cual postula un *tertium genus*. Esta idea nace a partir de que algunos autores extraen parámetros peculiares de la responsabilidad precontractual. (Monateri 2004: 471)

3.4. Nuestra postura

Nosotros nos adscribiremos a la teoría que plantea la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual; este fundamento puede ser aplicado en nuestro sistema jurídico sobre la base del artículo 1969 de nuestro código civil, que preceptúa que “aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo”.

Estimamos que esta postura es la adecuada, porque pese a que las partes ya entablaron una negociación aún no se ha creado una relación obligacional entre ellas, por lo que basta con la verificación del daño, por dolo o culpa, para que se tenga que indemnizar el daño producido en la etapa precontractual. No debemos caer en el error de no saber distinguir entre una relación contractual entre sujetos determinados, cuya responsabilidad tiene caracteres singulares, y una relación precontractual, donde si bien las partes tienen cierto grado de identificación, la relación que se instaura entre ambas será siempre extracontractual, debido a que la naturaleza contractual deriva de la existencia de una obligación en sentido técnico.

Compartimos la idea de Gallo, cuando dice que “[a] pesar de la previsión de una *fattispecie* de responsabilidad precontractual indudablemente muy amplia, incluso en ciertos aspectos indefinida (art. 1337 c.c.⁹), el artículo 2043 c.c.¹⁰, entendido como norma general, puede desarrollar una relevancia supletoria en referencia a hipótesis concretas de ilícitos que son verificados antes del inicio en sentido técnico de las tratativas, o después de ellas, o incluso en el transcurso de estas, pero como modalidades tales que no pueden recaer en el dispuesto por el artículo 1337 c.c.; se piensa por ejemplo en un caso de daños sobre los bienes

⁹ **Artículo 1337 del código civil italiano**

Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.

¹⁰ **Artículo 2043 del código civil italiano**

Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

objeto de las negociaciones, o de lesiones personales sufridas por el otro contratante" (Gallo 2006: 482).

Consideramos que, determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual ayuda a prevenir ciertos problemas en la aplicación de la institución, pues no basta con el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento jurídico, sino que es necesario entender que, el tomar postura sobre la naturaleza contribuye a delimitar las características peculiares de la responsabilidad precontractual. Pues solo así se podría sobrellevar los cambios que en la realidad se produzcan.

Sin perjuicio de lo antes dicho, mostraremos algunas diferencias que surgen como consecuencia de distinguir la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento jurídico (cabe resaltar que estas diferencias no explican la naturaleza jurídica de esta institución, ya que podrían variar en el tiempo). La utilidad recae en evitar problemas en la aplicación actual de esta institución; máxime si, en algún momento se dijo que diferenciar la naturaleza jurídica se queda en una limitación teórica. (Scognamiglio 1996: 96)

- El plazo prescriptivo varía según la teoría que se defienda, por cuanto, en la responsabilidad contractual tenemos un plazo prescriptivo de diez años, mientras que en la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción es reducido a dos años, con lo que tenemos una primera diferencia. (Art. 2001° del código civil). Cuestión a tomarse en cuenta, ya que al verse reducido el plazo prescriptivo, en comparación con la naturaleza contractual, nos proporciona una razón para ser más cautelosos en la instauración de una causa basada en responsabilidad precontractual. Esta diferencia es útil en la medida que, ayuda a establecer el plazo de prescripción de la acción que pueda entablar el sujeto, ya que la falta de determinación de la naturaleza de la responsabilidad precontractual ocasiona

problemas como en el caso Mercedes Benz vs. Grupo Peruano (caso que será analizado en el tercer capítulo).

- La prueba del daño, implica que si nos adherimos a la tesis de la responsabilidad contractual bastara con probar el incumplimiento de la obligación (ej. apartamiento injustificado de las tratativas) pues la culpa se presume, y corresponderá a la otra parte eximirse de responsabilidad (Art. 1321° del código civil). Por otro lado, en la tesis extracontractualista se presume el dolo y la culpa del autor, correspondiendo su descargo al imputado (Art. 1969° del código civil). Este punto es importante porque no en todos los casos en los que las tratativas llegan a su fin, sin concluir en la celebración del contrato, se producen daños; por ello la responsabilidad precontractual no puede tener naturaleza jurídica contractualista, pues como señalamos en ésta basta con probar el incumplimiento.
- Finalmente existe la distinción entre ambas figuras en base a la cuantía del resarcimiento, pues en el ámbito contractual, si solo fuera culpa leve, se estaría obligado a resarcir los daños previsibles al momento de ser contraída la obligación (Art. 1321° del código civil); y en la responsabilidad extracontractual los daños resarcibles comprenden una gama más amplia (Art. 1985° del código civil).

3.5. La responsabilidad precontractual en el Iter Contractual (alcances sobre la teoría de Gabrielle Faggella)

Como hemos venido desarrollando, son muchos los autores que han realizado estudios sobre la responsabilidad precontractual; entre todos ellos resalta el trabajo realizado por Gabrielle Faggella en el año 1906.

Faggella, si bien se muestra en desacuerdo con la postura que plantea Jhering, al creer que la culpa, como lo entendía Jhering, no era aplicable a los periodos que Faggella desarrolla:

No creemos aplicable el instituto Jheringniano de la *culpa in contrahendo* a los primeros periodos, en los cuales la oferta no ha sido hasta este momento dirigida, es decir extender la *culpa in contrahendo* en la revocación de la propuesta al simple desistimiento de las tratativas. (Faggella 1906: 298)

Para Faggella, la culpa que desarrolla Jhering no sería aplicable a los primeros dos periodos que él desarrolla (periodo de ideación y de elaboración, y el periodo de perfeccionamiento o de concretización de la propuesta), pues extender los criterios de culpa al comportamiento de las personas impediría que éstas actúen según la libertad que tienen para decidir si contratan o no.

Este ilustre autor Italiano, resalta la libertad que las partes poseen para poder impedir el perfeccionamiento del vínculo obligatorio, pues explica que “antes que se encuentren las dos voluntades de los contratantes, y propiamente antes de la aceptación de la oferta, ambas partes mantienen su propia libertad” (Faggella 1906: 271)

No obstante su gran aporte, al objetivo que esta investigación persigue, y que nos merece mayor interés, es el desarrollo de las etapas previas al vínculo jurídico (contrato). El autor aludido, reconoce que previo al encuentro de las voluntades de los contratantes, existen etapas que deben ser examinadas y delimitadas, a fin de asignar correctamente la responsabilidad a la parte que se comporte de manera desleal.

En ese sentido, explica que cada contrato tiene un periodo de pre-formación o de pre-constitución, y que se divide, a su modo de ver en tres momentos jurídicos:

El primero de estos dos momentos lo definimos periodo de ideación y de elaboración, el cual se puede comprender en la fórmula de concepción del contrato, y el segundo, periodo de perfeccionamiento o de concretización de la propuesta, y en el tercero ésta se pone en movimiento. (Faggella 1906: 272)

Lo que nos enseña que, existen, tres momentos previos a la formación del contrato, los cuales son independientes, y a su vez, subsecuentes. Así, en los dos primeros momentos, se tiene una marcada presencia de la voluntad y de la libertad que las partes tienen, respecto a la modificación que puedan realizar de su voluntad, puesto que, aún ésta permanece en un plano interno o subjetivo. Consecuentemente, se afirma que, incluso podría apartarse de las tratativas; todo esto, en vista a que en el primer momento lo que se tiene es un deseo de elaborar un contrato, el cuál permanece aún en el ámbito subjetivo del tratante. Mientras que, en el segundo momento, el deseo va dirigido a concretar la propuesta o aceptación del contrato (Saavedra 2009: 41).

El tercer momento reviste mayor importancia, en tanto que se enfoca en la puesta en movimiento del programa o propuesta antes concretizado, se afirma, que en esta etapa aún se puede variar la propuesta, pudiendo incluso, no emitirse.

Como vemos, hasta el momento, el autor enarbola el papel de la voluntad de los tratantes, pues les otorga un estatus privilegiado, al conferirles plena libertad para la modificación de sus propuestas. Podemos desprender de estas líneas, que hasta que no se emita la oferta formal, y ésta no sea aceptada válidamente por el destinatario; los tratantes podrán desprenderse de las tratativas precontractuales en procura de la libertad con la que cuentan.

Sobre la libertad, Faggella llega a formular un principio general, según la cual:

La voluntad, como poder psicológico, es, desde el punto de vista abstracto, libre en sus determinaciones, pero esa se mueve, se determina según las circunstancias externas las impresiones psicológicas, los conceptos de la mente y el ambiente moral y material en el cual se encuentra. No es un poder ciego, que prescinde de toda otra energía; es un poder

consciente, inescindible de la consciencia y de la inteligencia.
(Faggella 1906: 285-286)

Tenemos que delimitar entonces, de qué manera, para Gabrielle Faggella, se producen daños en las etapas previas al contrato, o basado en que se pueden otorgar resarcimientos entre las partes tratantes, si por ejemplo, se produce el alejamiento injustificado de las tratativas. Y veremos que para el autor, un resarcimiento no surge de la aplicación de la culpa, o de la asunción de algún riesgo, ni de la violación del deber de actuar de buena fe. Para el autor, si bien si existe una responsabilidad, y una obligación de resarcir, la plantea en base a otro fundamento:

El fundamento de esta responsabilidad no está por lo tanto en un vínculo convencional obligatorio para negociar, ni en la culpa del que se desiste, que opera en la legítima esfera de su derecho, sino más bien en una doble causa jurídica. La primera consiste en que quien permite a la otra parte efectuar un trabajo preparatorio antecontractual o el participa en éste, asume con ello mismo la obligación de resarcir los gastos y el costo real de su trabajo, cuando intempestivamente se resista, si bien no exista una obligación a negociar. La segunda causa consiste en la destrucción de un valor ajeno, ello es de un valor patrimonial del tratante frente a quien se desiste, representado por los gastos y la obra sostenida para el nacimiento del derecho contractual, o del concurso de aquel, en consideración del consenso a negociar del que se desiste, y de la posibilidad o de la probabilidad del surgimiento de tal derecho. El concurso acumulativo de estos dos elementos crea la responsabilidad del que se desiste, la cual es contenida, por su real esencia jurídica, dentro de los confines de la indemnización de los gastos y del costo del trabajo preparatorio permitido. (Faggella 1906: 302-303)

Como vemos del texto citado, el fundamento de la responsabilidad precontractual reside en la obligación que tiene el tratante que genera un daño en la negociación, de resarcir a la otra parte por el trabajo que ha realizado con miras a concluir un contrato, lo cual puede ser el tiempo invertido en las negociaciones, que fueron intempestivamente quebrantadas.

Podemos entonces afirmar que, según la tesis de Faggella, un primer criterio a resarcir es el trabajo mismo, que se efectuó en la etapa de negociación. Por otro lado, como segundo criterio, se encuentra la destrucción de un valor patrimonial que el tratante defraudado tenía, lo cual quiere decir que el autor italiano otorga un valor económico al fenómeno de la negociación como tal, pues estima que éste valor patrimonial es representado por los gastos y obra invertida con el fin de generar un derecho contractual.

Finalmente, debemos rescatar del pensamiento de Gabrielle Faggella, la preocupación que tiene por los periodos antecontractuales, ya que el desarrollo que el autor realiza sobre estos periodos ayuda al entendimiento que se tiene sobre el actuar de los tratantes en los momentos previos a la celebración de un contrato. Todo esto, en relación con la libertad con que cuentan, para retirarse de las negociaciones o modificar su voluntad hasta el momento anterior a la aceptación de la oferta.

Por consiguiente, estamos en posición de afirmar que, en los tres momentos desarrollados los tratantes tienen plena libertad para celebrar un contrato o apartarse del mismo, sin excluir la responsabilidad que se genere por los daños que pueda sufrir su contraparte. Si bien no estamos del todo de acuerdo con esta posición –pues consideramos que en el transcurso de las negociaciones, en el momento donde se genere la confianza a la contraparte de que el contrato llegará a celebrarse; la libertad y voluntad de apartarse de este tratante no es plena, pues solo podrá desistirse de celebrar el

contrato bajo una causa justa e inimputable- creemos que es importante rescatar la estructuración que realiza de los periodos precontractuales.

Asimismo, debemos tener en cuenta que cada ordenamiento jurídico reconoce hasta qué punto, en las negociaciones, los tratantes tienen plena libertad. Debido a que, existen ordenamientos donde el quebrantamiento de las negociaciones no genera responsabilidades, como también existen ordenamientos que buscan establecer un vínculo firme aún en la etapa precontractual. En lo que si estamos plenamente de acuerdo es en que, todo daño generado en las etapas precontractuales deben ser resarcidos por el sujeto que los causa. Sin embargo, tampoco compartimos el fundamento que le autor le otorga a esta responsabilidad (la doble causa jurídica, como se explicó anteriormente), pues a nuestro criterio el fundamento de la responsabilidad precontractual radica en la violación de un deber precontractual, o en la violación del deber general de no causar daño a otro.

4. El daño resarcible en la responsabilidad precontractual

En la monografía de Jhering, se plantea la distinción del daño resarcible, así se dice que el autor tomó una clasificación ya hecha por Friedrich Mommsen; quien en su momento hizo una distinción según el interés que un sujeto perjudicado, ante el incumplimiento de una obligación, tenía. De ello surgen los conceptos de “**interés en la conservación**” e “**interés a la falta de conclusión del contrato**”. El primero de estos conceptos se refiere al interés en la ejecución del contrato, esto es, que el perjudicado obtenga en equivalente monetario lo que hubiera obtenido si el contrato se hubiera ejecutado conforme se planificó; mientras que el segundo término, se refiere a la protección del interés de una parte en obtener lo que tendría si no hubiese confiado en la apariencia de la celebración del contrato. (Espinoza 2013: 839).

Partiendo de esta distinción de conceptos, Jhering plantea términos distintos, sobre los mismos fenómenos, proponiendo una distinción entre **“interés negativo”** e **“interés positivo”**, ambos conceptos vinculados a la responsabilidad contractual. Y que, en la actualidad se tienen como conceptos ligados a los términos acuñados por Jhering, que actualizan el daño que debe ser resarcido ante un caso de responsabilidad precontractual.

Bianca nos explica que la lesión al interés negativo se diferencia del daño por lesión del interés positivo en:

El daño por lesión del interés positivo, que es el interés en la ejecución del contrato, y en este caso el daño está representado por la pérdida que el sujeto habría evitado (daño emergente) y por la ventaja económica que habría conseguido (lucro cesante) si el contrato se hubiera cumplido. Por el contrario, el daño por el interés negativo consiste en el perjuicio que el sujeto sufre: 1. Por haber confiado, inútilmente, en la celebración del contrato o en la validez del mismo o, 2. Por haber estipulado un contrato que, sin la injerencia ilícita del otro, no habría estipulado o habría estipulado en condiciones diferentes. (Bianca 2007: 194)

Sin perjuicio de lo anterior, se dice también que el daño al interés negativo, puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante:

En la práctica, siempre según Jhering, sería resarcido únicamente a título de a) daño emergente los gastos realizados, y a título de b) lucro cesante la pérdida de otras eventuales oportunidades de ingresos. (Gallo 2006: 519)

Una vez habiendo delimitado cada uno de estos conceptos, nos toca demarcar cuál de los dos (interés negativo o interés positivo) se aplica a la institución que venimos desarrollando. Si partimos de la idea que, antes de la celebración del contrato no existe vínculo entre ambos tratantes, estamos afirmando que aquel que se siente perjudicado por el actuar de la

otra parte en la etapa de negociaciones, no podrá solicitar el pago del interés positivo, o lo que es lo mismo, no podrá solicitar que se le resarza el monto que hubiera obtenido de haberse ejecutado el contrato.

Para entender de mejor manera como se aplica cada interés, se puede tomar un ejemplo planteado por la doctrina, que nos ayudara a los propósitos de esta exposición:

Imaginemos que un empresario este en tratativas para la concesión de una obra, imaginemos también que en el curso de las tratativas se han realizado gastos específicos equivalentes a 1000 euros, que la contraprestación pactada ascendía a 10000 euros, y que mientras negociaba había perdido la oportunidad de celebrar otro contrato que le generaba ganancias mayores en 5000 euros.

En el caso que se genere el interés positivo, a saber, la pérdida de ingresos sería igual a 10000 euros; el interés negativo es igual a la suma de 1000 euros por los gastos (daño emergente), junto a 5000 por la pérdida de una oportunidad alternativa de ingresos (lucro cesante), por un total de 6000 euros.

Es así que, mientras a título de responsabilidad por incumplimiento, el cual obviamente presupone la conclusión de un contrato valido, es posible obtener 10000 euros a título de resarcimiento (interés positivo), en caso de responsabilidad precontractual, ya que no se llegó a la conclusión de un contrato valido, se tendrá solo derecho a los gastos, unida a la perdida de la oportunidad alternativa de ganancia (interés negativo). (Gallo 2006: 520)

De esta manera se podría afirmar que, en teoría, el interés que se resarce ante la ocurrencia de un daño en la etapa de las negociaciones, es el **"interés negativo"**, por cuanto, solo se puede exigir se le compense por los daños que ha sufrido en la creencia de la celebración de un futuro contrato; esto es, que se le ponga en el *statu quo ante* al hecho dañoso, y se le resarza todos aquellos gastos que hubiera desembolsado con miras a

la celebración de un contrato y aquellas otros eventuales ingresos perdidos por estar inmerso en tratativas.

Pero cabe preguntarse si lo que acabamos de afirmar es cierto en todos los casos, pues se alega que, en la actualidad existen cada vez más autores que se cuestionan sobre la utilidad de continuar bajo el influjo de la teoría de Jhering; esto es entendible después de siglo y medio de aparecida la monografía sobre la *culpa in contrahendo*.

En la doctrina italiana existe una variedad de autores que se han pronunciado al respecto, desde los que afirman críticamente la inconveniencia de continuar aplicando la fórmula del interés negativo, hasta los que intentan limitar su aplicación a supuestos específicos, a saber:

Según Toscano se debe abandonar la fórmula del interés negativo para pasar a la resarcibilidad de todos los daños que son consecuencia inmediata y directa del comportamiento ilícito, en aplicación de los criterios normales de cuantificación del daño previsto por el código. (Gallo 2006: 520-521)

Por otra parte Benatti apunta que:

[L]a expresión interés negativo tiene un valor puramente descriptivo del daño que se resarce en materia de responsabilidad precontractual; en consecuencia, para los fines de cuantificar se debe utilizar los criterios normales de cuantificación del daño (...) (Benatti 1963: 306)

Con una postura más crítica aparece Ravazzoni, quien no esconde su insatisfacción con la figura del interés negativo, su pensamiento es comentado por Gallo de la siguiente manera:

(Ravazzoni) expresa en varias ocasiones su insatisfacción frente a la figura tradicional del resarcimiento del daño en los límites del interés negativo, y considerar cómo la conexión necesaria de la transgresión de la regla de buena fe con la creación de una obligación de

resarcimiento limitado es un sin sentido, dada la ausencia de una limitación expresa a nivel normativo; y que no es suficiente para justificar la limitación en cuestión se hace referencia a la fuerza de la tradición, a la permanente fascinación por la teoría de Jhering, y a la formas más frecuentes de daño in caso de *recesso* o conclusión de un contrato invalido. (Gallo 2006: 522)

Se afirma también que:

Este autor, no llega por lo demás a rechazar íntegramente el concepto de interés negativo. Según Ravazzoni, teniendo en cuenta la extrema variedad de los ilícitos que pueden ser cometidos en el curso de las tratativas, resulta necesario distinguir caso por caso. En particular no tiene sentido limitar el resarcimiento en caso de lesiones a la cosa o a la persona, violación del deber de secreto, o demás; y en los casos en los cuales, a pesar de la violación de la regla de buena fe, se llegó a la conclusión de un contrato valido; piensa en particular en el dolo incidental (art. 1440 c.c.). Se deduce por lo tanto que, en todos estos casos se pondrá un problema normal de cuantificación del daño en conformidad a los criterios generales; sin perjuicio de dar el lugar a la limitación del resarcimiento solo al interés negativo en caso de retiro injustificado de las tratativas y responsabilidad por conclusión de un contrato inválido (art. 1338 c.c.). (Gallo 2006: 522)

Como vemos, según este autor, si bien no le parece correcto encasillar en una sola figura el resarcimiento por responsabilidad precontractual, no rechaza del todo la utilización del interés negativo, pues reconoce supuestos en los cuales se debe aplicar este interés en particular.

En este punto, podemos afirmar que, se pueden verificar supuestos de responsabilidad precontractual, en los que se aplique un resarcimiento en base al interés positivo. Por tanto, se pueden considerar algunos casos particulares en los que se celebre un contrato nulo, como aquellos contratos

de compra venta a *non domino* donde se consigue la nulidad de un contrato; y abiertamente existe una parte perjudicada por un vicio que debió ser informada en la etapa de tratativas o negociaciones. Sin embargo, este supuesto debe ser desarrollado con más detenimiento y podrá ser objeto de estudio en otra investigación.

Para dar mayores luces de lo que se dijo en el párrafo anterior, se puede citar las palabras de Salvatore Patti:

[L]a expansión de la responsabilidad precontractual al sector de los contratos válidos conduce inevitablemente a limitar el criterio del interés negativo solo en el sector tradicional de la culpa in contrahendo, vale decir en materia de recesso y de responsabilidad por conclusión de un contrato inválido, en caso contrario de a) conclusión de un contrato que no se habría concluido, el resarcimiento es igual a lo desfavorable (para el) contenido del contrato; b) en caso de conclusión de un contrato bajo condiciones muy desfavorables, el daño consiste en las mejores condiciones que se hubieran podido obtener. (Patti 1993: 121)

En la misma línea, Paolo Gallo comentando a Luminoso expresa que para este autor:

[S]e debe distinguir una pluralidad de ilícitos precontractuales; se deduce que mientras en algunos casos se debe resarcir el interés negativo, como por ejemplo cuando con el dolo o la violencia se induce a un sujeto a concluir un contrato que no se hubiera llegado a concluir; en otros casos se debe resarcir el interés positivo, por ejemplo cuando se impide a un sujeto concluir un contrato o es inducido a concluirlo con un contenido distinto respecto a aquel que hubiera estipulado en ausencia del ilícito. De lo que se desprende, según este autor, que la responsabilidad precontractual puede ser reconducida, según corresponda, en el camino de la responsabilidad contractual o extracontractual. (Gallo 2006: 523)

De todo esto, podemos entender que si bien el interés negativo, para establecer el resarcimiento de la responsabilidad precontractual, tiene mayor aceptación; no se debe de cerrar las posibilidades de incluir también el interés positivo, dependiendo del caso en concreto. Incluso de otras formas de resarcimiento, como el resarcimiento *in natura*; así por ejemplo, los cuerpos normativos internacionales también presentan casos en los cuales se permite resarcir los daños por otros conceptos que no sea el daño al interés negativo, por ejemplo, en los principios del UNIDROIT, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, existe la posibilidad de añadir al resarcimiento por el daño al interés negativo, una compensación por el beneficio que una parte obtuvo al divulgar información que durante las negociaciones se habían entregado de manera confidencial:

“ARTÍCULO 2.1.16 (Deber de confidencialidad).- Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.” (UNIDROIT)

“ARTÍCULO 2:302: Quiebra de la confidencialidad.- Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.” (Principios de Derecho Europeo de los Contratos)

Ambos preceptos van dirigidos al deber de confidencialidad que deben guardar las partes en la etapa de las negociaciones, el quebrantamiento de este deber da como consecuencia la responsabilidad por los daños y perjuicios. En este caso el daño resarcible no es parte ni del interés negativo ni del interés positivo, sino más bien es producto del quebrantamiento de un deber precontractual.

Garro, considera que se puede dar lugar al resarcimiento, aún si la parte agraviada no ha sufrido daño alguno, y podría reclamar a la otra parte los beneficios que ésta última obtuvo al revelar la información a terceros o al usarla para su propio beneficio (Garro 2012: 73). No estamos del todo de acuerdo con éste autor, pues si la información revelada a terceros fue obtenida por la contraparte por su propio esfuerzo e inversión, y no causa ningún perjuicio a la otra, entonces no creemos necesario que se deba de dar lugar al resarcimiento; sin embargo, si la información revelada es de uso común, en la actividad que desarrolla la otra parte, para la obtención de beneficios, entonces si estamos ante un caso en el que se debe verificar el resarcimiento.

Por otro lado, se debe mencionar que existen excepciones a la confidencialidad, aun cuando las partes la hayan expresado en acuerdos preliminares. Algunas de las excepciones son por ejemplo, cuando se difunde o revela cierta información confidencial a terceros, al público o a organismos públicos (haremos referencia a estas excepciones más adelante).

Entonces llegados a este punto, surge la pregunta ¿cuál es el monto del resarcimiento? Responder es un tanto complicado, a excepción de que las hayan realizado acuerdos de negociación, en los cuales las partes ya pudieron prever el *quantum* resarcitorio; sin embargo intentaremos dar criterios bajo los cuales sea sencillo establecer un correcto resarcimiento.

4.1. Sigue: sobre el quantum indemnizatorio

Para abordar el tema del *quantum* que se debe resarcir en la responsabilidad precontractual, es necesario entender –como lo dijimos antes– si el resarcimiento está limitado únicamente al interés negativo, o si se puede utilizar en algunos casos, el resarcimiento sobre la base del interés positivo.

Se explica que un ordenamiento puede adoptar distintas posturas sobre la forma en la que se afronta esta cuestión:

Las soluciones abstractamente posibles son por lo menos seis:

- a) No resarcir el daño;
- b) Conceder una indemnización en los límites de los gastos y de las pérdidas sufridas por la ejecución iniciada (art. 1328 c.c.);
- c) Resarcir el daño en los límites del interés negativo;
- d) Resarcir íntegramente el daño solo en los casos de dolo;
- e) Resarcir íntegramente el daño según cada caso;
- f) Conceder el resarcimiento en forma específica (art. 2058 c.c.) (Gallo 2006: 537)

De los supuestos planteados, podemos ver como cada ordenamiento puede optar por alguna solución, siempre que, se tenga en cuenta que la responsabilidad precontractual como hecho ilícito merece una reacción por parte del derecho; pasando desde la inacción, el resarcimiento parcial, o el resarcimiento integral.

Desarrollando cada punto, tenemos que la primera solución fue utilizada en el siglo XIX en la creencia que el retiro de las tratativas era un derecho y como tal, su ejercicio no traía resarcimiento alguno; la segunda solución está prevista de forma expresa en el art. 1328 del código civil italiano cuando se regula la revocación de la oferta; sobre la

tercera solución se puede identificar claramente la postura de Jhering, y la defensa sobre el resarcimiento del interés negativo; la cuarta solución opera en la jurisprudencia italiana, en base a consideraciones que el dolo integra los extremos no solo de su artículo 1337 c.c.i., sino también del artículo 2043 c.c.i., lo cual daría lugar a un resarcimiento integral; la quinta solución fue adoptada por la *Hoge Raad* holandesa en 1982, y en Alemania en virtud de la reforma del derecho de las obligaciones; finalmente la sexta solución se aplica en materia de contratos preliminares. (Gallo 2006: 538)

De lo descrito anteriormente, creemos que, nuestro ordenamiento jurídico toma cierta posición sobre el resarcimiento del daño en la responsabilidad precontractual, así el legislador peruano, como es bien sabido, tuvo una influencia notable del *codice civile*, llegando a copiar irreflexivamente muchos de sus articulados, es el caso del art. 1328 del código civil italiano:

Artículo 1328 Código Civil Italiano. Revocación de la oferta y de la aceptación.- La oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena de la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato.

La aceptación puede ser revocada, siempre que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación.

Podemos apreciar que este artículo desarrolla el resarcimiento que se debe por el daño ocasionado con la revocación de la oferta o de la aceptación de la oferta. En nuestro medio, esta única norma es mutilada y se convierte en dos: los artículos 1384° y 1386° que regulan la revocación de la oferta y la "revocación" (nuestro código utiliza el término: retractación) de la aceptación respectivamente. Llama la

atención que la mención al resarcimiento del daño causado haya sido suprimido. Sin embargo, esto no nos parece obstáculo para determinar que si se generan daños por la revocación de la oferta o la revocación de la aceptación, éstos deben ser resarcidos, y a falta de una norma específica, resulta útil la utilización de una cláusula normativa general, como el recogido en el artículo 1969° que establece:

Artículo 1969 C.C.P.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Por ello creemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, se puede optar por utilizar la tercera solución, antes señalada, pues contamos con las normas necesarias para fundamentar y justificar esta postura.

Luego de haber desarrollado las posiciones en los que un ordenamiento se puede poner frente al problema del resarcimiento de los daños ocasionados en la etapa de las negociaciones, debemos aterrizar en los criterios que se deben utilizar para la cuantificación del daño, al respecto se menciona que éste problema debe ser resuelto por grados (Gallo 2006: 539).

Y se debe partir de la idea que, lo que se busca en la actualidad, es que el resarcimiento que se establezca debe de ser integral, pues se afirma que "en los hechos se trata de un ilícito normal, que se caracteriza por su colocación temporal en las tratativas" y se afirma que "no se ve por qué no conceder a la víctima un resarcimiento pleno". (Gallo 2006: 540)

Una vez descrito éste primer momento, debemos expresar que es de aceptación general que, para la cuantificación del daño en materia de responsabilidad precontractual deben ser usados todos los criterios de cuantificación regulados, toda vez que nosotros tenemos una norma como el art. 1985° que invoca a todas los conceptos de daño que han sido regulados en nuestro código civil.

En Italia se cuenta con una norma similar, en su artículo 2056°, que establece de manera directa cuales son los daños sobre los que va girar el quantum resarcitorio. Pues se afirma que “los criterios son en realidad únicos y regulados por el artículo 2056 c.c. incluso en materia de responsabilidad delictual” (Gallo 2006: 540)

Finalmente, sobre los criterios para cuantificar el daño resarcible en materia de responsabilidad precontractual se debe reconocer que el interés negativo puede ser superior al interés positivo, no obstante no debemos olvidar que en la experiencia alemana existe una norma que prohíbe lo anteriormente descrito, en nuestra realidad, nosotros no contamos con una norma tal, por lo que resulta factible lo descrito.

A modo de conclusión, se puede desprender que si bien en la actualidad se acepta mayoritariamente que en materia de responsabilidad precontractual se resarce el daño al interés negativo, no se puede cerrar los ojos a otro tipo de casos en los que se pueda también resarcir el interés positivo, o continuar en la obstinación de negar otros conceptos por los que también se puedan otorgar por resarcimiento, distintos del daño generado por las negociaciones que no llegaron a perfeccionar un contrato; en lo citado anteriormente pareciera que incluso se puede esgrimir un resarcimiento por un enriquecimiento injustificado, pero al no ser objeto de nuestra investigación, preferimos dejarlo señalado.

CAPÍTULO II:

TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. La verdadera función de la Buena fe en la responsabilidad precontractual. Alcances del artículo 1362 del código civil peruano, hacia una correcta comprensión.

Como vimos anteriormente, hay quienes creen que la buena fe es el fundamento para la responsabilidad precontractual (Breccia y otros 1995: 752), y esto es verdad en algunos sistemas, como el alemán donde se toma a la buena fe como cláusula normativa general (§ 242 del BGB). Sin embargo, en la doctrina nacional, algunos autores creen que los deberes que las partes deben observar en la negociación son producto del "principio de buena fe, llegando a afirmar que:

[e]l principio de buena fe en las tratativas obliga a los tratantes a desplegar un comportamiento serio, solidario y leal con su contraparte, estableciendo una relación de confianza que potencialmente pueda culminar con la celebración del contrato. (Avendaño 2009: 418)

Nuestro código civil, no cuenta con una definición de lo que se entiende por buena fe (lo cual no es indispensable); sin embargo, tenemos regulados más de 40 artículos que hacen alusión a la buena fe. «a lo largo de los libros relativos a los derecho de acto jurídico, de familia, de sucesiones, reales, de obligaciones y contratos y de registros públicos. ¿Pero se están refiriendo todos estos artículos a lo mismo? ¿es igual la buena fe del segundo cónyuge del bigamo, a la del poseedor que hace suyos los frutos y a la que hace el pago indebido? Aún en un mismo tema, ¿tiene el mismo carácter la buena fe del que negocia un contrato de la del que lo celebra?» (De la Puente 1991: 23). Esto ha dado lugar a que los juristas peruanos tengan concepciones distintas sobre la buena fe, tomándola, en su mayor parte, como principio aplicable a cualquier situación, sin importar su correcta aplicación. Es por ello que, surge la necesidad de realizar un

análisis sobre la aplicación de la buena fe en el ordenamiento jurídico peruano y lo que se concibe como principio.

Pero, ¿qué se entiende por principio? Para el Diccionario de la Real Academia Española, significa "punto que se considera como primero en una extensión o cosa", "base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia", "causa, origen de algo". Ahora bien, "los principios generales del derecho son axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, o sea, de las reglas del Derecho"; "los dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se haya contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez". (Cabanellas 2006: 471)

Desde una perspectiva iusfilosofica, se entiende que: "los principios son: "el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidas"" (Vecchio 1979: 47). Por otro lado, "[e]l principio general intenta adaptar el derecho a circunstancias no previstas por el legislador" (Lucarelli 1983: 5). En ese sentido, los principios del Derecho, si bien no requieren ser enunciados expresamente en los cuerpos legislativos de un ordenamiento jurídico, forman parte de él; porque son el fundamento de otros enunciados normativos. La utilidad de estos principios, se da cuando, los jueces, legisladores, doctrinarios y juristas en general, lo emplean para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación se torna incierta. Por ende, cumplen las siguientes funciones:

- a) Como función creativa, es decir, antes de promulgarse una norma jurídica, el legislador debe conocer los principios generales del Derecho que le sirven de sustento filosófico.
- b) Como función hermenéutica, implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principio generales del Derecho, para garantizar un correcta interpretación; y

- c) Como función integrativa, significa que quien va a integrar un vacío legal, debe inspirarse en los principios que el Derecho convierta en un sistema hermenéutico. (Gascón 2003: 10-11)

En este punto, cabe interrogarnos sobre si la buena fe es o no un principio general del derecho peruano, y quizás el solo cuestionamiento resulte delicado, puesto que, es un término bastante utilizado, pero no estudiado con seriedad. Hay quien afirma que:

Es absurdo sostener que «la buena fe debe elevarse a la categoría general de un principio general del derecho», porque el principio existe o no existe, está o no está en el «modo de ser» de la sociedad; su condición no varía si se le amoneda en un artículo.

Es indefendible, entonces, la idea de incorporar el llamado «principio general de la buena fe» al título preliminar del Código Civil, como se leía en algún proyecto de reforma, con el enunciado: «los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe». Esta línea o propuesta no tiene nada de original. Es una poco feliz adaptación –que dice «deberes» donde debería decir «obligaciones»– del artículo 2, 1er. Párrafo del título preliminar del Código Civil suizo de 1907: «Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi», esto es, «cada cual está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe». Tal norma sirvió de inspiración para el artículo 7, 1er, párrafo del título preliminar del Código Civil español, en una reforma que tuvo lugar en 1974: «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». (León 2004: 307-308)

Según este parecer, no se puede entender a la buena fe como un principio general, puesto que, los principios generales cumplen una función distinta (como señalamos anteriormente); mientras que la buena fe, es claramente una cláusula normativa general, entendida en su sentido objetivo.

Se distingue en ese sentido a la buena fe que es regla (objetiva) del comportamiento, de la buena fe que es estado (subjetivo) de la conciencia. (Bessone 1991: 1)

Al respecto, Franzoni al referirse a la buena fe, en su comentario al artículo 1375° del código civil italiano¹¹, en correspondencia al artículo 1362° de nuestro código civil precisa que:

Tradicionalmente, la buena fe ha sido considerada como una cláusula normativa general (...) se ha afirmado que aplicar la buena fe significa crear una regla general adecuada para el caso específico, así como para otros supuestos análogos: aquí parece ser decisivo el papel del precedente jurisprudencial, aunque lo sea con el limitado fin de guiar al interprete en el futuro (...) esta cláusula, en efecto, no solo delimita "derechos y deberes de las partes", sino que "requiere un compromiso de solidaridad que va más allá, y que obliga a cada una de las partes a tener en cuenta el interés de la otra, con prescindencia de determinadas obligaciones contractuales o extracontractuales (...) de la cláusula normativa general de buena fe, sí pueden nacer derechos, del mismo modo que pueden nacer derechos e intereses de la aplicación de la cláusula normativa general del daño injusto, consagrada en el artículo 2043° del código civil italiano¹²" (Franzoni 2004: 651-654)

De lo anterior, podemos entender que la buena fe como cláusula normativa general, da lugar al nacimiento de reglas de conducta o comportamiento, que le son atribuidas a los sujetos, en consecuencia serán los jueces quienes doten de contenido a esta cláusula general. Pues se busca encontrar un significado a la norma, de donde surjan directrices orientadas a desarrollar una línea de pensamiento para todos los casos (Wieacker 1982: 41). Esto es así en otros ordenamientos, donde la capacidad de sus

¹¹ **Artículo 1375° C.C.I.:** Ejecución de buena fe.- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe.

¹² **Artículo 2043° C.C.I.:** Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

magistrados logra cubrir estas exigencias, no así, en la experiencia peruana, que desde la promulgación del código civil, hasta nuestros tiempos, la cláusula normativa general de la buena fe no ha tenido, ni siquiera ínfimamente, el desarrollo que si han alcanzado en otros ordenamientos. (León 2004: 303)

1.1. La buena fe subjetiva y objetiva

En la actualidad se pueden distinguir distintas clasificaciones sobre la buena fe, entre las que se pueden rescatar:

a) (...) ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho (...). b) (...) confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente. La buena fe se liga aquí con la confianza en una apariencia jurídica (...). c) (...) rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos. (Naranjo de la Cruz 2000: 304-305).

Sin embargo, lo más aceptado en la doctrina es la distinción entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva, cada una con sus singulares particularidades. Así, la buena fe comporta un estado psicológico atribuible al sujeto en total uso de sus facultades mentales y acorde con la moral.

Dejando de lado, por el momento, la búsqueda del concepto [de buena fe] adoptado por el derecho, lo cierto es que en el campo ético-social, la buena fe indica el comportamiento del hombre de bien, y significa la más austera observancia del propio deber en las relaciones con los propios semejantes. Actúa de buena fe, según las comunes apreciaciones, quien dice la verdad, quien respeta la palabra dada, quien ejecuta

las prestaciones pactadas, quien no hace caer en engaño a los demás, quien no nos promete más de lo que sabe que puede cumplir, y en general, quien no lesiona conscientemente y voluntariamente el derecho ajeno. De tal forma, sin embargo, no se da más que el concepto genérico de buena fe; quien pretende declarar su contenido específico en los distintos casos, no puede prescindir del objeto referido en las distintas hipótesis. Y dado que un caballero no lesiona conscientemente el derecho ajeno, es claro que, en lo concerniente a la adquisición de la posesión, por ejemplo, la buena fe debe implicar, necesariamente, que el sujeto ignore que está realizando, con la *adprehensio*, una lesión; es necesario, en otras palabras, que él ignore que la cosa ya ha sido transferida, el defecto de capacidad de transferente, etc. Así pues, la buena fe implica, necesariamente un estado psicológico del sujeto. (León 2007: 582).

Como se dijo precedentemente, la buena fe es entendida sobre la base de una división doctrinal amparada en lo tradicional: la cual prevé una distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva, entendidas estas como: el estado en que se encuentra el particular con miras a conseguir determinados efectos jurídicos favorables; y «el límite a la autonomía negocial de las partes; (...) y que impone a las partes el respeto a los principios de lealtad, solidaridad y seriedad en la fase precontractual respectivamente». (Monateri 2004: 534)

Además se debe tener en cuenta que, la buena fe debe entenderse, «no en sentido meramente subjetivo, como estado de ignorancia no-culpable de una situación, sino, sobre todo, en sentido objetivo, como corrección, lealtad de conducta: en tal significado, el comportamiento según buena fe se impone a los contratantes también en la fase de ejecución del contrato» (Ferri 2004: 32). Pues justamente el fundamento de la *buena fe subjetiva* ha sido objeto de una ardua polémica a nivel doctrinal:

[L]a buena fe subjetiva fue de polémica entre los pandectistas del siglo XIX, en torno al *contenido ético o psicológico* que se había de atribuir a la misma. Así, para Wächter la buena fe consistía en un hecho psicológico constituido por una opinión, basada en una creencia errónea, sea de la naturaleza que fuera. Bruns, sin embargo, distingue entre un punto de vista psicológico –el anteriormente descrito– y uno ético, por el que para poder hablar de buena fe resultaba necesario que el error en que ella consistía descansara en una creencia no culposa, esto es, fuera un error excusable. Este último era el que, a su juicio, se utilizaba en Derecho Romano. La postura de Bruns, por tanto, resultaba más exigente que la citada en primer lugar, toda vez que introducía un elemento de diligencia que en aquella estaba ausente. Se trata de la concepción ética de la buena fe. Fue Bonfante quien vino a clausurar esta distinción, destacando el elemento de eticidad en cualquier caso presente en el concepto de la buena fe que no surge de la ley, sino que es asumido por ésta a partir de la consciencia social. (Naranjo de la Cruz 2000: 305).

Sin perjuicio de lo cual, se entiende hoy a la institución de la *buena fe* como la figura que «representa uno de los principios basilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres» (Bianca 2007: 523).

Luego de haber desarrollado algunas líneas sobre la buena fe subjetiva, es preciso prestar otras, al desarrollo de la buena fe objetiva, para lo cual partiremos señalando lo que se entiende por buena fe objetiva, «se trata (...) de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta sí se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Así ocurre cuando se dice que los contratos, además de los

efectos expresamente pactados, producen las consecuencias que sean conformes a la buena fe, (...) es un criterio objetivo de valoración, un *standard* o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales.» (Puig Brutau 1981: 415-416)

Entonces, lo correcto será decir que, la buena fe en sentido objetivo, es una cláusula normativa general, que enmarca dentro de sí, exigencias de comportamiento para las personas. Y será necesario entender que, al ser una cláusula normativa general, es posible adaptarla según a las circunstancias; debido a que «constituye un criterio general de determinación de la prestación, en cuanto amplía la esfera de los intereses que el deudor debe perseguir; y además integra la esfera del comportamiento debido sobre el plano de un imperativo atenuado, sin superar los límites de un considerable sacrificio» (Bianca 1993: 88)

Ahora bien, en el caso del artículo 1362° de nuestro código civil, se habla de reglas de buena fe, en la negociación, celebración y ejecución de los contratos; no obstante, el legislador no ha meditado sobre la amplitud de este concepto, ni ha expresado cuáles son estas reglas, a que hace referencia el artículo. Dejándonos en la creencia de que, en realidad lo que pretende expresar este precepto normativo es la observancia de ciertos comportamientos:

Es como si la buena fe impusiera a los tratantes, en la negociación del contrato, al oferente y al destinatario de la oferta, en la formación del contrato, y a las partes, en la ejecución del contrato, la observancia de distintas conductas. En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud, etc. (León 2004: 145)

La buena fe objetiva, se enmarca entonces en, una imposición de conductas que los sujetos deben observar en las relaciones en las que se desarrollen, esto es, desde la negociación hasta la ejecución del contrato.

1.2. La buena fe en el Perú

Ahora nos ocuparemos de la introducción de la buena fe en nuestro sistema jurídico. A nivel nacional, la distinción entre ambos tipos de buena fe resulta siendo la regla general. Pues como bien lo explica Manuel de la Puente:

“En este sentido, la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo: En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama “buena fe-creencia”; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine “buena fe-lealtad.” (De La Puente 2000: 276-278).

Como se dijo anteriormente, se discute si la redacción del artículo 1362 es suficiente para admitir la existencia de la responsabilidad precontractual. Para afirmar o negar esta premisa, es necesario un desarrollo mayor.

En los antecedentes de este artículo 1362, se tienen la ponencia original, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 5: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Se presupone que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

Artículo 10: En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe.

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte justificada. (De La Puente 1991: 19-20)

Si bien en las ponencias sustitutorias esta redacción sufre modificaciones, en todas se mantiene, en esencia que, en caso de ruptura de las negociaciones, sin motivo legítimo o justificado, se obliga al causante de la ruptura, a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resulten. En el anteproyecto, Max Arias Schreiber quiso regular legislativamente la etapa previa al contrato en el cual los interesados están negociando sin oferta ni compromiso de voluntad y los alcances de la responsabilidad precontractual. Pese a ello la Comisión Revisora miró con recelo la introducción de una responsabilidad de esta naturaleza por considerar que iba a trabar la libertad que debe existir en el periodo de las negociaciones. Por lo que este precepto normativo tiene regulado, únicamente, que las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse según las reglas de la buena fe. (De La Puente 1991: 22)

Como vemos la verdadera intención del artículo 1362 no va dirigida solamente a establecer a la buena fe como un deber precontractual, sino, lo que busca es que ante el incumplimiento de este deber se da como consecuencia la responsabilidad precontractual. Lamentablemente la Comisión Revisora, con esta decisión, produjo gran retraso y dudas en el reconocimiento de la responsabilidad precontractual como institución en nuestro sistema jurídico, ya que si bien es cierto que la etapa de la

negociación está investida de libertad contractual, esto no impide que ante un actuar contrario a la buena fe, se pueda reparar el daño que pueda sufrir la parte perjudicada. Este problema podría tener solución a través de la jurisprudencia, sin embargo en nuestra realidad el desarrollo jurisprudencial no supera el problema de la falta de reconocimiento expreso de ésta responsabilidad, lo que si sucede en otros sistemas jurídicos, como es el caso del derecho francés, que ante la falta de una regulación expresa reconoce la existencia de la necesidad de indemnizar al sujeto que se vea perjudicado por la ruptura injustificada de las tratativas.

Entonces, antes esta sustracción por parte del legislador, se crea una incertidumbre en torno a la aplicación o la función que cumple el artículo 1362, sobre el particular nos parece atendible la siguiente afirmación:

En efecto, en caso de que se admitiera el valor comúnmente atribuido al artículo 1362, para estos efectos, también habría que conocer, y hacer que cobren arraigo en la praxis del derecho nacional, otros preceptos provenientes de la doctrina alemana, principalmente, la "relación obligatoria sin deber primario de prestación" (u "obligación sin prestación"), las "relaciones de confianza", el "contacto negocial" y los "deberes de protección", y, sobre todo, la idea de la responsabilidad civil que puede deducirse de una relación obligatoria nacida del simple contacto negocial o social, ien un país cuyo Código Civil ni siquiera contiene una norma que señale cuáles son las fuentes de las obligaciones! (León 2004: 150)

Ahora bien, como pudimos hacer notar, el legislador peruano tomó la decisión de suprimir la redacción original del artículo 1362°, dejando al aire la institución de la responsabilidad precontractual. Cabe mencionar que, el artículo que ofrece mayor influencia a nuestra norma, es el artículo 1337° del código civil italiano, cuya redacción es similar a la nuestra, no queremos con esto, afirmar que la responsabilidad

precontractual se debe aplicar con la misma sistemática que en la experiencia italiana; sino y por el contrario, que al momento que nuestro legislador peruano prefirió suprimir una parte de la redacción final y más, al no informarse mejor sobre cómo opera la responsabilidad precontractual en Italia, se han omitido artículos complementarios que si otorgan una base sólida para afrontar la correcta aplicación de la responsabilidad precontractual, nos referimos con esto, a los artículos 1173°, 1337° y 1338° del C.C. Italiano.

Es claro entonces, que al estar nuestro artículo 1362° inspirado en el artículo 1337° de su contraparte italiana, se podría pensar que en nuestro medio se ha regulado la buena fe objetiva como cláusula normativa general; y que permitiría, a fin de cuentas, una aplicación de la institución que venimos desarrollando, lo cual contrasta enormemente con la realidad, pues hasta la fecha no se conoce fallo judicial que haya aplicado la responsabilidad precontractual, en cualquiera de sus supuestos, de manera coherente con la institución.

Todo lo dicho anteriormente, merece una aclaración, que si bien sería suficiente con negar la recepción de esta institución para nada novedosa (1860 con Jhering), no debemos caer en tanto pesimismo, y creemos necesario buscar alternativas para su aplicación, como en las experiencias donde no han tenido la necesidad de regular la responsabilidad precontractual para ser aplicada. Nos referimos en especial a la experiencia francesa, donde la jurisprudencia no ha necesitado de norma estricta para desarrollar la responsabilidad precontractual, pues les bastó con la aplicación del artículo 1382¹³. Así tenemos que, si partimos de la idea general que todo daño jurídicamente reconocido debe ser resarcido, el sustento legal aparece en la norma que reconoce lo antes dicho, esto es, el artículo 1969° de nuestro código civil (Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro

¹³ **Artículo 1382 de Código Civil Francés:**

Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido.

está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.), lo cual parece un discurso más coherente, para quien busca la aplicación de la responsabilidad precontractual en este tiempo.

Finalmente no podemos quitar la importancia que merece el artículo 1362°, la cual si bien no tiene una aplicación funcional en este tiempo, y otras veces, se ofrece como una salida a la falta de fundamentación en las resoluciones judiciales (muchas resoluciones hacen alusión a la buena fe del 1362° para evitar una mayor dedicación); si tiene la fortuna de reconocer implícitamente el supuesto de la ruptura injustificada de las tratativas, por cuanto, le da un reconocimiento legal al estado anterior a la formación del contrato, es decir, con la alusión que se realiza a las negociaciones o a la negociación entre las partes, se le reconoce un valor legal a esta etapa; que acarrea a su aplicación si se la utiliza conjuntamente con el artículo 1969°, como ya se explicó en otras ocasiones a lo largo de este trabajo.

2. La importancia de la observancia de los deberes precontractuales en la negociación, como cimientos a la futura estructura contractual.

Tienen deberes precontractuales los que entablan negociaciones destinadas a la celebración de un contrato, por lo que surge un conjunto de deberes de conducta exigibles a los que se vean inmersos en una negociación. El código civil italiano atribuye a los sujetos, que intervienen en las negociaciones, el deber de comportarse de acuerdo a los deberes de la buena fe¹⁴; que son una formula sintética y comprensiva, sobre la plenitud de los distintos deberes de conducta, que pueden influir en el actuar cabal con el tráfico jurídico.

¹⁴ **Artículo 1337 del Código Civil Italiano:**

En el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe.

En doctrina, se han desarrollado distintas posturas sobre la forma en la que se entienden a los deberes precontractuales. Los que toman a la buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual, creen que estos [D]eberes precontractuales no son, en el sentido a que aquí nos referimos, los derivados de un precontrato, sino los que resultan de una relación obligatoria análoga al contrato que surge por la existencia de negociaciones contractuales y existen con independencia de que el contrato llegue o no a concluirse. Esta "relación jurídica precontractual" no es aún una "relación obligatoria" propiamente dicha (a diferencia del precontrato que crea por lo menos para una de las partes un deber de perfección), porque no da lugar a ningún deber de prestación (exigible judicialmente), sino sólo a deberes de conducta (en la medida exigida por la "buena fe"). Pero subsiste como "vinculación jurídica especial" entre los intervinientes, si conduce a la conclusión válida de un contrato, y ello en la relación jurídica contractual creada a través de aquellas relaciones precontractuales, perdurando aunque el deber de prestación establecido en el contrato desaparezca después a consecuencia de una declaración de impugnación o de resolución" (Larenz 1958: 110-111).

Como bien se puede desprender del párrafo citado, los deberes precontractuales surgen por la sola instauración de una negociación, que se enlazan entre sí, analógicamente a una relación o vínculo obligacional propio. Para esta postura, los deberes precontractuales o comportamientos precontractuales, deben ser analizados desde una perspectiva obligacional, ya que, en buena cuenta, establecen deberes de comportamiento que les son atribuibles a los tratantes. Ello es perfectamente entendible en el derecho alemán, pues se tienen es un «sistema de ilícito típico de naturaleza aquiliana, y no siendo posible –si no es al precio de audaces interpretaciones extensivas– introducir nuevas figuras de ilícito, fuera de las identificadas en un *numerus clausus*, parece oportuno (y tal vez necesario) utilizar como argumento el "contacto social" entre sujetos que no están ligados por relaciones directas, y basar en tal contacto la existencia de un vínculo negocial fundado en la confianza». (Alpa 2006: 951)

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, de lo que debemos cuidarnos, es en compararlos o tomarlos como obligaciones que puedan ser exigidas en el ámbito judicial, y sin llegar a ambigüedades, podemos ejemplificar su aplicación. Se considera que infringe tales deberes quien, por ejemplo, inicia las negociaciones preliminares sin ninguna intención de celebrar el contrato o las interrumpe por capricho, etc. (sin que interese saber si obro con dolo o negligencia). El juicio sobre el comportamiento de los estipulantes se viene así a formar con un criterio un poco vago y elástico (el de la buena fe). (Scognamiglio 1996: 94-95).

Coincidimos con el autor citado, pues la buena fe en la etapa de la negociación de los contratos, resulta un criterio bastante vago y elástico, pues la sola utilización de ésta como criterio de aplicación y sanción a los deberes precontractuales, deviene en insuficiente para el fin que nos trazamos. Como explicamos antes, en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad pre contractual es de naturaleza extracontractual, y es ante la ausencia de normas específicas sobre la responsabilidad precontractual que, todo daño originado como consecuencia de comportamientos ajenos a las tratativas pueden ser sancionados en aplicación al artículo 1969, pues éste precepto normativo general busca el respeto de los derechos de los demás, bajo el deber de no causar daño a otro (*neminem laedere*). Máxime cuando el deber general de abstención, propio del *alterum non laedere* (en este caso abstenerse de causar daño a otro), [s]ólo rige en ausencia de un contrato o de una ley que regule específicamente la relación entre los sujetos. (Corsaro 2002: 153)

Entonces, y de acuerdo con De Martini, la fuente de responsabilidad sería, por lo tanto, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que se lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas. (De Martini 1949: 295)

Quien está envuelto en una tratativa tiene interés en que esta sea conducida por la contraparte de manera leal y seria. El interés de lealtad y

seriedad descansa respectivamente en ciertos deberes precontractuales que se deben mutuamente los tratantes inmersos en una negociación. Y si esto es así, nos preguntamos por qué hasta el momento, la jurisprudencia nacional aún no ha acogido y reconocido la existencia de estos deberes precontractuales. Sin desmerecer la labor que realiza el órgano administrativo (Indecopi).

Quizás es más sencillo para la judicatura, ampararse en la tradicional y objetiva forma de pensar que tienen los jueces (solo sentenciar sobre la base de una norma expresa), cerrando los ojos muchas veces a problemas que se presentan en el común de los días, afirmando cada vez más, la mala imagen que la sociedad tiene de nuestro poder judicial¹⁵.

Dicho lo anterior, de nada vale, llamar la atención a los operadores jurídicos, sobre su actuar. Si nosotros mismos, no somos capaces de mostrar, describir y ofrecer parámetros claros sobre la aplicación de los deberes precontractuales. Por lo mismo, es necesario señalar cuales son estas reglas de comportamiento que los particulares deben seguir en la etapa de la negociación de los contratos, tomando en consideración que el deber de buena fe resulta insuficiente en sí mismo para la aplicación de estos deberes de comportamiento precontractual.

2.1. El rol del deber de información en la negociación.

El deber de información tiene una importancia extraordinaria, a diferencia de los otros deberes que desarrollaremos en adelante, por lo que nos detendremos más en el estudio de este deber. Partiendo con el reconocimiento de la importancia que éste deber tiene en relación con la formación clara, sincera y veraz de un futuro contrato. La no aplicación de este deber precontractual, podría conllevar a la creación de contratos viciados o aun siendo válidos se tornen en no convenientes; aunque existen ciertas excepciones en las que, el no

¹⁵ Este problema no es únicamente del poder judicial, pues en sede administrativa existen sendas resoluciones que pecan de mal informadas y hasta risibles, por la manera de actuar de la administración.

revelar información no necesariamente trasgrede éste deber, y por ende no causan responsabilidad precontractual; como iremos explicando.

Este deber, no solo es aplicable en la formación de un contrato; ya que, si se quiere mostrar la importancia que conlleva el entendimiento y correcta aplicación de este deber, podemos llegar incluso a resaltar la aplicación especial de este deber en el derecho de consumo. En razón a esto, se observa que la falta de información o la información inadecuada, que se le ofrezca al consumidor, generará daños y la creación de la obligación de resarcir estos daños.

Si bien el deber de información implica proporcionar a la otra parte información veraz, sobre ciertas circunstancias que corresponden al negocio a celebrar, esto no significa que las partes deban brindarse información recíproca, ya que "la mayor o menor conveniencia, es decir, el mayor o menor provecho del negocio, está dentro del juego normal de la contratación" (Bianca 2007: 183). Esto conlleva a que cada una de las partes debe asumir el riesgo de la conveniencia o no de la celebración del contrato.

Singular postura es la adoptada por el Anteproyecto del Código Civil de Francia, dirigido por el Profesor Catalá el 2005¹⁶, pues el deber de información se da en favor de aquel que no tuvo la posibilidad de informarse por sí mismo, o de quien pudo confiar legítimamente en la otra parte. En caso de incumplimiento del deber de información,

¹⁶ **Artículo 1110.** El contratante que conoce o debe conocer una información cuya importancia sabe que es determinante para la contraparte, tiene el deber de transmitírsela.

Sin embargo, este deber de información no se da sino en favor de quien estuvo en imposibilidad de informarse por sí mismo o de quien pudo confiar legítimamente en su contraparte, especialmente en razón de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes.

A quien se pretende acreedor de la obligación de información incumbe la prueba de que la otra parte conocía o debía conocer la información retenida, en tanto que quien tiene la información habrá de probar que satisfizo su deber.

Se considerarán pertinentes las informaciones que tengan una relación directa y necesaria con el objeto o la causa del contrato.

corresponde al acreedor de la información probar que la otra parte conocía o debía conocer la información omitida o por lo menos tenía la posibilidad de conocerla.

Debemos señalar que el deber de información si bien es propio del *civil law*, existen teorías que buscan la aplicación de este deber en los sistemas del *common law* y en derecho inglés, aunque, es necesario recordar, que el sistema económico en estas realidades, ofrece incentivos para que las partes puedan obtener los datos fácticos y jurídicos relevantes para decidir si entabla un vínculo contractual o no, así como los términos y las condiciones en las que lo hará. Sin embargo, en materia de protección al consumidor, propiamente en la contratación entre entidades financieras e inversores no cualificados, se ha hecho necesario que las entidades financieras, por tener cierta ventaja, tengan que proporcionar cierta información para que el inversor pueda tomar la decisión de celebrar o no el contrato (Pantaleón 2011: 899-900).

No se puede negar que la información ha tomado un rol trascendental en la celebración de contratos, propiamente en la etapa de las tratativas o negociaciones, ya sean de contenido negociado entre las partes, como aquellos predispuestos unilateralmente. Por lo que "la violación del deber de información en esta etapa se califica como reticencia" (Bianca 2007: 183); se entiende por reticencia al silencio sobre circunstancias que son de interés del otro sujeto para vincularse contractualmente.

Si bien es cierto que el deber de información es uno de los más importantes en las negociaciones, surge el problema en la determinación del tipo de información que debe ser brindada. El deber de informar va dirigido a que, las partes brinden la información relevante, indicando la calidad de los bienes y/o servicios ofrecidos. Así como también, la información necesaria que determine si el bien o el servicio servirá para el fin que el contratante busca, no debe darse a

entender una cosa y que se dé como resultado otra; claro que siempre se corre el riesgo de si el negocio es fructífero o no. Por ejemplo:

“El caballero romano CAYO CANIO, hombre perspicaz y muy culto, habiendo llegado a Siracusa, para descansar, como normalmente lo hacía, y no para comerciar, declaraba querer comprar unos jardines, donde poder invitar a los amigos y estar en paz sin perturbadores. Siendo difundida dicha noticia, un banquero de nombre PITIO, le hizo saber que él no tenía jardines para vender, pero que ponía a disposición de CANIO, si le complacía, sus jardines, en los que fue invitado a cenar para el día siguiente. Una vez que se dio la confirmación de la aceptación a la invitación, PITIO, que como banquero tenía buena amistad con cualquier tipo de personas, llamó a los pescadores, y les pidió pescar delante a sus jardines el día siguiente, y les dijo que quería que hicieran. CANIO llegó a tiempo para la cena, y se encontró con un suntuoso banquete preparado por PITIO; delante de sus ojos se paraban una multitud de barcas; cada uno llevaba a los pies de PITIO aquello que había agarrado, de modo que delante de los pies de PITIO se encontraban numerosos peces. Entonces CANIO dijo: PITIO, ¿qué significa todo esto? ¿Tantos peces, tantas barcas?”. Y aquél respondió: ¿De qué te maravillas? En este lugar de Siracusa existen todos los peces que quieras, aquí existe una fuente de agua, [por el que no pueden faltar] en esta villa”. Lleno de interés CANIO suplicó a PITIO de venderle la villa; PITIO se muestra con un poco de dudas; CANIO le suplica nuevamente y afirma estar dispuesto a pagar cualquier precio. Al final CANIO, hombre un tanto crédulo pero rico, compró por cuanto PITIO quería que fuese comprada la casa, también los anexos; redacta los documentos y perfecciona el negocio. El día después CANIO invita a sus familiares y él mismo llega (a la villa) a buena hora. No ve ninguna embarcación, pregunta a su vecino si por casualidad

había alguna fiesta de pescadores, ya que no había visto a ninguno. “No que yo sepa”, respondió”. (Rengifo 2011: 1-2).

La violación al deber de información puede dar lugar a la invalidez o ineficacia del contrato celebrado, por lo que estaríamos ante uno de los supuestos de la responsabilidad precontractual, también se puede verificar el dolo omisivo.

Respecto a este punto, el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, encabezado por el profesor Gandolfi, señala que en caso de omisión de información o que esta sea falsa o reticente, se ha faltado al deber de buena fe, y por lo tanto el contrato celebrado puede ser viciado de nulidad, o el juez puede otorgar una indemnización a la parte perjudicada¹⁷.

Nuevamente, en el Anteproyecto del Código Civil de Francia, se señala que es responsable aquel que incumple con el deber de información, aún si éste no tenía la intención de causar daño alguno¹⁸.

En esta misma línea de pensamiento, podemos afirmar que si admitimos la existencia de un deber de informar en nuestro ordenamiento jurídico, durante la etapa de negociación. La inobservancia de este deber deviene en la obligación de resarcir por los daños que se genere en la contraparte, máxime si con la no información se promueve error en la decisión y convicción de la otra parte tratante.

¹⁷ **Artículo 7. Deber de información**

1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.

2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el art. 6º, apartado 4º. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error.

¹⁸ **Artículo 1110-1.** El incumplimiento del deber de información, aun sin intención de engañar, compromete la responsabilidad de aquel que debía cumplirlo.

2.1.1. Límites y alcances del deber de información. ¿Hasta dónde es bueno informar?

Ya dejamos por sentado que, cuando las voluntades de dos o más partes, se encuentran inmersas en un proceso de negociación, con miras a la celebración de un contrato final; las partes se deben entre sí, el deber de brindarse información mutua, con el propósito de eliminar toda barrera que pueda conllevar a un contrato teñido con algún vicio de voluntad o peor aún, estar inmerso en una negociación de la cual solo una de las partes sabe que no se llegara a concretar.

De lo anterior, caemos necesariamente en la tarea de hacernos la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es necesario informar? No es extraño que, cualquier persona que estudie sobre el tema, llegue a la misma pregunta, por cuanto es importante delimitar el deber de información. Hasta que finalmente tomemos una posición clara con respecto a este deber precontractual.

Por un lado, estarán quienes piensen que este deber es ilimitado y no tiene por qué conocer restricciones; obviamente esto será en ordenamientos donde el deber de informar éste reconocido y sea exigido. Por otro lado, habrán ordenamientos donde éste deber no sea exigido, donde las partes puedan tener decisión propia con respecto al límite de sus atribuciones.

Lo cierto es que, debemos de resolver esta interrogante acorde a lo establecido por el ordenamiento jurídico nacional, sin desmerecer que, para tal fin tomemos la técnica económica para dar mayores luces sobre el punto.

Nuestro ordenamiento jurídico, busca que las partes se concedan mutuamente distintas facilidades en el momento de la negociación, todo en pro de una correcta formación de la estructura contractual. Entonces, debemos dejar establecido que la información a revelar tiene que pasar por un test de importancia y valorización para saber si es

eficiente revelarla o no. Es necesario que este test sea realizado por la parte que obtiene información, sin dejar de lado que, si se llega a un conflicto –en referencia a la información dejada de revelar–, el juzgador también podrá emplear el mismo test sobre las circunstancias del caso.

Según enseña Anthony Kronman, existe información cuya adquisición fue realizada premeditadamente, esto es, sobre la base de un estudio previo de las circunstancias, invirtiendo en el análisis de los hechos, en la preparación académica para poder entender estos hechos, con la finalidad que esta información sea beneficiosa en una transacción. A este tipo de información se le denomina también “Información adquirida deliberadamente”, pues su “adquisición implica costos en los que no se hubiera incurrido si no fuera por la probabilidad de que la información en cuestión realmente será productiva” (Kronman 2004: 168-169)

Existe otra forma de adquirir información, la cual es circunstancial, en la que el sujeto que posee la misma no buscó ni invirtió para conocerla, en este tipo de casos, la información viene dada al sujeto de manera casual, dejándolo por lo mismo en mejor posición frente a una negociación, con una inversión mínima o nula.

La distinción entre ambas formas de adquirir información es crucial, pues permite determinar, en qué casos la responsabilidad por no revelar información será tomada con mayor o menor importancia. Además, nos permite entender en que momento un contratante puede guardar secreto y en que otros casos el deber de información le será exigido con mayor rigurosidad.

Pasaremos a desarrollar cada caso, y en primer lugar nos pondremos en el caso que el sujeto, adquirió información de forma deliberada, mediando una inversión que le produce un costo mayor. Es natural que nos surja la interrogante de si está obligado a revelar dicha información, tomando en consideración que obligarlo, generaría una

inestabilidad en el mercado, ya que éste contratante preferirá dejar de invertir en la búsqueda de información lo que incrementara exponencialmente los costos de transacción.

Es por eso que, consideramos conveniente que sobre la base del giro de la transacción y la adquisición deliberada de la información, el contratante que posee información especializada debe conservarla; haciendo una necesaria aclaración, en que toda otra información básica que influya en que la celebración del contrato sea adecuada, deba ser revelada y compartida (error en la contraparte sobre el objeto o condiciones del contrato), puesto que, solamente se observa una inversión en la adquisición de información. Incluso, podemos decir que, solo las grandes empresas buscan asegurar los negocios en los que vayan a invertir, para lo cual tienen mayores incentivos para hacerse de información especializada, por su cuenta, e incluso será legalmente más factible probar dicha adquisición.

También, debemos hacernos la pregunta de si un privado (sin ser un gran empresario o inversionista), que se da a la tarea de adquirir información e invertir para alcanzar dicho fin; podría, llegado el momento, conservar esta información así su contraparte esté celebrando el contrato en una situación dispar. La respuesta sería afirmativa en tanto éste primer sujeto pueda probar su inversión económica y su preparación en la búsqueda de información, pues creemos que negarle esta posibilidad solamente crearía desincentivos para la contratación en todas las circunstancias económicas.

Bajo la misma línea de pensamiento, se afirma en otras experiencias jurídicas que la información que se obtiene puede ser vista como un bien que merece protección, y se explica que:

Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier otra cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la

información misma –un derecho que lo faculte a invocar la maquinaria coercitiva del Estado a fin de excluir a otros del uso y disfrute de tal información. Los beneficios de la posesión se vuelven seguros sólo cuando el Estado transforma al poseedor de información en propietario, invistiéndolo de algún tipo de derecho de propiedad legalmente exigible (...). (Kronman 2004: 169)

La cita precedente, puede ayudarnos a entender, cómo la información puede llegar a contener una importancia crucial en un clima de negociaciones, máxime si tomamos consciencia que nos encontramos en una era en donde las grandes transacciones económicas cada vez se hacen más frecuentes, y donde el mismo desarrollo tecnológico nos ofrece oportunidades en la búsqueda de información de toda índole.

Luego de desarrollar esta primera posibilidad, ahondaremos más en la información que es adquirida de manera casual, la cual como se dijo, dotaba a un sujeto de información que era adquirida de manera circunstancial, ante este tipo de situaciones, debemos de enfrentar distintas interrogantes, desde si: ¿existe el deber de informar en este supuesto?, o si, de ser afirmativa la respuesta, ¿hasta dónde es bueno o eficiente informar? Para responder a las interrogantes planteadas, tenemos que diferenciar primero dos tipos de ordenamientos jurídico, como ya lo mencionamos con anterioridad: aquellos en los que existe el deber de revelar información y aquellos en los que este deber no es esencial. Y la elección por una u otra opción, depende mucho de, si un ordenamiento determinado se desarrolla en una sociedad cuyo nivel económico y social es más elevado con otros donde aún las sociedades y los países en sí, se encuentran en vías de desarrollo.

Como lo señalamos antes, en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos en distintos cuerpos legales, la determinación de un deber de informar, poniendo como un ejemplo claro, el código de protección y defensa del consumidor, aunque en este cuerpo normativo, se busca siempre la protección del usuario o consumidor en

todas las relaciones que tenga con los proveedores de servicios o bienes.

Entonces, si afirmamos que este deber precontractual está presente en nuestro ordenamiento, debemos de contestar en qué medida las partes están deben revelar información, entrando a un campo donde tenemos que afirmar previamente, que este deber abarca información que no vaya en contra de normas de orden público, o cuando una norma legal exija la revelación de información de un cierto tipo y en ausencia de la cual, la otra parte pueda celebrar un contrato que perjudique su interés. Así mismo, cuando por la naturaleza de la transacción se prefiera siempre intercambiar conocimientos entre los contratantes. Ambas situaciones, son precisamente situaciones tipo que la responsabilidad pre contractual acoge, nos referimos a los artículos 207° y 211° del código civil peruano.

Finalmente, tendremos que dejar por sentado que, en nuestro ordenamiento jurídico distintas normas, ubicadas en distintos cuerpos legales, nos exigen el deber de revelar información, siendo necesario establecer en qué casos estamos se debe develar información y en que otros casos, esta exigencia no será aplicable.

Como ya lo desarrollamos, en el caso que la información que se tenga, haya sido obtenida de forma premeditada, e invirtiendo en la adquisición de la misma, será idóneo y conveniente que la información permanezca en la esfera del sujeto; por cuanto, establecer lo contrario, generaría inestabilidad aún desde las negociaciones.

Un supuesto que llama la atención, y merece ser señalado, es aquel en el cual el contrato se vuelve imposible como consecuencia de un evento cuya verificación era de conocimiento de una parte; ante esto surge la interrogante si la contraparte tendrá el derecho a pedir un resarcimiento, por el daño sufrido. Al respecto, el artículo 3.1.3¹⁹ de los

¹⁹ ARTÍCULO 3.1.3 Principios UNIDROIT

Principios del UNIDROIT, establece que la validez del contrato no se verá afectada. Sin embargo, el mismo cuerpo normativo contempla que, independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados²⁰ a la otra parte.

Por lo mismo, solamente estarán obligados a revelar información, aquellos cuya información sea necesaria para la formación de un contrato válido, aquellos que cuenten con información que hayan obtenido de manera circunstancial (siempre que éste hecho se pueda probar), y aquellos cuya información genera error en la contraparte, dejándolo en un estado en el que normalmente no negociarían, ni concluirían ningún contrato.

Sin embargo, la información no necesariamente debe ser revelada en los casos en los que no se causa daño a la otra parte; máxime si tomamos en cuenta que dicho sujeto invirtió para conseguir dicha información para celebrar un negocio que le traiga mayores beneficios, lo que implica que los costos generados para la obtención del beneficio es mayor, por ende la información tiene más valor. Resulta un tanto ilógico que se pretenda imponer a que se revele, a costo cero, cierta información que demandó gran inversión para su obtención. Entonces, el deber de informar debe ser analizado caso por caso.

(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

²⁰ **ARTÍCULO 3.2.16 (Daños y perjuicios) Principios UNIDROIT**

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

2.2. Lealtad

El deber de lealtad implica que las partes se comporten correctamente en el desarrollo de las tratativas. Es por ello que nadie debe iniciar o continuar con las negociaciones si no se tiene la intención de concluir el contrato, o si se tiene conocimiento de una causal de invalidez o ineficiencia del futuro contrato, o también cuando, por el comportamiento de una de las partes se celebre un contrato no conveniente para su contraparte. Se falta a este deber cuando, por ejemplo:

Se entra en negociaciones o se continúa con ellas con el solo propósito de obtener información ventajosa de la otra parte, o porque se pretende evitar que celebre el contrato con un tercero, como si la ausencia de serio deseo de celebrar el contrato, original o sobrevenido, resulta ser meramente negligente. En ambos casos parece que los daños indemnizables deben incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar. Lo mismo cabe para el supuesto en el que se sabe, o negligentemente se ignora, que se va a celebrar un contrato inválido. (García 2010: 32)

El deber de lealtad implica que las partes no rompan injustificadamente las negociaciones llevadas hasta un punto que haya generado la confianza suficiente en la otra parte como para haberle provocado daños como consecuencia de esa ruptura. Así también, éste deber de lealtad conlleva a que las partes utilicen un lenguaje claro, que puede ser comprendido por la otra parte, de lo contrario se estaría aprovechando de la ignorancia de la otra parte.

2.3. Confidencialidad

También llamado deber de guardar secreto. Se dice que al deber precontractual de transparencia (informar según verdad, y con claridad)

pueda acompañarse un deber, idealmente opuesto, de secreto: no divulgar noticias reservadas sobre su contraparte, conocidas con ocasión de la tratativa (Roppo 2009: 185-188).

También llamado deber de guardar secreto. Se dice que al deber precontractual de transparencia (informar según verdad, y con claridad) pueda acompañarse un deber, idealmente opuesto, de secreto: no divulgar noticias reservadas sobre su contraparte, conocidas con ocasión de la tratativa (Roppo 2009: 185-188).

Los intermediarios que participan en las negociaciones, también deben guardar secreto de toda la información que tenga conocimiento proveniente de las negociaciones.

Los Principio UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales preceptúa el deber de confidencialidad²¹, por el cual si una de las partes provee información como confidencial, durante el desarrollo de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelarla, ni mucho menos utilizarla injustificadamente en beneficio propio; el quebrantamiento de este deber da origen a una compensación. En ese mismo tenor el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, encabezado por el profesor Gandolfi, señala que las partes deben expresar que se trata de información confidencial²².

²¹ **Artículo 2.1.16:**

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

²² **Artículo 8. Deber de reserva**

1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares.
2. La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento.

El deber de confidencialidad recae sobre información que es considerada como confidencial. Una parte puede tener interés en que cierta información no sea divulgada o usada para fines diferentes que los propuestos al ser proporcionada. En la medida que expresamente se declare que tal información debe ser considerada confidencial, queda claro que la otra parte tácitamente se obliga a tratarla como tal. Por otro lado, se debe mencionar que existen excepciones a la confidencialidad, aun cuando las partes la hayan expresado en acuerdos preliminares. Algunas de las excepciones son por ejemplo, cuando se difunde o revela cierta información confidencial a terceros, al público o a organismos públicos, estas excepciones se pueden establecer según:

- 1) La necesaria información que, en ocasiones, debe proporcionarse a autoridades públicas, lo que no se considera infracción al deber de confidencialidad.
- 2) También se prevé que sea lícita la información que una de las partes pueda proporcionar a sus sociedades filiales, a su sociedad controlante o "sociedad madre, a los abogados o contables que trabajen para una de las partes o a auditores externos que deban realizar una valoración contable de la sociedad, así como informaciones que deban ponerse necesariamente en conocimiento del consejo de administración.
- 3) Informaciones que ya están en el dominio público o que son de fácil acceso para el público en general o en un concreto sector empresarial o comercial o en un concreto país.
- 4) Informaciones inicialmente confidenciales pero que por una causa u otra, han pasado a ser conocidas por el público general (= "*entrée dans le domaine public*").
- 5) Informaciones que se encontraban ya en posesión del otro o que han sido descubiertas, de modo independiente

- 6) Informaciones que una parte adquiere de terceras partes no ligadas por el acuerdo de confidencialidad.
- 7) Informaciones inicialmente cubiertas por el acuerdo de confidencialidad pero respecto de las cuales, el sujeto del que proceden tales informaciones autoriza al otro contratante a hacer las públicas (=“informaciones desclasificadas”).
- 8) Informaciones inicialmente cubiertas por el acuerdo de confidencialidad pero que pueden dejar de ser confidenciales en el supuesto de que se verifique un acto, hecho o circunstancia concreta.
- 9) Informaciones que puedan resultar útiles para obtener créditos bancarios o seguros.
- 10) Informaciones confidenciales requeridas por la competente autoridad judicial o arbitral.
- 11) Informaciones confidenciales que pueden difundirse al público a fines de investigación científica” (Calvo 2012: 1181).

El único problema que se puede surgir es si el periodo en que no se debe divulgar la información es demasiado largo, la prohibición de divulgarla podría contravenir las leyes aplicables que prohíben restricciones a las prácticas comerciales. Aún en ausencia de una manifestación expresa en este sentido, la parte que recibe la información puede encontrarse sujeta a un deber de confidencialidad. Podría presentarse esta situación cuando, en vista a la especial naturaleza de la información o las calificaciones profesionales de las partes, sería contrario al deber de lealtad negocial revelar o utilizar dicha información en provecho de la parte que le recibe después de interrumpir las negociaciones.

Por ejemplo:

"A" tiene interés en celebrar un contrato de asociación en participación con "B" o "C", dos líderes de la industria automotriz del país "X". Durante las negociaciones con "B", "A" recibe información detallada sobre los proyectos de "B" respecto a un nuevo diseño. Aunque "B" no haya solicitado expresamente que "A" trate dicha información como confidencial, "A" se encuentra obligado a no revelar a "C", tomando en consideración de que se trata de un nuevo diseño. En el supuesto que las negociaciones no culminen en el perfeccionamiento de un contrato, tampoco puede "A" utilizar los proyectos de "B" en su propio proceso de producción.

La violación del deber de confidencialidad entraña en primer lugar responsabilidad por los daños y perjuicios. El monto del resarcimiento puede variar, dependiendo de si las partes pactaron expresamente no revelar la información a terceros. Aún si la parte agraviada no ha sufrido daño alguno, podría reclamar de la otra parte los beneficios que esta última obtuvo al revelar la información a terceros o al usarla para su propio beneficio. (International Institute for the Unification of Private Law 1995: 54).

2.4. Actos necesarios para la validez o eficacia del contrato

Uno de los deberes de las partes contratantes es, realizar todos los actos que sean necesarios para garantizar la plena eficacia y validez del contrato. Para ello es necesario evaluar el grado de culpabilidad con la que actuó el contratante, culpa o dolo, pues ello determina la responsabilidad precontractual que se le puede atribuir.

Piénsese, por ej., en la enajenación del bien del menor hecha por uno de los padres. Esta enajenación debe ser autorizada previamente por el juez tutelar [...]. Sin tal autorización el contrato es anulable [...]. El padre no puede obligarse a obtener la autorización judicial, pues es contrario al orden público que el

privado asuma compromisos que tengan por objeto el desarrollo de las funciones propias de una autoridad pública. Sin embargo el padre incurre en responsabilidad precontractual si, después de haber logrado el acuerdo con el tercero, no presenta la respectiva demanda de autorización (Bianca 2007: 186-187).

3. Hipótesis que dan origen a la responsabilidad precontractual:

Sobre este tema, existe en doctrina, diversos supuestos que sirven para poder enfocar de mejor manera, los criterios bajo los cuales se deben desarrollar los supuestos que presenta la responsabilidad precontractual. A saber:

Los deberes precontractuales que las partes se deben, buscan prevenir diversos tipos de situaciones dañosas, susceptibles de verificarse cuando algún deber sea violado: estos son la ruptura injustificada de las tratativas, el conocimiento de una causal de invalidez o ineficacia, la celebración de un contrato no conveniente o perjudicial para una de las partes y los daños sufridos a los bienes y/o derechos de una de las partes producto de la negligencia o el dolo de la contraparte. Los cuales desarrollaremos a continuación.

3.1. Ruptura injustificada de las tratativas

Este supuesto de responsabilidad civil, se enmarca propiamente en la decisión que una parte toma, de ya no continuar con la negociación o de desistirse a concluir con el contrato. Al margen de ser, el supuesto más conocido y estudiado de la teoría de la responsabilidad precontractual, es también el más representativo, pues busca el resarcimiento por parte de aquel que sin justa razón ha abandonado las tratativas, aunque es preciso aclarar que el solo alejamiento no constituye un acto ilícito, como enseña el maestro italiano Vincenzo Roppo: "la ruptura de una tratativa no es de por sí ilícita, siendo manifestación de la libertad contractual: solo con la celebración del contrato el vínculo remplaza a la libertad" (Roppo 2009: 186), como ya

hemos desarrollado, cuando abordamos la teoría de Gabrielle Faggella, las partes cuentan con plena libertad para poder decidir –según su voluntad– el destino de su actuar negocial, hasta antes de la aceptación de la oferta. Lo que realmente sucede, es que una de las partes, viola un deber precontractual y ello conlleva a que se configure éste supuesto.

Entonces, el solo alejamiento de las negociaciones o tratativas no es suficiente para que se configure la responsabilidad precontractual, sino que se requiere de dos requisitos o condiciones: el primero de estos tiene que ver con la confianza que una de las partes ha generado en la otra sobre la conclusión del contrato, pues para que exista el quebrantamiento de éste deber precontractual, es necesario que una de las partes haya generado en la otra, una confianza tal, que le permita creer que las negociaciones arribaran a la celebración de un contrato. Es decir, si solo existe la visión de una probable negociación o que esta sea ilusoria para una o ambas partes, no se tendría porque exigírsele una reparación al que se aleja.

La confianza a la que nos referimos entonces, puede “fundarse en el hecho de que la tratativa está ya avanzadísima, porque se ha llegado al acuerdo sobre casi todos los puntos; o en una fase menos avanzada, en las seguridades dadas por la parte que después en cambio romperá” (Roppo 2009: 186)

El otro requisito que debe estar presente para que se pueda configurar el supuesto de ruptura injustificada de las tratativas, viene a ser la falta de descargo por el alejamiento intempestivo, pues solamente, si existe una razón fundamentada para el alejamiento no habrá responsabilidad. Esta falta de justificación de la razón del alejamiento, es considerado como “externa a la esfera del que se retira” (Roppo 2009: 186); por lo que consideramos que solamente podrás retirarte de una negociación o interrumpir la misma, si existe una causa ajena a tu voluntad, que te obligue a dar un paso al costado, y ésta causa a su vez, debe de ser

concisa y clara, ya que la ambigüedad en la razón debe de ser tomada como un hecho culposo de la parte tratante, por la preparación o investigación en el inicio o desarrollo de las negociaciones.

Resulta precisa la aclaración que Roppo nos brinda sobre este punto, pues explica que:

El defecto de esta fórmula es el contorno indefinido de la noción de "esfera del que se retira": ciertamente entra allí el mero cambio de idea, o la tardía percepción de que el contrato es superior a sus propias fuerzas; ciertamente no entra allí la radical modificación de las condiciones de mercado, y probablemente tampoco la llegada de una oferta inesperada y más ventajosa. (Roppo 2009: 186)

Coincidimos con el autor italiano, en que la noción de "esfera del que se retira" resulta poco claro, pero no debemos olvidar que la no observancia de los deberes precontractuales, generan siempre que se actúe con culpa, la responsabilidad en cabeza de quien incumple o contraviene estos deberes. Así, quien tiene el deber de probar que la causa que le impide continuar en tratativas, es ajena a su voluntad y sobrepasa su propia esfera de control, es justamente el desertor; pues, la parte perjudicada con el hecho dañoso, tendrá a su vez, la tarea de probar que contaba con la suficiente confianza en la celebración del contrato.

3.2. Conocimiento de la causal de invalidez o ineficacia

Otro supuesto que lleva consigo la responsabilidad precontractual, es aquella en la que una de las partes teniendo conocimiento de una causa de invalidez o ineficacia –que manchara el futuro contrato–, omite comunicar a la otra; dejando que se realicen las tratativas sobre la base de un vicio que a la larga terminará con la invalidez parcial o total del negocio.

Éste error, por otro lado, puede ser cometido por el que emite la propuesta u oferta, quedando la otra parte en posición de conocerlo o no; pero, si esta otra parte llegase a conocer el error y no la comunicara al *errans*, también se configuraría el supuesto que venimos desarrollando

El daño que surge por la infructífera negociación, debe ser reparado por la parte que dejó que su contraparte actúe en error, y si bien, este segundo supuesto, se condice con el deber de información, es vinculado más al quebrantamiento del deber precontractual de lealtad, o en otras palabras: “deber de no frustrar la confianza sobre el negocio” (Roppo 2009: 188).

3.2.1. Análisis del artículo 207 del código civil peruano.

Es de todos conocido que el legislador peruano, en materia civil, ha pecado de mal importador de normas, pues al redactar los libros que componen nuestro código civil, prefirió dividir el trabajo según “especialidades” y “especialistas”, lo que motivo que, surgieran una serie de incongruencias y contradicción entre varias normas.

No es de extrañar entonces, que tengamos un supuesto de responsabilidad precontractual inmerso en el libro de acto jurídico; y, artículos siguientes, que encontremos una norma que contradiga y eche por la borda la historia y desarrollo de la institución. Esto nos muestra el poco rigor legislativo con el que se actuó; es el caso del artículo 207° que a la letra dice:

“La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes”

Para entender mejor la incongruencia, es necesario desarrollar aquí, la institución que se pretendía regular, para lo cual tendremos que partir de la idea que motivo a Jhering a elaborar la teoría que acarrea este trabajo de investigación. Jhering entendía que si una

parte se veía perjudicada con la invalidez de un contrato, ésta podía reclamar a la otra una indemnización, si ésta última hubiera sido la causante que el contrato resulte inválido.

Consecuentemente con Jhering, la experiencia alemana adopto esta fórmula, permitiendo a la parte que haya realizado una declaración viciada, invalidar el negocio que se había formado, incluso si la parte receptora no se hubiera percatado de dicho error²³. No obstante lo anterior, no se dejó desprotegida a la parte que, habiendo confiado en la validez del contrato, haya sufrido daños que deban ser reparados²⁴.

En la experiencia italiana, se elaboran dos supuestos que se desprenden del principal, por un lado se da la oportunidad de pedir un resarcimiento por el contrato inválido, a la parte que, confiando en la validez del mismo, se hubiera visto perjudicada por el vicio que contenía la declaración del *errans*; siempre que, éste error hubiera podido ser conocible.

Por otro lado, el legislador italiano, se cuidó de ser injusto, y elaboro una regla que haga contraste con la anterior²⁵, dicho

²³ **§119 BGB (Rescisión debida a error)**

1. Quien en el momento de hacer una declaración de voluntad está en un error en cuanto a su contenido, o no pretendía en absoluto hacer una declaración de dicho contenido, puede rescindir la declaración si se da por sentado que no la habría hecho con conocimiento de los hechos y una estimación razonable de la situación.
2. Como error sobre el contenido de la declaración se considera también un error en cuanto a las cualidades de la persona o cosa que se considera esenciales en el negocio.

²⁴ **§122 BGB (Rescisión de la obligación de la parte para compensar)**

1. Si una declaración de voluntad es nula conforme al §119, 120, el declarante indemnizará, si se exigió que la declaración fuera hecha a otra parte, a dicha parte, o a cualquier tercero, por el daño que ésta o el tercero hayan sufrido al confiar en la validez de la declaración, sin exceder, sin embargo, de la cuantía del interés que está o el tercero tuvieron en la validez de la declaración.
2. La obligación de compensar no surge si la parte dañada conocía el fundamento para la nulidad o la rescisión o si no lo sabía debido a negligencia (debería haberlo conocido).

²⁵ **Art. 1338 Codice:**

supuesto establecía que, si la parte receptora de la declaración viciada, tenía conocimiento del mismo, y no comunicaba del mismo a la otra parte (emisora), que ignoraba su propio error, debía responder por los daños que ésta última hubiera sufrido. (Escobar 2004: 156)

Si aterrizamos en la realidad peruana, observamos que el artículo 201° de nuestro código civil reconoce el primero de los supuestos italianos, al establecer:

“El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.”

Al margen de la gran omisión en el que se cae, al dejar de lado el articulado completo del Codice Civile, del cual se pretendía extraer la regla descrita, debemos reconocer que efectivamente, nuestro código acoge específicamente uno de los supuestos que la legislación italiana había desarrollado, pues permite que la parte que emite una declaración viciada, pueda anular el negocio, siempre que el error sea esencial y conocible. La redacción del código, se queda corta, pues se limita a establecer la posibilidad de anular el negocio viciado, más no a reconocer el derecho de pedir un resarcimiento, por la parte que se haya visto afectada con la invalidez del negocio.

Como explica Freddy Escobar, “el legislador nacional, no contento con mutilar el modelo italiano, al dejar de lado la regla contenida en el artículo 1338 del Codice, decidió efectuar un aporte histórico, al establecer que la anulación del negocio por error no daba lugar a indemnización entre las partes”. (Escobar 2004: 156)

La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte será obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

Lo anterior es entendible si se recuerda lo redactado en el artículo 207° de nuestro código, que suprime el resarcimiento de los daños sufridos por la anulación del negocio. Aún si este error que es “conocible”, no sea comunicado por el receptor a la parte que yerra, es decir, la norma citada, permite que el receptor pueda callar y guardar para sí, el error que haya advertido en la declaración del *errans*, sin necesidad de resarcir por ello, los daños que haya ocasionado. (Escobar 2004: 157)

Por otra parte, y a modo de justificar, la razón de la sustracción u omisión de la obligación de indemnización por el daño causado, en caso de verificarse el error, Lohmann señala que ello se debe a que, lo que se “pretende es proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios, ya que si el negocio se ha anulado se debe a que el error era esencial y conocible”(Lohmann 2003: 881).

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede pretender que el destinatario de la declaración esté siempre en la posibilidad de conocer el error en el que la otra parte incurrió (aun cuando haya sido diligente en la obtención de información), mucho menos se puede decir que, el desconocimiento del error es una falta atribuible a la parte receptora, como lo sostiene el mismo autor. Pues, si bien es cierto que, existe cierta información que no necesariamente tiene que ser expresada por las partes (como lo explicamos anteriormente), el error, como dato importante y relevante ligado al futuro contrato, no forma parte de ésta clase de información.

En realidad el ocultamiento del error, se avoca más al quebrantamiento de la lealtad, como deber precontractual, el cual existe entre las partes, en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato. Por lo cual, nos parece innecesaria la mutilación, que el legislador peruano realizó sobre éste supuesto de la responsabilidad precontractual.

3.3. Celebración de contrato no conveniente

El tercer supuesto que nos presenta la doctrina, es aquel, en el que, si bien se celebra un contrato válido y eficaz, éste no resulta conveniente para una de las partes, a raíz del hecho de la otra, quien actuando con dolo, de forma activa o pasiva, oculta engañosamente información o comparte información errónea que provoca que su contraparte caiga en error. Se puede poner un ejemplo del derecho romano, que nos ilustre sobre la verificación de este supuesto:

“De ello encontramos testimonio en CIDERÓN, quien en *de off.* 3, 14, 58 hace tal anotación al contar la conocida historia del caballero romano CANIO que es engañado por PIZZO, un banquero de Siracusa. En efecto, este último, aprovechando del interés de CANIO en adquirir una villa en esos parajes, monta toda una trama con ayuda de sus amigos, a fin de hacerle creer que la costa sobre la que está situada su villa es pródiga en pesca. CANIO, convencido engañosamente de tales bondades, suplica a PIZIO que le venda la villa, la cual paga a un precio considerable; sin embargo, al día siguiente se encuentra con la desagradable sorpresa de que allí no hay tal abundancia de pesca. No obstante lo evidente del engaño, CICERÓN resalta que nada había sido posible hacer contra la validez del acto, porque para aquella época no habían sido promulgadas las normas sobre el fraude que fueron luego de AQUILIO GALLO.” (Neme 2010: 177).

Ésta información dejada de ofrecer u ofrecida de forma engañosa o errónea, es tal que si hubiera sido dada, de forma “[...] debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró” (Pantaleón 2011: 917)

Este fenómeno, también llamado, dolo incidental reside en el contenido del contrato, más que en la forma, pues el error en el que una parte haga caer a la otra, no es tal que pueda anular el negocio, pero si

afectar de forma considerable el contenido del contrato. Por lo que el daño a ser resarcido va a referirse al “perjuicio que constituye la menor conveniencia del negocio; así, este daño se da por la ventaja menor o por el mayor agravio económico que se sigue a la determinación diferente del contrato, por defecto de la intervención dolosa” (Bianca 2007: 687)

Es necesario precisar finalmente que: “[e]ste tipo de daño se vincula predominantemente a la violación de los deberes informativos (Roppo 2009: 188).

3.3.1. Análisis del artículo 211 del código civil peruano.

Como ya lo señalamos, la falta de sistemática con la que el legislador peruano actuó en la redacción de nuestro código civil, hace que existan normas que como institución jurídica se conectan, y que paradójicamente, dentro de un cuerpo legal como el nuestro, llegan a contradecirse.

En el caso del art. 211° del Código Civil Peruano, encontramos regulado el supuesto de responsabilidad precontractual que acabamos de desarrollar, en ese sentido, el artículo aludido establece que:

“Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.”

Luego de leer lo citado, no podemos más que enunciar una frase por demás conocida: “más claro, el agua”, no entendemos cómo es que hasta el momento, aquellas voces que niegan la presencia de la responsabilidad precontractual en nuestro medio, se afanan en negar lo innegable.

Lohmann, en los comentarios realizados a éste artículo, reconoce la existencia de una conducta que quebranta los deberes precontractuales, lo que, a nuestro entender, termina siendo una aceptación implícita de la presencia de la responsabilidad precontractual.

- a) Que tampoco hay una regla prohibida, como la incluida en el artículo 203 para el régimen del error.
- b) El dolo ha quedado admitido en el nuevo ordenamiento como una falta al principio de la buena fe que debe vertebrar todo negocio jurídico bilateral. Desde esta óptica, falta a dicho deber quien induce al error, o quien conociendo o debiendo conocer el error de la otra parte no se lo advierte.
- c) Por último, parece razonable colegir que si se autoriza indemnización cuando el dolo no ha sido de entidad que determine la voluntad, con mayor razón debe proceder reclamación si la ha determinado por entero y la anulación del negocio no sea suficiente para reparar el daño. (Lohmann 2003: 889-900)

Al respecto, creemos que, no hace falta el reconocimiento expreso del resarcimiento por dolo, como supuesto de la responsabilidad precontractual, pues con la existencia de este precepto normativo es más que suficiente para que el objeto que persigue ésta institución se alcance (reparar al damnificado por el daño sufrido, ante el quebrantamiento de un deber precontractual, en la fase previa al contrato).

Por otro lado, a diferencia del dolo incidental, el caso del dolo omisivo es un tanto peculiar, pues la regla general es que las partes tienen el deber de informar y revelar información relevante, ello da lugar a preguntarnos si existe cierta información que puede ser no dicha sin que se afecte el deber de lealtad entre las partes, y por

ende el clima de confianza que se ha creado entre ambas, además de no quebrantar el deber de información; entonces el problema se centra en determinar qué información es relevante.

Para analizar la problemática planteada debemos partir señalando que es el dolo omisivo, es toda conducta de la parte que omite revelar a la contraparte información, cuyo conocimiento hubiera causado que ésta decida no celebrar el contrato, o celebrarlo en términos diferentes. Si bien es cierto, la información es sumamente importante en la etapa de la negociación, pues existen datos (como por ejemplo: la titularidad sobre un bien, la situación del bien, es decir si existen gravámenes que pesan sobre él o no, etc.) que son indispensables para que las partes decidan contratar; también existe otro tipo de información que de ser revelada podría ponerse en riesgo la actividad que desarrolla una de las partes (como por ejemplo una fórmula industrial); es por ello que junto al deber de información está presente el deber de guardar secreto sobre la información que se recibe.

Así también, existe otro tipo de información que no necesariamente debe ser revelada, entonces ¿cómo identificar qué información es relevante? La respuesta a ésta interrogante nos ayuda a resolver otra ¿cuándo estamos ante un caso de dolo omisivo? Uno de los parámetros para establecer qué tipo de información debe ser revelada es la determinación del valor de la información, este valor es directamente proporcional al costo que genera la obtención de la información. Es decir que, si una parte invierte más en la obtención de cierta información, entonces el valor que le otorga es mayor. Ahora haremos referencia a dos ejemplos:

Durante el verano de 1966 el Sr. Paul Curtis contactó al Sr. Robert Chapman mostrándole interés en comprar un terreno de diez acres en Lake Country, Orlando, Estados Unidos. Curtis era un conocido corredor de inmuebles de la zona. Chapman también era

corredor. En agosto del 1966 se cerró el trato. El predio pagado fue de US \$47, 500 que de acuerdo a condiciones de mercado de aquel entonces representaba un precio equivalente a una vez y medio el valor del terreno. Chapman consideró que habían hecho un excelente negocio.

Posteriormente se descubrió que Curtis conocía un dato importante desconocido por Chapman: Walt Disney había considerado construir Disneyworld en la zona. El impacto de tal decisión en el valor de los inmuebles del lugar, incluido el que fue objeto de la operación, fue impresionante. Los precios se multiplicaron varias veces por simplemente con la difusión de la noticia. En primera instancia la Corte determinó que Curtis había incumplido el deber de informar a Chapman sobre la futura construcción de Disneyworld y, por tanto, amparó de demanda de Chapman. Sin embargo, en segunda instancia la corte de Apelaciones estableció que no existía nada deshonesto ni injusto en la conducta de Curtis y que las partes negociaron en igualdad de oportunidades, por lo que el contrato era perfectamente válido.

Fred Obne y su esposa interpusieron una demanda contra Robert Schlemeyer y su esposa a fin de recobrar los daños ocasionados por la venta de un departamento que los primeros compraron a los segundos y que resultó infestado de termitas. Los demandados conocían esta situación, pero guardaron silencio al momento de la operación. Tanto la Corte en primera instancia, como la Corte de Apelaciones consideraron que la conducta de los Schelemeyer constituía un caso de Fraude o actuación dolosa y consideraron los daños solicitados por los demandantes. (Bullard 2000: 289-290)

En ambos casos una de las partes posee información que la otra desconoce y decide no revelarla. Como dijimos anteriormente, si bien existe el deber de información en la etapa de previa a la celebración del contrato, como regla general, existen casos en los

que el no revelar ciertos datos no quebranta el cumplimiento de este deber (excepción a la regla), como en el del primer ejemplo, pues ésta información fue obtenida gracias a las habilidades negociales y comerciales de una de las partes. En todo contrato las partes buscan obtener un mayor beneficio, y éste puede incrementarse de acuerdo a las habilidades, de cada sujeto, para sacar mayor provecho.

A nuestro parecer, la información no necesariamente debe ser revelada en los casos en los que no se causa daño a la otra parte; máxime si tomamos en cuenta que dicho sujeto se esmeró en conseguir dicha información para celebrar un negocio que le traiga mayores beneficios, lo que implica que los costos generados para la obtención del beneficio es mayor, por ende la información tiene más valor. Resulta un tanto ilógico que se pretenda imponer a que se revele, a costo cero, cierta información que demandó gran inversión para su obtención.

Ahora bien, existe otro tipo de información, como en el segundo ejemplo, que debe ser revelada, pues de no hacerlo el efecto no es solo el beneficio mayor de una de las partes, sino el perjuicio de la contraparte. Bullard sostiene que “la consecuencia natural de permitir usar la información es crear incentivos para buscarla, obtenerla y utilizarla. Por el contrario, si no se permite su uso, se crean desincentivos para su obtención y utilización” (Bullard 2000: 294). Si bien es cierto que, las partes tienen derecho de usar la información que obtuvieron para celebrar negocios que le traigan mayores beneficios; el permitir que se oculte información de forma irrestricta daría un resultado poco conveniente, pues se estaría enviando un mensaje negativo a los individuos, corriendo el riesgo que pensando en obtener mayores beneficios, aun cuando se haya invertido más en la obtención de la información, se lleguen a celebrar contratos no convenientes.

Como en el segundo ejemplo, el problema principal no solo es la omisión de la existencia de las termitas, sino el efecto que trae esta conducta, que es la celebración de un contrato que causa perjuicios a la contraparte. Siendo que, el beneficio de los esposos Schlemeyer no se deriva de sus habilidades en las negociaciones, sino en el fraude cometido por la omisión de la información.

Podemos concluir que, existirá responsabilidad precontractual, siempre que se verifique el dolo omisivo (la presencia del mismo se determinará según las circunstancias de cada caso en concreto, y del tipo de información que se haya omitido). No será así, en el caso del dolo incidental, pues el solo engaño que genere la celebración de un contrato no conveniente, dará lugar al resarcimiento.

3.4. Los daños sufridos a los bienes y/o derechos de las partes producto de la negligencia o el dolo de la contraparte

Como último supuesto a ser desarrollado, esta aquel que, se enfoca en los daños sufridos por las partes en la etapa de la negociación, en sus esferas personales o patrimoniales, esto es, que si durante el desenvolvimiento de las tratativas, una de las partes, con dolo o culpa genera un daño a la otra, estará por lo mismo a resarcir éstos daños.

A modo de ejemplo, A y B, se encuentran envueltos en una negociación para la futura transferencia de una casa, B –comprador–, acude a inspeccionar y observar el estado de conservación en el que se encuentra el bien objeto de las negociaciones, A –vendedor– se encuentra en plena remodelación de varios ambientes. Por negligencia de A, se dejan esparcidos diversos objetos contundentes a lo largo de la casa, uno de los cuales, hiere a B cuando se encuentra dentro del bien.

Es lógico pensar que, lo correcto es que si se generan daños entre los tratantes, ya sea en un aspecto personal, como en un aspecto patrimonial, existe la obligación de resarcir.

CAPÍTULO III:

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN FUNCIONAL EN EL DERECHO PERUANO

1. La responsabilidad precontractual en el derecho comparado

En este apartado es preciso aplicar el método comparativo, para poder demostrar de manera definitiva que la responsabilidad precontractual es perfectamente aplicable en nuestro medio jurídico, y nos trazamos esta meta justamente porque en el ámbito nacional, se han izado voces que sancionan la inaplicación de la responsabilidad precontractual en el Perú, basados en distintas razones y fundamentos. Merece atención quien afirma que el trasplante que se realiza del libro de los contratos, casi en su integridad de la normativa italiana, ha llevado a que el codificador peruano cometa errores en su importación y adaptación de algunas instituciones como es la responsabilidad precontractual, donde se afirma que se mutilo a la institución al no verificar la concordancia normativa que guía a la institución en el ordenamiento italiano; así se afirma con firmeza que la norma del Art. 1362° del código civil peruano no tendría ninguna utilidad jurídica.

Por lo que, no solo nos limitaremos a estudiar y verificar la institución de la responsabilidad precontractual en el derecho italiano, ni la regulación de la institución en el BGB; sino que buscaremos una comparación más próxima con experiencias cercanas, y que al igual que nosotros han sido influenciadas por ordenamientos europeos. Así, podremos equiparar situaciones y desarrollos en cada país, y podremos comprobar cómo se viene aplicando la responsabilidad precontractual a lo largo de américa latina, en sus diferentes esferas jurídicas, es decir, en el campo doctrinario, legal y jurisprudencial.

Hecho lo anterior, podremos otorgar fundamentos suficientes para que de una vez por todas, se destierre del ideario doctrinario y judicial peruano, sobre la infructuosa idea que la responsabilidad precontractual no puede ser

utilizada en sede nacional, más aún, nuestro esfuerzo llegara a comprobar la vigencia de la institución, exigiendo a la judicatura el empleo de la responsabilidad precontractual, por ser más justa y prestar mayores garantías en casos específicos.

En el sistema jurídico alemán, hasta la muerte de Jhering no se regulaba la responsabilidad precontractual, y esta situación perduro durante mucho tiempo más, hasta que fue la jurisprudencia la que desarrollo la institución, que en base a resoluciones judiciales delimitaron la aplicación, las características centrales y la naturaleza que la responsabilidad precontractual presentaba, fue recién hace unos años que a raíz de la actualización del código civil alemán (BGB) se regulo normativamente la institución, sin desmerecer que el reconocimiento de la misma fue hecha por la judicatura alemana. El texto modificado del código alemán, prescribe ahora que:

“§ 311. Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial.

(1) Para constituir una relación obligatoria mediante negocio jurídico, así como para modificar el contenido de una relación obligatoria, es necesario, si no existe disposición contraria de la ley, un contrato entre las partes interesadas.

(2) Una relación obligatoria, que contiene los deberes a los cuales hace referencia el 2º párrafo del § 241, también nace mediante:

1. El inicio de tratativas contractuales,
2. La configuración de un contrato en el ámbito de la cual una parte, en referencia a un eventual relación negocial, conceda a la otra parte la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o bien
3. Contactos negóciales similares.

(3) Una relación obligatoria con deberes a los cuales se refiere el 2º párrafo del § 241 puede producirse frente a personas que no estén destinadas a formar parte de la relación contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, si el tercero adquiere, para sí mismo, un nivel de confianza en la conducta de los otros, influyendo de manera relevante en las tratativas contractuales o en la conclusión del contrato” (BGB § 311)

Esta innovación en el BGB alemán, es un paso importante en materia de responsabilidad precontractual, sin embargo, no es tan trascendental en Alemania, pues como lo dijimos anteriormente, la jurisprudencia alemana ya se había pronunciado al respecto; precisamente existe un caso famoso que hizo repensar la idea que se tenía de la responsabilidad extracontractual; el caso al que nos referimos es el de los “rollos de linóleo”, en el que se discute la relación de dos personas (una señora y su hijo con una tienda por departamentos) sobre la base de un daño ocasionado en las instalaciones de una tienda, sin que se llegue a perfeccionar ningún contrato.

La jurisprudencia le otorgó a este vínculo una naturaleza contractual, basada en el contacto directo que ambas partes sostienen sin necesidad que se celebre un contrato; era la ruptura del paradigma que hasta ese instante se tenía de la responsabilidad extracontractual, debido a que, a todas luces no existía un vínculo contractual consumado, y existía la barrera de la responsabilidad extracontractual, de no poder aplicarse a un caso como éste. La corte alemana llega a decir:

“La opinión del tribunal de instancia de que el demandado es responsable por la culpa del trabajador W. de acuerdo con el § 278 bgb, no es criticable jurídicamente a pesar de la queja de la revisión y se encuentra en armonía con la jurisprudencia del reconocido tribunal. El trabajador W. había entrado en negociaciones para la venta con la demandante, en representación del demandado (§ 164 bgb, § 54 hgb).

La demandante había solicitado la exhibición de un tapete de linóleo que quería ver y comprar. El trabajador W. había atendido la petición con miras a realizar la venta. La petición de exhibición del tapete y la aceptación de tal solicitud miraban a la celebración de un contrato de compraventa, es decir, tenían un fin contractual.” (Zivilsenat. Fallo del 7 de diciembre de 1911. i.S.I & Co. (demandado) w.W (demandante). Rep. vi. 240/11)

La doctrina tampoco es renuente a estas ideas, pues en Alemania desde las primeras ideas esbozadas por Jhering, han venido sosteniendo que la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad, es contractual. Lo que se desarrolló, fue la idea de la contractualización del vínculo de las personas que aún no formalizan un contrato.

En Italia, que acogió el concepto y la idea de la *culpa in contrahendo* se reguló oportunamente las características de la institución y el fundamento que debía acogerse.

“Artículo 1173. Fuentes de las obligaciones.- Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Artículo 1337. Tratativas y responsabilidad precontractual.- En el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe

Artículo 1338. Conocimiento de las causas de invalidez.- La parte que conociendo, o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no da noticia de ello a la otra parte queda obligada a resarcir el daño causado a ésta, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato” (Codice Civile)

Como podemos apreciar en la normativa italiana, con más coherencia y orden, se regula expresamente al daño que se genera durante las tratativas, en ese orden de ideas, los legisladores italianos comienzan

especificando cuales son las fuentes de las obligaciones, para luego, varios artículos después redactan dos normas que expresamente regulan la responsabilidad precontractual.

A nivel doctrinal, basta caer en la cuenta que en muchos acápite de éste trabajo de investigación se han citado autores italianos que defienden, delimitan y conceptualizan a la institución, sin desmerecer que la jurisprudencia italiana también cuenta con una vasta gama de resoluciones que identifican la pertinencia de la responsabilidad precontractual, aunque existen contornos que aún la jurisprudencia discute y sigue discutiendo.

En lo que atañe a los fundamentos de las normas de posición de la jurisprudencia, se oscila entre la apodíctica afirmación de que la responsabilidad precontractual no está relacionada con la infracción de deberes negóciales, y la constatación de que tal responsabilidad surge antes de que el contrato llegue a existir. (Monateri 2004: 530)

No encontramos objeción en el ordenamiento italiano para que la institución de la *culpa in contrahendo* no pueda aplicarse, o se aplique de distinta manera a la que se describe y regula.

Luego de desarrollar escuetamente los sistemas jurídicos alemán e italiano, nos proponemos abordar sistemas más cercanos a nosotros, que al igual que en nuestra experiencia, importaron muchas de sus normas de los grandes sistemas jurídicos.

De acuerdo con lo anterior, el legislador impone a los contratantes la observancia de este deber de dos formas: de un lado, mediante la consagración normativa expresa de esta hipótesis de responsabilidad, traduciéndose en la tendencia preponderante en recientes codificaciones civiles y en diversas experiencias de unificación del derecho, (...): 227 del Código Civil de Portugal de 1966, 465 del Código Civil boliviano de 1976, 1362 del Código Civil peruano de 1984, 1198 del Código Civil argentino de 1869 (reformado por la Ley 17.711) y el artículo 920 del proyecto de reforma (1998) del mismo

Código, 689 del Código Civil paraguayo de 1987, 1375 del Código Civil de Québec de 1994 y 863 del Código de Comercio colombiano de 1971; así como por los artículos, 1.7 de los Principios de UNIDROIT y 6o del Proyecto Preliminar del Código Europeo de los Contratos. De otro lado, en ausencia de disposición expresa que consagre el mencionado supuesto de responsabilidad precontractual, la jurisprudencia y la doctrina acuden a la aplicación por analogía de la norma general que consagra el principio de buena fe contractual, para configurar esta primera hipótesis de responsabilidad precontractual. Tal y es el caso del artículo 1134 del Código Civil francés de 1804, que es la norma general del deber de buena fe contractual y que es seguido por los artículos: 242 del BGB (Código Civil alemán) de 1900, 1258 del Código Civil español, 1546 del Código Civil chileno, 1291 del Código Civil uruguayo de 1868, 1603 del Código Civil colombiano de 1873, 1160 del Código Civil venezolano de 1942, 1796 del Código Civil mexicano. En este caso se está refiriendo al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, 1210 del Código Civil de Puerto Rico de 1930, 1480 del Código Civil salvadoreño de 1860, 1546 del Código Civil de Honduras de 1906, 1519 Código Civil de Guatemala de 1967, artículo 39 del Proyecto Franco - Italiano de Código de las obligaciones y de los contratos de 1927, entre otros. (Arias 2012: 148)

2. La Responsabilidad Precontractual en el Perú. Estudio y análisis jurisprudencial.

Habiendo expuesto las características que la responsabilidad precontractual posee como institución peculiarmente estudiada, y habiendo tomado posición en los apartados donde existe discrepancia doctrinal, podemos pasar a la revisión de casos que se encuentran en la realidad, pues no basta solamente con exponer una institución y delimitar los contornos de la misma. Nunca es suficiente con la sola presentación de una teoría, si no

podemos poner y comprobar en la práctica su utilización, para lo cual el método funcionalista, nos exige el estudio y análisis de jurisprudencias que precisamente se recogen de casos que día a día están presentes en nuestra sociedad.

En el Perú, lastimosamente aún no hay una aplicación de la responsabilidad precontractual en sede judicial, sin contar que de lo hasta ahora descrito, no existe impedimento alguno, para su aplicación, es más, en muchos pasajes de la tesis se comprueban que el ordenamiento jurídico está preparado para su aplicación. Es preciso señalar además, que en sus orígenes ya se apreciaba, por parte de los legisladores, la intención de acoger esta teoría en nuestra patria.

Sin embargo, el hecho que los jueces no hayan aplicado aún la responsabilidad precontractual en el Perú, no es motivo para que en la realidad no se hayan presentado casos tipo, donde bien se hubiera podido utilizar esta figura para un mejor esclarecimiento de la causa y consecuentemente una resolución de controversias en base a la justicia.

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

El 27 de agosto de 1981 el "Grupo Peruano", a través de una carta, formula una oferta de contrato a Daimler Benz A.G. (conocida como Mercedes Benz); como producto de intensa correspondencia telegráfica entre las partes, luego de la oferta de celebrar un contrato de representación, la empresa alemana de automóviles acordó (mediante telex) en marzo de 1982, otorgarle la representación general en el país al Grupo Peruano, concretándose, para tal efecto, reuniones en febrero de 1982.

Para ello ambas partes debían cumplir con ciertas condiciones, tres de las cuales le correspondían al oferente y dos a Daimler Benz. Como era de esperar, el Grupo Peruano cumplió con las siguientes condiciones:

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

Pese a ello la empresa alemana consideró inconveniente formalizar el negocio con el Grupo Peruano, otorgando la representación a otro inversionista, sobre condiciones diferentes a las establecidas en el documento "convenio de bases" suscrito con Grupo Peruano.

Además de frustrarse las inversiones efectuadas, también se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que Grupo Peruano demanda indemnización por daño emergente, económico, moral y por el lucro cesante dejado de percibir. Daimler Benz, en su contestación, alega que si bien los actores cumplieron con los presupuestos a su cargo, previos al otorgamiento de la representación, quedaron algunos puntos pendientes, por lo que no llegó a concluirse el contrato por falta de conformidad sobre todos los extremos, de suerte que las inversiones ejecutadas por los demandantes se hicieron en la fase de la negociación precontractual, y por tanto la indemnización reclamada es extracontractual, por lo que dedujo una excepción de prescripción.

Ante esto, el tribunal señala que la controversia se centra en:

- La determinación de la existencia o no de una relación jurídica contractual entre las partes, para ello señala que no solo se debe centrar en determinar las voluntades documentadas sino a los actos ejecutados, como uno de los telex que pone en evidencia la existencia de acuerdos firmes, en lo que atañe a su contenido y decisión de las partes de suscribir el contrato de representación cuando la demandante hubiera cumplido sus tres prestaciones,

poniendo fin a las tratativas existentes; en el mencionado telex Daimler Benz expresa su conformidad con proyectos de instalaciones, sugiere la compra adicional de un terreno de quince mil metros y la edificación de dos mil metros cuadrados e indica que enviará determinados planos de edificación, agregando textualmente que la firma definitiva del contrato sólo dependía de la edificación y construcción, según sus conceptos de planos, para lo cual enviaría actores para su revisión. De ello se colige que ambas partes tienen deberes de cumplimiento recíproco.

El tribunal considera que las partes ya se encuentran de la órbita contractual, poniendo fin a las negociaciones, de modo tal que no se puede estar en un ámbito de la responsabilidad extracontractual; sin perjuicio de continuar con las negociaciones. El tribunal señala que, no es dable sostener responsabilidad extracontractual ni culpa precontractual o *in contrahendo*, ya que el telex y las conductas posteriores revelan que las partes ya habían contraído ciertas obligaciones recíprocas de preceptiva observancia "conducentes al contrato definitivo".

El Tribunal ordena a Daimler Benz el pago de \$216 121 (dólares americanos) por gastos inmobiliarios, \$ 518 300 (dólares americanos) por capital paralizado, \$900 000 (dólares americanos) por lucro cesante, \$ 50 000 dólares para cada uno de los demandantes por daño personal y moral y \$ 200 000 por pérdida en la operación con el grupo Lohmann.

De la exposición de los hechos se vislumbran distintas aristas, que deben ser tratadas de manera singular; y nos parece idóneo comenzar por la naturaleza jurídica del vínculo y la naturaleza que éste tenía:

El tribunal sobre el particular afirma la existencia de un vínculo contractual en el extremo que dice que:

"... [Q]ue igualmente consta a fojas doscientos diecinueve el télex y su traducción oficial de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos por el cual la firma Daimler Benz confirma las conversaciones

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

La importancia de determinar cuál es la naturaleza de este vínculo que une a ambas partes, radica en el plazo que las partes deben observar para la presentación de la demanda, y el tribunal parece entender que si durante las negociaciones, las partes deciden ejecutan determinadas actividades, con miras a un cumplimiento de las expectativas que se tienen entre sí, bastaría para suponer un vínculo contractual.

Nosotros, como lo venimos diciendo, consideramos que en la etapa de negociaciones propiamente no podemos afirmar la existencia de un vínculo contractual, pues un vínculo contractual propiamente dicho no tiene una presencia antes de la emisión de la oferta final y definitiva, más aún si tenemos en cuenta que:

La contratación más importante en materia civil y comercial, la más importante operación financiera o económica, las más grandes empresas del mundo moderno, que involucra vínculos contractuales importantes y complejas, tienen a menudo largos y laboriosos periodos de preparación,

de discusión, de intereses y de proyectos. Realizada y concretada la propuesta y comunicada para su aceptación; se determina el momento decisivo, en la cual el contrato o debe perfeccionarse, mediante la aceptación de la propuesta, o no debe realizarse. (Faggella 1906: 272)

A lo largo de este trabajo de investigación se ha venido afirmando que antes de que ambas partes se vinculen contractualmente, las negociaciones no dan origen a un vínculo de carácter obligacional. Más aún, todos aquellos actos que las partes realicen en el desenvolvimiento de las tratativas, quedarán comprendidas en las negociaciones, pues estas se realizan con miras a perfeccionar una futura oferta y su consecuente aceptación. Por lo mismo, creemos que el tribunal erró en este extremo, y además trastoca los hechos al punto de confundir la negociación, tomándola como oferta.

“que cuanto al fondo de la materia controvertida demandante y demandado están de acuerdo, que ante la oferta de representación, que efectuó la primera y acepto la segunda tuvieron tratativas”.

Sin embargo, no podemos ser indiferentes al problema que acarrea la asunción de la teoría que propugna la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, esto en vista que si concibiéramos una postura tal en nuestro ordenamiento jurídico, también tendríamos que entender que los plazos prescriptorios serían los señalados por la ley (dos años), y en el caso que analizamos, si hubiera operado la excepción de prescripción.

Lo anterior no es motivo, para que la judicatura no tome una postura clara en torno al problema, dicho de mejor manera, si los jueces desde ya tomasen una sola línea de pensamiento en cuanto a la institución; las partes, que son precisamente los interesados en este tipo de procesos, sabrían exactamente cómo actuar ante un caso similar. Claramente en el proceso que analizamos el tribunal confunde situaciones, posturas y sobre todo, confunde a las personas.

En otro extremo de la sentencia, parafraseando, el tribunal dice que este vínculo que se instaura entre ambas partes no puede, sino tener naturaleza contractual pues ambas partes se comprometían a ciertas obligaciones necesarias para la firma del contrato, y que de ello resulta que se está ante un contrato base. Creemos que, tanto los contratos base como los contratos de formación regular, tienen un carácter contractual innegable, pues estos nacen para vincular a las partes desde el inicio, con el consentimiento y conocimiento que ambas partes tienen del mismo, no se pretende negociar en este tipo contractual, sino se busca la redacción de cláusulas base de un mismo contrato.

Por otro lado, en las negociaciones, las partes pueden prometerse recíprocamente el cumplimiento de condiciones que hagan viables un futuro contrato, y como ya se dejó dicho, buscando y perfilando la oferta final que se presentara para su aceptación o denegación.

Existe otro aspecto que avala la posición que venimos sosteniendo, el tribunal deja en claro que ambas partes se plantearon cinco puntos sobre los cuales discurrirían las tratativas, en las cuales ambas se repartían compromisos que se debían cumplir para establecer un soporte en la celebración y ejecución del contrato. Tres de estos puntos ya los señalamos en el relato del caso; los cuales eran de cumplimiento de los inversionistas peruanos, y que efectivamente cumplieron; de los dos últimos puntos, se ampara el tribunal para señalar que se puede desprender una voluntad de contratar de ambas partes.

Estos últimos puntos, eran el de la exclusividad que Daimler Benz otorgaría al grupo de inversionistas peruanos sobre las ventas a las entidades del Estado sin restricción alguna, posteriormente Daimler Benz mediante télex, varia este punto en referencia de solo otorgarles la exclusividad del aprovisionamiento a las entidades estatales encargadas de la defensa nacional, exclusividad que duraba tres años, de lo cual podemos desprender que efectivamente existen negociaciones donde ambas partes pueden ofrecer y retirar ofrecimientos. No entendemos, como el tribunal a raíz de

esta afirmación pudo extraer una voluntad de vincularse contractualmente entre las partes.

Sobre el punto quinto, que se reputa también de cumplimiento de Daimler Benz, se estableció la obligación de informar sobre repuestos y otros puntos importantes; no entendemos cómo se pueda aducir que este punto no fue cumplido por Daimler, toda vez, que esta obligación de informar no requiere ser pactado expresamente, pues surge del *neminem laedere* (contenido en el artículo 1969 del C.C.).

Finalmente, nos detendremos sobre el monto que se concedió por concepto de resarcimiento. Se solicitó la reparación del daño emergente, daño moral, daño económico y lucro cesante por los ingresos dejados de percibir durante cinco años. La decisión de los juzgadores al reconocer un vínculo jurídico, y el incumplimiento del mismo, trae consigo muchas consecuencias, como la opción de resarcir el daño al interés positivo, y más peligroso aún, reconocer la existencia de un contrato, con todo lo que implica esto, sobre la base de negociaciones.

Como propusimos antes, de ser el caso de la aplicación de la responsabilidad precontractual, seremos capaces de tener en claro que el interés que se busca resarcir es el interés negativo, que comprende todos aquellos gastos que las partes hayan desembolsado con miras a la celebración de un contrato futuro; así como, el resarcir el daño de manera integral. Puesto en práctica en el caso que se relata, tendremos que lo más justo, lógico y coherente era otorgarles por concepto de resarcimiento por daño al interés negativo, todo lo que los inversionistas peruanos hayan podido desembolsar, y dejarlos en la posición en la que estaban si no hubieran entablado tratativas con Daimler Benz.

3. Los *preliminary agreements* y la eficacia de la resarcibilidad del daño. ¿Está preparado el Derecho peruano?

Hasta este punto hemos intentado exponer, cuál es la situación actual de la responsabilidad precontractual en el Perú, y como ya lo hicimos notar, aún

la judicatura es renuente a aplicar esta teoría a nuestro medio jurídico. Sin embargo, también es necesario buscar alternativas ante la inaplicación de la responsabilidad precontractual en nuestra realidad; esto en razón a que, a pesar que aún la jurisprudencia no ofrece luces sobre el tema en concreto, no podemos cerrar los ojos a que en la actualidad y en general en todo momento los sujetos, que buscan regular sus intereses y cubrir sus necesidades, entran constantemente en negociaciones. Ante esta situación, si llegasen a sufrir daños en esta etapa previa, y viendo cual es el estado actual de la responsabilidad precontractual en el Perú, muchas veces estos casos se quedarán en el desamparo.

Acorde a lo señalado, es momento de desarrollar una cuestión actual en otras realidades, y que de alguna forma, busca dar solución a los inconvenientes que describimos. La experiencia más concreta, es la del *common law* (propiamente la realidad Estadounidense), que en un marco de libertad plena y de construcciones legislativas de origen jurisprudencial, permite a las partes tratantes regular sus propios intereses previo a la celebración de un contrato final.

En esta línea de pensamiento tenemos que, las partes inmersas en negociaciones siempre buscarán satisfacer sus necesidades y por lo mismo, arribar al acuerdo final (celebración del contrato), sin contar que puedan tropezar con ciertos obstáculos antes de llegar a la meta que poseen en común. Estos obstáculos pueden ser divididos en dos: "El primero es simplemente el tiempo necesario para negociar y elaborar del contrato lo cual está, en alguna extensión dentro del control de las partes; el segundo, es el tiempo necesario para aguardar acontecimientos externos tales como la acción de terceros, sobre los cuales las partes pueden tener poco o ningún control" (Farnsworth 2004: 98)

Ante estos obstáculos, las partes dotadas de autonomía privada y libertad contractual, optan por regular sus intereses, evitando externalidades, para lo cual optan algunas veces por figuras que remplacen la seguridad que la ley no les otorga, en razón a que ambas se encuentran negociando en

busca de un fin concreto y en lo posible sin tener ninguna afectación económica. Precisamente, a estas construcciones se les denominan: "*preliminary agreements*" (acuerdos preliminares) de los cuales se pueden rescatar dos.

El primer tipo de *preliminary agreements* es el "Acuerdo con términos abiertos", el cual se utiliza en su mayoría, cuando las partes necesitan realizar negociaciones adicionales; pues, pueden estar inmersos en negociaciones sobre puntos específicos, pero que necesiten, ponerse de acuerdo sobre cuestiones adicionales. Por lo mismo, prefieren firmar un acuerdo con términos abiertos, y así comprometerse a llevar a cabo el negocio principal, incluso si las partes, no llegan a coincidir sobre los términos abiertos.

Además, como señala Farnsworth, estos acuerdos con términos abiertos, imponen a los tratantes "una obligación general de *fair dealing* en la negociación de los términos abiertos" (Farnsworth 2004: 103)

Otro tipo de acuerdos preliminares, es el "Acuerdo para negociar", que implica que las partes se imponen mutuamente, el deber de negociar acorde al *fair dealing*, sin embargo, se diferencia del anterior, en que, si las partes no llegan a concluir con el contrato final, no existirá ningún acuerdo.

La exposición realizada no sería suficiente si solo se queda en la enunciación de figuras tipo utilizadas en otras experiencias, lo correcto será por lo tanto, buscar un sustento legal que permita su aplicación en la realidad nacional.

Se dirá entonces que, podemos hacer uso de los *preliminary agreements*, a la luz del ordenamiento peruano, sobre la base de la autonomía privada de la voluntad, por medio de la cual las partes tienen plena libertad para regular sus propios intereses. Fijándose como únicos límites el orden público y las buenas costumbres.

Por lo mismo, es innecesario negar el poder y libertad que tienen las partes para regular por sí mismas, sus intereses, celebrando para ello, acuerdos destinados a protegerse ante posibles contingencias, e incluso ante un futuro incumplimiento de estos acuerdos.

Lo que debemos rescatar, son los beneficios que en un sistema del *civil law*, como el nuestro, traería consigo. Pues, si los negociantes se celebran este tipo de acuerdos, estamos ante la posibilidad que se regulen ciertas contingencias, desde el tiempo en el que se desarrollaran las tratativas, que pudieran ocurrir producto de las negociaciones, así como penalidades en casos de incumplimiento de estos acuerdos preliminares. Cabe precisar que, el carácter contractual de este tipo de acuerdos protege a los negociantes ante posibles comportamientos contrarios a los deberes precontractuales.

Es necesario precisar también que se deben de respetar “[...] en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación.” (Pantaleón 2011: 905)

Después de haber desarrollado los criterios necesarios para que los sujetos que se encuentran dentro de un sistema regido por el *civil law*, como en el caso peruano puedan hacer uso de estos acuerdos preliminares; podemos concluir con que no es necesario que exista norma expresa, ni tipos legales rígidos, para poder utilizar y regular sus propios intereses, aún en la etapa de las negociaciones, pues la autonomía privada de los sujetos les permite crear figuras contractuales que se acoplen a sus necesidades. Esto siempre que, no se contravengan normas imperativas, ni el orden público.

Para culminar con lo hasta aquí desarrollado, es justo recordar que el incumplimiento de estos *preliminary agreements* daría lugar a un resarcimiento por responsabilidad contractual, al tener estos acuerdos una naturaleza contractual; y quizás en este punto resurja la duda sobre la relación que tiene el desarrollar este punto con la responsabilidad precontractual, por lo mismo se dirá que nuestra voluntad es la de buscar la

protección integral de los sujetos en la etapa de negociaciones, máxime si aún no tenemos una aplicación práctica de la responsabilidad precontractual en nuestro medio.

4. ¿Es necesario implementar una regulación expresa de la responsabilidad precontractual?

La discusión sobre la conveniencia práctica de optar por cláusulas normativas generales, o, por el contrario, optar por un sistema de regulación específica sobre la responsabilidad precontractual en el Perú, nos lleva a preguntarnos qué solución sería la más conveniente a nuestra realidad.

De un lado, se reconocen voces, que elogiando a las cláusulas normativas generales y a su fructuosa elasticidad, proponen que bastaría con un desarrollo jurisprudencial acorde a nuestra realidad jurídico-social, una relación de interdependencia. Por la cual, los jueces puedan utilizar las normas en razón del contexto social que se observe en un determinado momento. Lo que supone, una continua adaptación de la norma a los cambios sociales.

Las reglas son preceptos normativos que diferencian la conducta legal de la ilegal, de manera sencilla y clara. Mientras que los estándares son criterios jurídicos generales (cláusulas generales), que requieren la toma de decisiones judiciales. Por ejemplo, regla: un límite de velocidad cuya infracción conduce a una multa de 100, estándares: una cláusula general que establece que los conductores de automóviles deben "conducir con cuidado", cuya violación lleva a dañar la compensación.

La buena fe, preceptuado en el art. 1362 de nuestro código civil, es una cláusula normativa general o estándar, pues establece que las partes deben comportarse de acuerdo a la buena fe en la negociación, celebración y ejecución del contrato. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula

general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos («buena fe») o criterios sociales («usos del tráfico») no positivizados, sino metajurídicos. (Wieacker 1982: 32-33)

Asimismo, otra cláusula normativa general, que se puede citar, es el artículo 1969 de nuestro código civil, que regula el deber general de no causar daño a otro. Una y otra cláusula general, citadas, han tenido una aplicación distinta, mientras que la primera, como vimos anteriormente, ha sido mal entendida por los operadores jurídicos; la segunda no ha tenido mayores adversidades en su aplicación.

El problema surge al momento de determinar qué aplicar en cada sistema jurídico. Una de las ventajas de la aplicación de reglas es que facilita la administración de justicia, en el sentido que se tienen parámetros que se deben seguir de manera general en todos los casos; mientras que en el caso de los estándares se puede conducir fácilmente a contradicciones al momento de administrar justicia, cuando los magistrados no estén preparados para aplicar los estándares en cada caso en concreto.

Schafer, nos dice que la aplicación de estándares es conveniente en países desarrollados, mientras que en países en vías de desarrollo, como es nuestro caso, es más conveniente aplicar reglas, pues estas ayudan a reducir las demoras judiciales, ya que los estándares conllevan a decisiones complejas, se puede reducir la corrupción, pues al crear lineamientos fijos es difícil que los jueces se aparten de lo regulado. (Schäfer 2002:1-31).

Por otro lado, también existen comentarios, que arremeten contra el uso de las cláusulas normativas generales, asegurando que sólo se promueve una debilitación del derecho. Bajo esta postura, el legislador dejaría de lado su labor principal, desatendería los conflictos socios jurídicos, y obligaría a los jueces a tomar decisiones enmarcados en medio de intereses políticos y de presión política (Wieacker 1982: 31). Lamentablemente, en la realidad peruana se reafirma lo señalado líneas arriba; pues el desarrollo de la función judicial se ve afectada seriamente por problemas de corrupción. Si

bien es cierto que la mejor opción sería la regulación expresa de la responsabilidad precontractual, creemos que no se puede dejar de aplicar esta institución jurídica por falta de un precepto normativo de ese tipo; ya que podemos superar este problema con la aplicación de la normatividad vigente.

Es necesario que nos expresemos en referencia a lo que es más conveniente en el caso peruano, y así tendríamos dos opciones, una que es la modificación del código, implementando reglas específicas, que en buena cuenta, es lo más afín en un contexto social como el nuestro. Sin embargo, se puede suplir la carencia de esta norma con la aplicación de las cláusulas normativas generales o estándares, ya presentes en nuestro código civil; como es el caso del artículo 1969, que contempla el deber general de no causar daño a otro; a través de este precepto normativo se puede aplicar, sin ningún inconveniente, la responsabilidad precontractual.

La tarea, recaería entonces, en la difusión y correcta comprensión del uso de los deberes precontractuales y en su caso, de los *preliminary agreements*, según los recursos con los que cuenten los privados; de tal manera que no se deje sin amparo los intereses que tienen los sujetos que se encuentren en negociaciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Diversos han sido los enfoques que se han brindado a la responsabilidad precontractual, desde el nacimiento de la institución como tal, con la famosa obra de Rudolph Von Jhering, quien hacía notar ya en la época en la que le tocó desarrollar su pensamiento, que en la etapa previa a la formación de los contratos, existía posibles vicios o errores que podían generar la nulidad de un contrato por la creencia de su validez, la ruptura injustificada de las tratativas, y otros aspectos que veía relevantes al momento de enfocar su postura. Momento del cual se pasó a diversificar y desarrollar la institución hasta llegar a nuestra realidad jurídica.

SEGUNDA. La buena fe que regula el artículo 1362 de nuestro código, es entendida en su acepción objetiva, es una cláusula normativa general que permite a los jueces desarrollar su contenido de acuerdo al contexto y al caso concreto, además esta cláusula normativa general privilegia el actuar conforme a la lealtad de los sujetos, aún en la etapa de las tratativas. Sin embargo, creemos que el simple concepto de buena fe, como fundamento de la responsabilidad precontractual, es insuficiente, porque hasta la fecha, desde la entrada en vigencia del código civil, no se ha visto desarrollo sobre la responsabilidad precontractual fundado en el artículo citado. 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 dónde surgirían también deberes precontractuales, que guíen el actuar de los negociantes y cuyo quebrantamiento da lugar a la responsabilidad precontractual.

TERCERA. El concepto de responsabilidad precontractual que en la actualidad mayoritariamente se acepta, es aquella que la concibe como protectora de los interés de los tratantes inmersos en negociaciones, de dónde surja una obligación de resarcimiento en cabeza de quien ha lesionado a su contraparte. Cabe resaltar que esta responsabilidad está presente en nuestro sistema jurídico, aunque no exista norma específica sobre el tema, pues al tener un artículo que no es correctamente entendido ni aplicado (1362), siempre se prefiere su reconocimiento, al margen de la deficiencia legislativa que se presente, se deberá buscar alternativas que los sujetos puedan aprovechar para proteger sus intereses. Sin embargo, no es el único precepto que el legislador peruano, con intención o sin ella, ha importado de otras realidades y en donde se hace alusión a las etapas previas al contrato, entre ellos podemos citar los artículos 201°, 207°, 211° del código civil que constituyen otros

supuestos en los que se reconoce la posibilidad de resarcir los daños sufridos u ocasionados en la etapa de las tratativas.

CUARTA. La responsabilidad precontractual tiene una naturaleza extracontractual, pues si bien existen posiciones que propugnan una naturaleza contractual –fundadas en la idea del *contacto social* – e incluso existen quienes opinan que la responsabilidad precontractual vendría a constituir un *tertiun genus* diferente a las anteriores, con sus propias características y requisitos. Fundamos esta posición en razones de orden teórico como práctico; pues nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de indemnizarlos daños que se originen de manera integral a través de los artículos que abordan los criterios para la cuantificación del resarcimiento, como lo regulado en el art. 1969.

QUINTA. En el análisis jurisprudencial y comparativo que se realizó se tiene que, se puede observar que esta figura es ampliamente recibida y desarrollada en ordenamientos foráneos como el colombiano, chileno y argentino, códigos que sin contar muchas veces con normas específicas como nuestro ordenamiento jurídico, amparados en cláusulas normativas de buena fe han tenido un desarrollo jurisprudencial importante. Sin perjuicio de lo cual, en la realidad peruana no se encuentran aún resoluciones judiciales que hayan abordado el tema de la responsabilidad precontractual.

SEXTA: Finalmente, creemos que la modificación del código, implementando reglas específicas, que en buena cuenta, lo más afín en un contexto social como el nuestro; conlleva a que se originen costos muy altos, que hace ineficiente esta opción para nuestra realidad y momento en el que vivimos. Pues la modificación de un código necesita invertir muchos recursos que a la larga resultan siendo más costosos, por lo tanto, es mejor solo aconsejar que en el momento que se trabaje sobre la modificación del código civil, se piense que para una realidad como la nuestra, es preferible regular en base a reglas o criterios fijos. Por ello, la tarea recaería entonces, en la difusión y correcta comprensión del uso de los deberes precontractuales y en su caso, de los *preliminary agreements* según los recursos con los que cuenten los privados, y sus expectativas con el futuro contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ALPA Guido,
2006 Nuevo tratado de la responsabilidad civil / ed., tr. y notas de Leysser L. León; con un estudio preliminar de Alessandro Somma. Jurista Editores, Lima.
- ARIAS Humberto,
2011 Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería. Universidad Javeriana. Bogotá.
- AVENDAÑO V. Jorge,
2009 Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. PUCP Fondo Editorial, Volúmen II. Lima.
- BENATTI Francesco,
1963 La responsabilità precontrattuale. Milano.
- BESSONE Mario,
1991 Enciclopedia Giuridica. Istituto della Enciclopedia Italiana. Voz: Buona fede. Bessone Mario e D'Angelo Andrea, Fondata da Giovanni Treccani. Roma.
- BIANCA, Massimo,
1993 Diritto Civile 4: Le Obligazione. Giuffrê, Milano.

BIANCA, Massimo.

2007 Derecho Civil 3. El contrato. Traducción de Fernando Hinestroza y Édgar Cortez. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BRECCIA Umberto y otros,

1992 *Derecho Civil. Hechos Jurídicos y Actos Jurídicos*, Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia.

BULLARD Alfredo,

2000 La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo. Contratación contemporánea: teoría general y principios. Palestra-Lima; Temis-Bogotá.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo,

2006 Diccionario enciclopédico de derecho usual. Heliasta, Buenos Aires.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio

1995 El Ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Nm. 628, Mayo - Junio 1995. Universidad de Alicante

<http://vlex.com/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237>

- CALVO Caravaca,
2012 Derecho del comercio internacional. Colex, Madrid.
- CORSARO Luigi,
2002 Neminem Laedere y derecho a la integridad. Proceso & justicia -- No. 3 (2002).
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel,
2000 "La fuerza de la buena fe", en Instituciones de derecho privado, Contratación Contemporánea, Teoría general y principios, Palestra Editores y Editorial Temis, Bogotá.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
1991 El Contrato en General. PUCP Fondo Editorial, Tomo II. Lima.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
2003 El Contrato en General. Palestra Editores. Lima.
- DE MARTINI
1949 Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo.
- DIEZ PICAZO, Luis
2011 Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato. Editorial Thomson Reuters. Madrid.

- DOMAT Jean,
1844 Las leyes civiles en su orden natural. Traducción de Felio Villarrubias y José Sardá. Imprenta de José Taulo. Barcelona.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy
2004 Apuntes sobre la Responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil Peruano). Themis N° 49.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2013 La responsabilidad civil precontractual. Derecho de la responsabilidad civil séptima edición. Rodhas, Lima.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2014 El Principio de Buena Fe, Revista ADVOCATUS N° 124
- FAGGELLA Gabriele,
1906 Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento -- Napoli : L. Pierro,
- FAILLACE Stefano,
2014 Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social. Traducción realizada por Joseph Mejía Guevara. Revista ius et veritas, N° 48, Julio 2014. Lima.

FARNSWORTH, E. Allan

2004 Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones. *Thémis* -- Época 2, no. 49.

FERRI, Luigi,

2004 Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil, traducción de Néivar Carreteros Torres, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

FRANZONI Massimo,

2004 La buena fe y la equidad como fuentes de la integración del contrato. En: *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del código civil italiano (1942-2002)* selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores. Lima.

GALGANO Francesco,

1993 *Diritto civile e commerciale*, Tomo II, volumen 1. Padua.

GALLO Paolo,

2006 *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*. En *Studi in onore di Checere Massimo Bianca*. Giuffrè tomo IV, Milano.

- GARRO Alejandro,
2012 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010 UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; [bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, en colaboración con Javier Mauricio Rodríguez Olmos y Pilar Perales Viscasillas]. Las Rozas, La Ley. Madrid.
- GASCÓN Marina,
2003 La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales / Alfonso Jaime García Figueroa. Palestra, Lima.
- GROTIUS Hugo,
1625 Del derecho de presa; Del derecho de la guerra y de la paz: textos de las obras "De Iure Praedae" y "De Iure belli ac Pacis" / tr., introd. y notas de Primitivo Mariño Gómez. Centro de estudios constitucionales, 1987 Madrid.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW,
1995 *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*. International Institute for the Unification of Private Law and Alejandro Miguel Garro. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma: UNIDROIT

JOSSERAND Louis,

1950 Derecho civil. Revisado y completado por André Brun;
Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch Tomo
II Volumen 1, Buenos Aires.

KRONMAN Anthony,

2004 Error, deber de revelar información y derecho de contratos.
Thémis -- Época 2, no. 49

LARENZ Karl,

1958 Derecho de obligaciones, traducción de Jaime Santos
Briz, Tomo I, editorial revista de derecho privado,
Madrid.

LEÓN, Leysser L.

2004 El sentido de la codificación civil: estudios sobre la
circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el
código civil peruano / pról. de Paolo Grossi. Pie de Imprenta:
Lima: Palestra

LEÓN Leysser L.

2004 En la negociación de los contratos apuntes comparatísticos
sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto
papel como fundamento de la responsabilidad
precontractual. Thémis -- Época 2, no. 49. Lima

LEÓN, Leysser L.

2007 La Responsabilidad Civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Jurista Editores, Lima.

LEÓN, Leysser L.

2004 Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del código civil italiano (1942-2002) selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores. Lima.

LOHMANN Guillermo,

2003 Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica, 2003 Lima.

LUCARELLI Francesco,

1983 Diritti civili e istituti privatistici / contributi di : Ernesto Briganti, Mario Ciancio e Luigi Russo. Padova, Milani.

MARTÍNEZ, Gema Tomás

2010 Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa In Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Ensayos Año 17 - N° 1, 2010.

MENDIETA, Jaime

2011 REVISTA de – Mercatoria Volumen 10, Número 2 (julio – diciembre 2011) Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial La Culpa In

Contrahendo. Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir

2006 La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares y su Relación Jurídica Prenegocial, En El Derecho Europeo Continental. "Estudios en derecho privado" de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas Bogota.

MONATERI, Pier Giuseppe,

2004 "La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano", en Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima.

NAJARO DE LA CRUZ, Rafeal

2000 Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía

2010 La Buena Fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforme a buena en materia contractual. Universidad Externado de Colombia.

PANTALEÓN, Fernando

2011 Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código latinoamericano de Contratos Catedrático de Derecho civil Universidad Autónoma de Madrid

PATTI Salvatore,

1993 Responsabilità precontrattuale e contratti standard. En el código civil comentado, dirigido por Schesinger. Milano.

POTHIER

1761 Tratado del contrato de compra y venta. Traducido al español. Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, Barcelona.

PUFENDORF Samuelis,

1672 *De jure naturae et Gentium libri octo*. Traducción al inglés Frank Furt 1684.

PUIG BRUTAU José,

1978 Fundamentos de Derecho Civil. Teoría General del Contrato. Bosch, Barcelona.

PUIG BRUTAU, José,

1981 Introducción al derecho civil. Bosch, Barcelona.

ROPO, Vincenzo.

2009 El contrato, traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto

2011 *El Deber Precontractual de Información*, Universidad Externado de Colombia. En Homenaje A Mariano Uzcátegui Urdaneta. Bogotá.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones (BÜRGERLICHES GESETZBUCH Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo

2011 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE GABRIELE FAGGELA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. Revisitando (o reconociendo) a un clásico. El presente texto es una versión revisada del texto publicado en la Revista peruana de Derecho privado, año I, núm. 1.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo

2009 La responsabilidad precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional. El presente ensayo es una actualización del trabajo publicado en la revista *Ius et veritas*, año XV, núm. 31, 2005.

SALGADO Catalina,

2012 Consideraciones Históricas Acerca de la Responsabilidad Precontractual Antes de Rudolf Von Jhering: Aproximación Doctrinal. Revista de Derecho Privado, No. 22. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=3196&path%5B%5D=2833> Visto 10 de Mayo de 2014 a las 03:40 a.m.

SCOGNAMIGLIO, Claudio

2011 Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale. Giurisprudenza responsabilità precontrattuale.

SCOGNAMIGLIO, Renato.

1996 Teoría general del contrato, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogota.

SCHÄFER Hans-Bernd,

2002 Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have More Precise Legal Norms? UNIVERSITÄT HAMBURG. Institut für Recht und Ökonomik.

VECCHIO Giorgio del,

1979 Los principios generales del derecho / tr. y apéndice por Juan Ossorio Morales, prólogo de Felipe Clemente de Diego. Bosch, Barcelona.

VON JHERING Rudolf,

1860 Della culpa in contrahendo ossia del resarcimento del danno nei contratti non giunti a perfezione. El ensayo ha sido traducido del alemán al italiano, por Federico PROCCHI, Jovene Editore, Napoli, 2005.

WIEACKER Franz,

1982 El principio general de la buena fe, traducción de Jose Luis Carro, editorial Civitas, Madrid.

CUERPOS LEGALES:

El Código Civil Peruano y El Sistema Jurídico Latinoamericano

1986 Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985 organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (CASSLA). CULTURAL CUZCO S.A. LIMA-PERU 1986

CNUDMI

2010 Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Naciones Unidas Nueva York.

Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, dirigido por el profesor Gandolfi. 2001.

BGB, Alemán.

Codice Civile Italiano <http://vlex.com/vid/codice-civile-41302168>

Código Civil de Italia de 1942. Traducción De Rómulo Morales Hervias

Código Civil de Portugal <http://vlex.com/vid/codigo-civil-469036>

Código Civil Peruano de 1984

Código Civil Peruano de 1936

Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, 2009.

Código Civil Francés de 1804

Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción, Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés Libro III, Proyecto dirigido por el Profesor Catalá, títulos III y XX. Traducción de Fernando Hineirosa, Universidad Externado de Colombia 2006.

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducido por Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos

http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/PECL%20spanisk/PrincipiosIandII.doc