

Actualidad de Jhering

La Responsabilidad por el Daño a la Confianza en Haber Celebrado un Contrato Regular

Leysser L. León*

El artículo que a continuación presentamos aborda el tema de la responsabilidad precontractual y la problemática de reducir su alcance a la ruptura injustificada de las negociaciones que darían origen a la formación del contrato.

El autor destaca los casos en los que el contrato no llega a perfeccionarse por existir algún vicio de la voluntad que conducirían a la nulidad del contrato; entre ellos, el error, cuando es esencial y conocible por la otra parte; y la representación sin poder. Ante estas situaciones se presenta por un lado la parte "culpable" cuya conducta podría ir desde la inducción al error hasta el desconocimiento del mismo por su falta de diligencia; y por otro lado, está aquella que confió en la validez del contrato y quien sufre los daños del no perfeccionamiento del mismo.

Este artículo encierra una crítica a nuestro Código Civil por la ausencia de reglas expresas que establezcan un régimen para el resarcimiento de estos daños.

Contenido: 1. Introducción al tema.- 2. El pensamiento de Jhering y la redacción del Código Civil alemán. 3. La acogida de las ideas de Jhering en la doctrina y codificación civil italianas.- 4. Un caso italiano de responsabilidad del *falsus procurator*.- 5. El resarcimiento de los daños precontractuales a la confianza en el Código Civil Peruano.

1. Introducción al Tema

Uno de los errores a los que conduce, irremediamente, la asociación, tan constante cuanto irreflexiva, de un sector jurídico con un solo problema, es la reducción del campo visual del estudioso. Una "problemática", osea, una gama de problemas, queda reducida a "un" problema.

Éste, ni más ni menos, es el error de perspectiva en que se incurre, por lo menos entre nosotros, al analizar la responsabilidad *in contrahendo*, desde siempre

asociada con "el" problema exclusivo de la ruptura injustificada de los tratos previos al contrato.

Para ilustrar las graves consecuencias de esta irregularidad recordaré uno de los argumentos con los cuales se ha pretendido fundamentar, de modo global, la responsabilidad precontractual. Me refiero a la propuesta –de origen francés e importada a Latinoamérica por un desinformado sector de la doctrina argentina– del abuso del derecho como explicación adecuada del sentido y alcances de esta variante de la responsabilidad civil. Según se afirma, el abuso del derecho y el ejercicio antifuncional de un derecho, serviría de base a la pretensión resarcitoria del damnificado en la fase previa al contrato.

Este enunciado forma parte de aquel discurso, mucho más exagerado, pero no menos desatendible, según el cual el abuso del derecho constituye un "factor de atribución"¹ –como erradamente se suele anotar–

* Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Complutense de Madrid (España). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia).

¹ Como ejemplo de esta terminología, desacertada y peligrosamente arraigada entre nosotros, basta y sobra con citar el volumen de ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1ª. ed. (1995), 2ª. reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 158, 179 y ss., 689. Allí se señala que el "factor de atribución" es "una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo (culpabilidad) u objetivo". Véanse mis críticas en: LEÓN, Leysser L., "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano", en *Revista jurídica del Perú*, año LV, núm. 63, 2005, p. 110.

“autónomo” y “objetivo”², equiparable al dolo, la culpa, el riesgo, la garantía, etc.

Semejantes elucubraciones pierden todo sustento, como bien se advierte que los daños que pueden producirse en la fase precontractual no tienen como origen, necesariamente, la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

En efecto, fuera de lo inaceptable del esquema de los “factores de atribución”, al que nos ha malacostumbrado una nociva dependencia cultural, resulta sorprendente comprobar que en el propio medio argentino ya se ha advertido, hace años, que la propuesta de aplicar la teoría del abuso del derecho para fundamentar la responsabilidad precontractual, a pesar de su apariencia “seductora”, no resiste un “análisis más profundo de la cuestión”³. La razón que se aduce en este punto es que “los casos de responsabilidad *in contrahendo* por actos nulos o anulables, los cuales constituyen un capítulo muy importante de dicha teoría, no encuentran explicación suficiente en la doctrina del acto antifuncional”⁴.

A la superación de la visión miope de la responsabilidad precontractual ya ha contribuido parte de nuestra doctrina⁵. El resarcimiento de los daños producidos por la confianza en haber celebrado un contrato válido representan, indudablemente, un importante sector de la responsabilidad civil, el cual corre el riesgo de permanecer en la sombra, en el medio nacional, debido, no sólo a la escasa atención de nuestros estudiosos, sino, por encima de todo, a la ausencia de una regla expresa en el Código Civil que establezca el carácter resarcible de estos daños.

Naturalmente, un vacío legal como el indicado no es obstáculo para la propuesta de una solución equivalente a la que rige en ordenamientos jurídicos de avanzada,

con mayor o menor influencia en el Perú, como el alemán y el italiano. En dichas experiencias, los jueces no dudan al momento de conceder resarcimientos a aquellos que, sin incurrir en culpa, están seguros de ser parte de un contrato firme, el cual, sin embargo, termina siendo afectado por alguna patología estructural o funcional.

Este supuesto de responsabilidad precontractual está históricamente ligado –es obligatorio conocerlo– con un famoso estudio de Rudolf von Jhering (1818-1892), publicado en el cuarto volumen de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1860): “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfection gelangten Verträgen*”, es decir, “*Culpa in contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse”.

La reciente traducción italiana de esta obra⁶, a cargo de mi apreciado amigo romanista Federico Procchi, docente de la Universidad de Pisa, me ha animado a redactar estos apuntes, en los cuales me he propuesto el modesto objetivo de demostrar la sorprendente actualidad del pensamiento de Jhering en el problema analizado⁷, y de reafirmar, a la vez, el fundamental papel que la doctrina desempeña en la forja de soluciones o “modelos de decisión” para concretas situaciones de conflicto⁸.

2. El Pensamiento de Jhering y la Redacción del Código Civil Alemán

Cuando se elaboró el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil alemán (BGB), hacia fines del siglo XIX, la citada obra de Jhering tenía varios años de publicada⁹. Si se tiene en cuenta, además, que normas aplicables a los daños producidos en ocasión de la celebración del contrato o por contratos nulos que se suponían

2 Esta es la posición de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 119 y ss.

3 Son expresiones de BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 67.

4 BREBBIA, *loc. ult. cit.*

5 En orden cronológico: HARO SEIJAS, José Juan, “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”, en *Advocatus*, nueva época, núm. 7, Lima, 2002, p. 134, nota (32); PRIORI POSADA, Giovanni, *Comentario sub art. 161*, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 703; ESCOBAR ROZAS, Freddy, “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)”, en *Thémis-Revista de Derecho*, 2ª. época, núm. 49, Lima, 2004, pp. 153 y ss.; LEÓN, Leysser L., “La buena fe en la negociación de los contratos. Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, en *Thémis-Revista de Derecho*, 2ª. época, núm. 49, Lima, 2004, pp. 127 y ss., especialmente, pp. 137 y ss.; y más recientemente: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, “La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional”, en *Ius et Veritas*, año XV, núm. 31, Lima, 2005, pp. 155 y ss. En el lado opuesto se ubica quien, comentando nuestra legislación, pasa por alto esta especie de la culpa *in contrahendo*, y contribuye, así, a perpetuar su desconocimiento en el medio peruano: PÉREZ GALLARDO, Leonardo P., *Comentario sub art. 1362*, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 131 y ss.

6 JHERING, Rudolf von, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traducción del alemán y nota de lectura de Federico Procchi, Jovene, Nápoles, 2005, 239 p. La obra ha aparecido como volumen 90 de la colección *Antiqua*, dirigida por Luigi Labruna, en la cual ya había sido publicada la versión italiana de otro famoso estudio de Jhering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, traducción del alemán y nota de lectura de Francesco Fusillo, Jovene, Nápoles, 1990, 82 p. El trabajo de Procchi merece especial mención, sin embargo, por la decisión del traductor de acompañar a su versión el texto original alemán, para permitir al lector, “en todo momento, el poder verificar con facilidad el tenor literal del original y el poder juzgar críticamente la fidelidad de la opción interpretativa propuesta”.

7 En los *Principles of European Contract Law* (2000) de la Commission on European Contract Law, presidida por el jurista danés Ole Lando, se prevé lo siguiente: “A party who avoids a contract [...] may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage” (artículo 4:117, n.1).

8 MENGONI, Luigi, voz “Dogmatica giuridica”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 4-5 (de la separata).

9 Para mi investigación he tenido a la vista, además de la reciente traducción a cargo de Procchi: el texto original de JHERING, Rudolf von, “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten Verträgen*”, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, Jena, 1861, pp. 1-112; la versión corregida por el autor incluida en sus *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. I, Fischer, Jena, 1881, pp. 327-345, ahora reimprimos por la editorial Scientia, Aalen, 1969; y la versión francesa *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, en JHERING, *Œuvres choisies*, traducidas con autorización del autor por Octave Louis Marie Ghislain de Meulenaere, t. II, Librairie A. Marecq, Paris, 1893, pp. 1-100.

regulares ya habían sido recogidas en el *Allgemeines Landrecht* (ALR) prusiano de 1794¹⁰ y en el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco de 1811¹¹, llamará la atención comprobar que el codificador germano no consideró conveniente, en su oportunidad, incluir una disposición general al respecto, sino que se limitó a fijar algunas reglas dispersas, como aquella que se aplica en la hipótesis de la responsabilidad del que celebra un contrato sin tener poder para hacerlo, es decir, del llamado *falsus procurator*¹².

Los ejemplos de Jhering se inspiraban en la experiencia cotidiana, y no es improbable que a esta singularidad de sus trabajos se deba lo perdurable de sus ideas. “Una persona –propone el jurista alemán– 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?”¹³. “Yo encargo a un amigo que tengo en Bremen que ordene en mi nombre a un comerciante de tabacos ¼ 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?”¹⁴. “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 sufrirían 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”¹⁵.

En todos los ejemplos de Jhering, el problema que surge es establecer si, a pesar de la nulidad del contrato, la persona que propiciaba el error, o a la que, de alguna manera, se podía achacar el error, incurría en alguna forma de responsabilidad y, por lo tanto, debía resarcir los daños ocasionados al tratante que había creído formar parte de una relación regular.

“Como los contratos existen para ser cumplidos, el deber de cumplir será el fin primario de aquellos, pero ello no significa que el contrato nulo por no dar pie a tal deber, no genere obligaciones ‘de otro tipo’.”

El problema no era de fácil solución. La llamada *Willenstheorie* (“teoría de la voluntad”), que había cobrado arraigo con la obra de Savigny, imperaba sin discusión¹⁶. Esta teoría –anota un notable civilista

10 Algunas de las normas del *Allgemeines Landrecht* que Jhering cita en este punto son las siguientes: “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). Todo ello, según la traducción de Procchi.

11 Aquí las normas citadas por Jhering son, según la traducción de Procchi: “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).

12 Véase: *infra*, § 4.

13 JHERING, *Della culpa in contrahendo*, trad. it. cit., p. 5.

14 *Ibid.*, p. 9.

15 *Ibid.*, p. 13.

16 En Alemania, el negocio jurídico ha sido explicado, históricamente y sucesivamente, por la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*), la teoría de la declaración (*Erklärungstheorie*) y la teoría de la vigencia (*Geltungstheorie*). En nuestro medio, han alcanzado difusión tres teorías italianas, con visos de originalidad, pero igualmente inspiradas en obras de autores alemanes y austriacos: la “teoría preceptiva” (Bülow, Betti, Taboada Córdova), la “teoría normativa” (Kelsen, D’Eufemia, Pergolesi, L. Ferri, Scoca, Ugaz, Morales Hervias) y, en la época actual, la teoría del negocio como “acto programático” (Falzea) y la, por mí denominada, “teoría antropológica” (Sacco). No han tenido la misma suerte otras variantes italianas, también de inspiración germana, como la “teoría de la responsabilidad” (V. Scialoja, Ferrara sr., Stolfi) y la “teoría de la confianza” (Santoro-Passarelli, aunque con reservas), que son –hay que saberlo– atenuaciones de la teoría de la voluntad y de la teoría de la declaración, respectivamente. No se conocen, en cambio, los importantes avances de la doctrina portuguesa, a partir de la obra de FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, en especial, pp. 121 y ss., quien, desde una original perspectiva filosófica y lingüística, considera al negocio como “acto performativo”. Al respecto, y también en relación con las teorías más recientes sobre el negocio jurídico, es de enorme valor la consulta de MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia de, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 18 y ss.

italiano— conducía a resultados inicuos y “desastrosos” [sic] cuando era llevada hasta sus extremos, porque lo decisivo para la validez o invalidez del negocio jurídico era siempre la intención interna del agente, con el consiguiente sacrificio del receptor de la declaración de voluntad¹⁷. Se admitía, entonces, que los negocios jurídicos viciados de error en el contenido de la declaración de voluntad no podían ser sino nulos¹⁸. Una declaración que fuera discordante con el querer interno del agente, cualquiera que fuera la razón, no podía tener ningún efecto vinculante para las partes. Y si el contrato viciado de error era nulo, ¿cuál era, entonces, la base para derivar una responsabilidad en el tratante que bien podía haber cometido un descuido grave o incluso haber inducido a error al otro?

Hasta la obra de Jhering, se descartaba que dicha base pudiera ser la responsabilidad “contractual”, atendiendo a que no había conseguido formarse ningún vínculo entre los celebrantes. Tampoco podían emplearse las reglas de la responsabilidad aquiliana, porque en aquel contexto se observaba con rigor la tipicidad de los daños extracontractuales, que luego iba a consagrarse en la redacción del BGB.

En dicho cuadro, la obra de Jhering adquiere un valor notable, sobre todo por dos razones.

En primer lugar, porque el autor concentra su esfuerzo en construir una solución conforme con el “sentido de la justicia”¹⁹, con plena conciencia de la necesidad de liberarse de los esquemas rigurosos que regían la construcción científica entre los pandectistas. ¿No es cierto que aun en nuestros días sería difícilmente admisible lo equitativo de dejar los daños por invalidez contractual donde ellos recaen, más aun si el daño determinado por el error-vicio es plenamente identificable²⁰?

En segundo lugar, es destacable que el autor oriente su discurso hacia una meta clara: la “contractualización” de la especie de responsabilidad por él esclarecida, si bien no descubierta. En la actualidad, la ausencia de objetivos es una lamentable peculiaridad de los trabajos de investigación.

Para arribar a su objetivo, Jhering reformula el concepto de “nulidad”. Él juzga des acertada una concepción

rigida de la nulidad, porque ésta designa, no la ausencia de todos los efectos de un negocio jurídico, sino solamente la de algunos. Como los contratos existen para ser cumplidos, el deber de cumplir será el fin primario de aquellos, pero ello no significa que el contrato nulo por no dar pie a tal deber, no genere obligaciones “de otro tipo”. “Si falta el efecto principal del contrato, no necesariamente tienen que sufrir la misma suerte los efectos accesorios [...]. La celebración de un contrato no genera sólo una obligación de cumplimiento, sino también, según los casos, una obligación de resarcimiento del daño, cuando la ejecución deviene imposible a consecuencia de algún impedimento legal”²¹.

El fundamento de la responsabilidad así trazada es de tenor subjetivo: la *culpa in contrahendo*. “No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que van naciendo deben estar bajo la protección de las reglas de la culpa, de modo tal que las relaciones contractuales no se comprometan gravemente y que ningún contratante sea abandonado frente al peligro de devenir víctima de la negligencia ajena”²². Para Jhering, la “diligencia contractual” (*contractlichen diligentia*) “es requerida en las relaciones contractuales en fase de formación y en las relaciones contractuales ya perfeccionadas. La inobservancia de dicha *diligentia* da lugar, en ambos supuestos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño. [...] Todo contratante debe responder de la certeza de su declaración de voluntad. Si esta declaración es comprometida por un vicio que ha frustrado realmente la perfección del contrato, en la cual la contraparte creía, se debe el resarcimiento del daño. [...] Un error de escritura acerca de puntos esenciales del contrato, como el monto o la dirección por ejemplo, comporta la nulidad del contrato y, a título de *culpa in contrahendo*, una obligación de resarcimiento de los daños”²³.

En la época que le tocó vivir a Jhering, el Derecho Romano representaba el “derecho actual”, de modo que la remisión a las fuentes era imprescindible para avalar todo planteamiento doctrinario. Por ello, Jhering hace referencia a casos como los de la venta de una *res extra commercium*, o sea, de una cosa que no puede ser comercializada. En tal hipótesis, como en la venta de una cosa sagrada o pública o de una herencia inexistente, o en la venta en calidad de esclavo de un hombre

17 FERRARA sr., Francesco, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5a. ed., Athenaeum, Roma, 1922, p. 2. Para el autor, la teoría de la *culpa in contrahendo* de Jhering apunta hacia la sanción del comportamiento negligente de los emisores de las declaraciones jurídicas. Un asombroso paralelismo entre esta evolución y la de la doctrina estadounidense ha sido puesta en evidencia, con su habitual agudeza, por KENNEDY, Duncan, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy. Lon Fuller’s «Consideration and Form»”, en *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, especialmente, pp. 143, 147. En la doctrina comparatística de Estados Unidos, sigue siendo importante el ensayo de KESSLER, Friedrich y Edith FINE, “Culpa in contrahendo, *Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*”, en *Harvard Law Review*, vol. 77, 1964, especialmente, p. 402.

18 SCHAPP, Jan, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1986, pp. 34 y ss.; FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, t. II, *Das Rechtsgeschäft*, 4ª. ed., Springer, Berlin – Heidelberg – Nueva York, 1992, pp. 60-61, 440 y ss.; KRÄMER, Ernst, *Comentario sub § 116*, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 3ª. ed., Beck, Munich, 1993, pp. 879-880; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1ª. ed., 1990), reimpresión, University Press, Oxford, 1996, pp. 614 y ss.; SCHERMAIER, Martin, *Comentario sub §§ 116-124*, en RÜCKERT, Joachim, SCHMOECKEL, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (directores), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. I, *Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003, pp. 406 y ss. En la doctrina italiana, reelabora y reafirma este principio: PIETROBON, Vittorino, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padua, 1990, p. 300.

19 Esto es subrayado insistentemente por PROCCHI, en la *Nota di lettura* a su traducción de JHERING, cit., p. XXXIX.

20 Véanse, en tal sentido, las reflexiones de ESCOBAR ROZAS, op. cit., p. 157.

21 JHERING, *Della culpa in contrahendo*, trad. it. cit., pp. 61, 65.

22 *Ibid.*, p. 85.

23 *Ibid.*, pp. 105, 147, 165.

libre²⁴, según otro ejemplo brindado por el autor, la culpa es identificada en el haber inducido a error a la contraparte, por la falsa apariencia de un contrato. De tal forma, se deduce una regla, curiosamente coincidente con la solución brindada en las fuentes justinianeas: “cuando la ley [...] impone al vendedor la prestación del resarcimiento de los daños, en buena cuenta le hace este reproche: tú no debías celebrar el contrato, porque habrías tenido que conocer el impedimento, y a causa de tu ignorancia, la contraparte ha sufrido un daño. [...] Quien hace una promesa tiene el deber preciso de no equivocarse: si comete un error, debe asumir los gastos, en lugar de hacerlos de cargo de la contraparte”²⁵.

Finalmente, el trabajo de Jhering es recordado por haber legado a la posteridad una afortunada expresión técnica: el “interés negativo” (*negatives Interesse*). En la hipótesis de la venta de una *res extra commercium* –propone el autor– el interés del autor es, ante todo, “positivo”, o sea, un interés en la conservación, y ejecución del contrato de manera que su expectativa es obtener el equivalente en dinero de todo lo que habría obtenido si el contrato hubiese sido válido. Al mismo tiempo, sin embargo, hay un interés vinculado con la celebración frustrada del contrato, el cual consiste en obtener aquello que se habría obtenido “si no hubiese existido la apariencia exterior de la celebración del contrato. [...] Cuando el mensajero ordena, por error, 10 cajas de puros en lugar de 1/10 de caja; el primer interés, consiste en la ganancia que el vendedor habría obtenido por 10 cajas, y el segundo interés, consiste en el reembolso de los gastos de embalaje y envío. [...] Las consecuencias perjudiciales de los actos que la contraparte ha llevado a cabo en ocasión del contrato pueden consistir en pérdidas propiamente dichas o en un lucro cesante. En la primera categoría se comprenden los gastos que la contraparte ha realizado con vistas a la conclusión o ejecución del contrato, como los gastos en papel sellado, notariales, tasas registrales, de embalaje, de envío, de depósito, de aduana, por las propinas de rigor, etc.”²⁶. Hoy la doctrina alemana cifra

con este concepto “las pérdidas patrimoniales que el contratante frustrado sufre por haber confiado en la eficacia del contrato”²⁷.

Pese a su presencia en los trabajos preparatorios del BGB, la doctrina de Jhering terminó siendo recogida de una forma desperdigada, y no en una disposición de carácter general²⁸. Ello se debió, quizás, a la atenuación de los postulados de la *Willenstheorie*. Bernhard Windscheid (1817-1892) había sentado, en efecto, las bases de la *Verschuldungstheorie* (“teoría de la responsabilidad”), al afirmar que un negocio podía ser válido, a pesar del conflicto entre la voluntad y la declaración, si la causa de la divergencia residía en el dolo o en la *culpa lata* del declarante. “El autor de la declaración disconforme no se obliga simplemente al resarcimiento del daño, sino también al cumplimiento de la promesa, a la satisfacción de la expectativa frustrada”²⁹.

Para ser precisos, el BGB contempla la posibilidad de “impugnar” –léase la posibilidad de demandar la “anulabilidad”– una declaración de voluntad si el que la efectúa ha cometido un error sobre su contenido (error en la calidad de la persona o de la cosa, por ejemplo, si ellas se consideran esenciales según el tráfico) o no ha tenido intención de emitirla, siempre que del análisis resulte que el declarante no habría emitido la declaración si hubiese conocido la situación de hecho, o si hubiese valorado razonablemente las circunstancias concretas (§ 119, párrafos 1º y 2º). A continuación, se reconoce también la “impugnabilidad” de la declaración de voluntad emitida de manera inexacta por la persona o entidad empleados para transmitirla (§ 120)³⁰. En caso de verificación de la hipótesis de alguna de las normas citadas –he aquí lo destacable– el legislador germano estipula que el emisor de la declaración debe resarcir al sujeto frente al cual ella se ha efectuado o a todo tercero, “el daño sufrido por haber confiado en la validez de la declaración” (§ 122, párrafo 1º). En la doctrina, este daño es denominado “daño a la confianza” (*Vertrauensschaden*), en atención a que lesiona el “interés de confianza” (*Vertrauensinteresse*)³¹.

24 MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, 2a. ed. (1994), 7a. reimpresión, Palumbo, Palermo, 2000, p. 482, explica que la *emptio venditio* de un hombre libre era válida, a condición de que el comprador estuviera convencido de que se trataba de un siervo. Sólo que una venta semejante no implicaba, naturalmente, que el comprador pudiera obtener la cosa aparentemente adquirida. Lo que ocurría era que el *emptor* disponía de una acción (*actio empti*) contra el vendedor, con la cual podía obtener el reembolso del precio pagado, así como el resarcimiento del perjuicio sufrido (*id quod interest*) como consecuencia de la venta.

25 JHERING, *Della culpa in contrahendo*, trad. it. cit., pp. 69, 79.

26 *Ibid.*, p. 33.

27 MEDICUS, Dieter, “Culpa in contrahendo”, trad. it. de Maria Rosaria Marella, en *Rivista critica del diritto privato*, año II, núm. 3, 1984, p. 576.

28 Las referencias son de LORENZ, Werner, “German Report”, en HONDIUS, Ewoud H., (editor), *Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress. International Academy of Comparative Law. Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, p. 161.

29 FERRARA sr., *op. cit.*, p. 8. A este ilustre civilista, catedrático, por muchos años, en la Universidad de Pisa, se debe la reivindicación del papel de Windscheid como “precursor y fundador” de la “teoría de la responsabilidad”.

30 LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (3a. ed., 1975), trad. española, *Derecho civil. Parte general*, a cargo de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, Madrid, 1978, p. 516, ilustra esta disposición con el siguiente ejemplo: “si alguien encarga por telégrafo tres calderas de calefacción para un nuevo edificio, y en la copia del telegrama entregado al destinatario figuran cinco, debido a una equivocación del empleado que recogió el telegrama, el pedido es válido, ciertamente, por cinco calderas de calefacción, pero el cliente puede impugnar tal declaración, dado que no ha querido emitirla con ese contenido. Evidentemente, ha de resarcir en este caso al proveedor, quien tal vez ha enviado ya las cinco calderas, el interés negativo, esto es, los costos del transporte infructuoso y del transporte de vuelta. A tal respecto, soporta el riesgo del medio de comunicación por él elegido”.

31 FLUME, *op. cit.*, pp. 422-424; PAWLOWSKY, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5ª. ed., Müller, Heidelberg, 1998, pp. 259-260; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8ª. ed., Müller, Heidelberg, 2002, pp. 307-308; KÖHLER, Helmut, *BGB. Allgemeiner Teil*, 28ª. ed., Beck, Munich, 2004, pp. 98-99. En la doctrina alemana traducida al castellano: TUHR, Andreas von, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, trad. de Tito Ravà, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 1947, pp. 283-284; OERTMANN, Paul, *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil* (3ª. ed., 1926-1928), trad. de Luis Sancho Seral, *Introducción al derecho civil*, Editorial Labor, Buenos Aires-Barcelona, 1933, pp. 243-244; LEHMANN, Heinrich, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (7ª. ed., 1952), trad. de José María Navas, *Parte general*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 388-389; ENNECCERUS, Ludwvig y Hans-Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (15ª. ed., 1960), trad. de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Valenti Fiol, *Derecho civil (Parte general)*, vol. II, parte 1, 3ª. ed. al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 373-374.

En el mismo párrafo se precisa, sin embargo, que el resarcimiento no superará “el monto del interés que el destinatario o el tercero tienen en la validez de la declaración”³², y que no hay obligación resarcitoria si el damnificado conocía, o ha desconocido por negligencia atribuible a él, la causa de impugnabilidad (§ 122, párrafo 2º.).

La doctrina³³ explica que en estos casos hay un tratante experto, o responsable por otros motivos, que no observa ni respeta los presupuestos que son necesarios para el perfeccionamiento del contrato. En ello hay que percibir la violación de un deber particular, relacionado con los presupuestos que deben reunirse para la eficacia de la celebración del contrato. Lo que da pie a la responsabilidad es la creación de una causa de ineficacia, entonces, o bien el no evitar dicha causa, si ésta ha sido conocida mas no revelada, o fue ignorada o no fue comunicada culposamente.

En una nada reciente sentencia del Bundesgerichtshof³⁴, de 1965, una empresa constructora de casas y departamentos destinados a uso habitacional pretendió oponer a su contraparte la invalidez del contrato celebrado con ésta, en el que se había cometido un vicio de formalidad notarial. Como la empresa era especializada en el ramo inmobiliario, sin embargo, y teniendo en cuenta la confianza creada en el adquirente, inexperto en este tipo de operaciones, los jueces desestimaron la invocación de la invalidez y concedieron al adquirente un resarcimiento por su confianza en la eficacia del contrato. Así se confirmó el principio, de creación jurisprudencial, según el cual los tratantes deben evitar o tienen que comunicarse recíprocamente aquellas causas de ineficacia que se puedan considerar comprendidas en su esfera de control y responsabilidad.

En el BGB está regulada también –como ya anticipé– la figura de la representación sin poder³⁵. Se dispone que el que celebra un contrato como representante, pero no acredita su poder, queda obligado frente a la otra parte, a elección de ésta, “al cumplimiento o al resarcimiento, en caso de que el representado se niegue a ratificar el contrato” (§ 179, párrafo 1º.). Para esta figura, la precisión es que “si el representante no conocía la ausencia de poder, él está obligado a resarcir sólo aquellos daños que derivan a la otra parte por el hecho de haber confiado en la existencia del poder y, en todo caso, no más allá del importe del interés que la otra parte tiene en la eficacia del contrato” (§ 179, párrafo 2º.).

La doctrina explica así esta norma: en principio, el *falsus procurator* está obligado, frente al tercero damnificado, a ejecutar el contrato o al resarcimiento del daño, de modo que el criterio aplicable, en ambos casos, es el del interés “positivo”. Solamente si el representante no tenía conocimiento de la ausencia de poder, él tendrá que resarcir el daño conforme al interés “negativo”. Pero si la contraparte conocía la ausencia de poder o si pudo conocerla de haber actuado diligentemente, el representante sin poder no es responsable³⁶.

Otros párrafos del BGB, actualmente derogados, reglamentaban este tipo de responsabilidad civil. En el § 307 se estipulaba la obligación resarcitoria que debía afrontar la parte contractual que creaba en la otra, con conocimiento de causa, la expectativa de la ejecución de una prestación que, en realidad, era imposible. En el § 309 se extendía la aplicación del § 307 al supuesto en que la imposibilidad era determinada por la existencia de una norma prohibitiva. Como puede observarse, ambas hipótesis eran distintas de las que me he propuesto estudiar en estas páginas, y por ello no añadiré más comentarios sobre ellas, ni sobre las demás normas del BGB que la doctrina ha enlazado, desde siempre, con la culpa *in contrahendo*.

“(…)existe un deber de información o comunicación,(…) en caso de ser incumplido, con secuela dañosa para una de las partes, y siempre que a ésta no le pueda achacar culpabilidad alguna, activaría la protección resarcitoria.”

No está de más recordar que con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) del 2001, en vigencia desde el 2002, se rescribió el § 311 del BGB, a fin de reconocer, en adhesión a antiguos dictámenes de la doctrina y jurisprudencia, que el establecimiento de una relación obligatoria, con deberes de protección consiguientes a cargo de las partes, puede tener lugar ya en la fase inicial de un contrato, incluso antes de los tratos preliminares concretos, cuando median contactos negociales por los cuales una de las partes

32 “El impugnador –explica LARENZ, *op. cit.*, pp. 530-531– ha de resarcir a la otra parte sólo el daño que ésta ha sufrido debido a que confió en la validez de la declaración; es lo que se denomina *interés negativo*. Esto significa que el impugnador ha de situar económicamente a la otra parte en la posición en que ésta se hallaría ahora si no hubiera contado con la validez de la declaración o, en caso de tratarse de un contrato, con la realización del mismo”.

33 WOLF, Manfred, “La culpa in contrahendo *nel diritto tedesco*”, trad. de Alessandra Santonocito e Iris Tappeiner, en *Annuario di diritto tedesco*, 2003, pp. 73 y ss.

34 El caso es relatado por WOLF, *op. cit.*, pp. 74-75.

35 Esta figura también ha sido prevista en los ya citados *Principles of European Contract Law*: “*Failing ratification by the principal [...], the agent is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority. This does not apply if the third party knew or could not have been unaware of the agent's lack of authority*” (artículo 3:204, n. 2).

36 Las referencias son de SONNENBERGER, Hans Jürgen, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, con la colaboración para el texto italiano del Dr. Massimo Stefani, Cedam, Padua, 1991, pp. 170-171.

permite a la otra afectar sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o le confíe éstos (§ 311, párrafo 2º., n. 2)³⁷.

Además de confirmar que la relación jurídica por contacto precontractual es de naturaleza obligativa y legal, y que ella no requiere la celebración efectiva del contrato, el nuevo § 311, párrafo 2º., n. 2, amplía los deberes de diligencia que deben observar los tratantes, con el fin de “promover un comportamiento leal que, al margen del perfeccionamiento del contrato, cree la base para que se instauren relaciones comerciales confiables, en las que no se tenga temor por los derechos, bienes jurídicos e intereses propios, y en las que sea posible fiarse de la contraparte. Si se produce una violación culposa de estos deberes de lealtad, puede surgir el derecho de resarcimiento de los daños, a favor de la parte damnificada”³⁸.

3. La Proyección de las Ideas de Jhering en la Doctrina y Codificación Civil Italianas

En lo que atañe a la responsabilidad civil enlazada con la irregularidad contractual, la doctrina y codificación italianas revisten singular importancia para un análisis comparatístico. Las razones serían, por un lado, su absoluta ascendencia en el medio español³⁹, del que provienen las referencias bibliográficas más usuales –cuando no las únicas– entre nuestros operadores del derecho y, por otro lado, el haber sido fuentes directa de inspiración del régimen vigente en el Perú en lo que se refiere a los vicios de la voluntad y la representación. Antes de analizar la normativa vigente en el ordenamiento italiano, es menester aclarar que la proyección de las ideas de Jhering, a despecho de su enorme prestigio más allá de las fronteras alemanas, no fue inmediata. Con el arraigo del método sistemático entre los civilistas-romanistas italianos de fines del siglo XIX, y, sobre todo, con la ejemplar formación académica que muchos de ellos recibieron en centros universitarios de Alemania, no faltaron voces que se opusieran, tempranamente, al magisterio jheringiano.

Se señaló en algún momento, por ejemplo, que Jhering “ofendía el buen sentido” (*sic*) al afirmar que quien contrataba por telégrafo o por correo incurría, sin

más, en “culpa”, sólo por el hecho de no comunicarse directamente con la otra parte⁴⁰. ¿Cómo se puede hablar de culpa –se preguntaba otro autor– si la ausencia de ésta es requerida para que proceda la acción de nulidad por error? Y si la culpa es la base de una supuesta responsabilidad *in contrahendo* ¿por qué limitar el resarcimiento, en tal caso, a un “interés negativo”, en lugar de incluir en él todas las consecuencias del contrato que jamás se cumplió? Por esta vía, se llegaba a la conclusión de que la culpa no podía ser fundamento de la responsabilidad civil del que incurría en error porque, así de simple, “si hay culpa, no hay error”⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la solución actualmente dada al tema tratado está consagrada en el artículo 1338, subtítulo “conocimiento de las causas de invalidez”, del Código Civil italiano de 1942, en el cual se establece: “la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no ha dado noticia de ella a la otra parte está obligada a resarcir el daño sufrido por ésta al haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato”.

Es común entender que existe un deber de información o comunicación, entonces, que, en caso de ser incumplido, con secuela dañosa para una de las partes, y siempre que a ésta no le pueda achacar culpabilidad alguna, activaría la protección resarcitoria. Comete esta infracción –según se estila enseñar– y será responsable, por lo tanto, el comisionista de una empresa automotriz que en las negociaciones para una venta se da cuenta de que el cliente cree estar comprando un automóvil con motor petrolero, cuando se trata, en realidad, de un modelo a gasolina, y no cumple con hacer notar el error⁴². Como el error en la calidad del bien adquirido es “esencial” y “reconocible”, la consecuencia será la anulabilidad del contrato, pero con derecho al resarcimiento de los daños para la parte afectada por este vicio de la voluntad. La conclusión es la misma en el caso de un anticuario que se percata de que uno de sus clientes cree estarle comprando un mueble de fines del siglo XVII, cuando en realidad es de fines del siglo XIX, pero guarda silencio sobre la verdadera calidad del bien⁴³.

37 Sobre este párrafo, y sobre la “modernización” del *Schuldrecht* alemán en general, véase: LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, pp. 225-226. A la bibliografía allí citada añado, ahora: HOHLOCH, Gerhard, “La codificación de los deberes de protección y de la responsabilidad por culpa in contrahendo”, en *La reforma delo Schuldrecht tedesco: un modelo per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, actas del Congreso celebrado en Ferrara, 7-8 de marzo del 2003, al cuidado de Giorgio Cian, Cedam, Padua, 2004, pp. 243 y ss.

38 WOLF, *op. cit.*, p. 68.

39 Esto queda sobradamente comprobado si se consultan, entre otros: ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año XLVII, núm. 485, 1971, pp. 859-922; MANZANARES SECADES, Alberto, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, en *Anuario de derecho civil*, t. XXXVIII, 1985, pp. 979-1009; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, en especial, pp. 155 y ss.; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. II, 7ª. ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 80 y ss., 123; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año LXXI, núm. 628, 1995, pp. 747-788; LOSA TOVAR, María Dolores, “La responsabilidad precontractual”, en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ (directores), *Estudios sobre derecho procesal*, vol. IV, Sopec, Madrid, 1996, pp. 151-174. En todas estas obras llama la atención la forma en que las soluciones elaboradas en el derecho civil italiano, y consagradas en la codificación de 1942, se consideran automáticamente, y sin mayor análisis, aplicables a un ordenamiento regido por un código civil decimonónico de inspiración francesa.

40 COVIELLO sr., Leonardo, “Della cosiddetta culpa in contrahendo”, en *Il Filangieri*, año XXV, 1900, p. 733.

41 FUBINI, Riccardo, *La dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, Fratelli Bocca editori, Turin, 1902, p. 241.

42 El ejemplo es del manual de ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, 3a. ed., Monduzzi, Bologna, 2001, p. 343. En la jurisprudencia italiana, la Corte d'Appello de Milán, en una sentencia del 15 de enero de 1952, estableció: “si una parte, en el transcurso de los tratos preliminares para la formación del contrato, se percata de que la otra está incurriendo en error, ella tiene el deber de advertirselo, mas no el de indagar sobre sus causas o de precisarle otros particulares, aptos para esclarecerle el verdadero estado de cosas”. La cita es de LOI, María Leonarda y Franca TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 57.

43 El ejemplo es de NAVARRETTA, Emanuela, “Formazione e forma del contratto”, en el manual de BRECCIA, Umberto y otros, *Diritto privato*, parte I, Utet, Turin, 2003, p. 236.

El razonamiento del legislador italiano –según una interpretación– ha de haber sido el siguiente: “si la parte hubiese conocido la causa de invalidez, no habría estipulado el contrato; así, ella se habría ahorrado los gastos, la pérdida de tiempo, la situación de inactividad en lo concerniente a la satisfacción de algunos intereses. Esta satisfacción se habría tenido que realizar, justamente, con la celebración de aquel contrato”⁴⁴.

Un vasto sector de la doctrina⁴⁵ ha apreciado en el artículo 1338 una aplicación de la norma precedente, el artículo 1337, subtítulo, “tratativas y responsabilidad precontractual”: “en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse con arreglo a la buena fe”. Dicha interpretación tiene de su parte lo que el ministro de justicia y gracia, el “guardasellos”, Dino Grandi, escribió en la *Relazione* al Código Civil, donde la responsabilidad *in contrahendo* por conocer y no revelar a la otra parte la existencia de una causa de invalidez del contrato aparece ligada al deber de lealtad y de buena fe (en sentido objetivo) que rige en el ámbito de las *trattative precontractuali*⁴⁶. En atención a ello, se ha llegado a postular que el artículo 1338 sería “innecesario”, si no es que “inútil”, “superfluo” y “pleonástico” (*sic*)⁴⁷, porque el “deber de comunicar” (las causas de invalidez) bien habría podido derivarse de la norma, más general, del artículo 1337.

Frente a esta perspectiva tradicional y difundida, un preclaro civilista ha planteado la necesidad de diferenciar las hipótesis de *culpa in contrahendo* que se pueden deducir de las dos normas citadas. Lo que se propone, para lograr tal propósito, es identificar el fundamento de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1338 en el comportamiento doloso o culposo de aquel que conocía, o debía conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, y no dio noticia de ella a la otra parte.

“No basta, entonces, que la parte comunique a la otra lo que sabía en relación con las causas de invalidez del contrato: es necesario que determine, a tenor de la diligencia ordinaria, las causas de invalidez o ineficacia que están comprendidas dentro de su ámbito de control. En ausencia de ello, responderá por culpa, aun en caso de que se tuviera que descartar su mala fe”⁴⁸.

Con esta línea de pensamiento coincide quien opina que el artículo 1338 del Código Civil italiano prevé “un complejo comportamiento omisivo, doloso o culposo, susceptible de ocasionar daño y que siempre consiste en una omisión de comunicación y, eventualmente, en una omisión de diligencia”⁴⁹. Se trataría, por consiguiente, de una norma que prevé la lesión de un interés al que se reconoce protección jurídica: “el interés en no ser damnificado en la formación de un contrato por un comportamiento doloso o culposo de la contraparte que viole el deber de rectitud que pesa sobre todo sujeto”⁵⁰.

Estas consideraciones son de gran utilidad para aquellos que –como el autor de estas páginas– creen en la necesidad de asociar la responsabilidad precontractual con las reglas de la responsabilidad extracontractual (o sea, con el régimen del artículo 1969 del Código Civil peruano) y no creen que el contacto negocial pueda considerarse entre nosotros como “fuente” de obligaciones, a imagen y semejanza de lo admitido –por razones que no deberían desconocerse– en la experiencia jurídica alemana⁵¹. Si, por un lado, el fundamento de la responsabilidad civil ligada con la invalidez contractual es de carácter subjetivo, y por otro lado, no existe un contrato, no hay problema para aplicar el régimen aquiliano al resarcimiento de aquellos daños provocados por el comportamiento, no arreglado a la diligencia, del que conocía o debía conocer la causal de invalidez del contrato⁵².

44 RAVAZZONI, Alberto, *La formazione del contratto*, vol. II, *Le regole di comportamento*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 8.

45 Entre otros: TRIMARCHI, Vincenzo Michele, *Appunti in tema di responsabilità precontractuale*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 21; BENATTI, Francesco, *La responsabilità precontractuale*, Giuffrè, Milán, 1963, p. 15; PIETROBON, Vittorino, *Il dovere generale di buona fede*, Cedam, Padua, 1969, p. 21; MESSINEO, Francesco, *Il contratto in genere*, t. I, en *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 362; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Nicola Zanichelli editore, Bologna y Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1970, p. 219; RAVAZZONI, Alberto, *op. cit.*, vol. II, p. 6; LOI y TESSITORE, *op. cit.*, p. 55; MIRABELLI, Giuseppe, *Dei contratti in generale*, 3a. ed., en *Commentario del Codice civile*, Utet, Turín, 1980, p. 119; FERRI, Luigi, *Lezioni sul contratto*, 2a. ed. (1982), reimpresión, Zanichelli editore, Bologna, 1987, p. 64 (hay traducción al castellano de esta obra, *Lecciones sobre el contrato*, por Nérvar Carreteros Torres, ed. al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Grijley, Lima, 2003, pp. 38-39); TURCO, Claudio, *Interesse negativo e responsabilità precontractuale*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 17; PATTI, Guido, *Commentario sub art. 1338*, en PATTI, Guido y Salvatore PATTI, *Responsabilità precontractuale e contratti standard*, en *Il Codice civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 162; CATAUDELLA, Antonino, *I contratti. Parte generale*, 2a. ed., Giappichelli, Turín, 2000, p. 38. Formulan dudas al respecto: BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2a. ed., Giuffrè, 2000, p. 171; y SACCO, Rodolfo, “*Il contratto invalido*”, en SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, 3a. ed., t. II, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Turín, 2004, pp. 596 y ss.

46 El texto de la *Relazione* (n. 612), al que aquí se hace referencia, puede consultarse íntegramente en LEÓN, “*La buena fe en la negociación de los contratos*”, *cit.*, p. 141.

47 RAVAZZONI, *op. cit.*, vol. II, pp. 9, 153; LOI y TESSITORE, *op. cit.*, p. 54; BENATTI, Francesco, “*Culpa in contrahendo*”, en *Contratto e impresa*, año 3, 1987, p. 292. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 219-220, conjetura que el legislador tuvo la intención de eliminar toda posible perplejidad acerca de una hipótesis de *culpa in contrahendo* de singular importancia (la cual representa, además, el punto de partida histórico de la enunciación de la figura en la dogmática moderna), y también “ilustrar” el alcance y contenido del deber de buena fe, a través de la mención de “uno” de sus objetos.

48 BIANCA, *op. cit.*, p. 171.

49 MIRABELLI, *op. cit.*, p. 119.

50 *Ibid.*, p. 120.

51 Véase: LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil*, *cit.*, en especial, sobre la cláusula normativa general de la buena fe y la inaplicación del artículo 1362 del Código Civil, pp. 304 y ss. Ha contribuido a desmitificar, críticamente, la insostenible, aunque difundida, idea de la buena fe como “principio” en el Perú: MORALES HERVIAS, Rómulo, “*La doctrina de los actos propios. Entre el negocio jurídico y el contrato*”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, año XI, 2006, pp. 111 y ss., en especial, p. 128.

52 Solución que es conforme a lo que hube de exponer en LEÓN, “*La buena fe en la negociación de los contratos*”, *cit.*, pp. 150 y ss., para el supuesto de la responsabilidad *in contrahendo* por ruptura de los tratos previos al contrato. En este mismo sentido, pero para la hipótesis ahora estudiada: ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, p. 160, quien propone, sin embargo, identificar en el “deber de actuar de buena fe en la etapa de las tratativas no otra cosa que una manifestación específica del deber genérico de no causar daño, pues, siendo exigible a todos los que intenten celebrar un contrato (o que efectivamente consigan su objetivo), tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz, etc.”.

A partir de la entrada en vigor de la norma citada, la doctrina italiana ha trabajado denodadamente en la delimitación de su ámbito. Como los artículos 1337 y 1338 del Código Civil interactúan, los autores han diseñado un modelo resarcitorio de protección para el contratante que es dañado, sin culpa de su parte, por haber depositado su confianza en la celebración de un contrato regular. Las “competencias” ambos artículos se han distribuido así⁵³: el 1338 regularía, en primer lugar, la responsabilidad precontractual vinculada con el error, es decir, como la había perfilado Jhering. Por interpretación extensiva; sin embargo, dicha norma también entraría a tallar cuando una de las partes conoce que un tercero ha engañado a la otra (dolo del tercero), o ha sufrido en su propia esfera una intimidación, pero no comunica tales vicios de la voluntad, que anularán, a la larga, el contrato. En el alcance del artículo 1337 estarían comprendidos, en cambio, los casos en que una de las partes sea la autora del vicio de la voluntad (dolo o intimidación) o de alguna otra causa que anulará el contrato. Engañar a la otra parte o intimidarla para celebrar el contrato son, entonces, formas de infringir el deber de comportarse con arreglo a la buena fe, pero cuya sanción se deduce de la regla general (deber de buena fe en los tratos preliminares y en la formación del contrato) no de la especial (violación del deber de comunicar las causas de invalidez).

Hay, además de lo anterior, algunos puntos que han ido perdiendo su carácter controvertido, y de los cuales conviene rendir cuenta para completar la presente panorámica.

Un primer asunto a destacar es la afirmación en el nivel doctrinal de que el desconocimiento de la legislación de observancia obligatoria o, para ser más precisos, de normas imperativas, no es impedimento para la procedencia de la responsabilidad *in contrahendo*.

La jurisprudencia italiana se ha manifestado constantemente en contra de esta perspectiva⁵⁴, debido a la rígida observancia del principio de que la ley se presume conocida por todos (“*nemo ius ignorare censetur*” y, por lo tanto, “*ignorantia legis non excusat*”), de modo tal que nadie podría ignorarla “sin culpa”, como se exige, en cambio, en

el artículo 1338. Sólo que –como se ha encargado de precisar la doctrina⁵⁵– cuando alguien pacta desconociendo una norma imperativa que va a causar la invalidez del contrato, y demanda la responsabilidad correspondiente de su contraparte, que debía conocer ese impedimento, el principio señalado no es contravenido, tanto es así que la disposición legal que estipula la invalidez produce plenamente sus efectos. Se ha propuesto, por ello, que el resarcimiento sería perfectamente aplicable a los casos de ignorancia de normas jurídicas, bajo ciertas condiciones y a la luz de un evaluación del comportamiento de la parte que cae en error, como ocurriría cuando un tratante es experto o profesional y el otro no lo es. En tal supuesto, parece claro que no sería justificado librar de responsabilidad civil a la parte profesional que, negligentemente, no tiene presente una normativa de su sector de actividad⁵⁶.

Este razonamiento movió a la Corte di Cassazione, en cierta ocasión, a reconocer como responsable a un ganadero que vendió reses tuberculosas a pesar de que conocía que la normativa reglamentaria de la policía veterinaria prohibía la comercialización de animales enfermos. Teniendo en cuenta que el comprador no estaba al tanto de tales disposiciones, y que la operación devino nula por imposibilidad jurídica del objeto, los magistrados consideraron que el resarcimiento era procedente⁵⁷.

Igual de relevante es la opinión favorable a una interpretación en sentido amplio de la norma bajo examen, a fin de abarcar, no sólo el supuesto en que una de las partes conoce una “causa de invalidez” del contrato, sino también el del conocimiento de una “causa de ineficacia” o incluso “de inexistencia”. Una puntualización como ésta, no obstante su cariz académico, permite extender la protección resarcitoria a la parte que es damnificada por la ignorancia culposa de algún evento que impida, estructuralmente o funcionalmente, la realización de los efectos esperados. Sería difícil –se sostiene– dejar sin sanción a la parte que conocía motivos de “ineficacia” del contrato y se aprovecha de semejante ventaja para dañar a la otra⁵⁸.

Finalmente, apartándose del texto de los §§ 122 y 179, párrafo 2º., del BGB, y coincidiendo más bien con

53 Según la exposición de PATTI, *op.cit.*, p. 191.

54 En la sentencia de la Corte di Cassazione n. 1638 del 30 de mayo de 1959, citada por LOI y TESSITORE, *op. cit.*, p. 61, se dictaminó, en tal sentido, que si la causa de invalidez “deriva de una norma imperativa o prohibitiva de ley, o de otras normas con eficacia de derecho objetivo, es decir, susceptibles de ser conocidas, con presunción absoluta, por la generalidad de los ciudadanos, o tales que su ignorancia podía, y debía, ser superada a través de un comportamiento de diligencia normal, entonces no puede configurarse de ninguna manera culpa precontractual a cargo del otro contratante, que omitió hacer notar a la contraparte la existencia de dichas normas, y no hay lugar, por lo tanto, al resarcimiento del daño”. No hace muchos años, PATTI, *op. cit.*, p. 167, y MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile, en Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*. Utet, Turin, 1998, pp. 654-655, informaban que esta tendencia de la magistratura italiana se mantiene.

55 Esta precisión ya figura obras como las de SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 224, y PANZA, Giuseppe, *Buon costume e buona fede*, Jovene, Nápoles, 1973, p. 210: “no es difícil admitir que también la ignorancia o el falso conocimiento de la norma imperativa puede ser, en el sujeto destinatario de la declaración, la causa de una errónea representación del reglamento contractual”. En idéntico sentido: RAVAZZONI, *op. cit.*, vol. II, p. 153; y PATTI, *op. cit.*, p. 234.

56 Es la opinión de ROPPO, Vincenzo, *Il contratto, en Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Ludica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milán, 2001, p. 879. En un fallo del Tribunale di Roma, del 14 de mayo de 1980, citado por MALFITANO, Daniela, “*Le trattative e la responsabilità precontrattuale*”, en BESSONE, Mario (director), *Casi e questioni di diritto privato*, vol. XXI, al cuidado de Rosalba Alessi y Giuseppe Grisi, Giuffrè, Milán, 2000, p. 718, se opina sobre lo excesivo que resultaría imponer “el deber de estar siempre informado del estado de la legislación que, en lo que atañe a los entes locales, es extremadamente compleja e intrincada”. Un deber como éste “no podría fundarse [...] en aquel criterio de diligencia media a cuyo tenor [...] se tiene que evaluar el comportamiento de las partes, incluso durante los tratos preliminares”. Es de remarcar que esta sentencia parece recoger, literalmente, la opinión de SCOGNAMIGLIO, *loc. ult. cit.*

57 El caso es relatado por PATTI, *op. cit.*, p. 168, nota (10).

58 MONATERI, *op. cit.*, pp. 655-656.

las enseñanzas de Jhering⁵⁹, la doctrina italiana ha admitido que, en atención a las circunstancias, será posible aplicar en la liquidación del resarcimiento, no el criterio del interés negativo, sino el del interés positivo. Ello ocurrirá –según un especialista en la materia– cuando la ganancia que se habría conseguido con la celebración de otro contrato (interés positivo) sea superior a aquella que se habría logrado con la celebración de un contrato sin irregularidades (interés negativo), porque, a fin de cuentas, en el ordenamiento jurídico italiano no existe una norma que limite el resarcimiento al interés negativo⁶⁰.

Aunque esta constatación ha contribuido a que se ponga en cuestión, seriamente, el valor de la expresión “interés negativo”⁶¹, hay que aclarar que esto no avala una confusión entre dicho concepto y el de “interés positivo”. En un ejemplo que puede considerarse clásico⁶², un sujeto confía en la regularidad del contrato de compraventa, celebrado por 400, y estima que obtendrá una ganancia de 150, pues se propone revender el bien a 550. En caso de no realización del vínculo contractual, la pérdida no será directamente 150 (interés positivo), sino la resultante de restar al precio de reventa (que sigue siendo 550) el precio de adquirir un bien similar, pero de otro vendedor. Si este último, de cuya oferta se tuvo que declinar por confiar en el primer vendedor, pedía 500 por el bien, el interés negativo resarcible será solamente de 50. A lo que se insta, sin embargo, es a no creer en que el monto resarcitorio del interés negativo tenga que ser inferior, todas las veces, al del interés positivo.

Para demostrar este último aserto, se propone la siguiente situación: la empresa A adquiere un local de

ventas confiando en las afirmaciones de la empresa enajenante, B, acerca de lo reductible de la actividad comercial y de las bondades urbanísticas del inmueble. Para esta operación, la empresa A ha tenido que renunciar a la posibilidad de celebrar un contrato igual de ventajoso o más ventajoso con otra contraparte. En caso de anulación de la operación, imputable a la conducta de B, no habría cómo negar un resarcimiento que, a pesar de concederse a título de interés negativo, puede ser de monto igual o superior al que procedería a título de interés positivo⁶³.

“La calificación de la responsabilidad del falsus procurator es largamente favorable a la responsabilidad in contrahendo, remarcándose su sometimiento a las reglas de la responsabilidad extracontractual.”

También se ha señalado que al tener que evaluarse, en la determinación del monto resarcitorio, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante⁶⁴, o sea, aquellos mismos conceptos que integran el resarcimiento común y corriente, no existiría razón para asumir apriorísticamente que la lesión del interés negativo recibirá siempre una reparación menor que la del interés positivo⁶⁵. Si se echa un vistazo a la jurisprudencia en

59 JHERING, *Della culpa in contrahendo*, trad. it. cit., p. 43: “el interés negativo puede, en ciertos casos, elevarse hasta coincidir con el interés positivo”. El autor señalaba como ejemplos de esta equiparación el caso del cochero reservado erróneamente, para una fecha diferente de la que se tenía en mente, y el del hospedaje donde se reservan habitaciones por equivocación. En ambos casos (*loc. cit.*), los damnificados “obtienen exactamente lo que habrían podido exigir en caso de ejecución del contrato”, pero si y sólo si por comprometerse con aquel que cometió el error hubieren desechado otras ofertas. En la doctrina alemana vertida al castellano admite que el interés negativo puede, en ciertos casos, ser superior al *Erfüllungsinteresse* (“interés de ejecución”): FISCHER, Hans Albrecht, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich* (1903), trad. de Wenceslao Roces, *Los daños civiles y su reparación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 99.

60 BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 151. El autor considera que la liquidación del resarcimiento por daño *in contrahendo* se regula, naturalmente, por el régimen general previsto en Código Civil para la responsabilidad contractual y extracontractual, de modo que no existiría razón para asumir apriorísticamente que el interés negativo no pueda superar jamás el interés positivo. Adhieren a esta opinión, entre muchos otros: CARUSO, Daniela, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 174 y ss.; MONATERI, *op. cit.*, p. 666; y GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, 10ª. ed., ESI, Nápoles, 2003, pp. 852-853.

Para ilustrar el tenor contrario del § 122 del BGB, sigue siendo útil el ejemplo de OERTMANN, *op. cit.*, p. 244: “la obligación de indemnizar experimenta, por su parte, ciertas limitaciones: en primer lugar, el importe de la indemnización no puede exceder del importe del interés que el acreedor a ella tuviese en la validez de la declaración, es decir, que no cabe reclamar un interés negativo que exceda del importe del interés positivo. Si X compra a Y en 950 marcos un caballo que vale realmente 1.000 y el ir a recoger el caballo al lugar donde se encuentra le origina un gasto de 80 marcos, nunca podrá reclamar a Y, por regla general, en caso de que éste hiciese anular la venta por error, una indemnización que exceda de 50 marcos, ya que no podría pedir más (diferencia entre el valor de 1.000 y el precio de compra 950) como indemnización ni aún en la hipótesis de que el vendedor Y hubiera dejado culpablemente morir al caballo, lo hubiera enajenado a otra persona con infracción del contrato primitivo, o de cualquier otro modo hiciera imposible su prestación a X”.

61 En la bibliografía helvética, PIOTET, Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Stämpfli & Cie., Berna, 1963, p. 19, declina de emplear la expresión “interés negativo”, y la asocia con la metodología de la *Begriffsjurisprudenz*, o sea, de la “jurisprudencia de conceptos” imperante en la experiencia alemana del siglo XIX. La *culpa in contrahendo* –afirma el autor– “obliga a resarcir todo daño que ella ocasione, directamente o indirectamente”. En Italia, una posición crítica similar ha sido asumida por BENATTI, “Culpa in contrahendo”, cit., p. 306. Para una reseña de la doctrina italiana sobre el punto, véase: LEÓN, *El sentido de la codificación civil*, cit., pp. 226 y ss.

62 Según la formulación de NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 238.

63 Este ejemplo es brindado por PARDOLESI, Paolo, “*Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*”, en *Il Foro italiano*, año CXXIX, parte I, 2004, col. 3011. Para revelar la falsedad de la creencia en que el monto del interés negativo es siempre inferior al del interés positivo, el autor citado utiliza el análisis económico del derecho.

64 LOI y TESSITORE, *op. cit.*, p. 97 citan un fallo de la Corte d'Appello de Nápoles del 21 de mayo de 1957, donde se estableció, para un caso de ruptura injustificada de tratos previos al contrato, que “la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino solamente el resarcimiento comprendido en el llamado interés negativo, esto es, en el interés en no iniciar, ni siquiera, los tratos preliminares; dicho resarcimiento comprende sólo los gastos realizados por la contraparte con miras a la celebración del contrato [...], así como las pérdidas sufridas por esta última, por no haber aprovechado otras ocasiones que se presentaron durante el transcurso de los tratos preliminares, es decir, por no haber celebrado con otro un contrato idéntico o similar a aquel para el cual se establecieron los tratos preliminares que se interrumpieron sin causa justa”.

materia, se percibe que incluso la Corte di Cassazione adopta la expresión “interés negativo” “como un contenedor, en el cual se comprenden elementos bastante heterogéneos”⁶⁶.

Da la impresión, pues, de que estaba en lo cierto quien hacía ver, dos décadas atrás, que la responsabilidad *in contrahendo* “no designa una forma de responsabilidad conceptualmente unitaria y funcionalmente homogénea, sino una serie abierta de ilícitos, cuya característica común está representada por la modalidad cronológica de la conducta lesiva, es decir, por la verificación de ésta en la fase de los tratos preliminares o de la formación de un contrato”⁶⁷.

4. Un Caso Italiano de Responsabilidad del *Falsus Procurator*

La jurisprudencia italiana proporciona una variada gama de casos de aplicación del resarcimiento frente a daños por la confianza en haber celebrado un contrato regular. Se ha afirmado que dicho resarcimiento sería admisible cuando el “conocimiento” de las causas de irregularidad recaiga, por ejemplo, en la imposibilidad del objeto o en la contrariedad a las buenas costumbres, que también provocan la nulidad. Por otro lado, se han disipado positivamente las dudas acerca de la posibilidad de que Administración pública incurra en esta particular forma de responsabilidad precontractual, siempre que ella no actúe como autoridad, con poder discrecional, sino *iure privatorum*, es decir, como mero tratante de un contrato, bajo el régimen del derecho privado.

Pero la hipótesis que analizaré con detalle, a la luz de una sentencia de la Corte di Cassazione, es la de la responsabilidad del *falsus procurator* por la creación de la apariencia de un contrato válido entre el supuesto representado y la correspondiente contraparte.

Para regular esta figura, el legislador italiano ha dispuesto, en el artículo 1398 del Código Civil, subtítulo “representación sin poder”, que “aquel que

ha contratado como representante sin tener poderes para ello o excediendo las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante sufre por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato”. Como en las hipótesis que se consideran comprendidas en el artículo 1338, entonces, aquí también la responsabilidad del *falsus procurator* está ligada con una situación de “invalidez”, que la doctrina ha asimilado tradicionalmente a la “ineficacia”⁶⁸.

Esta solución difiere de la consagrada en el § 179, párrafo 2º, del BGB, porque, como se refirió en el segundo acápite, el legislador alemán distingue la situación del *falsus procurator* que obra culposamente y la del que actúa sin culpa: en el primer caso, el tercero perjudicado puede elegir entre la ejecución de lo pactado o el resarcimiento del interés positivo; en el segundo, el monto del resarcimiento se limita al daño a la confianza en la eficacia del contrato, es decir, al interés negativo.

Al respecto, informaré que la doctrina contempla como presupuestos para la procedencia de la responsabilidad según esta disposición que el *falsus procurator* actúe señalando que lo hace en nombre del *dominus*, que su comportamiento sea doloso o culposo, que el tercero contratante no haya incurrido en culpa al confiar en la regularidad del contrato, y que no se produzca la ratificación del contrato por parte del supuesto representado⁶⁹.

La calificación de la responsabilidad del *falsus procurator* es largamente favorable a la responsabilidad *in contrahendo*, remarcándose su sometimiento a las reglas de la responsabilidad extracontractual⁷⁰.

La causa que me propongo relatar surgió en 1988, por la ineficacia de dos contratos preliminares de venta de terrenos que cierto señor Franco realizó en 1974, aparentemente como apoderado del propietario de tales inmuebles, en favor de dos contrapartes. Éstas demandaron la restitución de las sumas que pagaron

65 La admisibilidad del lucro cesante, en especial, mueve a LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pp. 92, nota (15), 96, a descreer de un carácter necesariamente “limitado”, desde un punto de vista cuantitativo, del resarcimiento de los daños precontractuales. Esta reflexión de las juristas italianas es compartida por nuestro primer estudioso del derecho contractual: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. I, Palestra, Lima, 2001, p. 372 y nota (123).

66 MANINETTI, Pierangelo, “Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva”, en *Danno e responsabilità*, 2000, p. 988.

67 LUMINOSO, Angelo, “La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile”, en *Contratto e impresa*, año 4, 1988, p. 803. En relación con la experiencia alemana, HOHLÖCH, *op. cit.*, p. 246, observa que “el campo de aplicación de la culpa *in contrahendo* ha sido elaborado en forma de constelaciones de hipótesis tomadas de una vasta casuística”.

68 Entre otros: SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, 3a. ed., en *Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli*, Vallardi, Milán, 1976, p. 81; NATOLI, Ugo, *La rappresentanza*, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 121 y ss.; TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, 11a. ed., Giuffrè, Milán, 1996, p. 269; BIANCA, *op. cit.*, p. 108; CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 247; GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, 2a. ed., en *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 403; GAZZONI, *op. cit.*, pp. 1033-1034. En contra: MIRABELLI, *op. cit.*, pp. 394 y ss., quien considera, “en adhesión a las normas positivas”, que el negocio celebrado por el *falsus procurator* es nulo. Para DE NOVA, Giorgio, “La rappresentanza”, en SACCO y DE NOVA, *op. cit.*, t. II, p. 187, nota (8), es indiferente hablar de nulidad o de ineficacia. La misma actitud se echa de ver en las páginas de FRANCARIO, Lucio, “La rappresentanza senza potere”, en BGLIAZZI GERI, Lina y otros (al cuidado de), *Il contratto in generale*, t. VI, en *Trattato di diritto privato da Mario Bessone*, Giappichelli, Turin, 2000, p. 91.

69 BIANCA, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 301 y ss.; DE NOVA, *op. cit.*, pp. 191 y ss. Entre nosotros, conforme al esquema italiano: PRIORI POSADA, *op. cit.*, p. 161.

70 BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 69 y ss.; LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pp. 65-66; NATOLI, *op. cit.*, p. 121; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 403; BIANCA, *op. cit.*, p. 115; ROPPO, *op. cit.*, p. 301; DE NOVA, *op. cit.*, pp. 192-193. Sin embargo, CATAUDELLA, *op. cit.*, pp. 249-250, observa: “el daño, como emerge de la formulación de la norma, debe ser estimado como interés negativo. Este es un dato de la regulación que puede sugerir una asimilación a la responsabilidad precontractual; en realidad, la responsabilidad en cuestión tiene otra naturaleza, porque no nace de la realización de las tratativas, por parte del falso representante, en forma tal que se violen las reglas de buena fe dictadas por los artículos 1337 y 1338, sino, sobre todo, del haber comenzado a hacer tratos, en nombre ajeno, sin tener poder para ello. En esta ilegítima intromisión en la esfera ajena de autonomía se identifica un ilícito civil, que no deriva de la violación de las normas citadas, y que debe calificarse, por lo tanto, como extracontractual”.

a cuenta, al enterarse de que el pseudo apoderado carecía de poder, porque el supuesto poderdante había fallecido, y de que los terrenos prometidos en venta habían sido irregularmente lotizados.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunale di Siracusa declaró procedente la demanda. Franco fue responsabilizado por su actuación como *falsus procurator*, y se le impuso resarcir el daño causado, mediante la restitución de las sumas cobradas "a cuenta", debidamente revaluadas y con intereses. Franco interpuso recurso de apelación y logró la modificación parcial de la sentencia, ante la Corte d'Appello di Catania, en 1994, la cual excluyó del resarcimiento, por prescripción, la actualización de los montos pagados por los demandantes por todo el período precedente al quinquenio anterior a la fecha de inicio del proceso.

Los demandantes interpusieron, entonces, recurso de casación. En el fallo de la Corte, el n. 13097, del 30 de diciembre de 1997⁷¹, los magistrados dilucidaron el problema, no poco importante, de la prescripción de la acción para demandar el daño producido por la actuación del representante sin poder. Al respecto, parten de afirmar que esta especie de ilícito civil tiene naturaleza extracontractual (según el Código Civil italiano, el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios por responsabilidad aquiliana es de cinco años) y que queda perfeccionado "en el momento mismo de la celebración del contrato, mediante el uso del nombre del pseudo representado por parte del pseudo representante, porque es en este momento que, en violación de los deberes de corrección y de buena fe, se genera en el tercero no culpable la confianza en la celebración directa del contrato con el sujeto que fue indicado como *dominus*, induciéndose al primero a expresar su consentimiento".

Aplicado al caso concreto, el razonamiento anterior determinaba que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria para los demandantes se había vencido cinco años después de la firma de los contratos preliminares de venta. Con ello se desestimaba la pretensión de los damnificados, que consideraban aplicable el plazo de prescripción quinquenal, sí, pero a partir de la fecha de vencimiento del plazo

expresamente otorgado al supuesto representado para ratificar⁷² los contratos celebrados por el representante aparente.

En la doctrina se ha denunciado, prontamente, el error de perspectiva de la Corte. El argumento empleado⁷³ es de compartir. Puesto que el derecho a resarcimiento nace, no de una mera conducta *contra ius* (como lo sería, en este caso, el obrar sin poder), sino ante la producción de un daño cierto (gastos notariales, renuncia a otras ocasiones, asunción de compromisos, etc.), en la intervención del *falsus procurator* será necesario que la situación de ineficacia causada por la ausencia de poder de representación sea definitiva, es decir, que ya no exista ninguna posibilidad de ratificación del contrato (por negativa explícita, silencio o muerte del supuesto representado, por ejemplo).

5. El Resarcimiento de los Daños Precontractuales a la Confianza en el Código Civil Peruano

Llegados a este punto, corresponde formular la pregunta sobre si es posible proponer un modelo de responsabilidad precontractual por daños a la confianza en hacer celebrado un contrato válido según el Código Civil peruano.

Para comenzar, la evocación directa del problema tratado por Jhering tropieza con lo dispuesto en el artículo 207: "la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes". Como ha denunciado uno de nuestros estudiosos, esta norma es "una fórmula que no encuentra cabida en ningún sistema coherente, pues permite al destinatario de la declaración viciada quede exonerado de responsabilidad aun cuando haya conocido la existencia del error"⁷⁴. La extrañeza que genera tal disposición es mayor si se toma en cuenta que se enmarca en una deplorable mutilación del modelo italiano de regulación de los vicios de la voluntad, en la que se decidió dejar de lado el tantas veces citado artículo 1338 del *Codice*⁷⁵.

A la confusión han contribuido los autores que han saludado lo normado por nuestro codificador, por considerarlo consecuente con la exigencia del requisito de la "reconocibilidad" del error, en los artículos 201 y 203⁷⁶, a fin de que el negocio jurídico sea anulable. De

71 Publicado en *I Contratti*, 1998, pp. 561 y ss., con comentario de GUERINONI, Ezio, "Il diritto al risarcimento verso il «falsus procurator» presupposti e prescrizione" (*ivi*, pp. 564 y ss.).

72 Código Civil italiano (1942): "1399. Ratifica.- *Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente [exceso o ausencia de representación], il contratto può esser ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso. La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi. Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica. Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.*"

Código Civil peruano: "Art. 162. En los casos previstos por el artículo 161 [exceso, violación o ausencia de facultades], el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero. El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. La facultad de ratificar se transmite a los herederos".

73 Por GUERINONI, *op. cit.*, p. 566, quien parece adherir a la opinión de BIANCA, *op. cit.*, p. 116: "el daño sufrido por el tercero debe ser resarcido en tanto y en cuanto se trate de daño cierto. Esta certeza no existe sino hasta el momento en que la ineficacia del contrato celebrado por el falso representante se hace definitiva". En contra: DE NOVA, *op. cit.*, p. 193, quien aprueba lo decidido en la sentencia bajo examen.

74 ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, p. 157.

75 Como se verá, el tema ahora estudiado permite comprobar la tesis, por mí formulada en LEÓN, *El sentido de la codificación civil*, cit., *passim*, acerca de los nocivos efectos de la importación normativa fragmentaria.

76 Código Civil peruano:

"Art. 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte".

"Art. 203.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo".

acuerdo con esta equivocada opinión, que incluso se ha pretendido amparar en los postulados de la “teoría de la confianza”⁷⁷, la protección que merece el receptor de la declaración impone prohibir toda pretensión resarcitoria, porque “él pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error en que se encontraba. Hubo entonces una falta de la parte receptora. Por la comisión de esta falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios”⁷⁸.

Contra esta opinión ya se han expuesto dos desmentidos contundentes: lo inaceptable de creer que la reconocibilidad del error sea impedimento para considerar responsable al que recibe la declaración del *errans*, y el lamentable desconocimiento de las enseñanzas de nuestra propia doctrina que, ya sobre la base de la normativa del Código Civil de 1936, admitía el resarcimiento en los casos de anulación por error unilateral⁷⁹.

En el estado de cosas reinante, da la impresión de que fuera necesario insistir en explicar cuál es el sentido del requisito de la reconocibilidad del error. Con este atributo del error-cause de anulación del negocio se hace referencia a la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración para advertir el yerro de la contraparte. La reconocibilidad –se dice– “atañe al aspecto exterior de la declaración y significa la posibilidad que tiene el que recibe la declaración de reconocer el error ajeno en que ésta se funda”⁸⁰.

Cierto es que gran parte de la doctrina italiana (en especial, aquella que tiene mayor influencia entre nosotros) juzga la reconocibilidad del error como un correctivo aportado por la teoría del *affidamento* al enfoque voluntarista de este vicio de la voluntad. Quienes conocen el tema saben, sin embargo, que era Savigny, o sea, un “voluntarista”, el más alto expositor de la *Willenstheorie*, quien opinaba que la anulación del negocio por error no daba lugar a ningún resarcimiento entre las partes⁸¹. ¿Cómo, además, se explicaría la decisión del codificador italiano, buen conocedor de la teoría de la confianza, de fijar la responsabilidad precontractual del que no revela la causa de invalidez del contrato a la contraparte? ¿Por qué los artifices del Código italiano, inspirador del nuestro, no vieron ninguna contradicción entre la exigencia del requisito de la reconocibilidad del error, en aras de la protección de la confianza, y la responsabilidad *in contrahendo*, que también reglamentaron?

La respuesta es que no existe contradicción alguna. En la experiencia italiana, lo que determina la responsabilidad precontractual del receptor de una declaración errada, como ya se ha visto, es la violación, con efectos dañosos, de su deber de comunicar la causa que acarreará la invalidez del contrato. Si el error no fuera reconocible, ni siquiera concurriría uno de los presupuestos de aplicación del artículo 1338 del *Codice*, que es, justamente, la situación de “invalidez” causada por este vicio de la voluntad.

Si, en el ejemplo brindado líneas atrás, el vendedor del automóvil con motor gasolinero “no se da cuenta” del error del cliente que quiere un automóvil con motor petrolero, eso no influye en la “reconocibilidad” del vicio ni en la imputación de responsabilidad *in contrahendo*. La norma italiana estipula que la responsabilidad recae en aquel que “conocía” o “debía conocer” la causa de invalidez y el remedio resarcitorio se activa por la no comunicación de dicha causa a la otra parte, siempre que ésta no haya cometido culpa. Si el vendedor no tenía forma de reconocer el error, el contrato no sería inválido (por error), sino que quedaría en pie, y no se podría aplicar, obviamente, el artículo 1338.

En atención a lo que se acaba de indicar, si la razón por la que creyeron guiarse nuestros codificadores era el respeto debido a la teoría de la confianza, sería lícito conjeturar, más de veinte años después, que ni siquiera entendían el significado de esta última. No deben quedar dudas, entonces, de lo equivocado de la decisión de impedir la procedencia del resarcimiento cuando una de las partes no revela a la otra el error que ésta ha cometido, y del cual aquélla se ha percatado o debía percatarse.

La disposición analizada no se opone, sin embargo, a la admisión en el ordenamiento jurídico peruano de otras formas de *culpa in contrahendo* que ya he identificado al describir la experiencia italiana.

La primera figura de responsabilidad precontractual que ha quedado a salvo de lo prescrito en el artículo 207 se deduce directamente del texto de la norma. El resarcimiento entre las partes no procede en caso de “anulación del acto por error”: por lo tanto, sí podría ser admitido... cuando el acto quede con vida.

En efecto, la doctrina ha visto un supuesto de responsabilidad *in contrahendo* (bastante relevante, por cierto) en la celebración de un contrato “no

77 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, 2ª. ed., Grijley, Lima, 1994, pp. 482-483; ID., *Comentario sub art. 207*, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, cit., t. I, p. 881.

78 LOHMANN LUCA DE TENA, *loc. cit.* De la doctrina menor que participa de esta equivocación se puede citar a VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Comentario sub art. 207*, en REVOREDO, Delia (compiladora), *Código Civil*, IV, *Exposición de motivos y comentarios*, 3ª. ed., Okura editores, Lima, 1988, p. 323; ID., *El acto jurídico en el Código Civil peruano*, 2ª. ed., Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 337; TORRES VÁSQUEZ, Anibal, *Acto jurídico*, IDEMSA, Lima, 2001, p. 634; y MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco, *El acto jurídico según el Código Civil peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 293.

79 ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pp. 156-157 y nota (17), quien remite, ilustradamente, a LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, t. I, EDIAR, Buenos Aires, 1954, p. 148; y CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los vicios de la voluntad*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1978, p. 57. Ahora puede consultarse: LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. II, *Acto jurídico*, WG Editor, Lima, 1991, p. 169: “la parte que por error anula el acto, indemnizará a la otra por daños, salvo que la última haya conocido o debido conocer el error”.

80 CORSARO, Luigi, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, Università di Perugia, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1979, p. 127.

81 Lo remarca ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 614: “more clearly than anybody else, Savigny spelt out the consequences of his basic premises: there can be no claim for damages, even if the party in error was at fault”.

deseado”, o sea, que no es conforme a aquel que las partes, seguramente, habrían estipulado en ausencia de todo vicio.

El contrato celebrado podría no coincidir, por ejemplo, con aquel que la parte que comete el error habría celebrado si hubiese conocido el defecto que no le fue revelado por la otra. Existiría un daño precontractual causado por la celebración de un contrato en términos que no habrían sido los deseados si la información brindada por la contraparte hubiese sido la conveniente.

“(…)al ponderar el alcance de la
responsabilidad in contrahendo
frente a la parte que confía
en la validez de un contrato
celebrado, declina de considerar
si el comportamiento del que
conocía, o debía conocer, la causa
de invalidez ha sido o no contrario
a la buena fe, porque aquí lo
determinante(…) es la culpa.”

“La tercera situación de daño precontractual (anota, en este punto, un prestigioso contractualista) es aquella en la cual la incorrección de una parte conduce a celebrar un contrato válido y eficaz, pero inconveniente para la otra parte. Así, si el engaño no es tan grave como para conducir a la anulación (dolo incidental), el contrato es válido, y la víctima tiene derecho al resarcimiento por haber aceptado, a causa del engaño, condiciones diferentes y peores. Igual ocurre cuando se omite información o se brinda información falsa, y se da lugar a *error no esencial*, que no vuelve anulable el contrato”⁸².

Para disipar toda duda al respecto, basta tener en cuenta que la norma que sirve de punto de partida a los juristas italianos para esta afirmación – relativa al “dolo incidental” – es una que sí fue importada, con algún “retoque” poco feliz, por el codificador peruano, a saber, la de nuestro artículo 211: “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”⁸³. En la experiencia italiana, donde se habla de “vicios incompletos del contrato”, el resarcimiento consiste, por lo general, en la rectificación del precio pactado, con la cual se busca restablecer la equidad de la operación⁸⁴.

Otros supuestos de responsabilidad *in contrahendo* que no deberían de tener problemas para ser admisibles bajo el régimen de nuestro Código Civil, serían los, en su momento explicados, del dolo o intimidación empleados por un tercero para determinar la voluntad de la parte de un contrato. Si el receptor de la declaración conoce que la voluntad de su contraparte ha sido viciada, él será responsable, por no haber puesto en evidencia la causa de la invalidez del contrato.

Finalmente, no deberían existir problemas para reconocer también la responsabilidad del representante que se excede en el uso del poder otorgado o lo infringe, y crea en un tercero la confianza en haber celebrado un contrato regular. En el artículo 161 de nuestro Código Civil se establece, justamente, que “el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, *sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros*”⁸⁵. Alguna discusión podría generar, en cambio, la hipótesis de la responsabilidad del *falsus procurator*, porque en el segundo párrafo de la norma citada no hay pronunciamiento sobre las consecuencias resarcitorias, al indicarse, simplemente, que “también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”. Alguien que se guiara por el texto de este enunciado podría deducir que la responsabilidad sólo es procedente cuando media exceso o violación del poder de representación. Para que se imponga la interpretación correcta no queda más que confiar en la fuerza persuasiva, a la vez que unánime, de la doctrina del derecho civil⁸⁶, para que se subsane esta inexplicable omisión del codificador peruano.

82 ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 184. En la doctrina anterior: BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 38; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI, *Diritto civile, I-2, Fatti e atti giuridici* (1a. ed., 1987), reimpresión, Utet, Turin, 2000, p. 659: “el hecho de que el contrato no sea anulable no descarta que el error incidental pueda provocar un perjuicio para el sujeto que incurre en él, comportando, además, una responsabilidad a cargo de la contraparte, a causa del comportamiento eventualmente contrario a la rectitud, de esta última, en el acto de celebración del contrato”; COSTANZA, Maria, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 72. La figura ha sido enunciada, últimamente, por DI MAJO, Adolfo, “La nullità”, en DI MAJO, Adolfo y otros (al cuidado de), *Il contratto in generale*, t. VII, en *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 59.

En igual sentido se expresaba, recogiendo la evolución de la doctrina y jurisprudencia alemanas, RAVAZZONI, *op. cit.*, vol. II, p. 15. Acerca del derecho alemán vigente, en efecto, WOLF, *op. cit.*, pp. 99-100, informa que “si luego de la violación de los deberes en el curso de las tratativas contractuales se celebra un contrato indeseado, el damnificado tiene derecho al resarcimiento del daño a la confianza, y puede pretender ser colocado en las mismas condiciones en que se encontraría si dicha violación no hubiese sido cometida y si el contrato, por lo tanto, no hubiese sido estipulado en la forma indeseada. [...] El resarcimiento puede estar dirigido, por ejemplo, a la disminución del precio de adquisición, si el interesado hubiere sido engañado en el valor del objeto adquirido”.

83 La norma del Código Civil italiano dice: “1440. Dolo incidente. - *Se i raggiri non sono stati tali di determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*”.

84 Lo refiere, entre otros: GALLO, Paolo, *Diritto privato*, 4a. ed., Giappichelli, Turin, 2006, p. 505.

85 La norma del Código Civil italiano que sirvió de plantilla para este artículo ha sido citada *infra*, § 4. La incorrecta transcripción realizada por el codificador peruano es clamorosa.

86 PRIORI POSADA, *op. cit.*, p. 161, acierta al dar por descontada la admisibilidad de la responsabilidad del *falsus procurator*.

Resta señalar, como confirmación de lo que he sostenido en otro lugar⁸⁷, que el reconocimiento de los supuestos de responsabilidad *in contrahendo* que se acaban de enunciar urge de la más amplia concepción del daño resarcible, y que ésta sólo es favorecida, como lo acredita la experiencia francesa, con la aplicación del régimen extracontractual (artículo 1969 de nuestro Código Civil).

En efecto, en un medio donde la inconveniencia de cláusulas normativas generales está ante los ojos de todos, se pecaría de optimismo si se pensara que el artículo 1362 del Código Civil peruano, que consagra el deber de actuar de buena fe en la negociación de los contratos, puede servir para derivar, como con un toque mágico, el remedio resarcitorio que la razón jurídica demanda en los diversos conflictos identificados en el presente estudio⁸⁸.

Sin negar que sea digno del mayor auspicio el empleo del artículo 1362 a la manera de los magistrados italianos, que aprovechan de forma ejemplar su equivalente artículo 1337, el convencimiento ahora reafirmado tiene un

sólido punto de apoyo en aquellos discursos doctrinales sobre el resarcimiento de los daños *in contrahendo* que prescinden, convenientemente, de la buena fe.

Por este camino, que comenzó a ser allanado por Jhering, va también un autor que se refiere a estos daños como "lesiones a la libertad negocial"⁸⁹, y que al ponderar el alcance de la responsabilidad *in contrahendo* frente a la parte que confía en la validez de un contrato celebrado, declina de considerar si el comportamiento del que conocía, o debía conocer, la causa de invalidez ha sido o no contrario a la buena fe, porque aquí lo determinante –como quería el jurista alemán– es la culpa⁹⁰.

No puede no asombrar la coincidencia de esta propuesta con lo que se lee en las páginas de una sutil comparatista que, tras verificar que "*violence or fraud are likely to constitute civil wrongs and may impose liability in tort to the contracting party*", afirma que "*this has nothing to do with the question whether the legal system contains a general principle of good faith in the bargaining process*"⁹¹ 

87 LEÓN, "La buena fe en la negociación de los contratos", cit., p. 151. La propuesta de adoptar el modelo francés de protección frente a los daños precontractuales, construido sobre la base de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual, es reconfortada por un dato histórico. En una de las primeras causas judiciales alemanas (resuelta en 1856) donde se tuvo que ventilar el tema de los daños por nulidad del contrato imputable a una de las partes, la cuestión tuvo que ver con un error en un mensaje telegráfico. El Landgericht de Colonia argumentó su dictamen inspirándose en el artículo 1382 del *Code Napoléon* (base de nuestro artículo 1969) que permite resarcir a los damnificados contra todo daño, siempre que éste sea cometido con dolo o culpa. Sólo así se pudo superar la barrera –ya aludida en estas páginas– de la tipicidad de los daños resarcibles por vía aquiliana en el ordenamiento alemán, que terminó consagrándose en el § 823 del BGB. Todo esto es resaltado por ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 603, nota (87). El caso en mención fue el de aquella empresa que envió un mensaje telegráfico a un banco con la intención de "vender" títulos (pero, por un error de transmisión, en el mensaje decía "comprar"), revisado por el propio JHERING, *Della culpa in contrahendo*, trad. it. cit., pp. 13, 213 y ss. Véase: *infra*, § 2. No debe sorprender, en el marco de esta vindicación del aporte francés, que un autor remita, con admirable manejo de las fuentes, a las intuiciones de Domat y Pothier sobre las consecuencias de la nulidad en el plano resarcitorio: BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 4, notas (8) y (9).

88 Distinta es la experiencia portuguesa. Sobre la base de una norma explícita del Código Civil de 1966, en la que se establece que "aquel que negocia con otro para la celebración de un contrato debe actuar, tanto en las tratativas cuanto en la formación de éste, según las reglas de la buena fe, bajo sanción de responder por los daños causados culposamente a la otra parte" (artículo 227, párrafo 1º), el modelo alemán, entroncado en la cláusula normativa general de buena fe, las relaciones obligativas nacidas del contacto negocial, los deberes de protección y la protección resarcitoria de la confianza, se ha afirmado sin inconvenientes, con el apoyo de una doctrina realmente admirable: CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Contrato e deveres de protecção*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, pp. 143 y ss.; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 9ª. ed. (2001), reimpresión, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 267 y ss.; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, *passim*, especialmente, sobre la responsabilidad por daños a la confianza, pp. 79 y ss.; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português*, vol. I, *Parte general*, t. I, 3a. ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 497 y ss.

89 BIANCA, *op. cit.*, pp. 115, 155, 170.

90 *Ibid.*, p. 157: "la responsabilidad precontractual puede tener como fundamento, además de la infracción de la buena fe [*scorrettezza*], la culpa, de acuerdo con la regla general de la responsabilidad extracontractual. [...] El interés protegido en materia de responsabilidad precontractual es el de la libertad negocial. Todas las hipótesis de responsabilidad precontractual son, en efecto, hipótesis en las cuales el sujeto es lesionado en el interés en el libre desenvolvimiento de su autonomía negocial. Dicho interés es jurídicamente protegido contra comportamientos dolosos o culposos, según el precepto general del respeto del derecho ajeno (*neminem laedere*). Es protegido, así mismo, mediante la imposición deber de buena fe, que aquí debe ser entendido como canon de lealtad: el deber de buena fe no agota, entonces, el tema de la responsabilidad precontractual, sino que es un ulterior y específico medio de protección de la libertad negocial".

91 COHEN, Nili, "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate", en BEATSON, Jack y Daniel FRIEDMANN (editores), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 26.