



Alfredo Chan Arellano^{(*)(**)}

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas^(***)

“(…) CUANDO HABLAMOS DE TRATATIVAS NOS REFERIMOS A UN PROCESO COMPLEJO, GRADUAL Y FRAGMENTADO EN EL QUE A TRAVÉS DE DIVERSAS ETAPAS LAS PARTES PUEDEN ARRIBAR A UN ACUERDO. ADEMÁS, ES UN PROCESO QUE CONSUME RECURSOS VALIOSOS PARA LAS PARTES, POR LO QUE UNA CONDUCTA INADECUADA DE UNA PARTE EN DICHO PROCESO PODRÍA MOTIVAR EN LA OTRA UN INTERÉS EN SER INDEMNIZADA.”

1. Introducción

A medida que ha existido una mayor libertad e independencia en la búsqueda de pareja, las relaciones se han ido diversificando y han incrementado sus niveles de complejidad.

Ahora, podemos apreciar nuevas categorías que exceden los límites tradicionales. Dentro de estas nuevas modalidades, ha llamado nuestra atención una categoría que es denominada con el término “estamos saliendo”. Esta categoría consiste en una relación en la cual *no* existe un vínculo formal entre las partes (no se califican mutuamente como enamorados ni como novios); sin embargo, comparten muchos aspectos de una relación de pareja, tanto a nivel sentimental como físico.

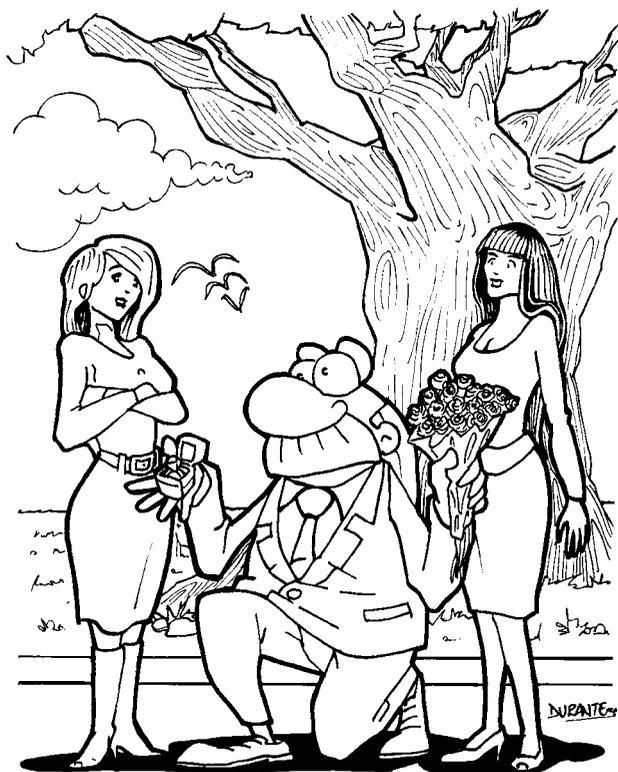
En esta categoría, las partes invierten tiempo y recursos en conocerse mutuamente y en apreciar las virtudes y defectos de su contraparte. En algunos casos, esta situación de “estamos saliendo” puede convertirse en una relación formal, en caso las partes estén de acuerdo en formalizar el vínculo (al considerarse mutuamente como enamorados o novios). No obstante, en otros casos, la relación finaliza sin que se haya formado

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

(**) Especiales agradecimientos a Alfredo Bullard, Lumeng Chu, Christian Chávez, Juan Chang y Pablo Mori por sus valiosos comentarios al presente artículo. Particularmente, agradecemos a Domingo Rivarola por sus enseñanzas en materia de responsabilidad precontractual.

(***) Artículo elaborado en base a la ponencia realizada en el seminario “Derecho Civil Continental y Análisis Económico del Derecho” organizado por la Asociación Civil IUS ET VERITAS en abril de 2011.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas



ningún vínculo formal entre las partes, a pesar que se haya invertido tiempo y recursos durante la relación.

En nuestra opinión, esta relación de “estamos saliendo” tiene muchos elementos en común con lo que sucede en la etapa de tratativas (negociaciones) que llevan a cabo las partes para la celebración de un contrato. En esta etapa, al igual que en la relación de “estamos saliendo”, las partes invierten tiempo y recursos valiosos para conocerse mutuamente, conocer las ventajas y desventajas de la operación e intercambiar información. No obstante, tal como sucede en las relaciones de pareja, en algunos casos las partes deciden formalizar un contrato, pero en otros casos la relación finaliza sin contrato alguno.

De la misma forma, es posible que durante la etapa de tratativas, una de las partes invierta recursos importantes (como sucedería en una relación de “estamos saliendo”) y finalmente no llegue a celebrar ningún *contrato*. A su vez, es posible que durante esta etapa de tratativas, las partes se hagan determinadas promesas que luego no son cumplidas, pese a haber generado cierta confianza en la otra parte.

Si bien es cierto que en la etapa de tratativas no hay un vínculo contractual entre las partes, sí pueden producirse daños relevantes derivados de las promesas que se realizan, de los intercambios de información y de la confianza que se genera.

No obstante, así como sucede en las relaciones de pareja, no existen reglas claras que nos permitan identificar los límites en base a los cuáles deben comportarse las partes en la etapa de tratativas. En específico, en qué casos corresponde responsabilizar a una de las partes por los daños sufridos por la otra.

Por ello, el objetivo de este artículo se centrará en el análisis de la etapa de las tratativas, y en específico sobre cuál debería ser el estándar a aplicar para determinar en qué casos se puede hacer responsable a una de las partes por los daños que su contraparte sufre en la etapa de tratativas.

Para ello, centraremos nuestro análisis en los siguientes aspectos: (i) ¿cómo se comportan las partes durante las tratativas?; (ii) ¿Cómo debería ser entendida la buena fe en el contexto de las tratativas contractuales?; (iii) ¿Cuáles son los objetivos que deberían guiar la negociación? y finalmente; (iv) ¿Qué reglas básicas deben ser aplicadas en la etapa de las tratativas?

2. ¿Cómo se comportan las partes durante las tratativas (negociaciones)?

Durante las tratativas (o negociaciones) que se realizan para la celebración de un contrato, la dinámica que llevan a cabo las partes excede los parámetros conservadores de la *oferta* y *aceptación*. Por regla general, la celebración de un contrato, que revista un nivel moderado de complejidad, requerirá de diversos contactos entre las partes, en los que éstas intercambiarán información, luego de ello, las partes efectuarán diversos ofrecimientos



Alfredo Chan Arellano

o propuestas y para convertir dichos ofrecimientos en un contrato, se requerirá la intervención de sus abogados, los cuales luego de intercambiar diversos borradores de contrato, podrán finalmente arribar a un acuerdo final por escrito que será firmado por las partes.

En apoyo de lo anterior, Farnsworth indica lo siguiente: “Las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo enmarcado por las reglas de la oferta y la aceptación, (...) durante la negociación de este tipo de contratos normalmente no hay oferta o contra - oferta para que las partes acepten, sino un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas ‘rondas’, con una sucesión interminable de borradores”⁽¹⁾.

En esa medida, cuando hablamos de tratativas nos referimos a un proceso complejo, gradual y fragmentado en el que a través de diversas etapas las partes pueden arribar a un acuerdo. Además, es un proceso que consume recursos valiosos para las partes, por lo que una conducta inadecuada de una parte en dicho proceso podría motivar en la otra un interés en ser indemnizada.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil, las negociaciones deben llevarse a cabo según las reglas de la buena fe. A partir de ello, podríamos entender que en la negociación contractual deberían regir relaciones de lealtad, reciprocidad y apoyo mutuo entre las partes. No obstante ello, por el contexto en el que ocurren las negociaciones y por los intereses que las impulsan, resulta difícil observar una conducta en el que cada parte se encuentre velando o protegiendo el interés de la otra.

En efecto, durante las negociaciones es común observar que las partes deciden voluntariamente omitir u ocultar información que puede ser relevante para la otra parte. Asimismo, las partes suelen mantener negociaciones paralelas sin que ello sea informado a su contraparte, y en algunos casos, realizan diversas promesas que muchas veces no son cumplidas y que solo tienen como propósito mantener el interés en su contraparte hasta que cierre la negociación o hasta que se de algún tipo de condición esperada.

La respuesta al por qué las partes actúan de esa manera no se encuentra en una simple inobservancia del deber moral de “cuidar a tu prójimo”, sino que representa la lógica consecuencia del análisis *costo-beneficio* individual que realiza cada una de las partes.

Consideramos que en una negociación las partes actúan en una relación de rivalidad, más que en una relación de colaboración, y ello se debe a que en el contexto de las negociaciones la ventaja de una parte puede significar, en la mayoría de los casos, la desventaja de la otra.

Las partes en una negociación actúan en una relación inversa proporcional en la cual a medida que se incrementa el beneficio de una de las partes, disminuye proporcionalmente el de la otra. A modo de ejemplo, por cada incremento del precio de la operación mayor será la ganancia del vendedor, pero dichos incrementos perjudicarán al comprador quién tendrá que asumir un mayor precio por el bien, el cual será posiblemente más cercano a su precio de reserva. Veamos lo anterior con algunos casos:

– *Laidlaw vs. Organ*. Organ era un comerciante de la ciudad de New Orleans que se dedicaba a la compra y venta de tabaco. En la mañana del 19 de febrero de 1815, Organ tomó conocimiento que se había firmado un tratado de paz entre los oficiales americanos y británicos en Ghent, poniendo fin formalmente a la guerra de 1812.

Organ recibió la información del Sr. Shepard (directamente interesado en las ganancias de la operación comercial que fue objeto de litigio). A su vez, Shepard

(1) FARNSWORTH, Allan. *Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones*. En: *Themis, Segunda época*. No. 49. Lima, 2004; p. 82.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

había obtenido esta información (de carácter reservado) de su hermano quién obtuvo la misma por parte de la flota británica.

Antes de que la firma del tratado se hiciera pública, Organ se comunicó con un representante de la empresa Laidlaw para comprar un cargamento importante de tabaco. Se conoce que antes de cerrar el acuerdo el representante de Laidlaw le preguntó a Organ si “(...) existían algunas noticias que podrían afectar el precio del producto objeto de la transacción”. No es claro cuál fue la respuesta de Organ a esta interrogante.

Luego que se publicara la noticia sobre la firma del tratado, que ponía fin al bloqueo naval de New Orleans, el precio de mercado del tabaco rápidamente se incrementó entre 30 a 50 por ciento. Ante ello, Laidlaw se rehusó a entregar el tabaco en los términos ofrecidos. Por su parte, Organ demandó para que se le resarzan los daños derivados de la conducta de Laidlaw y para que se inmovilizara la mercadería objeto del contrato⁽²⁾.

Como se puede apreciar de los hechos anteriores, resulta difícil pensar que en la negociación surgida entre las partes, Organ haya actuado tratando de cuidar los intereses de Laidlaw o que haya dirigido su conducta a fin que ambas partes obtuvieran el máximo de beneficios de la transacción. Por el contrario, se aprecia con claridad que Organ poseía información que tenía una clara repercusión en el precio del bien materia de la operación, y pese a ello, no reveló esta información a Laidlaw a fin de obtener una ventaja en la negociación.

- *Obde vs. Schlemeyer*. El Sr. y la Sra. Obde plantearon una demanda contra el Sr. y la Sra. Schlemeyer a efectos de que se declare la ineficacia del contrato por el que los primeros adquirieron de los segundos un inmueble infestado de termitas; situación que habría sido conocida por estos últimos al momento en que se produjo la venta y que, sin embargo, no revelaron a los señores Obde.

Al igual que en el caso anterior, se aprecia que una de las partes ocultó información relevante a la otra a fin de obtener

una ventaja en la etapa de negociación. A diferencia del caso anterior, la información que es revelada no versa sobre las condiciones del mercado sino sobre un defecto grave que existía sobre el bien.

Es claro que las intenciones de los señores Schlemeyer eran obtener un mejor precio por el bien y por ello ocultaron la información, puesto que, si la información era revelada se corría el riesgo que la transacción no fuera realizada (ante la negativa de los señores Obde) o que el bien fuera vendido a un precio menor que el esperado por los señores Schlemeyer.

- *Hoffmann vs. Red Owl Stores*. Hoffman inició negociaciones con Red Owl Stores (un concesionario de supermercado) con el objeto de establecer una franquicia. De acuerdo con lo indicado por Red Owl Stores, Hoffmann sólo requeriría la suma de US\$ 18,000.00 con dicho objeto. Confiando en lo declarado por Red Owl Stores, y mientras estaban negociando, Hoffmann vendió su panadería y realizó gastos para la ejecución del proyecto, tales como compra de terrenos, gastos de mudanza, entre otros. Pese a ello, las negociaciones entre las partes colapsaron debido a que Red Owl Stores le exigió a Hoffmann una contribución mayor a los US\$ 18,000.00 antes indicados, y Hoffmann se negó a ello⁽³⁾.

En este caso se aprecia que Red Owl Stores generó un daño considerable al Sr. Hoffmann al haber propiciado en éste una confianza que le hizo invertir recursos considerables para la ejecución de un negocio de franquicia que al final no pudo concretarse en los hechos. Es claro que en este caso Red Owl Stores sólo

(2) Los detalles de este caso fueron recogidos de: KRONMAN, Anthony T. *Error, Deber de revelar información y derecho de contratos*. En: *Themis Segunda época*. No. 49. Lima, 2004; pp. 166 y 167.

(3) Los detalles de este caso fueron recogidos de: FARNSWORTH, Allan; p 93.



Alfredo Chan Arellano

tuvo en consideración su propio interés y no el interés de su contraparte. Red Owl Stores mantuvo en negociaciones a Hoffmann y genero confianza suficiente a fin que éste realizara inversiones, y luego, simplemente, se apartó de la negociación.

Como se puede apreciar de los ejemplos anteriores, durante la etapa de negociaciones el común denominador es que cada parte actúa privilegiando su propio interés y manteniendo una conducta estratégica, tratando de incrementar sus beneficios y reducir sus costos, incluso cuando estas decisiones perjudiquen a su contraparte.

Atendiendo a ello, forma parte de la labor del sistema legal crear un estándar adecuado que proteja el interés de la contraparte, pero que a su vez mantenga incentivos para la negociación e intercambio de recursos entre las partes. El dilema aquí es como crear ese balance o, en otras palabras, cómo entender el concepto de *buena fe* que debe ser exigido por el sistema legal para la etapa de tratativas. Este tema será abordado en el acápite siguiente:

3. ¿Cómo debería ser entendida la buena fe en el contexto de las tratativas contractuales?

3.1. La responsabilidad precontractual y la buena fe

Como hemos indicado en el punto anterior, el Código Civil establece que las partes deben actuar de *buena fe* en la etapa de las tratativas, no obstante, no define este concepto. Por ello, para delimitar cómo debe ser la conducta que debe exigir nuestro ordenamiento a las partes en esta etapa es necesario dar contenido a este concepto y convertirlo en una regla clara que pueda ser sencilla en su aplicación y predecible para las partes. Reconociendo de antemano que esos dos objetivos pueden ser difíciles de alcanzar por el concepto amplio y difuso que tiene la buena fe.

No obstante ello, es importante realizar el esfuerzo de delimitar este concepto atendiendo a que su definición es básica para efectos de asignar los daños que ocurren en la etapa de tratativas.

En nuestro ordenamiento, los daños por tratativas precontractuales pueden ser clasificados, en su mayoría, de la siguiente forma⁽⁴⁾:

a) Ruptura injustificada de tratativas.

Como su nombre lo indica, nos encontramos en este supuesto cuando una de las partes decide interrumpir injustificadamente las negociaciones, pese a haber generado en su contraparte una confianza razonable que el contrato sería celebrado⁽⁵⁾.

Esta confianza puede haberse generado por manifestaciones expresas o tácitas, en este caso, lo importante es que los actos desarrollados han generado una confianza razonable que el contrato iba a ser celebrado, y es en base a dicha confianza que la contraparte ha incurrido en gastos, tiempo y otros recursos. Por lo que, defraudar esta confianza va a implicar responsabilidad para el que interrumpe de manera injustificada las tratativas.

En este caso, no existe un contrato celebrado entre las partes. Por ello, el remedio va a limitarse a una indemnización por daños a la confianza.

b) Ineficacia contractual.

En este grupo se encuentran los casos en los que existe un vicio de la voluntad al momento de la formación del contrato. Este vicio de la voluntad va a generar que el contrato pueda ser anulado y con ello se convierta en ineficaz. Nos referimos a los supuestos en los que se verifica dolo o error al momento de la celebración del contrato.

(4) Clasificación recogida del artículo publicado por: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano)*. En: *Themis Segunda época*. No. 49. Lima, 2004; pp. 153-160.

(5) Esta posición ha sido desarrollada en detalle por: HARO SEIJAS, José Juan. *¿Podría usted no hacer negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe*. En: *Advocatus*. Año III. Lima, 2002; p. 273.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

A diferencia del supuesto anterior, en este caso sí existe un contrato celebrado entre las partes, pero el vicio cometido durante la celebración va a permitir que la parte afectada pueda solicitar su ineficacia.

El vicio de dolo o error tiene como resultado la posibilidad que el contrato sea declarado ineficaz, no obstante, nuestro ordenamiento otorga un tratamiento distinto para cada figura en lo que respecta al pago de daños y perjuicios. De acuerdo con lo indicado en el artículo 207 del Código Civil, el error no otorga el derecho de reclamar el pago de daños y perjuicios a la parte afectada, con lo cual, la indemnización sólo es aplicable para el caso del dolo.

Pese a sus diferencias, la buena fe ejerce un rol importante para la configuración de un supuesto de dolo como de error. En efecto, el dolo implica la existencia de una conducta dirigida a inducir o mantener en error a la contraparte, lo cual evidentemente no califica como una conducta de buena fe.

Por su parte, si bien es cierto que en el supuesto de error, el “error” no es causado por una de las partes en la negociación, la aplicación de esta figura presupone que la parte (que no incurre en el error) conoce acerca del mismo, esto es, que existe una falsa concepción de la realidad en su contraparte (un error de entendimiento) y pese a ello decide celebrar el contrato. Nuevamente, creemos que este tipo de conducta también se desvía de lo que sería una conducta de buena fe.

c) Falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses de una o ambas partes.

Este último grupo también se encuentra referido a la existencia de dolo o error al momento de la celebración del contrato. No obstante, a diferencia del supuesto anterior, en este caso el dolo o error ocurrido en la etapa de negociación *no* permite solicitar la anulación del contrato debido a que:

- c.1. En el caso del dolo, el engaño no ha sido de tal naturaleza que haya determinado la voluntad para celebrar el contrato, y
- c.2. En el caso del error, el vicio no ha ocurrido en uno de los elementos del contrato que sea calificado como esencial.

Por las reglas previstas en los artículos 207 y 211 del Código Civil, sólo en el caso de dolo se otorga a la parte afectada el pago de daños y perjuicios.

Lo anterior, se puede apreciar de forma resumida en el siguiente gráfico:

Responsabilidad precontractual		Base legal en el Código Civil	Requisitos básicos	Responsabilidad
Ruptura injustificada de tratativas		1362 y 1969	Mala fe y confianza razonable en la celebración del contrato.	Indemnización por daños a la confianza.
Ineficacia (Anulación del Contrato)	Dolo	210 212 (por omisión)	Conducta maliciosa dirigida a inducir a error a la contraparte	Indemnización por daños a la confianza Anulación del contrato.
	Error	201 202 203 207	Debe ser esencial y conocible.	No se otorga indemnización. El remedio es la ineficacia del contrato (anulación)
Falta de adecuación del Reglamento Contractual	Dolo incidental	211	Conducta maliciosa dirigida a inducir a error a la contraparte.	Indemnización por daños a la confianza
	Error incidental	201 (por interpretación extensiva)	Debe ser conocible por la otra parte.	No se otorga indemnización. No se puede anular el contrato.



Alfredo Chan Arellano

Como se aprecia de lo anterior, la casuística en materia de responsabilidad precontractual es bastante amplia, dado que este tipo de responsabilidad se encuentra referida a todos los daños que pueden generarse entre las partes durante la etapa de las tratativas. Cada supuesto de responsabilidad precontractual tiene elementos, requisitos diferentes y una base legal distinta.

No obstante, *un común denominador, que permite crear un lazo entre estos supuestos distintos entre sí, es la existencia de buena fe como elemento para determinar cómo asignar los daños que ocurren en la etapa de tratativas*. En efecto, sea que se trate de un supuesto de dolo o error, o un supuesto de ruptura de tratativas contractuales, es necesario analizar el comportamiento de las partes para efectos de determinar la existencia de responsabilidad y en este análisis es importante recurrir al concepto de buena fe, a fin de verificar si las partes actuaron o no conforme a dicho estándar.

Cabe anotar que las preguntas que nos haremos serán distintas en cada caso, pero cada una de ellas estará enfocada en el grado de “buena fe” bajo el que se comportó cada parte en la negociación. Así, en materia de ruptura injustificada de tratativas, nos preguntaremos si era acorde con la buena fe que debe regir la etapa de negociaciones que una de las partes decidiera interrumpirlas y si de acuerdo a esa buena fe, era razonable o no creer que existía una confianza en la contraparte sobre la creencia que el contrato sería celebrado, al momento que ocurrió la ruptura.

Del mismo modo, en el supuesto de dolo y error nos preguntaremos si, acorde con la buena fe que debió regir la negociación, la información que poseía una de las partes debía ser revelada de una parte a la otra o podía ser mantenida en reserva; pese a que dicha información altera la valuación de los bienes materia de la transacción.

En esa medida, es claro que entender el concepto de buena fe en la etapa de tratativas representa un elemento fundamental para efectos de asignar daños y responsabilidades en materia de responsabilidad precontractual.

3.2. Dando contenido a la buena fe en la etapa de negociaciones

Nuestro Código Civil no contiene una definición expresa sobre el concepto de la buena fe y mucho menos sobre cómo debe ser aplicado este principio en el contexto de las negociaciones.

No obstante, el concepto de buena fe ha sido trabajado de manera repetida por la doctrina civil, así como en el *common law*. Veamos:

Diez Picazo al referirse a la buena fe indica lo siguiente: “*un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante*. Eso quiere decir que (...) los contratos han de ser interpretados *presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración*, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades”⁽⁶⁾.

De la misma forma, Manuel de la Puente, define la buena fe como: “(...) la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones. (...) Se dice, así, que la buena fe es la ausencia de dolo o mala fe (BONFANTE), la honesta convicción (WINDSCHEID), la honradez (TUHR), la voluntad sincera, leal y fiel (GORPHE), la sinceridad y lealtad (GHESTIN), el deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua, y al límite de amistad y fraternidad (CORNU) (...)”⁽⁷⁾.

(6) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen 1. Madrid: Tecnos, 1983; p. 263. Citado por: ZUSMAN TINMAN, Shoschana. *La buena fe contractual*. En: *Themis Segunda época* No. 51. Lima, 2005; p. 22.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996; p. 24. Citado por: ZUSMAN TINMAN, Shoschana; p. 23.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

Por su parte, en el *common law*, en la sección §205 del *Restatement Second of Contracts - Second*⁽⁸⁾, se indica que cada contrato impone a las partes el deber de actuar de buena fe. Por su parte, en la sección §2-103 (1) (b) del *Uniform Commercial Code* se define a la buena fe como “la honestidad que debe ser observada en base a estándares comerciales razonables y a una negociación justa en el comercio”⁽⁹⁾.

Como se aprecia de lo anterior, la buena fe es tratada como un estándar de conducta que debe guiar la actuación de las partes, y dicho estándar tiene como premisa la existencia de un deber de lealtad u honestidad entre las partes. En esa línea, se consideraría que actúa de buena fe aquél que cumple sus promesas, aquél que tiene presente los efectos de su conducta y la confianza que genera en su contraparte, aquél que actúa de manera veraz y no intenta inducir a error a su contraparte, entre otros supuestos.

No obstante, límites de la buena fe (y específicamente de la buena fe en la negociación) continúan siendo bastante imprecisos, así ¿actúa de buena fe quien mantiene en reserva información que podría afectar la valorización de los bienes materia del contrato? ¿Actúa de buena fe quien mantiene negociaciones paralelas con otras partes? ¿Actúa de buena fe quien ingresa a una negociación sin ánimo de contratar? ¿Actúa de buena fe quien oculta a su contraparte sus motivos para la celebración del contrato?

Es por ello que consideramos importante tratar de profundizar en el concepto de buena fe, con el objeto de trazar un estándar que pueda ser aplicado de manera mucho más sencilla en las relaciones contractuales.

Un primer paso para trazar este concepto de buena fe es tener presente el contexto en el que esta va a ser aplicada. En efecto, es relevante comprender cuáles son las legítimas expectativas de las partes en el contexto de la negociación,

cuál es el vínculo que las une y qué es lo que razonablemente se esperaría de su conducta en este escenario.

En la negociación, las partes todavía no se encuentran vinculadas por un contrato, por lo que su límite de actuación es mucho más amplio y flexible, nos encontramos ante una etapa en que las partes simplemente “intentan conocerse”, y cada una mantiene una conducta estratégica a fin de obtener la máxima utilidad de la negociación. Es por las especiales características de este contexto, que existen autores como Zusman que sostienen que el requerimiento de buena fe en esta etapa (negociación) es menos estricto que en la etapa de ejecución contractual.

Sobre este punto, Zusman señala: “Puede decirse por eso, que la diferencia entre ambos órdenes de buena fe (la buena fe en la negociación y en el cumplimiento) es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una autorrestricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda”⁽¹⁰⁾.

Un segundo paso para trazar el concepto de buena fe a través de límites más concretos es entender cuáles son los objetivos que deberíamos buscar con su implementación. Atendiendo a que nuestro ordenamiento ha protegido la libertad de contratar, creemos

(8) Restatement of Contracts - Second.- §205. Duty of Good Faith and Fair Dealing.- Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.

(9) Uniform Commercial Code §2-103(1)(b) Good Faith, in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.

Es importante anotar que la *buena fe* a que se hace mención en el Restatement Second of Contracts así como en el Uniform Commercial Code no está referida a la etapa de negociación del contrato, sino a la etapa de ejecución contractual.

(10) ZUSMAN T, Shoschana; p. 24.



Alfredo Chan Arellano

que el objetivo principal que debería ser alcanzado en la negociación es el de crear incentivos para fomentar la contratación, pero sin que ello implique vulnerar las legítimas expectativas de las partes.

Y es ahí donde reside la dificultad, en cómo encontrar el punto medio o equilibrio; es decir, en cómo fomentar la contratación, pero a su vez, proteger los intereses de las partes en un contexto en el que la protección del interés propio es lo que genera las ganancias. Esto es en lo que nos vamos a enfocar en el siguiente acápite.

3.3. En busca del punto medio

Como hemos indicado en el punto anterior, para trazar el concepto de la buena fe bajo límites más concretos es importante tener presente:

- El contexto en el que concurren las negociaciones.
- Los objetivos que se pretenden conseguir al implementar el estándar, así como los incentivos que vamos a crear para esos efectos.

3.3.1. El contexto: comportamientos estratégicos
Según hemos señalado anteriormente, el contexto de las negociaciones no es pacífico, por el contrario, nos encontramos en una relación de rivalidad en el que cada parte intenta proteger su propio interés a fin de maximizar su utilidad. Y, aunque pueda parecer contradictorio, es justamente esa rivalidad la causa de la utilidad en el intercambio.

Por regla general, en una negociación nos encontramos en un escenario en el que a medida que se incrementa el beneficio de una de las partes, disminuye proporcionalmente el de la otra. Ante ello, es claro que al ingresar a una negociación cada parte debería asumir que su contraparte asumirá un rol estratégico, esto significa que cada parte reservará aquella información o elementos que maximizan su interés y no los entregará a la contraparte.

Por ello, creemos que la legítima o razonable expectativa que deberían tener las partes en la negociación es que

exista una relación de rivalidad en la que cada parte asumirá una conducta estratégica para proteger su interés.

En este tipo de contexto, se debe exigir que la parte que ingresa a la negociación actúe protegiendo su interés y en esa medida analice con mayor agudeza el comportamiento de su contraparte, bajo la premisa que la conducta de su contraparte *no* está orientada a la protección de sus intereses. *Es importante comprender que no existe una relación fiduciaria entre las partes.*

3.3.2. Objetivos en la negociación

Como hemos indicado en el punto anterior, el segundo paso para trazar el concepto de la buena fe en la negociación debería consistir en enfocar cuáles son los objetivos que pretendemos lograr a través de su implementación.

En nuestro sistema, se encuentra protegida a nivel constitucional⁽¹¹⁾ la libertad de contratar así como la libertad contractual. En esa medida, las reglas que rigen a la contratación deberían estar orientadas en crear un espacio abierto a la negociación en el cual las partes puedan proporcionarse entre sí información y recursos y, de esa forma, definan libremente sus propias reglas para el intercambio. De esa manera, *el objetivo de la negociación debería estar alineado en fomentar la contratación, pero a su vez protegiendo las legítimas expectativas de las partes en este contexto.*

Consideramos que la creación de este ámbito de negociación, requiere tener presente dos elementos básicos: (i) la perspectiva aleatoria de las negociaciones; y, (ii) el valor de la información. Veamos:

(11) Constitución Política del Perú. Artículo 62.-

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

a) La perspectiva aleatoria de las negociaciones

La libertad de negociación implica que las partes pueden iniciar y mantener tratativas sin el riesgo de responsabilidad precontractual. Esto significa que una parte que ha iniciado tratativas puede romperlas en cualquier momento, pese a que el período de negociación haya podido generar costos, tiempo y recursos para las partes.

Las partes que ingresan a la negociación ingresan con la expectativa de tener una ganancia pero *no* existe una garantía que ello suceda, pudiendo sufrir una pérdida como resultado de la falta de celebración del acuerdo. Esto es lo que denomina Farnsworth como perspectiva aleatoria de las negociaciones, como señala Farnsworth:

“En la raíz de esta visión del período precontractual se encuentra lo que yo llamo la ‘perspectiva aleatoria’ del common law sobre las negociaciones: la parte que entra en negociación con otra con la esperanza de obtener alguna ganancia como resultado del acuerdo final, corre el riesgo de cualquier pérdida si la otra parte rompe las negociaciones. (...) Todo se arriesga para un resultado exitoso de las negociaciones; todo se pierde en el fracaso. (...) *Esta perspectiva aleatoria de las negociaciones descansa sobre la inquietud de que limitando la libertad de negociación se podría desincentivar a las partes a entrar en una*⁽¹²⁾ (el énfasis es nuestro).

Como señala el citado autor, la perspectiva aleatoria de las negociaciones tiene como base proteger la libertad de negociación a fin de fomentar el intercambio, o en otras palabras, la contratación. En efecto, si cada vez que las partes ingresan a una negociación se aplicara un vínculo estricto que no permitiera a las partes interrumpir las negociaciones, ello generaría un desincentivo a contratar puesto que las partes sabrían que cada vez que inician negociaciones, corren el riesgo de “quedarse atadas” pese a que todavía no tienen la información suficiente para adoptar una decisión sobre la celebración del contrato.

Teniendo presente ello, y con el objeto de fomentar la contratación, debería adoptarse como premisa que durante

la negociación las partes gozan de un ámbito bastante amplio de libertad, por lo que sólo deberían crearse obligaciones o vínculos que restrinjan la libertad entre las partes como excepción y *no* como regla.

Durante la negociación, las partes deberían estar en capacidad de interrumpir las tratativas en cualquier momento, de la misma forma, las partes deberían tener libertad para efectuar negociaciones paralelas con terceros y solicitar información sin efectuar ninguna promesa para la celebración de un contrato, entre otros.

Nuestro sistema sólo debería limitar esa libertad en determinados supuestos. A modo de ejemplo, la potestad de interrumpir las tratativas sólo debería restringirse cuando la parte que pretenda interrumpirlas ha generado una confianza razonable en su contraparte que el contrato sí iba a ser celebrado.

Sobre este punto, Haro señala refiriéndose a la responsabilidad precontractual: “(...) Esto es tanto más cierto en el campo de la responsabilidad precontractual cuando, como nos hemos ocupado de explicar líneas arriba, *sólo debería admitirse ésta cuando uno de los potenciales contratantes haya creído erróneamente en que la probabilidad de celebrar el contrato era mayor que la real*⁽¹³⁾.

Si bien es cierto que las partes tienen libertad de contratar, no debería permitirse que una de las partes defraude la confianza generada en la otra parte y en base a la cual esta última ha incurrido en gastos y otros recursos que no habrían sido incurridos de no haber existido dicha confianza. En este supuesto, el objetivo no es restringir la libertad de contratar, sino sancionar la mala fe con la que actúa la parte al generar una legítima expectativa y luego defraudarla en perjuicio de su contraparte.

(12) FARNSWORTH, Allan; p. 49.

(13) HARO SEIJAS, José Juan; p. 273.



Alfredo Chan Arellano

La perspectiva aleatoria se ocupa de analizar el contexto en el que ocurren las negociaciones. No obstante, *no* nos informa sobre qué deberes existen entre las partes respecto al activo más importante que se transmite durante la negociación, esto es, la información. De esto nos ocuparemos en el siguiente punto.

b) Los deberes de las partes respecto de la información

La información es el activo más valioso que se transmite entre las partes durante la negociación. Y, en esa medida, el estándar de buena fe que apliquemos también debe estar orientado a brindarnos una guía sobre qué conductas son válidas entre las partes respecto a la información o, en otras palabras, cuándo es válido que una de las partes se reserve la información y cuándo es necesario exigir que las partes transmitan la información que poseen.

Consideramos que para fomentar la contratación no sólo se debe proteger la libertad de negociación (que hemos tratado en el punto anterior), sino que adicionalmente se debe reconocer una titularidad a las partes sobre la información que poseen. La información es un activo cuya producción genera costos para las partes, tales como invertir en investigación, aplicar conocimientos de la técnica y de la industria, utilizar la experiencia propia en el medio o de un tercero, análisis de mercados, entre otros.

Por tanto, si *no* se protege esta titularidad y, por el contrario, se obliga a las partes a revelar toda la información que poseen, se crearía un desincentivo para que las partes entablen negociaciones, en tanto que las partes ya *no* podrían aprovechar la información que poseen y, por ende, no podrían recuperar los costos incurridos en obtenerla.

En esa medida, la obligación de suministrar información debe ser aplicada de manera restrictiva, bajo la premisa que la información es un bien valioso que merece ser explotado por la persona que la posee.

En nuestra opinión, consideramos que, por regla general, el deber de información debería estar limitado a suministrar información sobre los defectos, vicios ocultos y características de los bienes materia del intercambio. Veamos esto con unos ejemplos:

a) Obde vs. Schlemeyer: El deber del vendedor de trasladar información sobre los vicios ocultos

Como indicamos anteriormente, en el caso Obde vs. Schelemeyer, el Sr. y la Sra. Obde plantearon una demanda contra el Sr. y la Sra. Schlemeyer a efectos de que se declare la ineficacia del contrato por el que los primeros adquirieron de los segundos un inmueble infestado de termitas, situación que habría sido conocida por estos últimos al momento en que se produjo la venta y que; sin embargo, no revelaron a los señores Obde.

En este caso, consideramos que *se debería asignar a los vendedores el deber de revelar información*, esto es, que el inmueble estaba infestado de termitas. Los vendedores son los que poseen la información sobre el bien y por ello son éstos los que pueden transmitir esta información a menor costo. Además, imponer la obligación de revelar información a los vendedores *no* va a reducir los incentivos para contratar, ni tampoco los incentivos para invertir en información.

En efecto, los vendedores en su calidad de propietarios del inmueble (por regla general) mantendrán su interés en obtener información sobre el inmueble en el que viven y sobre sus cualidades, aun cuando se les exija compartir esta información con el comprador. Más cuando la información referida a las cualidades del bien podría ser apreciada a bajo costo, por el simple hecho de vivir en la propiedad.

Como señala, Kronman: “Un vendedor se beneficia de muchas maneras del conocimiento de los muchos atributos que poseen sus productos. Por ejemplo, conocimientos de este tipo le permiten ser más eficiente en la compra de materiales, reduciendo la posibilidad de que falle en identificar cualquier ventaja que sus productos puedan tener (y por

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

consiguiente, los venda por debajo de su precio). *Como quiera que los beneficios que derivan de este tipo de conocimientos son muchos y variados, no resulta creíble que el deber de revelar información sobre defectos latentes constituya, por sí mismo, un impedimento para invertir en la adquisición de conocimientos acerca de los atributos de lo que se vende*⁽¹⁴⁾ (el énfasis es nuestro).

Otra de las razones que respaldan imponer la obligación de revelar información sobre los defectos ocultos, consiste en que la falta de este deber generaría una asignación ineficiente de recursos. En este caso, los compradores recibirían un inmueble que no es idóneo para el fin que lo adquirieron y, por ende, que les genera utilidad. Aquí, el intercambio no ha generado utilidad para las partes, sino una pérdida.

b) Laidlaw vs. Organ: La reserva de la información por parte del comprador

Según hemos señalado, Organ tomó conocimiento que se había firmado un tratado de paz entre los oficiales americanos y británicos poniendo fin formalmente a la guerra. Y antes que la firma del tratado se hiciera pública, Organ se comunicó con un representante de la empresa Laidlaw para comprar un cargamento importante de tabaco.

Luego que se publicara la noticia sobre la firma del tratado (que ponía fin al bloqueo naval) el precio de mercado del tabaco se incrementó rápidamente. Ante ello, Laidlaw se rehusó a entregar el tabaco en los términos ofrecidos.

En este caso, podemos apreciar que Organ poseía información que tenía una clara repercusión en el precio del bien materia de la operación y, pese a ello *no* reveló esta información a Laidlaw a fin de obtener una ventaja en la negociación.

No obstante ello, consideramos que *no* se debería asignar a Organ un deber de revelar información a favor de Laidlaw, en tanto que: (i) imponer este deber generaría un desincentivo para la producción de información; y, (ii) la transacción aún genera utilidad para las partes pese a la reserva de la información por parte de Organ (el comprador). Veamos esto a mayor detalle:

– *Supuesto 1: Manteniendo la información reservada*

Imaginemos que el costo de producción de 100 barriles de tabaco era de 600 dólares. Si Laidlaw fijaba el precio de cada barril a 10 dólares. *Su ganancia habría sido de 400 dólares por la transacción.*

– *Supuesto 2: Revelando la información*

Si Organ hubiera revelado la información sobre la finalización del bloqueo naval, Laidlaw hubiera estado interesado en subir el precio del barril. Imaginemos que Laidlaw hubiera fijado el precio en 15 dólares por barril. *En este caso, su ganancia habría sido de 900 dólares* (por la venta de 100 barriles a 15 dólares cada uno).

Como se aprecia de lo anterior, *aún cuando Organ haya mantenido la información reservada, el intercambio continúa produciendo utilidad para las partes, la diferencia es el modo en que se distribuye la utilidad.*

Cuando Organ reserva la información, este recibe mayor utilidad como resultado de la transacción, puesto que, puede pagar un precio bajo por los barriles de tabaco (10 dólares por barril). En cambio, cuando Organ revela la información, la parte que se encuentra en capacidad de recibir mayor utilidad es Laidlaw, en tanto que Laidlaw puede aumentar el costo de los barriles.

Atendiendo a que el intercambio continúa produciendo utilidad para las partes, consideramos que debería permitirse que *el comprador reserve la información que posee, en tanto que, ello genera incentivos para que las partes inviertan en información.* Con una regla de reserva de la información a favor del

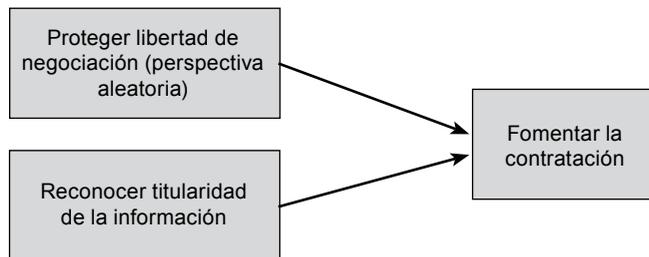
(14) KRONMAN, Anthony; p. 176.



Alfredo Chan Arellano

comprador, se permite que la utilidad de la transacción se incline hacia la parte que invirtió en la información y que es el titular de la misma. De este modo, se favorecen los incentivos para contratar e invertir en información.

Las ideas anteriores se grafican en los siguientes cuadros:



3.3.3. La buena fe

Teniendo presente el contexto en el que surgen las negociaciones, las expectativas de las partes y los objetivos que deben ser protegidos en la negociación, consideramos que la *buena fe en la etapa de las tratativas* debería enfocarse en la observancia de dos reglas básicas:

- Se deben proteger las promesas efectuadas por las partes que han generado confianza razonable.

Si bien es cierto que durante la etapa de las tratativas no existe un contrato entre las partes, la conducta desarrollada por éstas

	Conducta de las partes	Excepción	Resultado
Libertad de negociación	<p>La libertad de negociación implica que las partes pueden iniciar y mantener tratativas sin el riesgo de responsabilidad precontractual.</p> <p>Esto significa que una parte que ha iniciado tratativas puede romperlas en cualquier momento.</p>	<p>La parte no puede interrumpir las tratativas injustificadamente si es que ha generado una confianza razonable en la otra parte respecto que el contrato iba a ser celebrado.</p>	<p>Se fomenta la contratación y se protegen las expectativas de las partes.</p>
Reconocer titularidad sobre la Información	<p>La información es un activo y su titular tiene derecho a utilizar la información obtenida en la negociación.</p> <p>La regla general es que las partes <i>no</i> tienen la obligación de revelar toda la información que poseen.</p>	<p>El deber de información debe estar limitado a información referida a vicios ocultos o defectos sobre el bien materia del contrato.</p> <p>Y este deber de revelar información estaría a cargo del vendedor, por ser éste el que puede obtener la información a menor costo.</p>	<p>Se fomenta la contratación y se protegen las expectativas de las partes.</p>

si puede generar una confianza o expectativa razonable cuya falta de cumplimiento puede producir daños.

En esa medida, aquellas promesas que hayan generado confianza razonable en la contraparte deben ser protegidas. De este modo, si una de las partes genera una confianza razonable respecto que el contrato sería celebrado, la ruptura injustificada de las tratativas debería generar una indemnización a favor de la parte afectada.

- El deber de revelar información debe estar limitado a los defectos ocultos o latentes de los bienes materia de la transacción.

Como hemos indicado, debería considerarse que *no* existe un deber general de brindar información, en tanto que esta es un activo que merece ser apropiado por las partes.

Solo estamos saliendo. Sobre la Buena Fe en la etapa de las tratativas

En ese sentido, el deber de información debería limitarse respecto de defectos ocultos o latentes de los bienes.

Creemos que estas dos reglas básicas pueden brindar una guía para solucionar los problemas recurrentes que se presentan en la etapa de las tratativas y además estas reglas tienen por objeto facilitar la aplicación del concepto de buena fe, a fin de dotar de mayor predictibilidad al contexto de las negociaciones contractuales.

No obstante, por la diversidad de supuestos que pueden presentarse en esta etapa, puede ser posible que estas dos reglas no logren cubrir todo el espectro y que sea necesario añadir deberes adicionales como parte de la conducta que consideramos como de buena fe para cubrir otro tipo de supuestos.

4. Reglas para la negociación y anotaciones finales

En base a los temas que hemos analizado anteriormente, consideramos que una

negociación de buena fe debería ser realizada bajo las siguientes reglas básicas:

- En la etapa de negociaciones, no existe una relación fiduciaria entre las partes.
- A menos que la negociación sea exclusiva, es válido mantener negociaciones paralelas con terceros.
- Las tratativas pueden ser interrumpidas en cualquier momento, sin que ello genere responsabilidad.
- No existe un deber general de revelar información. Se debe proteger la titularidad sobre la información.
- Por regla general, la revelación de la información está limitada a los vicios ocultos o defectos del bien materia de la operación.
- El incumplimiento de promesas efectuadas en la negociación, que hayan generado una confianza razonable en la contraparte, generan responsabilidad.

Esperamos que estas reglas permitan brindar una mayor orientación a las partes sobre cómo debería ser su conducta y sus deberes en la etapa de negociaciones. No obstante, así como sucede en la mayoría de los casos, esto no podrá comprobarse en la teoría, sino en la práctica. (14)