

La responsabilidad precontractual en debate

Panorama de la doctrina jurídica nacional

Renzo Saavedra Velazco^(*)

1. Premisa

Nuestra época, que duda cabe, es la de los contratos⁽¹⁾; desde los más sencillos (los denominados contratos manuales) hasta aquellas más complejas estructuras contractuales⁽²⁾ (piénsese en las diversas manifestaciones de contratos coligados y contratos mixtos)⁽³⁾. Ello muestra la relevancia de la circulación de bienes y servicios como un mecanismo idóneo para la creación de la riqueza, esto es la obtención de excedentes económicos (o también llamadas rentas económicas) mediante la correcta asignación de los recursos.

A pesar de un contexto como el descrito, del cual claramente no somos ajenos, nuestros académicos solo de manera reciente parecen haberse percatado de la importancia de un estudio exhaustivo sobre la materia y, de manera particular,

acerca de la problemática derivada de los daños producidos en la etapa precontractual.

Resulta, por decirlo menos, sorprendente que se haya requerido el transcurso de más de veinte años de la promulgación del Código Civil de 1984 para que se presenten las primeras muestras de un debate, llamémosle así, respecto de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

En efecto, tal discusión no solo atañe, como muchos erróneamente piensan, a la normativa aplicable a la responsabilidad precontractual sino que llega incluso a la dilucidación de las diversas hipótesis que se encuentran comprendidas bajo esta figura.

Tal interés ha llevado a que en uno de los más recientes números de un suplemento informativo de actualidad jurídica se publique la opinión de un abogado⁽⁴⁾ que se pronuncia a favor de la resarcibilidad de los daños producidos en la etapa

(*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Asociado fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP).

Los útiles comentarios del profesor Rómulo Morales Hervias a la versión preliminar de este trabajo, nos permitieron afinar el alcance de ciertas afirmaciones, razón por la cual expresamos nuestro más sincero agradecimiento.

- (1) Al respecto, véase: SCHLESINGER, Piero. *Il primato del credito*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XXXVI. Parte primera. Padova: Cedam, 1990. pp. 825-830; y, FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*. En: *Columbia Law Review*. Número 87. 1987. pp. 217 y siguientes, recientemente traducida y publicada en: *Themis - Revista de Derecho*. Segunda época. Número 44. Lima, 2002. pp. 81 y siguientes.
- (2) Una de las manifestaciones de mayor complejidad de los contratos coligados es ofrecida por el *project finance*, el cual es un particular medio de financiación de proyectos de gran envergadura. Para una aproximación inicial al fenómeno, véase el estudio realizado por el Grupo de investigación de *ius et veritas* (*Innovando el financiamiento de proyectos. Una aproximación al Project Finance*. En: *ius et veritas*. Año XV. Número 30. Lima, 2005. pp. 445 y siguientes); aunque adelantamos al lector que son pocos los estudios en los cuales se analice este mecanismo como una manifestación de contratos coligados.
- (3) Para una exposición clara de las diferencias entre estos dos conceptos, véase: ORLANDO CASCIO, Salvatore y Carlo ARGIROFFI. *Contratti misti e contratti collegati*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen IX. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, 1988. pp. 1-6 (de la separata); y, SCOGNAMIGLIO, Renato. *Collegamento negoziale*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VII. Giuffrè, Milán, 1960. pp. 375-381.
- (4) Me refiero a la nota de Alfonso Rebaza: *cuando "patear el tablero" en una negociación contractual genera responsabilidad: consecuencias de la ruptura injustificada de tratativas*. En: *Actualidad jurídica*. Número 135. Lima. pp. 33 y siguientes.

precontractual, amparándose en el extensamente difundido argumento de la violación de los deberes insertos en el artículo 1362⁽⁵⁾, y utilizando para ello, de manera por demás confusa e imprecisa, la comúnmente mal comprendida doctrina de los actos propios.

La falta de claridad exhibida por tal autor resulta comprensible en la medida que las opiniones vertidas en su trabajo expresan, quizá, la premura con la que fue realizado; el desconocimiento sobre el material bibliográfico existente; o, lo que sería infinitamente más grave, la imperdonable ignorancia acerca de los valiosos trabajos propuestos, de manera previa, por otros académicos peruanos, cuya autoridad resulta innegable.

Queremos pensar que las últimas dos suposiciones no han sido las que se han presentado en este caso, por lo que acogeremos, benévolutamente, la primera explicación.

Ahora bien, los civilistas de nuestro país, sin duda con algo de retraso, han propuesto varias interpretaciones y han formulado objeciones que, en cumplimiento de un mínimo nivel de honestidad intelectual, no pueden ser soslayadas al momento de exponer una opinión sobre los fundamentos y la funcionalidad de tal instituto jurídico pues todo trabajo de investigación que se precie de ser serio debe tener en cuenta el estado actual de la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, no en pocas ocasiones hemos sido testigos de trabajos en los cuales se grafica la ya anotada falta de investigación del autor de turno sobre la materia o, la cada vez más extendida, apropiación de los discursos ajenos.

En tal orden de ideas, todo aquel que lea, sin prestar la cautela necesaria, materiales como la nota aquí comentada, puede, si da credibilidad a fuentes tan poco fiables, formarse una impresión

equivocada sobre el desarrollo actual de determinada institución jurídica, pues podría considerar que nada se ha escrito sobre la materia, o incurrir en equivocación sobre la autoría de una u otra opinión⁽⁶⁾.

Por tal razón nos hemos propuesto trazar un cuadro global, si bien breve, sobre tal debate en torno de la responsabilidad precontractual en el Perú, procurando señalar los aspectos que toda aproximación a la figura debe intentar aprehender y, por consiguiente, resolver.

En efecto, desde nuestra perspectiva, toda investigación sobre la materia debe cuando menos analizar tres aspectos fundamentales a saber: (i) la fuente de la responsabilidad; (ii) su naturaleza jurídica; y, finalmente, (iii) el límite al resarcimiento de los daños irrogados.

Consideramos, en vía de principio, que todo artículo especializado sobre el tema que carezca de respuestas para las interrogantes anotadas será del todo desatendible.

Pueden ser ofrecidas, como prueba de tal afirmación, una gran cantidad de artículos donde se acopian una serie de opiniones, las cuales en ocasiones se toman de autores nacionales y/o extranjeros sin señalarse expresamente su fuente⁽⁷⁾ y, lo que es aún más grave, sin tener muy claro ni el propósito de la exposición ni el orden que debe respetar cualquier investigación.

No obstante lo señalado líneas arriba, debemos subrayar que existen trabajos en los cuales tales interrogantes no son absueltas, pero ello no nos debe llevar a concluir que ignoremos, en todos los casos, su valor jurídico. En efecto, tales trabajos solo serán desatendibles cuando tal toma de posición no sea realizada de manera consciente y, por lógica consecuencia, no sea comunicada al lector⁽⁸⁾.

Pasemos, pues, al análisis de la materia.

(5) La pertinencia o no de tal afirmación será desarrollada más adelante.

(6) Lo ha señalado Leysser León (LEÓN, Leysser. *Equívocos doctrinales sobre el daño moral a propósito de un reciente artículo*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVIII. Número 52. Trujillo, 2003. p. 95), en relación con la ignorancia exhibida, por parte de algún autor, sobre los aportes de la doctrina nacional, y sobre el estado de la cuestión en el Perú, en materia de reparación de los daños morales.

(7) Recientemente hemos tomado conocimiento de algunos artículos y/o comentarios, que tratan sobre distintos institutos jurídicos, publicados en distintos medios, en los cuales ciertos autores toman "prestados" argumentos, citas, etcétera; sin remitir a la lectura de los originales y, sin hacer mención expresa, de que se tratan de materiales extraídos de trabajos ajenos, ello con la clara idea de atribuirse la autoría de dichas opiniones.

(8) Al respecto, debemos resaltar que existen trabajos en los cuales, de manera expresa, los autores señalan su renuncia a investigar la naturaleza jurídica de la institución. Ello, de por sí, no es errado en tanto se comunique al lector, para evitar una interpretación errada sobre la materia dada la gran multiplicidad de teorías que existen al respecto, las cuales no solo incluyen a aquellas que afirman la naturaleza contractual o extracontractual de la figura sino también a aquellas que propugnan su carácter de *tertium genus*.

2. El renovado interés por la *culpa in contrahendo*

Como se ha anotado, solo recientemente nuestros juristas han iniciado la investigación⁽⁹⁾ de la figura bajo examen. Ello llama poderosamente la atención debido, sobre todo, a tres razones; la primera, de orden fundamentalmente empírico, atiende a que las hipótesis de *culpa in contrahendo* resultan relevantes tanto en realidades en las cuales se negocian contratos complejos (dado que el periodo de tratativas se extiende en el tiempo) como en situaciones en las que se celebren contratos en los cuales las relaciones jurídicas instauradas entre los individuos conlleven, aun cuando fuese de manera implícita, a una exposición de los bienes jurídicos de los intervinientes (su persona y/o cosas) a un nivel de riesgo derivado de la conducta de su contraparte⁽¹⁰⁾; la segunda, de índole teórica, se refiere al interés en delimitar su naturaleza jurídica, con las repercusiones que ello significa a nivel de aplicación de las normas positivas; mientras que la tercera, de cariz histórica, es en nuestra opinión la que cobra mayor realce pues atiende al hecho

que el ensayo que dio nacimiento al estudio de la institución data del siglo XIX⁽¹¹⁾.

Lamentablemente por influjo de la doctrina anglosajona, a despecho de la opinión de cierto sector de nuestra doctrina, se ha circunscrito el ámbito de aplicación de esta teoría, de raigambre eminentemente germana, a los supuestos de ruptura injustificada de las tratativas, olvidándose que la primera hipótesis que fundó una responsabilidad por *culpa in contrahendo* se refería al conocimiento de la causa de invalidez contractual.

Dicha opción no resulta *per se* errada, sencillamente se encuentra afectada por la particular visión de los juristas del *common law* sobre el carácter vinculante de las promesas (*promises*), nos referimos a la doctrina de la *consideration*⁽¹²⁾, la cual -como se verá a continuación- resulta inaplicable en nuestro ordenamiento.

Una primera cuestión a tomar en cuenta es que la doctrina de la *consideration* no es en los hechos un concepto tan fácil de aprehender como algunos autores nacionales, de manera por demás inexacta, proclaman. En efecto, el desarrollo de la teoría de la *consideration* se inicia en el siglo XV⁽¹³⁾

- (9) En nuestro ordenamiento la primera investigación especializada sobre la responsabilidad precontractual es de fecha reciente, cuya autoría resulta atribuible al profesor José Juan Haro Seijas (HARO SEIJAS, JOSÉ JUAN. *¿Podría usted "no hacer" negocios conmigo?: Sobre la Responsabilidad Precontractual y la Buena Fe*. En: *Advocatus - Revista de Derecho*. Número 7. 2002. pp. 122 y siguientes). No obstante ello, en el libro del profesor Manuel de la Puente y Lavalle se leen las primeras referencias sobre la materia (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2da. edición. Lima: Palestra, 2003. pp. 349 y siguientes).
- (10) Nos referimos a la teoría de los deberes de protección (*Schutzpflichten*), de origen alemán la cual será brevemente desarrollada más adelante. Sin perjuicio de ello remitimos al lector a los trabajos de Leysser León (véase *infra* nota 10), Gastón Fernández Cruz (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*. En: *Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004. pp. 583 y siguientes), Antonio Cabanillas (véase *infra* nota 33), Clara Asúa (ASÚA, Clara. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Bilbao: Departamento de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1989), Francesco Benatti (BENATTI, Francesco. *Responsabilità precontrattuale (Diritto civile)*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XXVII, 1991) y Carlo Castronovo (CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2da. Edición. Giuffrè, Milán, 1997).
- (11) Nos referimos a la obra de: VON JHERING, Rudolph. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*; ahora en: *Gesammelte Aufsätze aus den "Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"*. Tomo I. Scientia, Aalen, 1969. pp. 327 y siguientes (citado por 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: *Themis - Revista de derecho*. Segunda Época. Número 49. Lima, 2005, p. 137, nota 38).
- (12) Para una aproximación inicial a la figura, véase: GORLA, Gino. *Consideration*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen IX. Giuffrè, Milán, 1961. pp. 176 y siguientes.
- (13) Para una exposición breve del proceso histórico de formación *consideration* remitimos a FARNSWORTH, Allan. *Contracts*. 3ra. edición. New York: Aspen Law & Business, 1999. pp. 9-26; y a GORLA, Gino. *Op. cit.*; pp. 176-178. Tal proceso podría resumirse en la siguiente secuencia: (i) alrededor del siglo XII, y a semejanza de los romanos (*stipulatio*), los jueces del *common law* crearon la *action of covenant* la cual operaba cuando una promesa había sido emitida por escrito y presente el sello del declarante [under seal]; (ii) a finales del siglo XII se utilizó la ficción de un préstamo, por lo cual aquella persona que recibía la ejecución de la obligación de su contraparte (*quid pro quo*) se encontraba sujeta a que se le pueda oponer la *action of debt* en caso de incumplimiento pues de lo contrario existiría un enriquecimiento injusto; (iii) en el siglo XV se utilizó un concepto propio de la responsabilidad civil (*torts*), la *action of assumpsit*, según la cual el individuo que se compromete a realizar una conducta debe mantenerla, pero de no

y, a pesar del tiempo transcurrido⁽¹⁴⁾, aún se está muy lejos de obtener resultados satisfactorios⁽¹⁵⁾; en este extremo creemos que existen bases más sólidas para encontrar semejanzas entre esta doctrina y la noción, propia del *civil law*, de causa del negocio jurídico⁽¹⁶⁾. A pesar de la limitación anotada, en el *common law* no se ha criticado el sentido económico⁽¹⁷⁾ que subyace a dicho concepto, aunque si se ha anunciado su crisis por la proliferación de excepciones.

Ahora bien, según una autorizada corriente de opinión⁽¹⁸⁾ la *consideration* constituye el requisito

de reciprocidad para la exigibilidad de las promesas contractuales, esto es una promesa solo será jurídicamente vinculante si la misma se funda en dos componentes⁽¹⁹⁾ claramente diferenciables entre sí: (i) el beneficio que se debe otorgar al promisorio como retribución de la promesa⁽²⁰⁾; y, (ii) la confianza del promisorio, cuya frustración debe producir consecuencias tales que lo lleven a una posición más gravosa respecto a la que se encontraba antes de emitir la promesa⁽²¹⁾.

Por tal motivo, toda promesa que no posea los componentes aludidos no otorgará a su titular

hacerlo deberá colocar a su contraparte en aquella situación anterior a la de la emisión de la promesa (repara solo el interés negativo); (iv) en el siglo XVII, y para superar las críticas, se creó la acción *indebitatus assumpsit* la cual incluiría casos en los cuales no existía una ejecución parcial de las promesas; y, finalmente, (v) entre los siglos XV y XVI se acuñó el término *consideration* para hacer referencia a las condiciones exigidas para otorgar una *action of assumpsit*.

En tal sentido resulta por demás inexacta la afirmación realizada por Rafael Lengua (LENGUA, Rafael. *¡Hazle caso a papá, que él siempre sabe qué es lo mejor para tí!* En: *Advocatus - Revista de Derecho*. Número 8. 2003. p. 239, nota 9; quien sostiene, amparándose en una opinión de Douglas Baird, que la doctrina fue elaborada en 1870 por Christopher Columbus.

- (14) Al respecto, véase la obra del insigne juez americano Oliver Wendell Holmes Jr. (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. En: *Harvard Law School Library*, 2003. Lectura VII [Contract. I. History], el texto integro puede revisarse en la web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en: http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/online-collections/common_law).
- (15) Como prueba de dicha afirmación puede ofrecerse el estudio de Randy E. Barnett (BARNETT, RANDY E. *A consent theory of contract*. En: *Columbia Law Review*. Número 86. 1986. pp. 269 y siguientes), recientemente traducido al castellano, el cual puede ser revisado en: *Themis - Revista de derecho*. Segunda época. Número 49. Lima. 2005. pp. 47 y siguientes.
- (16) Ofrecemos tal fecha de corte pues la locución *negocio jurídico* fue creada por el pandectismo, en el año 1748 y resulta atribuible a Daniel Nettelblatt. Como se sabe, en Alemania, no existe necesidad de contar con un concepto como el de causa exigible en todos los negocios, aunque ello no niega su uso en ciertos supuestos. Por tales motivos las divagaciones sobre tal noción solo abarcarían un período mucho menor, sobretodo si se tiene en cuenta que la noción de causa es ajena a la experiencia romana. Véase: BIANCA, Máximo. *Diritto civile, III (Il contratto)*. Giuffrè, Milán, 1987 (reimpresión). p. 420, nota 4. A pesar de ello aceptamos que esta es una afirmación harto discutible, a manera de ejemplo se puede revisar el informado trabajo de Rómulo Morales (MORALES, Rómulo. *La causa del contrato en la dogmática jurídica*. En: *Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004. pp. 293 y siguientes), en donde se demostraría el error de tal afirmación. En todo caso, ambas ideas tendrían un origen casi simultáneo, en cuanto a las fuentes romanas, pero evolucionan de manera independiente, aunque el producto de sus particularidades, conflictos, debates, etcétera son similares en cuanto a los resultados. En efecto, ambos conceptos presentan más incertidumbres que certezas, pero ello no nos debe llevar a negar su utilidad de manera absoluta.
- (17) Cfr. POSNER, Eric. *Análisis económico del derecho contractual después de tres décadas: ¿éxito o fracaso?* Traducción del inglés por Rafael Lengua y Guillermo Cabieses. En: *Advocatus - Revista de Derecho*. Número 8. 2003. pp. 143-146.
- (18) KESSLER, Friedrich. *Einige Betrachtungen zur Lehre von der Consideration*. En: *Festschrift für Rabel*. Volumen I. Tubinga. 1954. pp. 251 y siguientes (citado por ALPA, Guido. *Causalidad y abstracción del contrato*. En: *Atlas de derecho privado comparado*. Coordinación de Francesco Galgano, traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Madrid: Fundación cultural del notariado, 2000. p. 181); y, COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Traducción de la segunda edición por Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 231.
- (19) ALPA, Guido. *Op. cit.*; pp. 180 y siguientes.
- (20) Este componente se encuentra en los apartados 1 y 2 de la sección 71 del *Restatement (Second) of Contracts*, donde se señala que “[p]ara que exista “*consideration*”, deben negociarse una actuación o una promesa recíproca. Una actuación o promesa recíproca se considera negociada cuando es solicitada por el promitente como intercambio por su propia promesa, y es realizada por el destinatario como intercambio de la promesa de aquel”. ((1) *To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise*).
- (21) ATIYAH, Patrick. *An introduction to the law of contract*. En: *Clarendon Law Series*. 5ta edición. Oxford: Clarendon press, 1995. p. 118; donde se señala que “*the doctrine of consideration has traditionally rested on two main legs. The*

(*rectius*: acreedor) una acción de naturaleza contractual en caso de incumplimiento.

Como se puede observar la noción de *consideration* se vincula con los conceptos de enriquecimiento injusto (y, por tanto, con la idea de restitución⁽²²⁾), en tanto que cualquier beneficio recibido de una promesa que no se funde en una *consideration* habilitará a quien otorgó tal ventaja

a exigir la restitución de la misma pues tal atribución patrimonial carece de todo fundamento⁽²³⁾; asimismo esta teoría se encuentra relacionada con la doctrina de los actos propios.

En efecto la doctrina del *promissory estoppel*⁽²⁴⁾ completa⁽²⁵⁾ el marco conceptual de la *consideration*, aunque ciertamente son figuras autónomas⁽²⁶⁾, al señalar que una promesa puede

first of these is the idea that a promise is legally binding if it is given in return for some benefit which is rendered, or to be rendered, to the promisor. The second is the notion that a promise becomes binding if the promise incurs a detriment by reliance upon it, that is, if he changes his position in reliance on the promise in such a way that he would be worse off if the promise were broken than he would have been if the promise had never been made at all. Traducción libre: "la doctrina de la *consideration* tradicionalmente ha descansado en dos pilares. El primero de ellos es la idea que una promesa es legalmente vinculante si se recibe a cambio algún beneficio el cual es ejecutado, o será ejecutado, por el promitente. La segunda es la noción de que una promesa resultará vinculante si el promisorio sufre un menoscabo por la confianza generada, esto es, si el altera su posición debido a la confianza en la promesa de manera tal que estaría peor si la promesa se rompiera en comparación a si la promesa nunca hubiese sido realizada". En este mismo sentido se pronuncia: HOLMES, Oliver Wendell. *Op. cit.*; lectura VIII (Contract. II. Elements).

- (22) Para una aproximación inicial a la figura, véase: DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4ta. edición revisada y aumentada. Milán: Giuffrè, 2003. pp. 340-342. El profesor italiano resalta un aspecto de la máxima relevancia, la inexistencia de una acción general de enriquecimiento sin causa en los países del *common law*, por tal motivo, y en primera instancia, se utilizaron las acciones contractuales para luego establecer una ficción de que se establecía la promesa de pago de un crédito.

Asimismo, véase: FULLER, Lon. *Consideration and Form*. En: *The Economics of Contract Law*. Coordinación de Anthony Kronman y Richard Posner. Séptima reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1979. p. 41, donde tal vinculación aparece enunciada.

- (23) ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; p. 119; quien sostiene que "[t]here are many circumstances in which those who receive benefits at the hands of others may be compelled to pay for them even if no promise has been given at all. Sometimes we explain such cases by arguing that they are cases of implied promises. But there is also a large body of law - known today as the law of restitution- which is concerned with cases where a person is liable to pay for benefits obtained even if there is nothing that could remotely be called an implied promise".

Traducción libre: "[e]xisten muchas circunstancias en las cuales aquel que recibió beneficios de manos de otro puede ser compelido a pagar por ellos incluso si no hubiese prometido algo. En ocasiones explicamos estos casos argumentando que se tratan de casos de *implied promise* [promesas vinculadas o implicadas]. Pero existe también una gran área del derecho -conocida hoy como Derecho de Restitución- la cual atañe los casos donde una persona es responsable por el pago de los beneficios obtenidos incluso si no existiese nada que remotamente pudiese ser llamado como una *implied promise*".

- (24) La idea que subyace al *promissory estoppel* es que un promitente puede encontrarse vinculado a la promesa, a pesar de que en ella no exista *consideration*, si es que se produce una confianza (razonable) en el promisorio acerca de la ejecución de la misma. Esta perspectiva modificó la visión tradicional, según la cual "bajo la teoría de la *consideration*, una oferta "pura" (naked), incluyendo una oferta firmada, puede ser revocada con impunidad hasta el momento de la aceptación, de manera similar a cualquier oferta gratuita, a menos que la misma fuese dada sellada (under seal)". (véase: KESSLER, Friedrich y otros. *Op. cit.*; p. 315.), con lo cual se podía utilizar al *promissory estoppel* como un mecanismo de protección para el que confió en la promesa.

Ahora bien, en el ámbito del *common law* se habla de *promises under seal* para referirse a aquellas promesas que revisten ciertas formalidades que permiten al intérprete establecer el deseo del promitente de quedar vinculado con su declaración. Sin embargo resulta pertinente recordar que en muchas zonas de los Estados Unidos han sido derogados los estatutos que regulaban esta materia, lo cual ha sido criticado por algunos autores pues retira del sistema un mecanismo sencillo, y sobretodo barato, de establecer cuando existe un deseo de quedar jurídicamente vinculado. Al respecto, véase: POSNER, Richard. *Gratuitous Promises in Economics and Law*. En: *The Economics of Contract Law*. Coordinación de Anthony Kronman y Richard Posner. 7ma reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1979. p. 53.

- (25) Cfr. MUSY, Alberto. *The Good Faith principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*. En: *Global Jurist Advances*. Volumen 1. Número 1. Artículo 1. En: www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art1. Universidad de Berkeley, 2001. pp. 10 y 11. Asimismo, véase: ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; p. 119; y, KESSLER, Friedrich y otros. *Contracts: Cases and Materials*. 3ra. edición. Sexta reimpresión Boston y Toronto: Little, Brown & Company. 1986. p. 282.

- (26) No obstante ello, los juristas del *common law* tienen grandes dificultades para distinguir ambos fenómenos, tal y como lo sostienen: KESSLER, Friedrich y otros. *Contracts: Cases and Materials*. 3ra. edición. Sexta reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1986. p. 282.

generar una confianza de tal nivel que el promisorio incurra en una serie de gastos con la clara intención de viabilizar el acuerdo⁽²⁷⁾. En dicho sentido, la confianza generada se convertiría en la retribución ofrecida por el promisorio a cambio de la promesa, por lo que el incumplimiento de la misma puede motivar el ejercicio de una acción contractual⁽²⁸⁾.

De lo expuesto hasta este punto queda claro que la doctrina del *common law* poco nos puede ayudar en la dilucidación de la naturaleza negocial o aquiliana de la responsabilidad precontractual dada la particularidad de su concepción sobre la materia obligacional. Resultaría un despropósito, tal es la palabra, transplantar el discurso sobre la *consideration* y, sobre todo, la doctrina del *promissory estoppel* (aunque sea de manera implícita e inconsciente) para justificar la resarcibilidad de los daños producidos en la etapa de formación del contrato dado que en nuestro

ordenamiento la vinculatoriedad de una promesa no se funda en el intercambio de beneficios, piénsese sencillamente en la donación⁽²⁹⁾; como también en aquellos supuestos claramente de responsabilidad contractual que saldrían de esta órbita al acogerse tal solución, o en el contrato a favor de tercero en donde éste individuo (el tercero) no otorga nada al promitente (la contraprestación es dada por aquel con el que concluye el contrato) por lo que mal se podría otorgar una acción fundada en el contrato a este individuo⁽³⁰⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, el estudio de las soluciones del *common law* debe centrarse, esencialmente en nuestra opinión, en los mecanismos para realizar la valorización de los daños irrogados así como las justificaciones económicas que los inspiran, lo cual no significa su necesario acogimiento⁽³¹⁾, usadas por los tribunales para el otorgamiento de dicha tutela jurídica.

- (27) Al respecto, véase: ATIYAH, Patrick. *Op. cit.*; pp. 102, 145-149; quien señala no solo la responsabilidad del sujeto que genera una confianza de su co-tratante, sino también, y esto es lo que resulta más trascendente para los propósitos del presente estudio, que por la aplicación de este principio una promesa puede tornarse legalmente vinculante a pesar que el *promitente* no lo desee.
- (28) Al respecto, resulta pertinente lo señalado por la sección 90 del *Restatement (Second) of Contracts*, donde se señala que “una promesa que el promitente espera razonablemente induzca una acción o una omisión por parte del promisorio o de una tercera persona y que, en los hechos, induce tal acción u omisión resultará jurídicamente vinculante si su injusticia solo puede ser evitada mediante el establecimiento de su exigibilidad. Los remedios otorgados por el incumplimiento pueden ser limitados si la justicia lo requiriese” (traducción libre). El texto citado puede ser revisado en: www.ilrg.com/download/cont2.rtf. p. 10; asimismo, véase la página de la Universidad de Nevada: www.law.unlv.edu/faculty/bam/k2000/r2k.html.
A nivel de la doctrina se sostiene que “la idea de acuerdo recíproco no fue lo único que emergió detrás de la doctrina de la *consideration*”. Un segundo principio, asociado con la idea de “promesa y declaración, antes que con la idea de acuerdo”, pone énfasis en el elemento de la confianza y sostiene que “si un hombre realiza una promesa o una declaración, y otro confía en la promesa o en la declaración, el primero será responsable por la pérdida”. Los dos principios del acuerdo y de la confianza muchas veces han sido confundidos y sus relaciones permanecieron poco claros hasta el siglo dieciséis, cuando una no sencilla alianza fue establecida en la definición de “*consideration*” como el beneficio para el promitente o el detrimento para el promisorio” (véase: KESSLER, Friedrich y otros. *Op. cit.*; pp. 279 y 280).
- (29) Al respecto, Posner señala que las promesas no deben ser exigibles cuando el costo derivado de su exigibilidad sea mayor que el beneficio obtenido mediante su cumplimiento, lo cual ciertamente no resulta seguro en el caso de promesas gratuitas. Por ello afirma que “la regla general es que las promesas gratuitas no son exigibles. Un buen ejemplo de la regla y de su lógica económica sería el caso en el cual un hombre promete llevar a una mujer a cenar pero, posteriormente, no lo hace. El hombre presumiblemente obtendría alguna utilidad de realizar su promesa, y su utilidad podría ser mayor si la promesa fuese legalmente exigible. Sin embargo el incremento en su utilidad, si existe, es probablemente pequeño (...) por otra parte, el costo de los errores legales que exijan el cumplimiento de tales promesas podría ser mayor que la dificultad de distinguir entre ocasionales y meras relaciones sociales, sujetas al cambio de parecer de los individuos, y las promesas entendidas como vinculantes por el promitente” (véase: POSNER, Richard. *Gratuitous Promises in Economics and Law*. En: *The Economics of Contract Law*. Coordinación de Anthony Kronman y Richard Posner. 7ma. reimpresión. Boston y Toronto: Little, Brown & Company, 1979. p. 50).
- (30) Tal afirmación se ve confirmada en la realidad dado que solo de manera reciente, específicamente en el año 1999, se admite en Inglaterra la celebración de este tipo de contratos. Para lograr tal objetivo fue necesaria la utilización de un mandato legislativo expreso pues la jurisprudencia era reacia a ignorar el dogma de la *consideration*. Al respecto, véase: MOSCATI, Enrico. *I remedi contrattuali a favore dei terzi*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XLIX. Número 4 (julio-agosto). Padova: Cedam, 2003. pp. 357-393.
- (31) Como bien ha sido señalado por Antonio Gambado (GAMBADO, Antonio. *The Trento Theses*. En: *Global Jurist Frontiers*. Volumen 4. Número 1. Artículo 2. En: www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art2, Universidad de Berkeley, 2004) el estudio del Derecho comparado debe motivarnos a una reflexión sobre nuestros ordenamientos nacionales

Ciertamente el análisis de los supuestos de apartamiento injustificado de tratativas no puede ni debe ser menospreciado, pero ello no nos debe llevar a elevarlo al *status* de único supuesto de responsabilidad precontractual.

Habiendo expuesto y esclarecido los motivos que nos llevan a obviar, de manera restrictiva, la doctrina del *common law* debemos manifestar porque existe un redimensionamiento de la *culpa in contrahendo* en países del *civil law*⁽³²⁾. Tal tendencia se produce esencialmente por la conjunción de dos eventos propios de nuestro tiempo: (i) el incremento de los costos asociados a la celebración de un contrato (esto es los denominados costos de transacción); y, (ii) el nivel de riesgo asumido por las partes, de manera consciente o no, en el periodo precontractual o, cuando concluido este, los daños se producen por la infracción de alguno de los deberes precontractuales a cargo de los sujetos intervinientes.

En este orden de ideas se han proyectado sobre esta particular institución jurídica una serie numerosa de casos de la más variada naturaleza que van desde la frustración de la celebración del contrato a los daños acaecidos a la salud de la contraparte (o bien a sus familiares o dependientes) al momento de iniciarse la negociación.

Del primer supuesto, esto es de casos de apartamiento injustificado de tratativas, mencionaremos algunos de los ejemplos propuestos en otra sede⁽³³⁾: (i) la empresa A confía en B el estudio de un proyecto de construcción, el cual implicaba elevados costos, para luego de ser ejecutados romper la relación entablada; y, (ii) de

tratativas entre dos empresas que han llegado a ponerse de acuerdo sobre todas las cláusulas del contrato faltando solo la suscripción del documento, pues resulta necesaria la forma escrita, y una de ellas se niega a firmarlo o a acercarse al notario pese a que se había establecido una fecha para ello.

De la segunda manifestación de daños por *culpa in contrahendo* se pueden mencionar el *Linoleumfall* (esto es, el caso del linóleo) resuelto por el *Rechtsgericht* (o sea, el Tribunal del Imperio alemán) el 7 de diciembre de 1911. Los hechos del caso son sencillos una mujer, acompañada de su hijo, ingresa a un almacén donde realiza una serie de compras; posteriormente informa a uno de los dependientes de la tienda su intención de adquirir una alfombra de linóleo indicándole una. El dependiente al sacar el rollo empujó a otros dos, los cuales cayeron sobre la mujer y su hijo causándoles heridas; como es evidente la compra no llegó a concluirse por lo que surgió la incógnita de si procedía una acción contractual o extracontractual.

El *Rechtsgericht* consideró este caso como uno de responsabilidad contractual, a pesar de que este en los hechos no existía, en el entendido que entre los sujetos se había entablado una relación jurídica preparatoria (*vorbereitendes Rechtsverhältnis*) la cual generaba un deber, en cabeza de los intervinientes, de respetar la salud y la propiedad de la otra parte⁽³⁴⁾.

Como se puede observar este deber jurídico comparte ciertas semejanzas con el deber que emana de la cláusula normativa general de responsabilidad civil (esto es, el principio del

pues ello nos permitirá conocerlo más a fondo y, desde luego, ello nos permitirá mejorarlo. Tal opinión ha sido propuesta recientemente, con algunos matices ciertamente innovadores, en nuestro medio por Leysser L. León (LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra. pp. 26-28).

(32) Esta afirmación merece ciertas precisiones, la primera de ellas se vincula al dogma de la *privity of contract* (el equivalente de nuestro principio de relatividad contractual) pues este se erigió como uno de los principales obstáculos para aceptar convenios como el contrato a favor de tercero. La segunda precisión se refiere al hecho que, al menos en Inglaterra, la tutela del tercero es ofrecida por el derecho de *torts* (esto es, la responsabilidad civil o aquiliana), en especial en los supuestos de los denominados contratos con efectos protectores a terceros (por ejemplo, responsabilidad del médico de una entidad sanitaria frente a los daños causados a un paciente, responsabilidad por productos, etcétera). Finalmente, y como corolario de lo anterior, coincidimos con Benatti quien señala que los límites entre estos tipos de responsabilidad se encuentra influido por las relaciones entre el Derecho contractual y el extracontractual, en la medida que un régimen aquiliano estricto incentivaría soluciones contractuales o viceversa; prueba de tal afirmación es el Derecho alemán en donde existe una tendencia a la contractualización de la responsabilidad.

(33) BENATTI, Francesco. *Responsabilità precontrattuale (Diritto civile)*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XXVII. 1991. p. 3 (de la separata).

(34) Cfr. CABANILLAS, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000. p. 26. Por otro lado, luego de la modernización del BGB, esta tendencia jurisprudencial ya cuenta con un respaldo legislativo, los alcances de esta modernización serán analizados de manera breve más adelante.

alterum non laedere⁽³⁵⁾) dado que en ambos existe la exigencia de abstenerse de alterar la esfera jurídica de un tercero, la diferencia radica en la intensidad con la que los sujetos son gravados. Esta construcción se funda en la idea de un contacto social (*sozialer kontakt*) según el cual los individuos pasan, gracias a un evento específico que puede ser la emisión de una oferta⁽³⁶⁾, de una anónima convivencia, donde la posibilidad de generar daños son escasas (cuyas conductas se hayan reguladas por el deber genérico de no causar daño) a una situación donde existe un contacto estrecho entre ellos, debido por lo general a la búsqueda de la satisfacción de un interés, por lo que expone su esfera jurídica a la influencia ajena.

De esta manera podemos observar la enorme área de supuestos que pueden ser reconducidos a una responsabilidad precontractual, por lo que no resulta necesario ahondar en los motivos que impulsan a los teóricos, y en no menor medida, a los pragmáticos a dilucidar los límites de esta figura.

3. Introducción de la figura al ordenamiento peruano: la opinión de Manuel de la Puente y Lavalle

El punto de partida de todo estudio, como resulta obvio, debe centrarse en la norma positiva pues, de lo contrario, estaríamos proponiendo una lectura antojadiza de cualquier figura jurídica, la cual se encontraría influenciada por las particulares opciones doctrinales que ostenta el autor.

Para nuestra fortuna el ingreso al ordenamiento jurídico peruano de la figura bajo examen se debió a la intervención de uno de nuestros más conspicuos civilistas, me refiero al profesor Manuel de la Puente y Lavalle, quien en su libro referido al contrato en general expone, con prolijidad, las

motivaciones que llevaron al legislador acoger tal institución así como la fuente de la cual se inspiró (vale decir, el ordenamiento italiano).

En efecto, el autor citado considera que la represión de las conductas en la etapa precontractual, al exigirse una conducta conforme a las reglas de la buena fe, es una de las maneras de incorporar la moral al Derecho⁽³⁷⁾, para luego utilizar, de manera reiterada, las opiniones de diversos autores italianos que comentan el artículo 1337⁽³⁸⁾ del *Codice civile italiano*, por lo que, al parecer, sería clara la importación normativa de la solución italiana sobre la materia.

Ahora bien, y tal como se afirmó precedentemente, todo estudio (serio) debe responder a una serie de interrogantes (véase *supra* 1), el planteamiento del autor bajo comentario no es la excepción. Al respecto considera, en primer lugar, que la fuente de la que emana la responsabilidad es la infracción de la buena fe (entendida en sentido objetivo)⁽³⁹⁾, siendo la norma infringida el artículo 1362. En segundo lugar, la naturaleza jurídica de esta responsabilidad sería contractual dado que se trataría de la violación de un deber que proviene de la voluntad de las partes, específicamente de la ocasión que rodea la celebración de un contrato⁽⁴⁰⁾. Finalmente afirma que el límite a la resarcibilidad de los daños estaría impuesto por el concepto de interés negativo, el cual incluye no solo los costos propios de la negociación (tales como búsqueda, información, asesoría, etcétera) sino también la pérdida de la *chance* (esto es, la pérdida de la posibilidad de obtener ganancias futuras).

No obstante la innegable autoridad del citado autor consideramos que incurrió en una serie de imprecisiones motivadas por el nulo contraste ofrecido entre la solución doctrinal acogida con las

(35) Al respecto, véase: CORSARO, Luigi. *Neminem laedere y derecho a la integridad*. En: *Proceso & Justicia*. Número 3. Lima, 2002. pp. 146 y siguientes.

(36) En general se habla de un ingreso a la esfera jurídica de otro individuo fundada en algún título jurídico (*Rechtstitel*), que puede justificarse ya sea en el consentimiento de dicho individuo, como sería en el caso de la oferta, o por una autorización del ordenamiento jurídico, en el caso de encontrarnos a una persona en peligro existen normas positivas que nos ordenan intervenir, en el caso peruano tales normas se encuentran en el Código Penal. Al respecto, véase: LEÓN, Leysser. *El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Año 4. Número 32. Trujillo, 2003.

(37) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; p. 355.

(38) Artículo 1337. *Tratativas y responsabilidad precontractual*. Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe.

(39) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; pp. 356 y 357.

(40) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; p. 370.

“(…) el deber de buena fe resulta aplicable a todas las conductas humanas y, por ende, a todos los individuos que viven en sociedad. Por ello se presenta como un deber genérico, cuya infracción debe reconducirse a la cláusula de represión del hecho ilícito (…)”

propuestas que, en el plano de los hechos, utiliza la judicatura para resolver los conflictos de intereses entre particulares.

Un punto a tener en cuenta es que no importa cuan amplio sea el sector doctrinal que sustente tal o cual postura, ni mucho menos la autoridad de sus seguidores, lo que en realidad interesa es la consistencia de la solución propuesta tanto a nivel teórico como práctico⁽⁴¹⁾.

Sin perjuicio de lo anterior debe señalarse que el modelo acogido en Italia para reprimir las hipótesis de *culpa in contrahendo*, aun en contra de la opinión de De La Puente, es la responsabilidad extracontractual⁽⁴²⁾. En efecto basta citar la siguiente opinión para ilustrar tal afirmación “siempre en el terreno de la doctrina, son numerosos los autores que luego de estudiar

el argumento concluyen que la culpa *in contrahendo* tiene naturaleza extracontractual. Algunos de ellos sostienen que en ausencia de normas específicas sobre la responsabilidad precontractual, la lesión ilícita de los intereses ajenos en las tratativas encontraría una sanción en el artículo 2043 Código Civil; en esta línea de pensamiento, los artículos 1337 y 1338 Código Civil, constituirían especificaciones del principio de *neminem laedere*. Otros opinan que el interés protegido por los artículos 1337 y 1338 Código Civil es la libertad negocial, y que la tutela de esta se concede de conformidad con el precepto general del respeto a los derechos de los demás (*neminem laedere*); la fuente de responsabilidad sería, entonces, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas (…). Según este punto de vista, la lealtad y la buena fe deben ser consideradas deberes que pesan sobre todos los sujetos. Y se afirma, por otro lado, que sería necesario recurrir a una ficción para identificar una obligación de las partes en el desarrollo de las tratativas, en condición de implicar una responsabilidad *ex contractu* en caso de ser infringida⁽⁴³⁾.

En este mismo sentido se ha pronunciado, en repetidas ocasiones, la judicatura italiana, llegando incluso a motivar un pronunciamiento de las Salas reunidas de la Corte de Casación⁽⁴⁴⁾.

(41) En tal sentido hacemos nuestras las palabras de Santi Romano (ROMANO, Santi. *Giuristi*. En: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Giuffrè. Milán, 1983. p. 115) cuando afirma que “es especialmente importante notar que las operaciones lógicas dirigidas a descubrir las verdades jurídicas pueden ser fines en sí mismos pero también, y sobretodo, deben apuntar a conseguir objetivos prácticos”.

(42) Cfr. SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. *Il contratto*. Tomo II. En: *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo Sacco. Utet: Turín, 1993. p. 255; donde se señala que “(p)ara nosotros, la cuestión no debe centrarse en continuar interrogándose al artículo 1337, sino en interpretarse el artículo 2043. Si el artículo 1337 no existiese, la deslealtad no vendría reprimida en el artículo 2043? Y cual sería entonces la labor del artículo 1337? Quizás este pretende crear una obligación, con el objetivo de dar vida a una copia del artículo 2043, y ubicar un nuevo caso de cúmulo de responsabilidad contractual y delictual? O en cambio el artículo 1337 interpreta el artículo 2043, para volver incontestable el argumento que el daño infringido con la deslealtad precontractual es ‘injusto’? A nuestro juicio, la respuesta a dar en la primera y la segunda interrogantes es positiva. La culpa prevista en el artículo 1337 es por tanto extracontractual. Así se orienta la jurisprudencia y sobre esta misma línea también la doctrina prevalente (…);” ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. En: *Trattato di diritto privato*. Giuffrè, Milán, 2001. pp. 184-186; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo III (*Il contratto*). Giuffrè, Milán. 1987 (reimpresión). pp. 161-166; y, CUFFARO, Vincenzo. *Responsabilità precontrattuale*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXIX. Giuffrè. Milán: 1988. pp. 1266 y 1267.

(43) MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento italiano*. En: *Estudios sobre el contrato en general*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. 2da. edición. Lima: Ara, 2004. pp. 527 y 528.

(44) Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Op. cit.*; p. 530, texto y nota 21, donde el autor hace referencia al caso *Marlin e Soc. imm. Caravella c. Com. di Roma*, de fecha 6 de marzo de 1976. La fecha es particularmente relevante dado que tal pronunciamiento se produjo poco más de 8 años antes de la promulgación de nuestro Código civil, y casi una década después del inicio de las reuniones de la Comisión de Reforma del Código de 1936, con lo cual se evidencia las posibilidades que tuvieron nuestros legisladores de observar la aplicación de una norma que estaban por importar.

4. Aportes del Análisis Económico del Derecho: la intervención de José Juan Haro

En primer lugar queremos dejar en claro que el propio autor señala su renuncia a investigar el fundamento de la responsabilidad precontractual⁽⁴⁵⁾, esto es a dilucidar la naturaleza contractual o aquiliana de la *culpa in contrahendo*.

No obstante tal hecho consideramos que, de las opiniones vertidas a lo largo de su artículo, se puede aprehender la opinión del autor sobre un aspecto tan medular de la responsabilidad precontractual. En condiciones normales nos abstendríamos de aventurarnos a realizar tal apreciación, sin embargo, existen dos razones por las cuales obviaremos tal forma de proceder, la primera se funda en las consideraciones expuestas al inicio del presente trabajo respecto que toda aproximación, por lo general, a la responsabilidad precontractual debe absolver la duda atinente a su naturaleza; y la segunda razón toma en cuenta el hecho de que recientemente dicho profesor expuso su opinión en el ámbito de un seminario⁽⁴⁶⁾, con lo cual creemos que tenemos los suficientes elementos de juicio que nos permiten integrar el cuadro propuesto por el autor.

A continuación transcribimos un pasaje de la participación del profesor Haro en donde señala que “el derecho contractual anglosajón reconoce diversos tipos de pretensiones contractuales (...) ahora si uno advierte esto va a descubrir entonces, en consecuencia, que el tema del *promissory estoppel* y de la responsabilidad precontractual, como nosotros traduciríamos este esquema de confianza razonable durante las tratativas⁽⁴⁷⁾, corresponde propiamente al campo de reflexión del derecho contractual. Y yo diría que en el derecho anglosajón no se reflexiona si esto tiene que ver con un ‘*tort*’, es decir con responsabilidad

extracontractual o no. Esta bien claro que tiene que ver con responsabilidad contractual, pero no porque no haya contrato sino porque el derecho común anglosajón no se estructura sobre la idea del contrato sino sobre la idea de la promesa (...) lo que se discute en el fondo, ya puestas las bases de cada uno de los sistemas contractuales, es cuando es que la parte que se aparta, valga la cacofonía, de las tratativas debe pagar a la otra una indemnización. Y la respuesta, ya está visto, en el derecho común anglosajón es cuando la contraparte, es decir aquel que sufre el apartamiento de las tratativas, ha confiado razonablemente que existía una probabilidad de celebrar el contrato y creyéndolo ha invertido, ha desarrollado gastos, ha incurrido en ciertos costos en los que no hubiera incurrido si es que hubiera sabido, desde el principio, que el contrato no podría celebrarse, esa es básicamente la idea. Y yo encuentro que claramente el asunto en el ámbito del derecho civil romano germánico podría interpretarse también en la misma línea⁽⁴⁸⁾. Resulta evidente que en tal discurso existe un marcado sesgo anglosajón, esto es hay una tendencia a interpretar la institución jurídica bajo análisis como una figura más del derecho contractual.

Ahora bien, debemos señalar que no compartimos las opiniones del profesor Haro, pues consideramos errada tal perspectiva, por las razones ya anotadas, es decir el distinto fundamento para la exigibilidad de las promesas nos llevaría a ignorar claros supuestos de responsabilidad contractual o, al intentar morigerar el criterio de evaluación de la *consideration*, a otorgar tutela contractual a situaciones en donde el promitente no deseaba encontrarse vinculado jurídicamente.

Sin perjuicio de ello la lectura del artículo de Haro resulta fundamental al brindar la justificación

(45) Cfr. HARO, José Juan. *¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo?: Sobre la Responsabilidad Precontractual y la Buena Fe*. En: *Advocatus - Revista de Derecho*. Número 7. 2002. p. 125.

(46) Nos referimos al seminario organizado por la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP), los días 27 y 28 de junio del 2005 en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominado *Civil law v. Common law: Derecho de los contratos y Derechos reales*. En tal evento, el profesor José Juan Haro participó en un debate con el profesor Freddy Escobar Rozas en el que se discutió diversos aspectos relevantes de la responsabilidad precontractual, entre las cuales precisamente se incluían los factores señalados al iniciar el presente artículo, aunque debemos reconocer que las mismas fluyen de la exposición y no de un orden preestablecido en el debate.

(47) La traducción que ofrece Haro resulta confirmada por la opinión brindada por el profesor de la Universidad de Trieste Alberto Musy (MUSY, Alberto. *Op. cit.*; p. 14).

(48) Transcripción de la video grabación del seminario *Civil law v. Common law: Derecho de los contratos y Derechos reales*.

económica⁽⁴⁹⁾ de la resarcibilidad de los daños generados en la etapa precontractual.

En efecto, resulta ilustrativo el planteamiento sugerido de construir una regla legal que estableciese que la parte que incurre en costos de transacción los recuperará si es que su contraparte se retira de las tratativas con lo cual se producirían los siguientes resultados: (i) se protege el interés de quien incurre en costos para obtener ganancias; y, como corolario de ello, (ii) el potencial contratante tenderá a elevar su nivel de inversión en dicha etapa, ello a pesar que el contrato definitivo no lo justifique. La regla inversa tampoco es eficiente dado que al no resultar reembolsables los costos incurridos en esta etapa las partes se encontrarán incentivadas a incitar inversiones de sus contrapartes para luego apartarse de las tratativas y, con la información obtenida, negociar en mejores términos con un tercero.

Por tal motivo se concluye que “el riesgo de que las tratativas no lleguen a buen término debe ser radicado por regla general en quien decide incurrir en costos de transacción, de modo que se generen los incentivos necesarios para que éste adopte decisiones eficientes”⁽⁵⁰⁾.

Esta afirmación nos recuerda una opinión ofrecida por De Trazegnies⁽⁵¹⁾ para justificar el traslado de un daño, de índole extracontractual, del dañado al dañante al señalar que “no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que esta otra lo soporte. Notemos que obligar a una persona a cubrir lo daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el Derecho Civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico”.

En este orden de ideas, la buena razón a la que se alude sería el receso injustificado de las tratativas o la creación injustificada de expectativas en la contraparte, dado que estas circunstancias socavan la confianza generada del sujeto que incurrió o incurrirá en costos amparándose en las probabilidades de éxito de la negociación.

Ahora bien, luego de ofrecer este cuadro general el autor se ratifica en el uso del artículo 1362, y más precisamente en el deber de buena fe inserto en tal norma, para fundar la responsabilidad por los daños generados en el entendido que tal receso y/o tal creación de expectativas resultan contrarias a la buena fe, pero, de manera “innovadora”⁽⁵²⁾, señala que esta infracción es de la buena fe entendida en sentido subjetivo. Ello se funda en el hecho que Haro considera que la conducta humana solamente puede ser evaluada de manera subjetiva, por lo que la responsabilidad precontractual solo debería admitirse cuando el sujeto “leal”, esto es quien sufre el apartamiento ha creído, de manera ciertamente errónea, que “la probabilidad de celebrar el contrato era mayor que la real”⁽⁵³⁾.

Con las respuestas sobre la naturaleza jurídica y el fundamento positivo de la responsabilidad precontractual podemos pasar a afirmar el criterio seguido por el autor para fijar el límite de resarcibilidad de los daños irrogados.

En este punto Haro no se aparta de la doctrina tradicional, por lo que señala como límite el interés negativo⁽⁵⁴⁾. Para ello se funda en dos consideraciones, la primera de orden práctica, si no existe contrato cómo se podría otorgar una tutela que procure la satisfacción del interés que tenía el contratante (esto es, el interés positivo) pues la única manera de conocer las preferencias subjetivas es por medio de actos de consumo (entendido en sentido amplio), por tal motivo se incrementaría la labor de las cortes pues deben esforzarse por encontrar algún criterio fiable de

(49) Con ello queremos dar a entender no solo las fórmulas matemáticas utilizadas para demostrar los costos asumidos por los individuos al momento de iniciar las tratativas, con lo cual determinar las situaciones en las cuales resulta eficiente llegar a un acuerdo, sino al hecho de construir, en base a tales resultados, los modelos de conducta que seguirían los individuos a fin de maximizar su utilidad.

(50) HARO SEIJAS, José Juan. *Op. cit.*; p. 134.

(51) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I. En: *Biblioteca para leer el Código civil*. Volumen IV. 7ma. edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003 (reimpresión). p. 48.

(52) Resulta innovadora tal posición, por lo menos en el Perú, dado que la doctrina de forma mayoritaria, a nivel del *civil law*, que la buena fe infringida en materia contractual es la denominada buena fe-lealtad u objetiva.

(53) HARO SEIJAS, José Juan. *Op. cit.*; p. 136.

(54) Aunque no niega que existan circunstancias en las cuales se podría justificar un resarcimiento que alcance aun al interés positivo, pero acepta que ello generaría el cuestionamiento de una serie de reglas de nuestro Código Civil por lo que debe ser estudiado con mayor detalle.

medición. Mientras que la segunda razón es de orden teórico, desde su perspectiva resulta insostenible que una persona obtenga exactamente lo mismo que deseaba obtener por medio de un contrato cuando este, por definición, no existe; con lo cual de acceder a brindar tal tutela se contravendría el principio que establece que el contrato se forma mediante la exteriorización y conjunción de declaraciones.

5. Apuntes histórico-comparatísticos de la responsabilidad por invalidez contractual: las consideraciones de Freddy Escobar

El trabajo del profesor Freddy Escobar resulta relevante no solo por el hecho de ser el primero íntegramente dedicado a la responsabilidad derivada de la invalidez contractual sino por el hecho de exponer, con absoluta claridad, los desaciertos de nuestra regulación sobre la materia.

Como se sabe la responsabilidad precontractual nace con la intención de encontrar un fundamento jurídico para establecer la responsabilidad de una de las partes de un contrato que es nulo y, que por tal motivo, causa daños a la contraparte que confía en su validez⁽⁵⁵⁾.

Ahora bien, una premisa que hay que tener en cuenta es que la doctrina dominante de la Alemania del siglo XIX era la *Willenstheorie* (esto es, la teoría voluntarista) según la cual cualquier divergencia entre la voluntad querida y lo declarado debía decantarse en favor de lo querido⁽⁵⁶⁾, por lo que tal declaración era nula.

El caso en concreto que analizó Jhering era uno en donde “un sujeto que, deseando adquirir

cien libras de cierta mercadería, recibió cien quintales de la misma, debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de la libra con el del quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este hecho, el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la mercadería⁽⁵⁷⁾.

La respuesta fue encontrada en las fuentes romanas⁽⁵⁸⁾, en donde Jhering halló casos en los que se otorgaba una acción⁽⁵⁹⁾ a la otra parte, esto es quien soportaba la nulidad del contrato. Se argumentaba que, en los hechos, sí se había celebrado un contrato aunque este fuese nulo⁽⁶⁰⁾, lo cual solamente impedía la producción de los efectos jurídicos deseados por las partes y no todo posible efecto como, por ejemplo, la restitución de los bienes entregados⁽⁶¹⁾.

La perspectiva acogida por el BGB tenía una particularidad, por demás ajena a nuestro ordenamiento, pues permitía que la declaración fuese anulada aún cuando el receptor de la misma no tuviese posibilidad de conocer el error. Esta opción ratifica una vez más la preferencia hacia el dogma de la voluntad pues se prefirió la teoría de la responsabilidad sobre la teoría de la confianza, esto es, se creó un mecanismo con el cual el *errans* (es decir, quien emitió la declaración bajo error) podría desvincularse de la relación jurídica instaurada.

Sin embargo el legislador alemán no se quedó en este punto sino que se percató que el receptor de la declaración se encontraba desprovisto de tutela, como en el caso abordado por Jhering. Por

(55) Cfr. ASÚA, Clara. *Op. cit.*; p. 25.

(56) Se consideraba que la esencia del negocio jurídico era la voluntad o, para decirlo con Schall (SCHALL. *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*. Stuttgart, 1887. p. 1 [citado por SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley, 2004. pp. 42 y 43; en la nota del traductor se señala la existencia de una traducción de la obra al italiano realizada en el año 1890 por Carlo Betocchi], era *das eigentliche Agens des Rechtsgeschäfts*).

(57) ESCOBAR, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano*. En: *Themis - Revista de Derecho*. Segunda época. Número 49. Lima, 2005. pp. 154 y 155.

(58) Recordemos que en Alemania rigieron las fuentes romanas, con ciertas actualizaciones, hasta el 1 de enero de 1900, fecha en la que entra en vigencia el BGB.

(59) Los casos encontrados por Jhering se referían a la venta de un bien fuera del comercio, de una herencia inexistente, etcétera.

(60) En cambio en el ordenamiento francés se señala que los daños irrogados por un contrato nulo habilitan el ejercicio de una pretensión resarcitoria de naturaleza delictual (esto es, de naturaleza extracontractual). Al respecto, véase: MALAURIE, Philippe y Laurent AYNES. *Cours de droit civil*. Tomo VI (Les obligations). 8va. edición. París: Cujas, 1997. p. 335.

(61) Cfr. ASÚA, Clara. *Op. cit.*; p. 26.

tal motivo, le otorgó una acción resarcitoria cuando el *errans* decida anular el contrato⁽⁶²⁾, ello siempre y cuando, y esto es lo innovador de la solución, el error no fuese cognoscible⁽⁶³⁾.

La solución acogida en Italia fue diversa, pues el legislador prefirió tutelar la confianza del receptor de la promesa “imposibilitando” que el *errans* pueda desvincularse brindando mayor seguridad al intercambio de bienes. En realidad tal imposibilidad no era absoluta pues al insertar la cognoscibilidad del error como requisito para ejercer la anulación del contrato generó una inversión de los efectos respecto del sistema alemán. En tal orden de ideas, si el *errans* lograba demostrar que el error era esencial y cognoscible entonces lograba anular el contrato y, como es obvio, no debía pagar una indemnización pues el receptor de la declaración no podía alegar que confió en la validez del contrato⁽⁶⁴⁾.

A semejanza del ordenamiento alemán el asunto presentó una segunda manifestación, la cual puede ser sintetizada en la siguiente fórmula: (i) el *errans* en ningún caso debe resarcir a su contraparte por la anulación del contrato; (ii) el receptor de la declaración, por definición, conocía -o pudo haber conocido- la causal de invalidez (recordemos la exigencia de cognoscibilidad del error); y, (iii) debe acaso el receptor de la declaración resarcir al *errans* por haber callado sobre la existencia de la causal de invalidez. La respuesta⁽⁶⁵⁾, como es evidente, es afirmativa pues de lo contrario se estaría dispensando una tutela a aquellos individuos que obran de mala fe.

El ordenamiento peruano acoge la solución italiana, como casi en todos los casos de

importación normativa, de manera parcial pues señala, por un lado, los mismos requisitos del error como causa de anulación, pero, por otro lado, realizó una modificación sustancial a dicho sistema pues de manera expresa, en el artículo 207 del Código civil, niega la posibilidad al *errans* de solicitar un resarcimiento por el silencio de su contraparte.

Tal solución resulta, además esta decirlo, contradictoria con la exigencia de una conducta acorde a la buena fe, puesto que ningún individuo podría alegar en un caso como el descrito que consideraba lícita su conducta⁽⁶⁶⁾, lo cual reafirma la posición de que en el ámbito contractual rige la buena fe objetiva.

Asimismo, amparar y/o tutelar dicha conducta significaría incrementar los costos de transacción implícitos al negociar y ejecutar un contrato.

El incremento en la fase de negociación de un contrato se observa en el hecho que las partes deberán revisar con mayor detenimiento no solo la redacción de las cláusulas contractuales sino también la información que le es proporcionada por su contraparte pues no puede fiarse de ella al no generarse ninguna consecuencia negativa en su contraparte. Veamos.

Si la información brindada por la contraparte es falsa y el contrato se celebra, entonces este gana mayores utilidades respecto de una negociación leal pues se produce una asimetría en la información que le permite pactar mejores condiciones contractuales. El riesgo que correría sería la posible impugnación del contrato pero con los gastos en tiempo y dinero que puede llegar a significar el interés del tratante leal pueden haberse visto frustrados⁽⁶⁷⁾.

(62) Cfr. LARENZA, Kart. *Derecho Civil*. Traducción y notas de la 3ra edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de derecho privado, 1978. pp. 529-532.

(63) Cfr. ESCOBAR, Freddy. *Op. cit.*; p. 155, pues si el error es cognoscible no existe posibilidad de que el receptor de la declaración alegue que confió razonablemente en la validez del contrato.

(64) Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia 14539 de la *Corte di Cassazione italiana*, del 30 de julio del 2004, en donde se presentó un caso en donde una empresa (*Sociedad Prato*) transfería a otra (*Sociedad The end*) la propiedad de una unidad comercial cuyos locales no resultaban idóneos para el desarrollo de la actividad comercial, asimismo, la productividad señalada por el vendedor resultaba mayor que la real. El vendedor estaba consciente de estos hechos, pues había comprado el bien con tales vicios, y además se le habían negado los permisos respectivos. En cuanto a la productividad señalada era claro el engaño, pues fruto de ella la vendedora consiguió aumentar el precio solicitado por el bien. En tal contexto se alegó la presencia de un error esencial (y cognoscible por su contraparte) sobre las características del bien, ello para solicitar la anulación del contrato y una suma a título de resarcimiento.

(65) Cfr. ESCOBAR, Freddy. *Op. cit.*; p. 156.

(66) ESCOBAR, Freddy. *Op. cit.*; p. 158.

(67) Se podría alegar que tales condiciones son las exigencias propias de un mercado competitivo, pues nadie debe creer que su contraparte tutela los intereses ajenos, sin embargo ello debería llevarnos a negar cualquier virtualidad a la buena fe, como sucede en grandes áreas del *common law*, y no, como lo hace por ejemplo Haro (buscar su relectura).

Si la información brindada por la contraparte es falsa y el contrato no se celebra, entonces nuevamente gana y, lo que es peor, no necesariamente menos pues al no haber incurrido en los gastos de recopilación de información que pueden tratarse de montos significativos, los cuales habrían sido realizados por la otra parte, es más, existe la posibilidad de que se beneficie de la información encontrada por este último dado que puede llegar a conocerla en las tratativas.

Esta tendencia llegaría al punto en que nadie confiaría en su contraparte dejando de celebrar una multiplicidad de acuerdos que resulten eficientes, por lo que solo se celebrarían aquellos contratos que generen una ganancia tal que pueda compensar los enormes gastos de información requeridos para enfrentar una situación como la descrita.

En la fase de ejecución los costos serían un reflejo de lo anterior pues las partes tendrían los incentivos de introducir causales de invalidez contractual para llegado el momento solicitar la anulación del mismo dilatando el ya de por sí extenso plazo de ejecución de los contratos.

Luego de este breve desarrollo el autor se dedica a expresar su posición sobre la naturaleza de este tipo de responsabilidad. En tal sentido, y para ser coherentes con la solución italiana, considera que son aplicables las reglas de la responsabilidad civil extracontractual⁽⁶⁸⁾.

Para exponer su posición sobre el tema señala que “es verdad que por mandato de la ley los protagonistas de las tratativas se encuentran vinculados por una relación calificada, que los obliga a proteger sus recíprocos intereses. Pero es verdad también que eso es lo que exactamente acontece en tantos otros casos en los que se desarrollan las más variadas actividades y relaciones. Y a nadie se le puede ocurrir que esos otros tantos casos sean juzgados a la luz de reglas

distintas de las de la responsabilidad extracontractual. Así, los conductores de vehículos motorizados o los competidores que actúan en un mismo mercado tienen que observar, por mandato de la ley, una serie de conductas dirigidas a salvaguardar los intereses ajenos. En caso que no lo hagan, la responsabilidad aplicable al caso no puede ser otra cosa que la responsabilidad extracontractual, pues ni el conductor que ha colisionado el automóvil del otro, ni el competidor que ha dañado la reputación del otro pueden considerar, por razones obvias, aplicables las reglas de la responsabilidad contractual⁽⁶⁹⁾.

Finalmente, sobre el límite al resarcimiento, señala que este se encuentra conformado por el interés negativo. Al respecto, se cuida de expresar que el mismo se encuentra conformado tanto por los conceptos de lucro cesante y daño emergente. Sobre este extremo parece que existe una ligera confusión de conceptos dado que considera a las oportunidades desaprovechadas⁽⁷⁰⁾ como un supuesto de lucro cesante cuando en realidad son una manifestación especial del daño emergente. En efecto, la pérdida de la *chance* será siempre resarcida a pesar de que la probabilidad que ella significa no se produzca en la realidad, asimismo, tal probabilidad ya se encuentra en nuestro patrimonio jurídico identificándose con la noción matemática de valor esperado, por lo que el daño se presenta como la pérdida de ese valor⁽⁷¹⁾.

6. Precisiones conceptuales a la luz de la comparación jurídica: la perspectiva de Leysser L. León

El trabajo más reciente de los que comentaremos ha sido desarrollado por el profesor Leysser León, quien sintetiza las soluciones a las que han arribado otros países del *civil law*.

(68) ESCOBAR, Freddy. *Loc. cit.*; p. 159.

(69) ESCOBAR, Freddy. *Op. cit.*; pp. 159 y 160.

(70) Las consideraciones que siguen son tomando como cierto el hecho que el profesor Escobar se refiere a los supuestos de pérdida de la *chance* (por ejemplo, la posibilidad de que el *errans* celebre un contrato con una empresa competidora de su contraparte en lugar de haber confiado en la validez del contrato que luego es anulado) y no el hecho que la invalidez del contrato genere futuros incumplimientos por parte del *errans* respecto de otros contratos realizados bajo la confianza de que tal negocio era válido, pues de ser así la afirmación realizada por el citado profesor resulta intachable.

(71) Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando. *Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*. En: *Libro homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. pp. 874 y siguientes.

El primer ordenamiento europeo que analiza es el francés⁽⁷²⁾, en el cual también se puede encontrar una norma semejante a nuestro artículo 1362⁽⁷³⁾, sin embargo tal deber no es extendido explícitamente al periodo precontractual. Asimismo, en el contexto jurídico francés no se han propuesto mayores construcciones doctrinales, ni tampoco se ha manifestado alguna tendencia jurisprudencial⁽⁷⁴⁾, que pretendan fundar en ella la responsabilidad precontractual.

Si a ello le sumamos el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia francesa han demostrado gran renuencia para reconocer efectos a una relación jurídica entablada en la que no se verifique el consentimiento de los interesados⁽⁷⁵⁾, esto es con la celebración del contrato, entonces la tendencia natural experimentada en Francia ha sido la de justificar una lectura extracontractual de la institución.

Dicha renuencia se encuentra cimentada en las propias bases del sistema jurídico liberal francés, el cual se manifiesta en la percepción de que solo la voluntad individual puede ser fuente de la alteración del patrimonio jurídico de los sujetos, prueba de ello es que solo la voluntad exteriorizada puede implicar, por ejemplo, la transferencia o constitución de algún derecho (esto es casos propios del derecho contractual) o, por otro lado, pueda ser la fuente que determine la creación de una obligación por los daños irrogados debido a dolo o culpa (de allí el principio: ninguna responsabilidad sin culpa).

Es pertinente recordar que en el sistema jurídico francés encontramos una cláusula

normativa general de responsabilidad civil similar a la nuestra. En efecto, el artículo 1382 del *Code Napoléon* señala que “todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo”, el cual, como se puede observar, impone la obligación de resarcir todos los daños causados con culpa.

En tal orden de ideas, la jurisprudencia francesa dio solución a la laguna existente mediante la utilización de la tutela extracontractual⁽⁷⁶⁾ de las situaciones jurídicas pues, como resulta evidente, el sujeto que se retira injustificadamente de las tratativas, el que conociendo la causal de invalidez guarda silencio sobre esta, etcétera, incurre en culpa por lo que se le puede imputar la frustración de la operación y, en general, de los daños irrogados a su contraparte.

Ciertamente en el caso peruano la situación no se presenta del todo distinta, si bien existen artículos jurídicos en los que se utiliza tal concepto (buena fe) para fundar la responsabilidad precontractual, la judicatura no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dicho sentido, a diferencia de cuanto ha sucedido en materia arbitral⁽⁷⁷⁾.

En segunda instancia se analiza la experiencia alemana, la única que en el ámbito del *civil law* concluye que esta responsabilidad es de naturaleza contractual. De la lectura del texto del BGB se puede observar que se ha acogido la hipótesis de invalidez contractual (esto es el supuesto que provocó el ensayo de Jhering).

Ahora bien, teniendo en consideración que la buena fe se erige como uno de los criterios

(72) LEÓN, Leysser. *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: *Themis - Revista de derecho*. Segunda época. Número 49. Lima, 2005. p. 133. Por razones de espacio obviaremos el análisis de los países imitadores de la solución francesa y, por análogos motivos, de los que imitan la solución germana.

(73) Nos referimos al artículo 1134 del *Code Napoléon*, donde se señala que las convenciones deben ejecutarse de buena fe. (*Les conventions doivent étre exécutées de bonne foi*).

(74) Recordemos el carácter fuertemente creativo de la jurisprudencia francesa que ha llevado a integrar varias lagunas percibidas en el texto del *Code Napoléon*.

(75) Esta tendencia recorre todo el derecho contractual, piénsese en la exigencia de obtener la aceptación en el contrato a favor a tercero, en la donación y en la sucesión *mortis causa*. Al respecto, para una primera aproximación véase: FORNO FLOREZ, Hugo. *El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena*. En: *DIKE-Portal de información jurídica*. El texto puede consultarse en <http://dike.pucp.edu.pe>.

(76) Cfr. MALAURIE, Philippe y Laurent AYNES. *Op. cit.*; pp. 217 y 218; asimismo, véase: MUSY, Alberto. *Op. cit.*; p. 3.

(77) En sede arbitral, a semejanza del caso alemán se han presentado casos en los cuales se ha alegado responsabilidad precontractual debido a que una de las partes del contrato tenía, o debió tener, conocimiento (para no incurrir en culpa grave) sobre una causal de invalidez que afectaba al contrato pese a lo cual omitió comunicárselo a su contraparte. De tales casos, y hasta donde tenemos conocimiento, las posturas sobre la naturaleza jurídica de la institución se encuentran divididas.

estructurales o fundantes del ordenamiento alemán, no obstante la breve enunciación de tal concepto en el § 242⁽⁷⁸⁾, la jurisprudencia y doctrina alemana no han tenido mayores inconvenientes para ir extendiéndolo cada vez más con el fin de resolver, con su uso, una mayor variedad de casos⁽⁷⁹⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, esta figura ha sido presentada como de índole contractual por un hecho de la máxima relevancia, la responsabilidad aquiliana en Alemania solo procede en supuestos tipificados.

Por tal motivo, el operador jurídico o bien subsumía estas materias en la responsabilidad contractual o no otorgaba ninguna tutela jurídica a los individuos, es decir, se vio forzado por el ordenamiento positivo a construir una teoría que permitiera afirmar dicho tipo de responsabilidad a pesar de la no-existencia de un contrato⁽⁸⁰⁾.

En este orden de ideas, se generó la teoría de los deberes de protección según la cual, de un contacto negocial⁽⁸¹⁾ (*geschäftlichen kontakt*) surgen deberes para las tratantes dado que su proximidad los expone a un riesgo de que su contraparte les provoque un daño⁽⁸²⁾. En efecto, este contacto se funda en la confianza depositada

en su contraparte, lo cual le otorga un título jurídico por medio del cual ingresa a la esfera jurídica ajena. Por ello, la vulneración de la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) puede, y en los hechos lo hace, generar efectos similares a la infracción de un deber contractual.

Esta construcción es de antigua data como se desprende del caso citado en el § 2, pero solo recientemente ha llamado el interés de nuestra doctrina⁽⁸³⁾, aunque su reconocimiento legislativo se debe a la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) del año 2001. Tal acogimiento positivo no ha tenido mayores repercusiones prácticas dado que era una institución ya reconocida por todos los operadores jurídicos, sencillamente se ha codificado una tendencia jurisprudencial⁽⁸⁴⁾.

Se puede concluir sin mayor dificultad, en base a la lectura de la definición brindada líneas arriba, que las infracciones a los deberes precontractuales exceden notoriamente el área del recesso injustificado de las tratativas por lo que llegan a incluir supuestos de la más variada índole, tales como el del *Linoleumrollen-Fall*⁽⁸⁵⁾,

(78) El texto del § 242 del BGB señala que “el deudor está obligado a ejecutar la prestación como lo exige la buena fe y atendiendo a los usos del tráfico”.

Para el estudio de los diferentes alcances propuestos en base a dicha norma remitimos a la lectura del ensayo de WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Traducción de José Luis Carro, segunda reimpresión. Madrid: Civitas, 1986).

(79) Cfr. MUSY, Alberto. *Op. cit.*; p. 6.

(80) Cfr. ASÚA, Clara. *Op. cit.*; p. 37.

(81) En el actual numeral 1 del segundo párrafo del § 311 del BGB, el cual tiene como encabezado Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial, se afirma que “una relación obligatoria con deberes (...) nace, asimismo, del inicio de las tratativas”. Al respecto, véase el apéndice normativo de la obra de Leysser León (v. *infra* nota 82, páginas 63 y siguientes, *et passim*), de aquí y en adelante usaremos dicho apéndice para la traducción al castellano de los párrafos pertinentes del BGB, sin embargo puede revisarse la página web www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm, para la lectura de la versión en alemán e inglés del BGB.

(82) El actual segundo párrafo del § 241 del BGB, el cual tiene como encabezado Deberes que nacen de la relación obligatoria, se señala que “(p)or el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra”.

(83) Cfr. LEÓN, Leysser. *Op. cit.*; pp. 137-140; *Id.*, *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*. En: *ius et veritas*. Número 26. Lima, 2003. pp. 46-49 (de la versión mecanografiada); e, *Id.*, *El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Año 4. Número 32. Trujillo, 2003, pp. 37 y siguientes (de la versión mecanografiada).

(84) ZIMMERMANN, Reinhard. *The of obligations: Roman Foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 245; LEÓN, Leysser. *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: *Themis - Revista de derecho*. Segunda época. Número 49. Lima, 2005. p. 139. Sin embargo, y a pesar que tal modificación no es reciente, resulta sorprendente que aún existen autores que no la toman en cuenta al momento de desarrollar, de oídas, la perspectiva alemana. Al respecto, véase: REBAZA, Alfonso. *Cuando «patear el tablero» en una negociación contractual genera responsabilidad: Consecuencias de la ruptura injustificada de tratativas*, en *Actualidad jurídica*. Número 135. Lima. pp. 33 y siguientes.

(85) Equivale en castellano a “el caso de la caída del fardo de tela”.

Bananenschalenurteil⁽⁸⁶⁾, etcétera. En tal sentido la responsabilidad por culpa in contrahendo en Alemania abarca no solo aquellos casos de receso e invalidez contractual, sino también cualquier otro daño producido por la infracción de alguno de los deberes precontractuales: como los de información, custodia, cuidado, etcétera.

Finalmente el autor analiza el caso peruano en donde luego de comprobar el gran influjo de la normativa italiana en materia contractual llega a demostrar la poca fiabilidad de la copia realizada por nuestro legislador civil manifestada, en primer lugar, al erigir a la buena fe a veces en un criterio interpretativo, para luego referirse a él como una serie de reglas de conducta⁽⁸⁷⁾. En segundo lugar, tal error se muestra por la fusión de las normas pertinentes del *Code Napoléon* y del *Codice Civile* que producen nuestro actual artículo 1362.

Ahora bien, si nuestro artículo 1362 nos impone un deber de conducta no por ello debemos interpretar, de manera inmediata, que su infracción generará una responsabilidad de naturaleza contractual pues solo se ha satisfecho el primer requisito para fundar dicho tipo de responsabilidad pues para ello se requiere una serie de nociones propias de la solución alemana como lo son las teorías de los deberes de protección que desembocan en las relaciones obligatorias sin deber primario de prestación, y que tienen como presupuesto los conceptos de contacto social y de relación jurídica de confianza, etcétera⁽⁸⁸⁾.

7. Balance, perspectivas de desarrollo y opinión personal

Llegado a este punto solo presentaremos aquellas ideas centrales que deben extraerse del presente trabajo, a la cual sumaremos nuestra posición personal.

Desde luego tales opiniones no tienen una intención de ser absolutas ni poner punto final a la discusión, pero sí pretendemos que, por lo menos, brinden algunas luces sobre tan compleja materia.

Teniendo en cuenta ello, las conclusiones que se podrían extraer del trabajo son las siguientes:

7.1. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad por culpa in contrahendo

Resulta insostenible (en el estado actual de nuestra normativa, doctrina y jurisprudencia) afirmar que el mero contacto entre individuos (el denominado “contacto social”) produzca una vinculación jurídica de tal intensidad que genere sobre ellos deberes jurídicos.

Tal afirmación resulta particularmente relevante pues solo la vulneración de (auténticos) deberes jurídicos puede llevarnos a afirmar la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo*⁽⁸⁹⁾. Sin embargo este deber de conducta no resulta reconducible a una obligación en tanto que en la estructura de este tipo de relación jurídica se tutela el interés específico del acreedor a recibir la prestación debida, lo cual no sucede en este caso.

En efecto, los deberes cuya infracción genera responsabilidad contractual presentan características particulares⁽⁹⁰⁾:

a) Se trata de deberes específicos, porque se imponen a uno o más sujetos determinados (o determinables) *ex ante* y no a la generalidad de individuos;

b) El contenido de dicho deber es de carácter positivo, en cuanto la ejecución del comportamiento que constituye la prestación implica el sacrificio o la subordinación de un particular interés y no puede ser nunca confundido con el deber genérico de abstención propio de la situación pasiva del derecho absoluto; y,

(86) Equivale en castellano a “el caso de la cáscara de plátano”. En este caso una señora que fue de compras a un almacén se resbaló, antes de celebrar contrato alguno, debido a que uno de los empleados del almacén lo había arrojado al piso, a causa de la caída se rompió una pierna. El *Bundesgerichtshof* considero que el titular del almacén debía de responder contractualmente por los daños producidos en el período precontractual (véase: CABANILLAS, Antonio. *Op. cit.*; p. 37).

(87) Cfr. LEÓN, Leysser. *Op. cit.*; pp. 142 y 143.

(88) LEÓN, Leysser. *Op. cit.*, p. 150.

(89) Cfr. GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 7ma. edición. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles, 1998. p. 824, en donde el autor señala que “(l)a primera tesis se basa en el hecho que la violación del deber de buena fe concierne a una relación entre sujetos individualizados y por tanto presupone una relación jurídica, que nace con el contacto social resultante del inicio de las tratativas”.

(90) Sobre las características que deben presentar los deberes jurídicos para que su violación genere responsabilidad contractual nos adherimos a la propuesta realizada por: NICOLÒ, Rosario. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. Traducción libre de Carlos Zamudio Espinal revisada por Rómulo Morales Hervías. En: *Lecture di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1990. p. 15 (del texto mecanografiado).

c) El cumplimiento del deber es, por definición, necesario para la satisfacción del interés de la contraparte. En efecto, el cumplimiento del deber se coloca como un instrumento para la realización inmediata y directa del interés del sujeto activo, mientras que en el caso de los derechos absolutos la función del deber reviste una función diversa en cuanto sirve como medio de protección externa, dirigido a impedir la lesión del interés tutelado, sin ser *per se* el instrumento para su realización.

Ahora bien, revisemos si el deber de conducta exigido por la buena fe cumple los requisitos antes mencionados.

En primer lugar, el deber no es de carácter específico sino más bien genérico, ello -por lo menos- en un doble sentido: (i) no establece un comportamiento determinado que debe ser cumplido por el sujeto gravado, esto es no señala cual es la conducta que habrá de satisfacer el interés del individuo al cual el ordenamiento hace titular de una situación preponderante (*rectius*: al titular de la situación jurídica de ventaja activa); y, (ii) los sujetos gravados con tal deber de conducta no son determinados (ni determinables) sino indeterminados dado que el deber de buena fe, que duda cabe, se impone *erga omnes*⁽⁹¹⁾. Afirmar lo contrario significaría admitir que en un mercado en donde el intercambio de información es cada vez más relevante e impersonal tal deber de conducta no existe pues dicho contacto no se ha realizado nunca; o, para ser coherentes dentro de esta línea de opinión, lo cual creemos resulta aún peor, se tendría que argumentar que tal contacto sí se ha producido por lo que existiría una responsabilidad contractual aun en estos casos. Tal manera de interpretar el fenómeno de marras acabaría con cualquier diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, lo cual resulta, desde nuestro punto de vista, inadmisibles⁽⁹²⁾.

La contractualización de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* resulta imposible en nuestro medio pues los discursos de los ordenamientos que admiten tal naturaleza, es decir, el sistema Alemán y el de los países del *common law*, no puede ser importado debido a que en estos últimos el riesgo de difuminar las diferencias entre la responsabilidad contractual y aquiliana no existe. Tal minimización del riesgo se debe a que en estos países (me refiero a los del *common law*) se considera como único supuesto de responsabilidad por *culpa in contrahendo* a la ruptura injustificada de tratativas, lo cual unido a su particular criterio sobre la fuerza vinculante de las promesas⁽⁹³⁾ hace que sea un fenómeno claramente más fácil de manejar que en los ordenamientos del *civil law* en donde se admite una mayor cantidad de hipótesis reconducibles a este tipo de responsabilidad.

La solución alemana resulta, desde nuestro punto de vista, aún más ajena a nuestro ordenamiento dadas las particularidades de su ordenamiento positivo (véase *supra* § 6), del estado de su doctrina y, por sobre todas las cosas, del carácter fuertemente dinamizador que ofrece su jurisprudencia⁽⁹⁴⁾.

En segundo lugar, el deber contenido en el artículo 1362 no presenta un carácter positivo, más bien parece configurar un deber general de abstención frente a la esfera jurídica de los sujetos, ello resultaría confirmado por algunos hechos los cuales serían, el derecho que se pretendería tutelar es de carácter absoluto (sería para algunos el derecho a mantener indemne la esfera jurídica y, para otros, la libertad negocial o contractual).

Asimismo, el comportamiento desplegado no es el que por sí, de manera directa e inmediata, satisface el interés del titular de la situación de ventaja sino, por el contrario, este ya se encuentra

(91) Cfr. GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*; p. 825.

(92) Al respecto, véase: LEÓN, Leysser. *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Trujillo: Normas Legales, 2004. pp. 19 y siguientes (de la versión mecanografiada).

(93) En tal sentido serían inaplicables las propuestas del profesor José Juan Haro, de claro sesgo anglosajón, y de Alfonso Rebaza, cuya influencia anglosajona resulta bastante débil y, porque no, casi inexistente, sin embargo, creemos observar algo de ella (aunque ciertamente no podemos brindar mayores fundamentos para ello, sino solo una cándida esperanza de rigor lógico en la propuesta del autor) pues parece querer utilizar -como fundamento de la responsabilidad precontractual- a la *promissory estoppel* por medio de la utilización de la *doctrina de los actos propios*. A pesar de ello debemos reconocer que la propuesta de marras es poco clara por lo que, en última instancia, podría suceder que el autor solo haya citado, de manera impertinente, la primera opinión que tenía a la mano.

(94) Prueba de ello es que la reciente modernización del derecho de obligaciones alemán se limitó, en gran medida, a positivizar las soluciones jurisprudenciales que se encontraban fuertemente arraigadas y que, por tanto, habían adquirido vinculatoriedad.

en una situación de satisfacción, es precisamente el mantenimiento de dicho estado el que se pretende tutelar con la imposición de este deber de conducta.

Esta conducta resulta distinta de un comportamiento negativo, pues en este lo que se pretende es que mediante la omisión de una cierta conducta se satisfaga una necesidad. En estos casos existe, por definición, un interés en el comportamiento del sujeto gravado con el deber pues sin él la necesidad permanecerá insatisfecha, por ello se considera⁽⁹⁵⁾ que bajo el aspecto del contenido la obligación negativa consiste en una prohibición. En cambio en el deber de no causar daño no existe la prohibición de una conducta sino solo la idea de evitar realizar cualquier conducta que desemboque en consecuencias perjudiciales sobre terceros.

De lo dicho queda claro que el deber de conducta derivado de la buena fe no cumple los requisitos necesarios para considerarse que su violación genere obligaciones. Tal apreciación resulta análoga a lo que sucede en el sistema jurídico italiano.

Sin embargo, tal argumento se torna aún más sólido en nuestro país dado que en el Código Civil no existe, como sí sucede en el *Codice*, una norma expresa que establezca cuales son las fuentes de las obligaciones⁽⁹⁶⁾.

La existencia de una norma de este tipo, e interpretada de una manera amplia, podría llevarnos a afirmar una conclusión diversa de la que acogemos en el presente trabajo⁽⁹⁷⁾, pues la frase “las obligaciones derivan (...) de todo (...) acto o hecho idóneo para producir las de conformidad al ordenamiento jurídico”, que se puede leer en el

artículo 1173 del *Codice*, podría sustentar que tal contacto voluntario si resulta *per se* idóneo para generar obligaciones en tanto que los bienes jurídicos de las partes se encuentran sujetos a un riesgo de daño debido al desarrollo de las tratativas. Lo cual es la base de los deberes de protección del ordenamiento alemán.

7.2. El fundamento de la responsabilidad precontractual es el artículo 1362

El haber negado la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* no significa ignorar, de manera absoluta, la trascendencia del artículo 1362 del Código Civil sino, sencillamente, interpretarlo como una norma que expresa una de las manifestaciones del deber de no causar daño a nadie⁽⁹⁸⁾.

En efecto, el deber de buena fe resulta aplicable a todas las conductas humanas y, por ende, a todos los individuos que viven en sociedad. Por ello se presenta como un deber genérico, cuya infracción debe reconducirse a la cláusula de represión del hecho ilícito dado que se refiere a una conducta que afecta a un bien jurídico (tutelado de manera *erga omnes*) por medio de una conducta culposa.

Tal manera de proceder es la más aconsejable por una serie de factores entre los cuales se encuentran: (i) la existencia de una cláusula normativa general de responsabilidad civil semejante al 1382 del *Code Napoléon*; (ii) el escaso valor operativo que la judicatura ha dado al artículo 1362 a semejanza de lo sucedido en el caso francés⁽⁹⁹⁾; (iii) la reconocida influencia que la doctrina y normativa francesa ejerció en el legislador que elaboró el libro dedicado a la

(95) Cfr. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo IV (*L'obbligazione*). Giuffrè, Milán, 1990. p. 120.

(96) Tal omisión ya ha sido resaltada por: LEÓN, Leysser. *Op. cit.*; p. 150.

(97) En efecto, tal es la opción manifestada por el propio Carlo Castronovo (CASTRONOVO, Carlo. *Op. cit.*; p. 192) al brindar las conclusiones que se pueden extraer de la opinión del profesor Luigi Mengoni (MENGONI, Luigi. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. En: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Tomo II. 1956. pp. 360-369). En efecto allí se señala que “(e)sta relación obligatoria, a la cual no parece impropia la calificación de “relación precontractual” (propuesta por Larenz), no tiene raíces en el contrato sucesivamente concluido, siendo en cambio indiferente que las partes coronen la (válida) estipulación del contrato-objetivo. La fuente de la relación en cuestión reingresa más bien en la tercera categoría de la clasificación galana, reproducida por el artículo 1173. En este sentido, la denominación de obligación *ex lege* resulta exacta pero insuficiente, porque no individualiza el hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación obligatoria precontractual”.

(98) Cfr. FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Grijley, 2004, p. 33; MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. En: *Tratato di diritto civile*. Dirigido por Rodolfo Sacco (SACCO, RODOLFO. *Le fonti delle obbligazioni*. 3. Utet. Turín, 1998. p. 637); y Freddy Escobar (ESCOBAR, Freddy, *Op. cit.*; p. 160).

(99) Cfr. MUSY, Alberto. *Op. cit.*; pp. 3 y 4.

responsabilidad civil; (iv) la explícita intención del autor del libro de contratos de copiar la solución italiana sobre la responsabilidad precontractual; (v) el escaso desarrollo de la materia obligacional en nuestro país; (vi) falta de capacidad innovadora de nuestra jurisprudencia; y, (vii) la falta de una enumeración clara de las fuentes de las obligaciones a diferencia del caso italiano, etcétera.

Cada uno de estos factores podría dar lugar a una cantidad considerable de páginas y de opiniones, por el momento bastará señalar que la existencia del artículo 1969 impulsa a que en ella se subsuman aquellas hipótesis de violación de deberes no amparadas por una relación obligatoria de fuente negocial, como sería el caso de marras. Asimismo, como se ha visto, tanto la opción francesa como italiana se inclina, de manera inequívoca, a respaldar la naturaleza no negocial de este tipo de responsabilidad; la primera, lo hace amparándose en su normativa dedicada a la responsabilidad extracontractual, específicamente en su cláusula de represión del hecho ilícito, mientras que, la segunda, lo hace por medio de la interpretación de su normativa contractual y obligacional (al argumentar, como se ha señalado, que este es un deber que solo especifica un caso más del *neminem laedere*).

Para dejar en claro la solidez de nuestra afirmación resultará útil hacer referencia a la doble tipología que puede presentar el deber jurídico, el cual, en primera instancia, puede ser un medio de realización⁽¹⁰⁰⁾ o, en todo caso, un medio de protección⁽¹⁰¹⁾.

Cuando el deber jurídico se presenta como un medio de realización el titular de dicha situación jurídica subjetiva se encuentra compelido por el ordenamiento jurídico a satisfacer el interés que sirve de presupuesto al derecho subjetivo correlativo mediante la realización de una conducta. Este tipo de deber se refiere a aquel al cual hacíamos referencia en el numeral precedente, por lo que resulta obvio que este deber procura la satisfacción de los denominados derechos personales. En tal

orden de ideas, solo el titular de este derecho puede ejercer una pretensión (ya sea para solicitar la ejecución forzada de la prestación y/o el resarcimiento de los daños irrogados) en caso de incumplimiento de dicho deber.

En cambio cuando el deber jurídico se presenta como un medio de protección, los titulares de dicha situación jurídica subjetiva son todos aquellos individuos a los cuales el ordenamiento jurídico no les otorga una particular prerrogativa jurídica pero que, lamentablemente, pueden afectar con su conducta la satisfacción del interés del titular del derecho subjetivo. En tal sentido el ordenamiento jurídico les ordena que se abstengan de realizar cualquier conducta que pueda frustrar dicha satisfacción. A diferencia de lo que se pensaba antiguamente, este deber no solamente protege a los titulares de un derecho absoluto sino que incluso tutela a los sujetos portadores de derechos relativos⁽¹⁰²⁾. Como quiera que sea, la infracción de este deber siempre podrá ser reprimido mediante la actuación de las diferentes manifestaciones de la tutela resarcitoria.

Como se puede concluir con facilidad el deber de buena fe es una especie de deber jurídico cuya razón de ser es la de otorgar un medio de protección a los sujetos que conviven en sociedad.

Por las razones anotadas la verdadera fuente de la responsabilidad sería el artículo 1969, sin embargo se debe tomar en cuenta la especificación de este deber de conducta, en la etapa precontractual, en función al texto del 1362, es decir, se interpretará de manera análoga al caso italiano, donde se ha concluido que la derogación del artículo 1337 no afecta en lo más mínimo la resarcibilidad de este tipo de daños.

Sin perjuicio de ello debemos apartarnos de la opinión⁽¹⁰³⁾ de aquellos autores que ven a la buena fe subjetiva como la regla vulnerada en los casos de *culpa in contrahendo*.

Por un lado, no es que la buena fe entendida en sentido subjetivo sea menospreciada en el

(100) ESCOBAR, Freddy. *Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico*. En: *Teoría general del Derecho civil*. Lima: Ara, 2002. p. 38.

(101) ESCOBAR, Freddy, *Op. cit.*; p. 37.

(102) Al respecto, véase: BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte dei terzi*. Milán: Giuffrè, 1964. pp. 155 y siguientes.

(103) HARO, José Juan. *Op. cit.*; pp. 135-137.

ámbito del derecho contractual es solo que ella se encuentra inserta en el criterio preponderante de la buena fe-lealtad. En efecto, imagínese el caso en el cual A y B inician las tratativas con la intención de renovar el contrato de suministro que los une, no obstante ello B inicia, con posterioridad, otra serie de conversaciones con C. Tales negociaciones paralelas no son de conocimiento de A, quien confiado en el avanzado estado de las tratativas con B deja de lado otras ofertas, lo cual sucede con el conocimiento de B.

Ahora bien, llegados al punto de negociar las últimas cláusulas del contrato con A, B se aparta ya que el día anterior había llegado a un acuerdo con C sobre todas las condiciones requeridas para el contrato de suministro. ¿Acaso alguien tendría dudas de que este caso existe una conducta de mala fe de B, el cual no podría alegar que creía que su conducta era conforme a derecho (esto es que tenía buena fe subjetiva o, también llamada, buena fe-creencia)? Creemos que no. Es precisamente con el fin de evitar complicadas cuestiones probatorias que se utiliza a la buena fe objetiva⁽¹⁰⁴⁾ al interior del derecho contractual, pues de lo contrario el infractor podría verse exonerado al demostrar que ignoraba que su conducta era ilícita, incentivando un menor nivel de información por parte de los operadores económicos⁽¹⁰⁵⁾.

En cambio el lugar idóneo para la buena fe subjetiva es el ámbito de los derechos reales, ya que, por citar un ejemplo, el que alega la buena o mala fe tiene, por lo general, los medios con los cuales demostrar su afirmación. En el caso de la buena fe exigida para la prescripción adquisitiva resulta claro que es subjetiva ya que este individuo puede adjuntar el título que le hizo creer sobre la

legalidad de su conducta, y de manera contraria aquel que alegue la mala fe del poseedor podrá demostrarla mediante la forma en que dicho individuo se apropió del bien, la información registral, etcétera.

Un punto que no podemos omitir, pues consideramos que este es el lugar idóneo para hacerlo, es brindar algunas opiniones respecto de una colección de comentarios al Código Civil que viene circulando en nuestro medio. Como preámbulo quiero manifestar que no dudo de la buena intención de aquellos profesores que participan en dicha colección con sus comentarios, a pesar de ello, uno no puede quedar más que sorprendido al comprobar que algunos de estos especialistas nunca han realizado investigaciones previas sobre el área sobre la cual expresan su opinión o, en otros casos, y debido al hecho de ser extranjeros, ignoran el real estado de la discusión en el país sobre cierta institución jurídica.

Tomaremos como ejemplo el comentario al artículo 1362, un primer hecho que llama la atención es la falta de contraste del contenido del artículo bajo comentario con el resto del Código Civil. Solo se lo concuerda con los artículos 168 y 1361 del código vigente y con el 1328 del derogado. Asimismo, pese a que casi de manera unánime la doctrina peruana considera que es la única norma de nuestro código que permite reprimir los supuestos de responsabilidad precontractual el autor⁽¹⁰⁶⁾ parece ignorarlo pues solo se limita a realizar una cita de Manuel de la Puente sobre el tipo de buena fe exigida en las tratativas, pero sin detallar cuales son las reglas que regirán este tipo de responsabilidad, sin expresar el motivo por el

(104) Cfr. CUFFARO, Vincenzo. *Op. cit.*; p. 1265. Asimismo, véase: CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*. Padova: Cedam, 1996 (reimpresión). p. 141, en donde el autor sostiene que "(l)a "buena fe" exigida aquí (se refiere a las tratativas) no es aquella de tipo subjetivo o psicológico como estado de inconsciente ignorancia de dañar un derecho (artículos 1147 y 1153 del *Codice civile* italiano) sino aquella esencialmente objetiva, sinónimo de "probidad" o "lealtad de conducta", que compromete la responsabilidad del hombre razonable (artículo 1366 y 1375 del *Codice civile* italiano)".

(105) Tal afirmación resulta consistente con la teoría económica dado que si los individuos no internalizan la totalidad de los costos implícitos de su actividad tenderán a incrementar el nivel de su conducta, esto es, en el caso propuesto, menor información e investigación pues siempre tendrán el "seguro" de la tutela estatal. Ciertamente el análisis no es tan sencillo pues aún tendrán que encontrar aquel nivel idóneo de búsqueda de información para que los jueces brinden tal tutela pues de invertir un nivel menor serán calificados de negligentes y, por tanto, deberán soportar los costos asociados a su actividad. Por tales consideraciones, y con el fin de mantener el análisis lo más sencillo posible, podemos afirmar que resulta previsible una conducta en dicho sentido. Al respecto, véase: COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. cit.*; pp. 62-64.

(106) PEREZ GALLARDO, Leonardo. *Comentario sub artículo 1362 del Código Civil*. En: *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. *Contratos parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. pp. 131 y siguientes.

cual el resarcimiento se limita al interés negativo, etcétera, tal vez pensaba que existía otra norma en nuestro código que regulase ello, como sucede en otros ordenamientos, pero lamentablemente ello no es así.

Este hecho ratifica el hecho que para escribir sobre determinado tema uno debe estar consciente acerca del estado de la cuestión, lo cual, como se echa de ver en casos como los comentados, no siempre sucede.

7.3. El límite de la resarcibilidad de los daños es el interés negativo

Finalmente, y quizás se erige como el asunto más trascendente en los casos de *culpa in contrahendo*, veremos el tema de que daños resultan resarcibles y el límite que los inspira.

Cuando Jhering escribe su celebre ensayo sobre la *culpa in contrahendo* lo hace presuponiendo un hecho: la inexistencia de un contrato, sin embargo, como se ha visto a lo largo de este trabajo, existen supuestos en los cuales pese a la presencia de un contrato se ha verificado la violación de alguno de los deberes precontractuales (como podría ser, por ejemplo, el deber de información). Por lo que resulta claro que para resarcir los daños irrogados no interesa si se celebra un contrato válido⁽¹⁰⁷⁾, pues los deberes precontractuales son autónomos frente a tal situación⁽¹⁰⁸⁾. Por tal motivo se afirma que el interés

a resarcir en este tipo de casos es el interés positivo⁽¹⁰⁹⁾, pues en los mismos, aparentemente, se desvanecen aquellos inconvenientes expuestos por Haro.

Esta apreciación, sin embargo, no es del todo cierta pues si bien existe un contrato en estos casos, debido a la violación de algún deber precontractual, no se desea el cumplimiento de la prestación prometida dado que las condiciones pactadas no satisfacen por entero el interés del acreedor, el cual -de haber conocido- tal infracción no habría aceptado dichos términos.

En tal sentido se ha señalado, creemos que con acierto, que el concepto de interés positivo no ayuda en absoluto a definir el *quantum* indemnizatorio en los casos en los cuales el contrato se ha celebrado, dado que la creación del concepto fue generado tomando en consideración solo una situación específica: la invalidez del contrato y no aquellas circunstancias que, cada vez con mayor frecuencia, se presentan en la actualidad, es decir supuestos de violación de otros deberes precontractuales (casos de *culpa in contrahendo* que no suponen un contrato inválido).

Tomando en consideración este hecho un sector de la doctrina ha señalado la necesidad de redefinir⁽¹¹⁰⁾ los conceptos de interés positivo e interés negativo a fin de que nos sean útiles para resolver el íntegro de casos que se presentan en la realidad⁽¹¹¹⁾.

(107) Tal es la opinión de SIBER. *Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 4ta. edición. Berlín, 1914. pp. 190 y siguientes (citado por ASÚA, Clara. *Op. cit.*; pp. 46 y siguientes). Asimismo, en el ordenamiento jurídico italiano, pero con clara influencia germánica. Véase: BENATTI, Francesco. *Op. cit.*; p. 2 (de la separata).

(108) CASTRONOVO, Carlo. *Op. cit.*; p. 197, donde se señala que "(s)i, con respecto al contrato y al hecho ilícito, el artículo 1173 continua refiriéndose a las obligaciones en el sentido tradicional del término, cuyo contenido está constituido en primer lugar por el deber de prestación, "todo otro acto o hecho idóneo para producirlo, de conformidad con el ordenamiento jurídico" es una expresión en grado de contener también las obligaciones consistentes en solo otros deberes, las obligaciones sin prestación".

(109) Este fue el aporte de LEÓNHARD. *Verschulden beim Vertragsschlusse*. 1910. pp. 16 y 58 (citado por ASÚA, Clara. *Op. cit.*; pp. 41 y siguientes). Al respecto, véase también BENATTI, Francesco. *Op. cit.*; p. 10 (de la separata).

(110) Al respecto, nos parece pertinente citar la opinión de CUFFARO, Vincenzo. *Op. cit.*; p. 1274. quien manifiesta que "una vez abandonada la angosta perspectiva de la ruptura de las tratativas, y tomando, por tanto, en consideración el contenido efectivo de la norma de conducta a la cual se reconducen también los deberes específicos de comportamiento, no solamente no se justifica sobre el plano lógico alguna limitación al daño resarcible (se refiere al interés positivo como límite al quantum del resarcimiento), sino incluso podría luego pensarse en la posibilidad de configurar su resarcimiento en forma específica donde las circunstancias lo permitan".

(111) Pensemos en el ejemplo propuesto por Francesco Benatti (véase la nota precedente) en el cual se cuenta que luego de "culminadas las negociaciones para la adquisición de un inmueble, se aplaza para el día siguiente la redacción del documento. Supóngase que el adquirente haya inmediatamente vendido aquel bien a un tercero recibiendo una utilidad de 10 y que sucesivamente el vendedor ya no quiere celebrar el contrato. Ciertamente, el adquirente tendrá derecho al resarcimiento de los 10, además de los gastos, etcétera". En este caso no existiría ninguna diferencia entre resarcir el interés negativo (esto es colocar a la persona en la posición en la que se encontraría de no haber iniciado las tratativas) y el resarcimiento del interés positivo (esto es, otorgar el beneficio que se generaría de haberse ejecutado el contrato).

El uso de ejemplo, y de algunos números sencillos, puede ayudar a remarcar la idea de que el *quantum* resarcitorio por *culpa in contrahendo* se encuentra limitado por el concepto de interés negativo.

Como lo demuestra el análisis económico del derecho, los sujetos que concluyen un contrato tienden, por regla general, a elegir aquella oportunidad que le otorgue un mayor nivel de utilidad que las oportunidades desaprovechadas, esto es que el costo de oportunidad de un contrato debe ser menor que el beneficio que se espera obtener de su cumplimiento. Desde esta perspectiva, resulta imposible que el denominado costo de oportunidad alcance o supere el beneficio esperado, pues si una parte tiene la expectativa de obtener un beneficio mayor con otro contrato entonces no tendría los incentivos de celebrar el primer contrato.

Vale decir, si la ventaja que se obtiene de un contrato asciende a US\$ 100 la suma de las oportunidades pérdidas debe alcanzar, como máximo, la suma de US\$ 99, pues de lo contrario tal operación no tendría sentido económico, ya que uno de los contratantes se encontraría en una situación más beneficiosa al no contratar.

En tal orden de ideas el límite a la resarcibilidad de los daños por *culpa in contrahendo* estará demarcado por el concepto de interés negativo⁽¹¹²⁾, con las atingencias ya expresadas. Por tal motivo, así como con el uso

conjunto del principio según el cual “la víctima tiene derecho a una suma de dinero correspondiente a la pérdida económica sufrida”⁽¹¹³⁾, el resarcimiento por los daños sufridos incluiría, en algunos supuestos, también la pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia futura y otros gastos⁽¹¹⁴⁾.

8. A manera de conclusión

Solo nos queda brindar una reflexión final, el estudio de las instituciones jurídicas no puede hacerse desconociendo las fuentes y el particular contexto que las genera, pues, de lo contrario, seguiremos condenados a seguir oyendo discursos que propugnan irreflexivas copias de ordenamientos extranjeros o, la mayor parte de las veces, a solicitar la partida de defunción de la dogmática jurídica.

Adscribirse a una perspectiva propia de la dogmática jurídico, como resulta evidente, no es óbice para aceptar la inclusión de perspectivas funcionales al estudio de las clásicas instituciones jurídicas.

Tal compromiso resulta ineludible, en especial para los jóvenes estudiantes e investigadores, pues de no dar marcha atrás no nos quedará más que acostumbrarnos a oír que la palabra “maestro”, con la cual determinados especialistas, llamémoslos así, se califican entre sí se torne en no otra cosa que un insulto⁽¹¹⁵⁾. 

(112) En este punto, resulta adecuado señalar la opinión de Paolo PARDORLESI (PARDORLESI, Paolo. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*. En: *Il Foro italiano*. Volumen CXXIX. Noviembre, 2004. p. 3010, expuesta en la nota a la sentencia 14539, de fecha 30 de julio del 2004, de la *Corte di Cassazione*) quien señala que por interés positivo se entienden “las ventajas que habrían sido obtenidas y los daños que habrían sido evitados si el contrato hubiere sido ejecutado de manera regular”, mientras que el interés negativo serían “las ventajas que habrían sido obtenidas y los daños que habrían sido evitados no formando parte de las tratativas contractuales: en otras palabras, en el ahorro de gastos que se habrían realizado (daño emergente) y en las otras ocasiones de contratar favorables que se habrían podido verificar (lucro cesante) en el supuesto en el cual el contrato no se hubiere concluido”.

(113) SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè, 1998. p. 195.

(114) SALVI, Cesare. *Op. cit.*; p. 189, quien nos recuerda que “el remedio óptimo sería aquel que lograrse eliminar el hecho lesivo y de poner al dañado en la misma situación en la cual se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese verificado. Pero cuando en los hechos tal evento no puede ser eliminado. El problema del resarcimiento deviene entonces en establecer el criterio o método más adecuado, para eliminar las consecuencias dañosas del ilícito y colocar a la víctima en una situación, en cuanto sea posible, ‘equivalente’ a aquella que se habría determinado en ausencia del hecho lesivo”.

(115) Nos referimos al episodio relatado por Leysser León en la presentación de un artículo de Michele Giorgianni, en donde se cuenta que el insigne profesor italiano, luego de haber participado en un congreso en homenaje a Angelo Falzea, fue saludado por alguien quien lo llamó “maestro” frente a lo cual solo atinó a responder que “el término había devenido tan corriente que no podría considerarlo más que un insulto”. Al respecto, véase: GIORGIANNI, Michele. *La parte general de las obligaciones a 50 años de la entrada en vigor del Código Civil Italiano*. Traducción de Aldo Zela Villegas. En: *Advocatus - Revista de Derecho*. Número 9. Lima, 2003. pp. 175 y siguientes.