

# 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

Leysser L. León\*

*¿Constituye la cláusula normativa general de buena fe del Código Civil (artículo 1362) el fundamento legal de la responsabilidad precontractual por interrupción injustificada de las tratativas? ¿Existe sustento legal para afirmar dicha responsabilidad en el Perú? ¿Se trataría de una responsabilidad contractual o extracontractual?*

*En las páginas que siguen el autor realiza un interesante análisis sobre las cuestiones enunciadas desde la perspectiva del Derecho Comparado. Lo cual, teniendo en cuenta las familias jurídicas que inciden en la regulación de nuestro Código Civil, resulta de suma importancia.*

*Todos conocemos o, por lo menos, podemos intuir lo que sucedería si es que importamos reglas de otros lugares, muy diferentes al nuestro, y las aplicamos a nuestra sociedad. Ahora, sólo basta con dar una mirada en nuestro Código Civil para convencernos de la mezcla de doctrinas existentes en él. Pero este problema se agudiza cuando no existe una conexión o una integración entre las diferentes doctrinas importadas. Esto puede ser observado en el tratamiento dado por nuestro Código Civil a la responsabilidad precontractual en donde, siguiendo el razonamiento del autor del presente artículo, no podemos encontrar la coherencia y claridad necesarias que posibiliten la comprensión y la aplicación de esta institución.*

\* Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

## 1. PREMISA

En las páginas de su entretenida “Storia della filosofia moderna” concernientes a la vida y obra de Leonardo da Vinci, Luciano De Crescenzo refiere una pasmosa experiencia: en un reciente certamen de belleza celebrado en Italia se preguntó a una de las candidatas quién era Leonardo, y esta respondió: “un aeropuerto”. Si tal es la situación –sostiene el autor– “urge que alguien cuente a las nuevas generaciones quién fue el más grande genio del Renacimiento”<sup>1</sup>.

Imposible no experimentar una sensación semejante cuando, durante un encuentro académico organizado por una revista de estudiantes, dedicado al análisis y perspectivas del régimen contractual, uno de los expositores, incapaz, para su mala fortuna, de comprender cuanto acababan de explicar los hartos más preparados invitados que lo habían precedido, lanza tan agrias como ridículas críticas contra la doctrina.

El auditorio tiene que asistir otra vez, entonces, a una exhibición de ignorancia –disfrazada, como en otras oportunidades, de pragmatismo y de alardeante conciencia de las exigencias del tráfico económico– sobre el valor de lo que es, en el fondo, y hay que saberlo, el estudio del derecho.

La sorpresa es mayor porque el tema que se debía tratar, en dicha oportunidad, era el de los contratos preparatorios.

Es de suyo deplorable que ninguna voz amiga haya aconsejado a aquel desatinado abogado, antes de que tomara la palabra, que lo mejor que uno puede hacer, cuando no tiene nada que decir, es permanecer en silencio.

Y alguien también debería enseñarle –tal es la palabra– que sin la labor de aquella doctrina, que ha demostrado

conocer meramente de oídas, y que desprecia y minusvalora sin tener ni el más elemental conocimiento de la misma, él ni siquiera habría tenido sobre qué hablarle al público, porque los contratos preparatorios, como bien saben todos los que sí conocen la materia, no han sido una pura creación de comerciantes o letrados, sino también un genuino y laborioso producto de las fatigas de la dogmática jurídica<sup>2</sup>.

El arduo nacimiento de los contratos preparatorios ha sido descrito, justificadamente, con estas palabras: “las necesidades instintivas de la práctica y las tendencias espontáneas del pensamiento jurídico se encontraron con el ala docta (desarrollada, en Alemania, sobre la base de las concepciones del derecho romano y del derecho común), que hubo de elaborar la categoría del *Vorvertrag*, como fase evolutiva de la antigua categoría de los *pacta de contrahendo*”<sup>3</sup>.

Para quien lo considere necesario, por duda o por sana curiosidad, para salir de un estado de desconocimiento, anotaré que la dogmática ha dado otras pruebas de su “utilidad”, al forjar el instrumental lógico del que se han servido los operadores del derecho de ordenamientos jurídicos foráneos para las soluciones de casos concretos; soluciones que ya han arribado o arribarán, tarde o temprano, e inevitablemente, a nuestra cultura.

Así ha ocurrido con varias teorías de raíz civilística, provenientes de Alemania, y que hoy por hoy están en boca de todos, en diversas partes del mundo –y el Perú, en algunos casos, no es la excepción–, como la alteración de la base del negocio jurídico, la presuposición, la imposibilidad sobrevinida de la prestación, los deberes de protección, las obligaciones de medios y de resultado, la consideración de la cláusula normativa general de buena fe como fuente autónoma de deberes, y la *culpa in contrahendo*<sup>4</sup>, que será el argumento de mis breves reflexiones.

<sup>1</sup> DE CRESCENZO, Luciano. “Storia della filosofia moderna – Da Niccolò Cusano a Galileo Galilei”. Reimpresión. Milán: Mondadori. 2004. p. 39.

<sup>2</sup> Para ser precisos, de los *pacta praeparatoria*, de los que hablaban los intérpretes de la fase tardía del derecho intermedio, como SCHWICHELDT, Maximilian Heinrich von. “De pacto futuri contractus praeparatorio”. Rommeius, Tubinga. 1668; LER, Johannes Jacob von. “Pactum praeparatorium actionem producens et non producens”. Meyer, Altdorf. 1716; y PETERMANN, August Gottlob y Christian SCHMID. “De valore pactum quibus praeparantur contractus”. Tietze, Leipzig. 1730. Estas y otras referencias son brindadas por FORCHIELLI, Paolo. Voz “Contratto preliminare”. En: Novissimo Digesto italiano. Vol. IV. Turín: Utet. 1959. pp. 683-684; y GABRIELLI, Giovanni. “Il rapporto giuridico preparatorio”. Milán: Giuffrè. 1974. p. 3 y nota 1.

Las disertaciones aquí citadas de Schwicheldt, Lier, Petermann y Schmid (SCHMIDIUS), pueden consultarse en el *website* del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, <http://dlib-diss.mpiet.mpg.de/>.

En lo que atañe al contrato preliminar (*Vorvertrag*), se puede identificar con nombre propio a su más importante sistematizador: el catedrático de la Universidad de Tubinga, Heinrich DEGENKOLB (1832-1909). “Der Begriff des Vorvertrages”. En: “Festschrift ihrem hochverehrten Senior Herrn Dr. Johann Adam Fritz zu seinem 50jährigen Doctorjubiläum” (separata). Wagner, Friburgo de Brisgovia. 1871; ID. “Zur Lehre vom Vorvertrag”. En: “Archiv für die civilistische Praxis”. Vol. 71. 1887. p. 1 y siguientes.

Por sus referencias histórico-comparatísticas acerca del origen de los contratos preparatorios, su origen germano y su inicial difusión en Francia, bajo la especie del *avant-contrat*, por obra de Raymond Saleilles, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, es informativa la consulta de MUSTARI, Manuela. “La fuga dal consensualismo – Genesi e caratteri del ‘contratto preliminare’ nell’Italia otto-novecentesca”. En: Revista internacional de derecho da Unicap. <http://www.unicap.br/rid/artigos2004/afuga.doc>, Universidad Católica de Pernambuco, 2004, especialmente, la nota 17.

<sup>3</sup> SACCO, Rodolfo. “Il contratto”. En: “Trattato di diritto civile italiano”. Dirigido por Filippo Vassalli. Vol. VI, t. II. Turín: Utet. 1975. pp. 679-680, y ahora en: SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. “Il contratto”. Tercera edición. t. II. En: “Trattato di diritto civile”. Dirigido por Rodolfo Sacco. Turín: Utet. 2004. p. 268.

En oposición, MESSINEO, Francesco. Voz “Contratto preliminare”. En: “Enciclopedia del diritto”. Vol. X. Milán: Giuffrè. 1962. p. 168, sostiene que el nacimiento de la figura se produjo totalmente al margen de las *escogitazioni dei giuristi*, con miras a evitar o a diferir los resultados de los contratos, o para superar exigencias de diversa índole, incluso de naturaleza tributaria.

## 2. PROPÓSITO Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

El propósito del presente artículo es aportar elementos, con el auxilio de la comparación jurídica<sup>5</sup>, para un cuestionamiento –que no tiene porqué ser leído como una negación– del aparentemente indiscutido valor del artículo 1362 del Código Civil peruano como fundamento legal de la responsabilidad civil que puede nacer cuando alguien se aparta de los tratos previos de un contrato que viene negociando, y ocasiona daños, con dicha conducta, al otro tratante.

En el primer estudio que se ha dedicado a tan fascinante tema en nuestro medio, mi apreciado amigo José Juan Haro Seijas suma a los méritos de su exhaustivo examen una denuncia inobjetable sobre la “escasez normativa” y “oscuridad” de la norma citada<sup>6</sup>. En su investigación se combinan con uniformidad y fluidez notables, además, el documentado discurso del buen civilista y el uso del siempre revelador análisis económico del derecho<sup>7</sup>.

El problema del sustento legal de la responsabilidad precontractual no es poco importante, mucho menos en una experiencia como la peruana donde, en primer lugar, no existen referencias jurisprudenciales notorias vinculadas con esta figura.

Al respecto, hay tener presente aquella inveterada práctica de nuestros jueces, según la cual, lo determinante para decidir si una demanda es fundada o no resulta ser, exclusivamente, la existencia de una norma legal que sirva de sustento a la pretensión<sup>8</sup>.

A una manera de ver las cosas así de equivocada se debe, justamente, y entre otras consecuencias, la inexistencia o rareza de precedentes judiciales peruanos relativos a instituciones jurídicas que –como la responsabilidad precontractual– han dado lugar a importantes investigaciones monográficas en otros ordenamientos, algunas de las cuales han llegado a ser bien conocidas en nuestro medio.

De aquí, también, la necesidad de recurrir, no sólo en el nivel docente, a la referencia a casos resueltos en otros países, a fin de apreciar en acción y ejemplificar el funcionamiento de diversas figuras.

En segundo lugar, una identificación atendida y convincente del substrato normativo que servirá, entre nosotros, para la construcción de la responsabilidad por ruptura de las tratativas precontractuales, será relevante para la solución del problema de la sujeción de la institución analizada a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual; problema que no puede ser minusvalorado en un ordenamiento como el peruano, donde ambos regímenes normativos y procedimentales son perfectamente distinguibles, y donde la mejor doctrina ha contribuido a eliminar los vestigios del inadmisibles discurso en torno de la “unificación” de la responsabilidad civil, que nuestros autores importaron de la bibliografía argentina, con pasividad y aplauso increíbles, a inicios de la última década del siglo pasado.

En el desarrollo de estas reflexiones también habrá ocasión de emitir juicio sobre la apriorísticamente asumida dualidad buena fe “objetiva”/buena fe “subjetiva”.

<sup>4</sup> Estos “modelos de decisión”, propiamente dichos, son convenientemente destacados por MENGONI, Luigi. Voz “Dogmatica giuridica”. En: “Enciclopedia giuridica Treccani”. Vol. XII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1989. p. 5 de la separata.

<sup>5</sup> Como bien sostiene BENATTI, Francesco. “Culpa in contrahendo”. En: “Contratto e impresa”. Año III. 1987. p. 310: “la doctrina de la culpa in contrahendo no puede prescindir de la historia de la institución y del conocimiento del derecho comparado”.

<sup>6</sup> HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. Lima. 2002. El trabajo ha sido publicado en *Advocatus* 7. Nueva época. Lima. 2002. p. 122 y siguientes. Aquí y en adelante cito el texto mecanografiado.

<sup>7</sup> En relación con este realce, una autora italiana ha destacado que el análisis económico del derecho “a pesar de no brindar soluciones unívocas sobre la conveniencia de sancionar la mala fe prenegocial” sí provee útiles indicaciones para racionalizar la materia de la responsabilidad in contrahendo, así como “para enfocar con exactitud sus problemas relevantes: por ejemplo, la cuantificación de los daños precontractuales y la monetización de la confianza” que una de las partes tuviere en la celebración del contrato. CARUSO, Daniela. “La culpa in contrahendo – L’esperienza statunitense e quella italiana”. Milán: Giuffrè. 1993. pp. 81-82.

<sup>8</sup> Señalo, como curiosidad, que en una sentencia de la Corte di Cassazione italiana, la 5610, del 18 de octubre de 1980, se estableció, con el mismo razonamiento que se critica, que “la conducta de las partes, en la formación del contrato, genéricamente contraria a los deberes de corrección y de buena fe (artículos 1175 y 1375), no puede ser considerada de por sí ilícita, y por ende, causa de nulidad del contrato, además de fuente de obligación resarcitoria, si la ley no hace que la violación de dichos deberes sea seguida, en vía primaria y autónoma, de una específica sanción civilística, como ocurre en los casos del dolo contractual, de la competencia desleal, etc. Por lo tanto, los deberes genéricos de lealtad, de corrección y de buena fe impuestos a las partes en las tratativas precontractuales y en la formación de los contratos representan sólo criterios de apreciación y de calificación de la conducta realizada por ellas en tales fases negociales, pero no son válidas, de por sí, para crear en las demás partes, que tengan intereses contrapuestos, derechos subjetivos protegidos erga omnes, a menos que estos se encuentren reconocidos por una expresa disposición legal” (las cursivas son añadidas).

Dicho fallo fue objeto de las lúcidas críticas de BIGLIAZZI-GERI, Lina. “Note in margine alla rilevanza dell’art. 1337 c.c.”. 1982. En: ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali – Scritti giuridici*. Milán: Giuffrè. 1998. p. 780 y siguientes.

En las normas citadas del Código Civil italiano se dispone: “1175. *Comportamiento con arreglo a la corrección.*- El deudor y el acreedor deben comportarse con arreglo a las reglas de la corrección”; y “1375. *Ejecución de buena fe.*- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe”.

En precedencia, la Corte di Cassazione, sentencia 357, del 16 de febrero de 1963, en: *Il Foro padano*. Vol. XIX. Parte I. 1964. Cols. 1284 y siguientes, con comentario de RODOTÁ, Stefano. “Appunti sul principio di buona fede”, llegó a afirmar que la violación de deberes genéricos de lealtad y de corrección es fuente de responsabilidad por daños sólo cuando concrete la violación de un derecho ajeno, reconocido sobre la base de otras normas. Rodota (*ivi*, col. 1286) anotaba que, así, se estaba afirmando “la irrelevancia de la buena fe como principio normativo autónomo, al admitirse que el legislador sólo puede inspirarse en él para la formulación de normas atributivas de específicos derechos, respecto de los cuales, por lo tanto, la buena fe tendría relevancia únicamente en el aspecto de la *ratio legis*”.

Como se verá, el desarreglado tratamiento del Código Civil peruano no permite establecer con claridad los ámbitos de ambos conceptos, lo cual vuelve más dificultoso todo intento de planteamiento de la responsabilidad precontractual, tradicionalmente coligada con el tema de la buena fe.

### 3. LA CLÁUSULA NORMATIVA GENERAL DE BUENA FE DEL LIBRO DE CONTRATOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. PRIMERAS REVELACIONES SOBRE SU TRASFONDO

El aparentemente indiscutible papel que toca desempeñar al artículo 1362 del Código Civil peruano, que se someterá a revisión en estos apuntes, tiene una historia.

Gracias a la monumental obra de Manuel de la Puente y Lavalle sobre el contrato en general, han podido llegar

a nosotros las imprescindibles referencias que permiten identificar de modo inequívoco la voluntad que movió al legislador a redactar la norma en cuestión; voluntad favorable a la admisión del carácter resarcible de los daños ocasionados en la fase precontractual.

Se sabe, además, que una mención específica de la figura bajo examen, que estaba presente en los anteproyectos, fue cancelada al redactarse el texto definitivo<sup>9</sup>.

Hay que reconocer que en ausencia de aquellos antecedentes, nada impediría poner en tela de juicio el valor comúnmente atribuido al artículo 1362 del Código Civil como disposición susceptible de ser invocada por los eventuales damnificados de la interrupción injustificada de los tratos previos al contrato, más aún si se considera la clamorosa vaguedad del texto, oportunamente evidenciada por Haro.

<sup>9</sup> Lo conveniente que sería para el ordenamiento jurídico peruano contar con una regla expresa sobre la responsabilidad precontractual está fuera de dudas. Este es un punto en el que es imperioso admitir la inutilidad de las cláusulas normativas generales en los países donde la magistratura no tiene la preparación adecuada que demanda la tarea.

No basta, pues, una norma que señale que "los contratos deben negociarse de buena fe". Lo ideal sería señalar de modo explícito que entre las conductas prohibidas y sancionables en virtud de tal enunciado, se comprenden, por ejemplo, el ocultamiento de información, el silencio sobre negociaciones paralelas, etc.

Este modo de proceder es el seguido incluso en los proyectos de los académicos actualmente empeñados—si no es que obsesionados—con la más bien ardua, y quimérica, para muchos, empresa de la unificación del derecho civil europeo.

Consigno algunas de las normas propuestas en tales documentos, sólo con fines informativos:

1. UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law): "Principles of International Commercial Contracts" (Roma, 1994): Article 2.15 (*Negotiations in bad faith*).

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

2. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (presidida por Ole Lando), "Principles of European Contract Law Parts I and II" (2000), Section 3, *Liability for negotiations*.

Article 2:301. *Negotiation contrary to good faith*.

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Article 2:302. *Breach of confidentiality*.

If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.

3. ACCADEMIA DEI GIURISTI EUROPEI, "Code européen des contrats", coordinado por Giuseppe Gandolfi (Pavía, 2002), Titre II, *Formation du contrat*, Section 1, *Tractations précontractuelles*:

Art. 6. *Devoir de correction*.

1. Chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat n'est pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi.

2. Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat.

3. Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié.

4. Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le dommage subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasions similaires causée par les tractations pendantes.

Art. 7. *Devoir d'information*.

1. Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure.

2. En cas d'omission d'information ou de déclaration fautive ou réticente, si le contrat n'a pas été conclu ou s'il est frappé de nullité, celle des parties qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue pour responsable devant l'autre dans la mesure prévue à l'alinéa 4 de l'art. 6. Si le contrat a été conclu, elle est tenue à restituer la somme ou à verser l'indemnité que le juge estime conformes à l'équité, sauf le droit de l'autre parti d'attaquer le contrat pour erreur.

Los *Principles* del UNIDROIT pueden consultarse en <http://www.unidroit.org>. En su momento, fueron analizados, en relación con el tema aquí tratado, por FARNSWORTH, E. Allan. "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws". En: *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 3. 1995. p. 47 y siguientes, quien colaboró en su redacción. La versión italiana de las partes I y II de los "Principles of European Contract Law" de la Comisión Lando, ha sido publicada, al cuidado de Carlo Castronovo, por la editorial Giuffrè de Milán, en el 2001. El *avant-projet* del *Code européen des contrats*, también ha sido publicado por Giuffrè, en el 2002.

Si no se dispusiera de tales antecedentes, entonces, o si se participara de la legítima, y muchas veces forzosa, descreencia del carácter vinculante de los documentos preparatorios de los codificadores, habría que buscar el fundamento en otra norma del Código Civil, que en este caso tendría que ser, si la vista no nos engaña, nuestra primera cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida de acto ilícito (artículo 1969: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”).

Y si se examinan las experiencias foráneas, se cae en la cuenta de que la regla es, ni más ni menos, la ausencia de una reglamentación precisa de esta subespecie de la responsabilidad precontractual<sup>10</sup>.

#### 4. ADMINISTRACIÓN DE LOS DAÑOS PRECONTRACTUALES POR RUPTURA DE TRATATIVAS EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*. RECHAZO DE LA BUENA FE Y REMEDIOS ALTERNATIVOS

La observación anterior, demasiado fácil de constatar, relativa a la ausencia de reglas específicas en materia de responsabilidad por ruptura de los tratos previos al

contrato, es válida, desde luego, para los países del *common law*.

Un estudioso inglés resume así el estado de la cuestión en su país:

“Jamás hemos adoptado el principio jheringniano de la *culpa in contrahendo*. No reconocemos, pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear, por sí misma, ninguna especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo, por lo tanto, en que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque sólo faltara la firma de la otra para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo, con varios tratantes, sin decir a nadie que está negociando con otros”<sup>11</sup>.

Esta singularidad del *common law* inglés, es decir, su tradicional desconfianza frente al criterio de la buena fe<sup>12</sup>, representa uno de los puntos críticos en los actuales intentos de los académicos empeñados en la uniformización del derecho contractual europeo<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> En efecto, la interrupción injustificada de las tratativas constituye *sólo una* de las subespecies de la responsabilidad *in contrahendo*. Otra de ellas, acaso más clásica, es la responsabilidad de la parte que, teniendo conocimiento de una causa de invalidez del negocio celebrado, calla al respecto. Producida, culposamente, la invalidez, y dañada la confianza de la otra parte, que esperaba haber estipulado un contrato válido, la parte que guardó silencio resulta responsable.

<sup>11</sup> GOODE, Roy. “The Concept of Good Faith in English Law”. 1992. En: Saggi, conferenze e seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma “La Sapienza”, <http://w3.uniroma1.it>, pp. 5-6 (del documento pdf).

Otro informativo cuadro del estado de la cuestión en el derecho inglés es el ofrecido por BROWNSWORD, Roger. “Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law”. En: BROWNSWORD, Roger, HIRD, Norma J. y Geraint HOWELLS (editores). *Good Faith in Contract – Concept and Context*. Ashgate y Dartmouth, Burlington y Aldershot. 1999. p. 13 y siguientes; y, desde la perspectiva de la comparación jurídica, por KÖTZ, Hein. “Europäisches Vertragsrecht”. 1992. Traducción inglesa en: *European Contract Law*. Al cuidado de Tony Weir. Vol. I. Oxford: Clarendon Press. 1997. pp. 40-41; COHEN, Nili. “Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate”. En: BEATSON, Jack y Daniel FRIEDMANN (editores). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. 1995. p. 25 y siguientes; y VAN ERP, Sjeff. “The Precontractual Stage”. En: HARTKAMP, Arthur y otros (editores). *Towards a European Civil Code*. Segunda edición. Nijmegen y La Haya-Londres-Boston: Ars Aequi Libri y Kluwer Law International. 1998. p. 207 y siguientes.

<sup>12</sup> El nulo cuestionamiento del deber de buena fe, considerado en cuanto tal, en el estudio de HARO, es demostrativo del error –lamentablemente común entre nosotros– de identificar las soluciones del *common law* (que no reprime, con carácter general, la mala fe en las negociaciones contractuales) con las soluciones del análisis económico del derecho (que, practicado en clave peruana, puede justificar o no la responsabilidad precontractual, pero siempre dejando al reparo, como correctamente hace HARO, el deber de buena fe estatuido por nuestro Código Civil; mientras que, en clave estadounidense, se orientará, naturalmente, a la demostración de la ineficiencia de la imposición del deber de buena fe en la negociación).

Esta última línea de pensamiento, que retrata con fidelidad la situación en el derecho de Estados Unidos, se percibe, por ejemplo, en las páginas de autores como KRONMAN, Anthony. “Mistake, disclosure, information and the law of contract”. En: *Journal of Legal Studies* 7. 1978. p. 1 y siguientes [publicado en español en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho], y Richard A. POSNER. “Economic Analysis of Law”. Tercera edición. Boston: Little, Brown & Company. 1986. p. 96 y siguientes, dedicadas a la explicación económica de la ineficiencia del *general duty of disclosure* (deber general de información) entre los tratantes (por la idea de que la obligación de revelar la información obtenida generaría un desincentivo para que los sujetos de una negociación busquen y se provean de información relevante en situaciones del género).

Empero, intentos de demostración de lo contrario, es decir, de la eficiencia de la imposición de tal deber ya han sido efectuados, con buenos resultados, a mi parecer, en el sistema francés, por FABRE-MAGNAN, Muriel. “Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis”. En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit. p. 99 y siguientes, especialmente, p. 107 y siguientes; y en el área geográfica del *common law* más cercana, culturalmente, a la tradición del derecho civil (como Canadá), por MACKAAY, Ejan y Violette LEBLANC. “The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract”. En: <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/textes/T12.pdf>, Université de Montréal, Faculté de Droit, Centre de Recherche en Droit Public, 2003, pp. 25-26 (del documento pdf), y algunos años atrás, aunque no desde la perspectiva del análisis económico del derecho, por WADDAMS, Stephen M. “Pre-contractual Duties of Disclosure”. En: CANE, Peter y Jane STAPLETON. *Essays for Patrick Atiyah*. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 254 y siguientes.

COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESI, Roberto y Thomas ULEN. “Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile”. Bolonia: Il Mulino. 1999. p. 297, afirman, en cambio, el principio económico de que en los supuestos contractuales donde se presentan asimetrías informativas tiene que existir un deber de información, si y sólo si la retención de información fuera destructiva, es decir, en caso de que la no-revelación de la información pueda causar daños a personas o cosas.

<sup>13</sup> Pese a lo cual, es digno de estudio el aporte del profesor de la London School of Economics, COLLINS, Hugh. “The Law of Contract”. Tercera edición. Londres: Butterworths. 1997. p. 168 y siguientes. Según dicho autor, la buena fe no solamente es oscura, sino también de escasa incidencia como criterio de conducta a ser aplicado en la negociación de los contratos; puesto que “what English law requires of parties is carefulness towards each other during the period of negotiation”, lo aconsejable sería forjar un nuevo principio, un “duty to negotiate with care”, propiamente dicho.

En Estados Unidos, la buena fe precontractual tampoco es considerada como un deber general en la negociación de los contratos<sup>14</sup>.

Allá se enseña, por el contrario, que “despite scholarly suggestions that the American courts embrace this concept, they have decline to do so. They continue to view contract negotiations as, at bottom, an undertaking in which self-interest is the accepted norm. Each party assumes the risk that, despite a heavy investment in the negotiation process, no agreement will be reached”<sup>15</sup>.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que aunque en el mundo del *common law* se desconozca la existencia de un deber de buena fe en la negociación, ello no quiere decir que la responsabilidad bajo examen sea ignorada; lo diverso –como puntualiza algún autor– es que, para darle sustento, entran a tallar otros conceptos<sup>16</sup>.

Tal es el caso del *promissory estoppel*, “quintaesencial criatura del *common law*”<sup>17</sup>, recogido en el Restatement (Second) of Contracts, Section 90, a través del cual, los jueces han concedido protección a la parte que confía en las promesas realizadas por la otra durante las tratativas, mediante el resarcimiento de *reliance interests*, identificados, en este caso, con los “gastos efectuados con la razonable previsión en que iba a lograrse una determinada ventaja con la celebración del contrato”<sup>18</sup>.

Un caso célebre en la jurisprudencia estadounidense, que ilustra cuán severa –si no pintoresca– puede ser la

protección de los intereses de las partes durante la fase de las tratativas, es la sentada en el caso *Texaco Inc. v. Pennzoil Co.*

El pleito surgió porque Texaco frustró, en su propio favor, la compra de un paquete accionario de la empresa Getty Oil, que esta ya había negociado, en un nivel muy avanzado, a tal punto que existía un *agreement in principle*, con Pennzoil.

En dicha oportunidad, Texaco fue considerada responsable por *tortious interference*, es decir, por haber instado al incumplimiento contractual a Getty Oil, en perjuicio de Pennzoil, y fue condenada al pago de una cantidad astronómica a título de *actual damages* y *punitive damages*<sup>19</sup>.

Se ha observado, entonces, que el deber de buena fe precontractual “no requiere ser formulado bajo la especie de una cláusula normativa general, porque el *common law*, si es correctamente aplicado, está en capacidad de reaccionar, de muchas otras maneras, frente a las incorrecciones comerciales”<sup>20</sup> que pueden presentarse en este ámbito.

El catedrático de la Universidad de Columbia, E. Allan Farnsworth refiere:

“[H]ay varias justificaciones que explican la renuencia judicial a imponer un deber general de corrección [*fair dealing*] de las partes en las negociaciones precontractuales. La visión aleatoria de las

<sup>14</sup> Por razones de orden histórico, sin embargo, los tribunales del Estado de Louisiana, que dispone de un código civil, han adoptado la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Así lo informa GODERRE, Diane Madeline. “International Negotiations gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”. En: *University of Cincinnati Law Review* 66. 1997. pp. 267-268.

De la reciente jurisprudencia de la United States District Court for the Eastern District of Louisiana, en materia, puede citarse *Starco Meats, Inc. vs. Bryan Foods, Inc.*, del 21 de marzo del 2003, donde se lee: “the doctrine of detrimental reliance was codified in 1985, but is not actually new in Louisiana. Our courts have long recognized the German theory of culpa in contrahendo, which permits a plaintiff to recover damages which result from his change of position caused by reliance upon an unenforceable contract”.

<sup>15</sup> BURTON, Steven J. y E. G. ANDERSEN. “Contractual Good Faith”. Boston, Nueva York, Toronto y Londres: Little, Brown & Company. 1998. pp. 330-331.

<sup>16</sup> FARNSWORTH. “The Concept of Good Faith in American Law”. 1993. En: *Saggi, conferenze e seminari. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma “La Sapienza”*, en <http://w3.uniroma1.it>, p. 2 (del documento pdf).

Una cabal demostración de la funcionalidad de los conceptos elaborados en el derecho estadounidense (*negligence, estoppel, implied contracts*, etc.), en los mismos supuestos en que los países del derecho civil recurren al deber general de buena fe y a la teoría de la *culpa in contrahendo* (error, falsa representación, ruptura de las negociaciones, etc.) fue dada, hace años, por KESSLER, Friedrich y Edith FINE. “*Culpa in contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study”. En: *Harvard Law Review* 77. Enero, 1964, p. 401 y siguientes.

<sup>17</sup> La expresión es de SNYDER, David V. “Comparative Law in Action: Promissory Estoppel, the Civil Law, and the Mixed Jurisdiction”. En: *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15. 1998. p. 695, quien rinde cuenta (*ivi*, especialmente, p. 698 y siguientes) de la introducción de esta figura en el ya citado Código Civil de Louisiana (artículo 1967), así como del reconocimiento, por parte de la jurisprudencia de este Estado, de que la *culpa in contrahendo* es “the civilian equivalent of the common law concept of promissory estoppel”.

<sup>18</sup> MUSY, Alberto M. Voz “Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)”. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*. Vol. XVIII. Turín: Utet. 1998, p. 398.

La figura también es recordada por KESSLER y FINE. Op. cit. p. 408; y TURACK, Daniel C. “USA Report”. En: HONDIUS, Ewoud H. (editor). *Precontractual Liability – Reports to the XIIIth Congress International of the Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 18 al 24 de agosto de 1990. Deventer y Boston: Kluwer Law & Taxation Publishers. 1991. p. 344 y siguientes.

<sup>19</sup> La reseña es de TURACK. Op. cit. p. 335 y siguientes.

El caso citado es un punto de referencia importante en los estudios italianos sobre la *tutela aquiliana del credito*, es decir, la protección del derecho de un acreedor por medio de la responsabilidad extracontractual: RUBINO SANMARTANO, Mauro. “Responsabilità extracontrattuale per interferenza in rapporti contrattuali: Sme Buitoni – Pennzoil Texaco. In medio stat virtus?”. En: *Il Foro padano*. Vol. XLII, parte I. 1987. cols. 469 y siguientes; FRANZONI, Massimo. “La tutela aquiliana del contratto”. En: “I contratti in generale”. Dirigido por ALPA, Guido y Mario BESSONE, vol. IV, t. II, a su vez en: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi*. Turín: Utet. 1991. p. 1077 y siguientes.

<sup>20</sup> CARUSO. Op. cit. p. 156.

negociaciones, por parte del *common law*, le sienta bien a una sociedad que no tiene ningún interés en que ellas consigan un buen resultado. [...] Aunque a la sociedad sí le interesa proveer un régimen bajo el cual las partes sean libres para negociar contratos ordinarios, el resultado de cada negociación en particular es objeto de indiferencia. No existe razón para creer que la imposición de un deber general de corrección mejoraría el régimen jurídico bajo el cual tienen lugar las negociaciones precontractuales. Lo difícil de determinar es el momento exacto en que surge el deber de corrección entre la partes de una negociación, generándose una incertidumbre. Un deber de corrección podría producir el efecto, no deseado, de disuadir a las partes de emprender negociaciones cada vez que las probabilidades de éxito sean remotas. Podría producirse, del mismo modo, un no menos indeseable efecto acelerador, al incrementarse la presión sobre las partes para la celebración definitiva de la operación, aun cuando esta sea apresurada<sup>21</sup>.

No se puede desconocer, por otro lado, y siempre en lo tocante a la experiencia estadounidense, que en el Uniform Commercial Code de 1978 (Section 1-203) y el Restatement (Second) of Contracts de 1981 (Section 205)<sup>22</sup>, se impone a las partes el deber de buena fe (*obligation of good faith*), pero en la ejecución (*performance*) o cumplimiento (*enforcement*) del contrato<sup>23</sup>.

## 5. LA EXPERIENCIA FRANCESA. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL A LA FIGURA BAJO EXAMEN

Sin perjuicio de lo anteriormente referido, me parece que lo importante para los objetivos que me he trazado es destacar las diferencias que se perciben al interior de las familias jurídicas romanista y germánica.

En Francia, por ejemplo, no existe una regulación específica del supuesto, no obstante lo cual ha sido pacíficamente reconocido en el nivel jurisprudencial y doctrinal<sup>24</sup>. Existen sentencias francesas relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, a la pérdida de manuscritos enviados con el fin de iniciar la tratativa, y al viaje largo, efectuado inútilmente, a causa de la revocación injustificada de la oferta, que se remontan a inicios del siglo XX, inclusive<sup>25</sup>.

Para su planteamiento, las explicaciones se centran en el artículo 1382 del Code Napoléon, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo o culpa, tal cual hace, entre nosotros, el artículo 1969 del Código Civil vigente.

En ello ha tenido que ver, en primer lugar, la negativa, propia del derecho francés, a reconocer efectos al contrato mientras la voluntad de las partes no haya quedado sellada con la celebración.

<sup>21</sup> FARNSWORTH. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". En: Columbia Law Review 87. 1987. pp. 242-243 [publicado en español en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho].

<sup>22</sup> Ambos documentos son minuciosamente analizados por SUMMERS, Robert S. "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: a General Account". En: ZIMMERMANN, Reinhard y Simon WHITTAKER (editores). "Good Faith in European Contract Law". Cambridge: University Press. 2000. p. 118 y siguientes.

Como señala HARO, op. cit., p. 21 y nota 47, los Restatements, elaborados por el American Law Institute (ALI) no poseen carácter vinculante; sin embargo, tienen gran influencia en las decisiones de los tribunales estadounidenses. Hay quien se ha referido a ellos como "el más ilustre producto de la doctrina jurídica en un país de *common law*. [...] Una operación semejante es un producto exquisitamente doctrinal que para ser realizada necesita una cultura jurídica notablemente uniforme". MATTEI, Ugo. Voz "Restatement". En: Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile. Vol. XVII. Turín: Utet. 1998. pp. 417, 422.

<sup>23</sup> El realce es de BURTON. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith". Traducción italiana: "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", por S. DI PAOLA y Roberto PARDOLESI, en: "Rivista critica del diritto privato". Año II. 1984. pp. 13-14; y de FARNSWORTH. "Good Faith in Contract Performance". En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit., p. 153 y siguientes.

La indicación de la *good faith* en el primero de los textos citados, donde es definida como "honesty in the conduct or transaction concerned", y como "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade", es directamente atribuible a su redactor, Karl Nickelson LEWELLYN (1893-1962), notable estudioso del derecho germano y máximo representante del bando "sociológico" del "realismo jurídico", quien introdujo la expresión (tomada del alemán *Treu und Glauben*) en el discurso estadounidense. Este es un dato recordado y puesto en evidencia por la mayoría de estudiosos que han tratado el tema de la buena fe en el derecho de Estados Unidos: FARNSWORTH. "The Concept of Good Faith in American Law". Op. cit., pp. 2, 12; CARUSO. Op. cit., pp. 6, nota 3, 17 y siguientes; MUSY. "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures". En: <http://www.icer.it>, International Center for Economic Research, 2000, p. 10 (del documento pdf); DE VITA, Anna. "Buena fede e common law". En: Rivista di diritto civile. Año II. Parte I. 2003. p. 254; entre otros.

<sup>24</sup> A partir de un famoso estudio de SALELLES. "De la responsabilité précontractuelle – A propos d'une étude nouvelle sur la matière". En: Revue trimestrielle de droit civil 6. 1907. p. 697 y siguientes; seguido por MOREL, René Lucien. "Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles". En la misma revista, vol. 8. 1908. p. 289 y siguientes, especialmente, p. 306 y siguientes. En esta poco citada obra (p. 307) ya se encuentra una asociación conceptual de la responsabilidad precontractual con la doctrina del abuso del derecho (que prosperará, por demás desfigurada, en la doctrina argentina, y que ha sido convincentemente replanteada y sistematizada en Italia, por SACCO. "Il contratto". Op. cit., p. 661 y siguientes, y ahora en SACCO y DE NOVA. Op. cit., t. II, p. 223 y siguientes).

De la doctrina francesa más reciente son de destacar las contribuciones de SCHMIDT, Joanna. "La sanction de la faute précontractuelle". En: Revue trimestrielle de droit civil 62. 1974. pp. 51-52; de la misma autora, "French Report". En: HONDIUS (editor). "Precontractual Liability". Op. cit., p. 148; GHESTIN, Jacques. "Le contrat – Formation". Segunda edición. En: Traité de droit civil. Dirigido por Jacques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 251; ESPAGNON, Michel. Voz "Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle". En: Juris-Classeur – Civil code, Art. 1146 à 1155, fasc. 16-10, Paris, 2002, p. 10 y siguientes (de la separata).

<sup>25</sup> Lo refiere ALPA, Guido. Voz "Responsabilità precontrattuale III) Diritto comparato e straniero". En: "Enciclopedia giuridica Treccani". Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1991. p. 1 (de la separata).

Hay, sin embargo, quien denuncia la falsedad de la idea, también común en el medio francés, de que dos empresas no estén obligadas a ser leales una frente a otra, "sino hasta el instante en que resultan ligadas por un contrato"<sup>26</sup>.

En tal sentido, se informa sobre la actualidad y la trascendencia que ha cobrado la responsabilidad por ruptura abusiva de las tratativas en el campo de las actividades tecnológicas, a causa de los importantes intercambios de información que suelen producirse antes de la celebración de los contratos definitivos, y al cada vez más generalizado empleo del *non disclosure agreement (accord de confidentialité)* en este tipo de negociaciones.

En segundo lugar, ha sido determinante la limitada relevancia reconocida, en el ordenamiento jurídico francés, al principio de la buena fe en la contratación, que sólo en los últimos años viene siendo objeto de expansión en la argumentación de los jueces.

En efecto, aunque los trabajos preparatorios del Code Napoléon permiten apreciar que la *bonne foi* fue tomada en cuenta por sus redactores, como noción fundamental del derecho de contratos, fiel a la concepción moralizadora ligada con el derecho natural, lo cierto es que su utilización, con carácter general, ha tenido lugar sólo recientemente, a partir del decenio 1960-1970, a causa del interés que suscitó en la doctrina francesa el tema de la protección de la parte más débil, y del desarrollo del comercio internacional, con los debates en torno de la *lex mercatoria*, donde la buena fe cumple un papel central<sup>27</sup>.

En el artículo 1134, numeral 3, del Code Napoléon se señala, sencillamente, que las convenciones "deben ejecutarse de buena fe" (*doivent être exécutées de bonne foi*).

Ni en dicha norma ni en ninguna otra se menciona la "formación" o "negociación" de los contratos.

Sin embargo, se refiere que la jurisprudencia francesa ha dado solución a tal laguna, "al resolver que la buena fe también debe gobernar el periodo precontractual. Como la causa, la buena fe acompaña al contrato cual si fuera una sombra, durante toda su existencia, desde

su nacimiento hasta su extinción, con su completa ejecución recíproca o con su resolución"<sup>28</sup>.

Dada la primacía del criterio según el cual los contratos solamente se tienen por existentes cuando el acuerdo de las partes ha sido consagrado con la celebración, se recurre al artículo 1382, que establece la regla general de la responsabilidad extracontractual: aquel que causa un daño a otro por dolo o culpa está obligado a reparar dicho daño.

En relación con este punto, se ha observado que el Code Napoléon "no contiene ninguna disposición sobre las tratativas precontractuales; sin embargo, la figura del ilícito prenegocial que ha sido objeto de reconocimiento general, y de sanción, desde época antigua, es, justamente, el receso injustificado de las tratativas. Para poderlo sancionar, empero, ha sido necesario recurrir a los artículos 1382 y 1383 del Code civil y, por lo tanto, a la figura general del ilícito civil y a sus elementos constitutivos, en particular, al elemento subjetivo de la culpa, lo que limita, inevitablemente, la relevancia jurídica de la institución"<sup>29</sup>.

En el ordenamiento jurídico francés, entonces, la ruptura maliciosa de las tratativas (*pourparlers*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad "delictual" (*délictuelle*) —o "extracontractual" (*extracontractuelle*), según la terminología que, desde cierto punto de vista, hemos heredado—, y es la víctima del perjuicio, por lo tanto, la que tiene que probar la culpa (*faute*) del tratante al que se imputa la frustración de la operación.

En dicho marco, "muchos elementos son tomados en consideración en la apreciación de la culpa: lo avanzado de las negociaciones antes de la ruptura, la importancia y la singularidad (o no) del contrato en cuestión, la condición, o no, de comerciante profesional del autor de la ruptura, la publicidad que este ha realizado, la existencia de una oferta de contrato (que haya hecho nacer en la otra parte confianza y esperanza particulares), el grado de precisión de la oferta, el plazo de la misma"<sup>30</sup>.

Hay que tener en cuenta, de igual forma, que "en aplicación del principio que no admite el concurso

<sup>26</sup> ITEANU, Oliver. "La rupture abusive des pourparlers portant sur la technologie". En: "Le Journal du Net", <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique010912.shtml>, edición del 12 de septiembre de 2001.

<sup>27</sup> Todo ello es informado por TALLON, Denis. "Le concept de bonne foi en droit français de contrat". 1994. En: Saggi, conferenze e seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma "La Sapienza", en <http://w3.uniroma1.it>, p. 5 (del documento pdf).

<sup>28</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Voz "Bonne foi". En: "Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil". T. III, Dalloz, Paris. 1995. p. 3 (de la separata).

<sup>29</sup> PIGNATARO, Gisella. "Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese". Nápoles: ESI. 1999. pp. 115-116.

<sup>30</sup> LE TOURNEAU. Op. cit., p. 4.

entre la responsabilidad contractual y delictual, el fundamento del fallo [que concede el resarcimiento] no puede ser [en este supuesto] sino delictual o cuasidelictual, debido a la total ausencia de contrato. En oposición, si se ha firmado algún acuerdo preliminar [*avant-contrat*] durante las tratativas, o en previsión de éstas, la infracción de tales estipulaciones generarán, evidentemente, la responsabilidad contractual de su autor”<sup>31</sup>.

En la causa *Soc. Network Management Group c. Soc. Alizée*, culminada con sentencia de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, del 18 de junio de 2002<sup>32</sup>, los representantes de dos empresas habían desarrollado tratos precontractuales desde febrero de 1998, con miras a la adquisición, por parte de Network Management Group, del rubro de actividad “redes y telecomunicación” de Alizée. El 8 de abril, la primera entidad emite una “carta de intención” (*lettre d'intention*). El empleo de este documento es común en la negociación de los contratos internacionales y de las grandes empresas francesas<sup>33</sup>. En este caso, la carta contenía una propuesta económica, sujeta a ciertas condiciones, las cuales no fueron inmediatamente aceptadas por el gerente de Alizée, cuyo propósito era la transferencia de toda la empresa, la cual estaba por ser objeto, además, de un proceso de reestructuración, el cual se inicia, judicialmente, el 22 de mayo. Siete días después, Network Management Group comunica a Alizée, con una misiva, la suspensión definitiva de sus proyectos. Entonces, Alizée interpone una demanda de responsabilidad civil, declarada infundada por el Tribunal de primera instancia, pero concedida por la Cour d'Appel, a título de resarcimiento (*dommages-intérêts*) por ruptura tardía y culposa de las tratativas (*rupture tardive et fautive des pourparlers*).

En su decisivo fallo, la Cour de Cassation desestima el recurso de Network Management Group. Se señala, a propósito, que las tratativas pueden interrumpirse libremente si así lo decide una de las partes, a menos que tenga lugar un perjuicio atribuible a la culpa de la renunciante. En relación con este punto, los magistrados juzgaron como “culpa” el pleno conocimiento que el representante de Network Management Group tenía, desde un primer momento, de la apremiante situación de Alizée, tal cual lo comprobaba el hecho de que el abandono de los planes de inversión se produjera no bien tuvo comienzo el procedimiento de reestructuración. Por lo tanto,

Network Management Group era responsable por haber despertado, y mantenido, la ilusión de Alizée en una futura y concreta inyección de capital. Por otro lado, se consideró que Alizée había sido afectada con la pérdida de la oportunidad (*perte d'une chance*) de entablar conversaciones con otra empresa interesada en negociar con ella.

La pérdida de la posibilidad de obtención de una utilidad futura ha sido empleada con frecuencia en la argumentación de los jueces franceses, como figura de daño resarcible, incluso en el supuesto bajo examen<sup>34</sup>, y “siempre que se pruebe que existía una posibilidad razonable para la realización de la *chance*. Para dicho fin, se tiene en cuenta cuán avanzadas hayan estado las tratativas, para verificar si la perspectiva de ganancia merece ser, al menos parcialmente, tomada en consideración para el cómputo del daño. De ello se deduce que, en dicho caso, no se resarce toda la ganancia frustrada a causa de la interrupción de lo negociado, sino solamente la parte correspondiente a un daño cierto, es decir, a la probabilidad de realización de las ganancias esperadas”<sup>35</sup>.

Un similar parecer se aprecia en *Soc. civ. Poleval c. Soc. Laboratoires Sandoz (Francia)* y *Soc. Sandoz Pharma AG (Suiza)*, resuelto por la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, con sentencia del 7 de abril de 1998.

La empresa Poleval había patentado, entre 1985 y 1987, el sistema “Diapack” para el empaquetado de productos farmacéuticos. En el mismo año 1987, inicia tratativas con Sandoz Pharma, de Suiza, y a través de ésta, con Laboratoires Sandoz, de Francia, para la eventual concesión de una licencia. Sandoz Pharma prepara y remite distintos proyectos de contrato, a los que Poleval responde afirmativamente. Sin embargo, y luego de la realización de ciertos estudios de factibilidad, Sandoz Pharma decide apartarse de las tratativas, y comunica su decisión en diciembre de 1989; otro tanto ocurre con Laboratoires Sandoz, que interrumpe todo contacto con Poleval en agosto de 1990. Seguidamente, Poleval interpone demanda de responsabilidad civil contra ambas compañías, por ruptura abusiva de las tratativas.

En primera y segunda instancia, la pretensión de Poleval procede, y le es concedido un resarcimiento de cuatro millones de francos, por la inmovilización de su patente, y por la imposibilidad de divulgar su *know-how* por el

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> El texto completo de las sentencias francesas que reseño en este acápite puede consultarse en <http://www.lexinter.net>, voces “Rupture des pourparlers” y “Pourparlers fautives”, respectivamente.

<sup>33</sup> Pero su escasa eficacia, en tanto documentos sujetos, a su vez, a interpretación judicial, ha sido bien subrayada por KÖTZ. Op. cit., p. 36.

<sup>34</sup> SCHMIDT. “French Report”. Op. cit., p. 149.

<sup>35</sup> PIGNATARO. Op. cit., p. 176.

tiempo que duraron las negociaciones, así como por la pérdida de la oportunidad de negociar con otra posible interesada.

La Cour de Cassation, a su turno, desestima el recurso de Sandoz Pharma y Laboratoires Sandoz. Se consideró, al respecto, que la circunstancia de haber dejado a Poleval a la espera de un contrato definitivo por cuatro años constituía un acto culposo de deslealtad, y perjudicial en su contra.

En otra causa, tres empresarios árabes, titulares del 99% del accionariado de "Peninsular", una sociedad anónima de nacionalidad francesa, obtuvieron quinientos mil francos como resarcimiento por la ruptura culposa de las tratativas que habían desarrollado con *monsieur* Pierre Ossona, un inversionista del sector inmobiliario, interesado en adquirir el íntegro del capital social de "Peninsular". En octubre de 1990, Ossona remitió a los accionistas una carta que contenía una propuesta de acuerdo, con el precio de la operación: noventa millones de francos, y la modalidad de pago, a saber, 10% a la firma del contrato, mediante depósito bancario, y el saldo, al cabo de seis meses. Tras una nueva reunión, se fija, inclusive, la fecha en que las partes tenían que presentarse ante el notario, para el 8 de noviembre de 1990, y la fecha de la cesión definitiva, para el 30 de abril de 1991.

Sin embargo, el inversionista no consigue arribar a buen puerto en la gestión de un mutuo de dinero ante una institución financiera, con el cual pensaba pagar la cuota inicial pactada. Por ello, la operación se frustra.

La Chambre Civil de la Cour d'Appel de París, que resolvió definitivamente el pleito, en segunda instancia, mediante sentencia del 6 de enero de 1998, consideró el avanzado estado de las tratativas realizadas, y determinó que Ossona había incurrido en responsabilidad por reticencia dolosa (*réticence dolosive*) frente a los demás tratantes, al haber ocultado a estos que no disponía del dinero para cancelar, por cuenta propia, la inicial prometida, y que el pago de tal cantidad dependía del otorgamiento de un préstamo.

## 6. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN UN ORDENAMIENTO IMITADOR DEL MODELO FRANCÉS: BÉLGICA

También en Bélgica rige el Code Napoléon. Este fue adoptado como Código Civil belga el mismo año de

su entrada en vigor en Francia, es decir, en 1804. Con algunas modificaciones, se mantiene vigente. El texto oficial en neerlandés se remonta a inicios del decenio 1960-1970.

En Bélgica, entonces, tampoco existen prescripciones que sirvan de sostén directo a los perjudicados con el rompimiento de las tratativas, pero la buena fe sí ha sido utilizada en la argumentación judicial. También en este país, por otro lado, se reconoce la naturaleza extracontractual de la especie de responsabilidad que nos ocupa<sup>36</sup>.

En la causa *Start Trading c. S. A. Générale de Banque*, resuelta en segunda instancia por la Cour d'Appel de Liège, el 19 de noviembre de 1996, se desestimó la pretensión de una empresa de productos informáticos que había demandado a una institución bancaria por los daños –pérdidas económicas– sufridos a consecuencia del rompimiento de los tratos preliminares de un contrato de licencia exclusiva para la utilización de un programa original.

De los hechos, resultaba que ambas entidades habían sostenido reuniones de negocios entre los meses de diciembre de 1990 y abril de 1991, al cabo de los cuales la demandante pidió, por escrito, una respuesta definitiva sobre la firma del futuro contrato. La demandada no contestó sino hasta octubre de 1991, es decir, siete meses después, con una carta en la cual solicitaba un *dossier* técnico general y una propuesta de precio. La respuesta fue inmediata, pero la destinataria de la oferta volvió a guardar silencio. La demandante, entonces, procedió a emitir una factura por la licencia, en enero de 1992. Sólo en junio de 1992, la demandada respondió que no estaba de acuerdo con los términos de la propuesta, que desconocía la factura, y que se negaba a cancelarla.

El razonamiento de los magistrados belgas que modificó el parecer favorable de la instancia inferior, se basó en el examen de la conducta del demandante y estableció que este se había precipitado y que, de alguna manera, había ejercido presión en la destinataria de la oferta.

Además, se estimó que no había quedado acreditada la culpa del demandado, imprescindible en los procesos por responsabilidad.

La máxima jurisprudencial establecida fue que "el período precontractual se rige por el principio de la libertad de contratar o no contratar. Sin embargo,

este principio debe ser atenuado, por un lado, con la obligación de buena fe que recae en las partes durante la fase preparatoria, y por otro, con las reglas de la responsabilidad delictual. En caso de tratativas truncas, se tiene que brindar la prueba de una culpa cometida por la parte que se aparta de ellas, para obtener la indemnización. La víctima de la ruptura debe abstenerse de todo comportamiento prepotente o que denote falta de seriedad y rigor de su parte<sup>37</sup>.

## 7. LA EXPERIENCIA ALEMANA. EVOLUCIÓN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO. GÉNESIS Y CARACTERÍSTICAS APLICATIVAS DEL MODELO CONTRACTUAL

En Alemania, donde, como se suele afirmar, se descubrió<sup>38</sup> o reinventó<sup>39</sup> la responsabilidad precontractual, la especie (*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*) tampoco contaba con un reconocimiento expreso, a pesar de que en la época de elaboración del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), el famoso estudio de Rudolf von Jhering sobre la culpa in contrahendo, o la responsabilidad que surge en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse, tenía varios años de publicado<sup>40</sup>, y contaba con una reimpresión, inclusive.

Sin embargo, en el texto original del BGB, las ideas de Jhering se recogieron para la regulación de hipótesis ligadas únicamente con el supuesto de la invalidez contractual, como, por ejemplo, el contrato celebrado por quien carece de poder para hacerlo, es

decir, por un *falsus procurator* (§ 179, 1<sup>er</sup>. párrafo): “Quien celebra un contrato en calidad de representante [*Vertreter*], y no demuestra su poder de representación [*Vertretungsmacht*], queda obligado frente a la otra parte, a decisión de ésta, al cumplimiento, o bien al resarcimiento, si el representado [*Vertreten*] no acepta ratificar el contrato”.

Sin perjuicio de la peculiaridad de reconocer la posibilidad, para el perjudicado, de demandar, no sólo el resarcimiento, sino también el cumplimiento, por cuenta del representante que no tenía poderes, la citada norma alemana tiene equivalente en el artículo 1398 del Código Civil italiano: “quien contrata como representante sin tener los poderes, o excediendo los límites de las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero sufre, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”, y a través de éste, en el artículo 161 de nuestro Código Civil: “el acto jurídico celebrado por representante excediendo los límites de las facultades que le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.

La buena fe constituye un principio, no sólo fundamental, sino caracterizador<sup>41</sup> del derecho civil alemán: “acogida en el BGB para regular hipótesis que era imposible codificar legislativamente, por medio de

<sup>37</sup> El texto del fallo, y la máxima jurisprudencial de él deducida, con comentario de GOBERT, Didier. “Le principe de bonne foi dans la formation du contrat”. 1996, pueden consultarse en: <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/contratdit96.pdf>. El citado autor critica, entre otras cosas, la divergencia de las sentencias de los tribunales belgas en casos de este tipo: “la souplesse d’interpretation de ces règles crée malheureusement une certaine insécurité juridique”.

<sup>38</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. “Die Bedeutung einer allgemeinen Regelung des Schuldverhältnisses und die Abschnitte I und II des zweites Buches des BGB”. Traducción italiana: “Il significato di una regolamentazione generale dell’obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB”, por Maria Cristina DALBOSCO, en: “I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana”, actas del congreso celebrado en Ferrara, del 26 al 28 de septiembre de 1996. Padua: Cedam. 2002. p. 296, en alusión al estudio de Rudolf von JHERING. “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”. 1861, ahora en ID. Gesammelte Aufsätze aus den “Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”. 1881. Reimpresión, tomo I. Aalen: Scientia. 1969. p. 327 y siguientes.

<sup>39</sup> Esta es, en cambio, la expresión que prefiere SCHLECHTRIEM, Peter. “The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe”. En: “Oxford University Comparative Law Forum”, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml>, núm. 2. 2002. Nota 29, en tanto, como él refiere, la figura ya estaba prevista en el Allgemeines Landrecht prusiano de 1794 (§ 284), y también, según informaba, mucho tiempo atrás, pero sin ninguna pretensión aclaradora, TITZE, Heinrich. Voz “Verschulden beim Vertragsschluss”. En: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Fundado por STIER-SOMLO, Fritz y Alexander ELSTER. Vol. VI. Berlín y Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1929. p. 518, en el § 285, I, 5: “wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrags seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem Anderen sein ganze Interesse vergüten”, es decir, “quien dolosamente o por descuido grave infringe su deber en la celebración o cumplimiento del contrato, deberá resarcir el interés del otro”. También aborda este delicado punto histórico WIEDEMANN, Herbert. “Comentario sub § 275”. En: SOERGEL, Hans Theodor y Wolfgang SIEBERT. “Bürgerliches Gesetzbuch”. Vol. II, Schuldrecht, parte I. Décimo segunda edición. Stuttgart, Berlín y Colonia: Kohlhammer. 1990. p. 602.

Lo cierto es que JHERING. Op. cit., p. 368 y siguientes, y especialmente, p. 371, tuvo en cuenta la recopilación prusiana.

<sup>40</sup> La extrañeza es expresada por MEDICUS, Dieter. “Culpa in contrahendo”. Traducción italiana de Maria Rosaria MARELLA. En: Rivista critica del diritto privato. Año II, núm. 3, 1984. p. 573.

<sup>41</sup> SOMMA, Alessandro. “Il diritto dei contratti tra scienze economiche e scienze sociali”. En: “ID., Diritto comunitario vs. diritto comune europeo”. Turín: Giappichelli. 2003. p. 56.

En el mismo sentido: HATTENHAUER, Hans. “Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts”. 1982. Traducción castellana, “Conceptos fundamentales del derecho civil”, por Gonzalo HERNÁNDEZ. Barcelona: Ariel. 1987. pp. 91-92; MARKESINIS, Basil. “The German Law of Obligations”. Vol. I, The Law of Contracts and Restitution: a Comparative Introduction, por MARKESINIS, Basil, LORENZ, Werner y Gerhard DANNEMANN. Oxford: Clarendon Press. 1997. p. 510 y siguientes; EBKE, Werner F. y Bettina M. STEINHAEUER. “The Doctrine of Good Faith in German Contract Law”. En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit., p. 171 y siguientes; ZIMMERMANN y WHITTAKER. “Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape”. En: ZIMMERMANN y WHITTAKER. Op. cit., p. 18 y siguientes; y GALLO, Paolo. “Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto”. En: Rivista di diritto civile. Año XLVIII, parte I. 2002. p. 240.

una casuística minuciosa, la buena fe ocupa un puesto de relevancia entre los preceptos que tienen que ser permanentemente concretizados, y según las controversias y la índole que caracteriza a éstas. Y justamente por su naturaleza no definida, y por la finalidad de establecer con un criterio indiscutible la amplitud de su eficacia, ella se presta a legitimar demandas éticas y doctrinas heterogéneas, que subsume en su propio ámbito<sup>42</sup>.

Según el § 242 del BGB, “el deudor está obligado a ejecutar la prestación [*Leistung*] como lo exige la buena fe y atendiendo a los usos del tráfico”<sup>43</sup>.

No han existido problemas, entonces, para que sea reconocida la procedencia del resarcimiento en el supuesto de las tratativas que se interrumpen con infracción del precepto citado.

Hace más de diez años, un autor refería que la jurisprudencia alemana reconoció que el BGB contenía una laguna, y que “los sujetos entre los que se desarrollan tratativas, que apuntan a disponer la celebración de un contrato, no pueden ser considerados como meros extraños: en efecto, como consecuencia de la participación en las tratativas, cada una de las partes suscita en la otra la legítima confianza en que ella, durante tal fase, se comportará de manera tal que evite generarle un

daño. [...] [D]esde antes de la celebración del contrato, mientras duran las tratativas, existe una relación entre las partes; una relación de la cual resultan ciertos deberes, asimilables a los deberes contractuales”<sup>44</sup>.

En una sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) del 11 de mayo de 1979, se llegó a definir la *culpa in contrahendo* como una “costumbre reconocida por todos”, con lo cual quedaba reafirmado que se trataba de “una hipótesis de responsabilidad de derivación jurisprudencial, cuya identificación se ubica en el ámbito institucional del recubrimiento de las lagunas del ordenamiento jurídico”<sup>45</sup>.

Conforme al modelo alemán imperante hasta hace poco tiempo, entonces, la base para la concesión del resarcimiento por ruptura injustificada de las tratativas era identificada en la lesión (*Verletzung*) de la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) que se presupone establecida entre las personas que negocian los términos de un futuro contrato y, más en general, entre los sujetos de toda relación obligatoria<sup>46</sup>.

La especie ha sido considerada “contractual”, esencialmente, por exclusión, porque la responsabilidad nacida de acto ilícito –nuestra responsabilidad “extracontractual”– sólo procede en hipótesis bien tipificadas: “la lesión de la vida, el cuerpo, la salud o

<sup>42</sup> Son expresiones de CORRADINI, Domenico. “Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato”. Milán: Giuffrè. 1970. p. 197.

<sup>43</sup> La flexibilidad de esta “cláusula normativa general” [*Generalklausel*] es graficada por ZIMMERMANN. “Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations”. 2002. Dicho trabajo puede consultarse en el ya señalado *website* del Centro di Studi e di Ricerche di Diritto Comparato e Straniero de la Universidad de Roma “La Sapienza”, <http://w3.uniroma1.it>.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. “Einführung in die Rechtsvergleichung”. Tercera edición. 1996. Traducción inglesa, “An Introduction to Comparative Law”, al cuidado de Tony WEIR. Oxford: Clarendon Press. 1998. p. 150, expresan: “La cláusula normativa general del § 242 del BGB ha dado prueba, pues, de una espléndida capacidad para lograr la adaptación del derecho de los contratos a las cambiantes actitudes colectivas y morales de la sociedad”.

Los mismo autores señalan que la cláusula de la buena fe –traducida por WEIR como de “good faith and fair dealing”– ha servido de sustento para la “moralización” de las relaciones contractuales, concretizada, a través del tiempo, en la resolución de causas generadas por el colapso de la economía luego de la Primera guerra mundial, o vinculadas con la variación de la moneda oficial, debida a la reunificación de Alemania, en 1990, así como para atenuar, progresivamente, el individualismo excesivo y original del derecho de los contratos del BGB, con figuras como la alteración de la base del negocio jurídico, o la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y para el control del empleo equitativo de las condiciones generales de contratación.

Muchos años antes, BETTI, Emilio. “Système du code civil allemand”. Curso de Derecho Civil Comparado, dictado en la Universidad d’Ains Chams de El Cairo (1962-1963). Milán: Giuffrè. 1965. p. 22 y siguientes, describía la situación en términos similares: “el principio del § 242 ha devenido punto de orientación de toda una jurisprudencia, que eleva la exigencia de la cooperación al papel de idea directriz de las relaciones entre deudores y acreedores. Se ha resaltado que este principio ha engendrado una serie de máximas particulares, que recuerdan, en gran medida, a las máximas desarrolladas por la *equity* de la jurisprudencia inglesa”.

En la sentencia del Bundesgerichtshof del 14 de octubre de 1992, referida a la variación de la unidad monetaria que tuvo lugar a causa de la reunificación, se lee que la buena fe constituye un principio inmanente de todo sistema jurídico.

El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán), en un fallo del 19 de octubre de 1993, ha reconocido, a su vez, que “existe unanimidad en la doctrina respecto de la afirmación de que el precepto de la buena fe se traduce en la posibilidad de un control judicial del contenido del contrato, a tenor, justamente, de aquella inmanente limitación a la posibilidad de configuración del contenido del contrato, que es dada por la buena fe”. La cita es de SOMMA. Op. cit., p. 58.

<sup>44</sup> SONNENBERGER, Hans Jürgen. “La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco”. Padua: Cedam. 1991. pp. 114-115, 116. En el mismo sentido: WIEDEMANN. Op. cit., p. 607 y siguientes; LORENZ, Werner. “German Report”. En: HONDIUS (editor). Precontractual Liability. Op. cit., p. 161 y siguientes; ESSER, Josef y Eike SCHMIDT. “Schuldrecht”. T. I, Allgemeiner Teil, vol. II, Sétima edición. Heidelberg: C. F. Müller. 1993. p. 134 y siguientes; y BROX, Hans. “Allgemeines Schuldrecht”. Vigésimo segunda edición. Munich: Beck. 1995. p. 40 y siguientes.

<sup>45</sup> La referencia es de SONNENBERGER. Op. cit., p. 116.

<sup>46</sup> CANARIS. Op. cit., pp. 282-283: “el lado inverso de la medalla de la relatividad de la relación obligatoria está representado, en cierto sentido, y según el derecho alemán, por su carácter de *relación especial*. Conforme a dicho principio, la obligación vincula efectivamente sólo a las dos partes, pero las vincula con *elevada intensidad*. Ello comporta, ante todo, que entre las mismas rigen los deberes de buena fe y lealtad del § 242 del BGB, y que, por lo tanto, existen deberes más rigurosos, y en mayor medida que cuanto ocurre entre personas que no están vinculadas por una obligación, las cuales, por lo tanto, se someten únicamente a los deberes generales que nacen del principio del *neminem laedere*”.

los bienes" de la víctima, tal cual se prescribe en el § 823 del BGB<sup>47</sup>.

recíprocamente, sus derechos, bienes jurídicos e intereses<sup>49</sup>.

Con la reciente Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 11 de octubre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), en vigor desde el 1 de enero de 2002, algunos párrafos del BGB han sido modificados para reconocer la figura, en un acto legislativo que ha sido visto como una *Kodifizierung von Richterrecht*, es decir, como la codificación de una institución predominantemente desarrollada por la jurisprudencia o, sencillamente, como la codificación de lo que ya deciden los jueces<sup>48</sup>.

Según el nuevo régimen: "si, existiendo una relación precontractual, se vulnera, causando un daño, la obligación establecida en el § 241.2, podrá exigirse una indemnización con base en el § 280.1; precepto en el que ahora se establece una fórmula general de responsabilidad obligacional. Esta indemnización se fijará partiendo del criterio, establecido en el § 249, de que deberá reponerse la situación que existiría si la circunstancia que da lugar a la reparación no se hubiera producido. Por lo que hace, pues, a la obligación indemnizatoria no hay preceptos específicos relativos a la responsabilidad *in contrahendo*, y las concreciones y particularidades han de quedar para el plano de la aplicación jurisprudencial"<sup>50</sup>.

Ahora, entonces, de acuerdo con los reformados § 311, *Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial*, 2º párrafo, núm. 1 ("una relación obligatoria con deberes [...] nace, así mismo, del inicio de las tratativas"), y § 241, *Deberes que nacen de la relación obligatoria*, 2º párrafo ("Por 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"), se reconoce que el inicio de tratativas (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) puede dar lugar al nacimiento de una relación obligatoria, y esta última conlleva el deber de cada una de las partes de respetar,

Con las disposiciones reformadas se continuará permitiendo el reconocimiento, como casos de *culpa in contrahendo*, de supuestos como el del comprador potencial de un automóvil que ocasiona daños a éste durante un recorrido de prueba; o el de un cliente potencial que sufre lesiones físicas como consecuencia de la imprudencia de un dependiente del local negocial<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> SONNENBERGER. Op. cit., p. 115 y siguientes.

Dicho punto es particularmente enfatizado por PIOTET, Paul. "Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse". Berna: Éditions Stämpfli & C<sup>e</sup>. 1963. p. 31 y siguientes; y por la doctrina italiana que ha estudiado a fondo el modelo alemán: BESSONE, Mario. "Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso della trattativa)". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Año XXVI. 1972. p. 1014 y siguientes; MORELLO, Umberto. "Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (Un classico problema rivisitato)". En: AA. VV. "La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive". II, Aspetti civilistici. Milán: Giuffrè. 1986. p. 119 y siguientes; BENATTI, Francesco. Op. cit., p. 288; TURCO, Claudio. "Interesse negativo e responsabilità precontrattuale". Milán: Giuffrè. 1990. *Passim*; PATTI, Guido y Salvatore PATTI. "Responsabilità precontrattuale e contratti standard". En: "Il Codice civile – Commentario". Dirigido por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 1993. p. 14; MUSY. Voz "Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)". Op. cit., pp. 395-396.

También hay valiosas referencias al respecto en el mejor libro español dedicado a esta materia: ASÚA GONZÁLEZ, 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. pp. 194-195. De la misma autora, en colaboración con José Javier HUALDE SÁNCHEZ. "Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán". En: "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo". T. II, Derecho civil – Derecho de obligaciones. Madrid: Thomson – Civitas. 2003. p. 1415 y siguientes.

<sup>48</sup> CANARIS. "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen". En: Juristenzeitung. Año 56, núm. 4. 2001. p. 519; ID. "La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni – Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts". Al cuidado de Giovanni DE CRISTOFARO. Padua: Cedam. 2003. pp. 26-27, quien habla, al respecto, de "codificación de las instituciones jurídicas no-escritas" (*die Kodifizierung "ungeschriebener" Rechtsinstitute*); HOHLOCH, Gerhard. "La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contrahendo". Traducción italiana de Gianluca CAROBENE, en: "La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?", al cuidado de Giorgio CIAN, actas del Congreso celebrado en Ferrara, 7-8 de marzo de 2003. Padua: Cedam. 2004. p. 247 y siguientes.

<sup>49</sup> MEDICUS. "Leistungsstörungrecht". En: HASS, Lothar y otros. "Das neue Schuldrecht". Múnich: Beck. 2002. pp. 117-118.

En relación con los trabajos preparatorios de la *Schuldrechtsmodernisierung* son útiles las referencias de CANARIS. "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen". Op. cit., p. 519 y siguientes.

En Alemania, como se aprecia, no ha sido necesaria la codificación específica de la responsabilidad por rompimiento injustificado de las tratativas, como se proponía en los trabajos preparatorios del Código Civil peruano, y en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998. Al respecto, remito a cuanto tengo escrito en LEÓN, Leysser L. "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* 26. 2003. p. 38 y siguientes.

<sup>50</sup> ASÚA GONZÁLEZ y HUALDE SÁNCHEZ. Op. cit., p. 1429.

En las otras normas citadas por los autores españoles se señala: "§ 280. *Resarcimiento del daño por infracción de un deber*. (1) Si el deudor infringe un deber nacido de la relación obligatoria, el deudor puede pretender el resarcimiento del daño de ello derivado. Ello no procede en el caso en que el deudor no sea responsable de la infracción del deber"; y "§ 249. *Naturaleza y contenido del daño*. (1) Quien está obligado al resarcimiento del daño debe realizar el estado de cosas que se habría creado si no se hubiese verificado la circunstancia que lo obliga al resarcimiento". El texto de esta última norma es el que resulta de la modificación introducida por el *Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, del 19 de julio de 2002.

<sup>51</sup> Ambas hipótesis, ya reconocidas por la jurisprudencia precedente a la reforma del BGB, son recordadas por HOHLOCH. Op. cit. pp. 248-249, quien añade el elemento del "contacto negocial", es decir, que "una responsabilidad por *culpa in contrahendo* presupone siempre contactos *negociales*; simples contactos *sociales* no son suficientes para fundar una responsabilidad semejante".

Muchos años antes de la *Schulrechtsmodernisierung*, un estudioso alemán opinaba que una norma general que reconociera la responsabilidad precontractual habría tenido poco sentido, y que, a lo sumo, habría servido para “exonerar al juez de la imposición de recurrir a principios extraños al derecho positivo para poder arribar a su decisión: a él le bastaría con indicar la nueva norma. [...] Una norma general sobre la *culpa in contrahendo* estaría, en gran medida, privada de consecuencias”<sup>52</sup>.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que dicho parecer fue expresado en un contexto donde la institución bajo examen estaba plenamente asentada en la praxis judicial.

Así las cosas, se ha podido sostener que, “tras la codificación, la *culpa in contrahendo*, y a salvo el extremo de su propia legitimación, sigue ofreciendo sus perfiles tradicionales. Nada relevante ha cambiado en el contenido o funcionamiento de la institución: el reconocimiento de una relación obligatoria precontractual, el consiguiente carácter contractual de la responsabilidad, las circunstancias determinantes del inicio de la relación, la inclusión de terceros, etc., son extremos que ahora encuentran acogida legal, pero que ya estaban aceptados. Los comentarios, preocupaciones o críticas –estas últimas relacionadas con la falta de cohesión y el carácter *invasivo* de un fundamento de responsabilidad cuya delimitación es compleja– que han llenado muchas páginas de las obras jurídicas alemanas pueden reiterarse prácticamente en

los mismos términos. De ahí que quepa decirse que un cambio, sin duda importante, supone, sin embargo, el mantenimiento del *statu quo*”<sup>53</sup>.

## 8. DOS PAÍSES IMITADORES DE LA SOLUCIÓN ALEMANA: GRECIA Y PORTUGAL

En el Código Civil de Grecia de 1946, artículo 198, 1<sup>er</sup> párrafo, se establece que la parte de una negociación contractual que ocasiona una pérdida a la otra por medio de una conducta culposa, está obligada a resarcir el daño causado, incluso si el contrato no llega a existir<sup>54</sup>.

Y en el Código Civil de Portugal, de 1966, el artículo 227 señala que quien negocia con otro para celebrar un contrato debe proceder, tanto en los preliminares cuanto en la formación de aquél, según las reglas de la buena fe, bajo sanción de responder por los daños que cause culposamente a la otra parte<sup>55</sup>.

## 9. SINGULARIDADES HISTÓRICO-COMPARATIVAS DEL MODELO ITALIANO. SU DISTORSIONADO ARRIBO AL DERECHO PERUANO

Del modelo que fluye del Código Civil italiano de 1942<sup>56</sup>, hay que saber, ante todo, que se caracteriza por una problemática diversidad de soluciones: mientras la jurisprudencia se pronuncia, mayoritariamente y tradicionalmente, por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*<sup>57</sup>, la tesis

<sup>52</sup> MEDICUS. “*Culpa in contrahendo*”. Op. cit., pp. 573-574.

<sup>53</sup> ASÚA GONZÁLEZ y HUALDE SÁNCHEZ. Op. cit., p. 1433.

<sup>54</sup> Las referencias son de BAR, Christian von. “*Gemeineuropäisches Deliktsrecht*”. Primera edición alemana, 1996. Traducción inglesa, “*The Common European Law of Torts*”. Vol. I. Oxford: Clarendon Press. 1998, p. 496.

<sup>55</sup> Código Civil de Portugal (1966): Art. 272, 1<sup>er</sup> párrafo, “*Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”. No puede no llamar la atención la admirable sistemática y técnica del legislador portugués. La norma citada se encuentra en la subsección III, “*Perfeccionamiento de la declaración negocial*”, de la sección I, “*Declaración negocial*”, del capítulo I, “*Negocio jurídico*”, del subtítulo III, “*De los hechos jurídicos*”, del título II, “*De las relaciones jurídicas*”, del libro I, Parte general”, del Código.

<sup>56</sup> De la reciente doctrina italiana sobre el tema son de destacar las obras de ROVELLI, Luigi. “*La responsabilità precontrattuale*”. En: ALPA, Guido y otros. *Il contratto in generale*. T. II, a su vez en: *Trattato di diritto privato*. Dirigido por Mario BESSONE. Turin: Giappichelli. 2000. p. 201 y siguientes; ROPPO, Vincenzo. “*Il contratto*”. En: *Trattato di diritto privato*. Al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI. Milán: Giuffrè. 2001. p. 175 y siguientes; D’AMICO, Giovanni. “*Buona fede in contrahendo*”. En: *Rivista di diritto privato*. 2003. p. 355 y siguientes; MONATERI. “*La responsabilità precontractual en el ordenamiento jurídico italiano*”. En: LEÓN, Leysser L. (editor). *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: ARA editores. 2003. p. 471 y siguientes; y GALLO. “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”. En: *Rivista di diritto civile*. Año N, parte I. 2004. p. 295 y siguientes; ID. “*Responsabilità precontrattuale: il quantum*”. En: *Rivista di diritto civile*. Año N, parte I. p. 487 y siguientes.

<sup>57</sup> La naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo* ha sido sostenida en Italia a partir del primer comentario del Código Civil italiano de 1942: FRAGALI, Michele. En: “*Codice civile – Comentario*”. Dirigido por Mariano D’AMELIO y Enrico FINZI. *Libro delle obbligazioni*, vol. I. Florencia: G. Barbèra. 1948. p. 369, quien vincula los deberes precontractuales con el principio general de *neminem laedere*, asociación conceptual que tiene precedentes mucho más remotos: PACIFICI-MAZZONI, Emidio. “*Istituzioni di diritto civile italiano*”. Cuarta edición. Al cuidado de Giulio VENZI. Vol. IV. Florencia: Fratelli Cammelli. 1908. p. 459 y siguientes. En el mismo sentido: MIRABELLI, Giuseppe. “*Delle obbligazioni – Dei contratti in generale*”. Tercera edición. En: “*Commentario del codice civile*”. Turin: Utet. 1980. pp. 113 y 115.

Ahora, la tesis extracontractual además de estar unánimemente avalada por la jurisprudencia, cuenta entre sus defensores, con importantes matices entre sus planteamientos, a autores como BIANCA, Cesare Massimo. “*Diritto civile 3*”. *Il contratto*. Segunda edición. Milán: Giuffrè. 2000. p. 157 y siguientes; ROPPO. Op. cit., p. 184 y siguientes; GALLO. “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”. Op. cit., p. 299 y siguientes.; y SACCO, en SACCO y DE NOVA. Op. cit., t. II. p. 260 y siguientes. Así mismo: PIGNATARO. “*La responsabilità precontrattuale*”. En: “*I contratti in generale*”. Vol. V, a su vez en: “*Il diritto privato nella giurisprudenza*”. Al cuidado de Paolo CENDON. Turin: Utet. 2000. p. 170.

La afirmación de la naturaleza extracontractual de esta figura permite a SACCO. Op. cit., t. II, p. 261, deducir, entre otras consecuencias importantes, el carácter de deuda de valor del resarcimiento aquí aplicable, y comprender cabalmente el sentido y dimensión del “*interés negativo*” –concepto demasiado vulgarizado, como cumple con subrayar el mismo autor– a ser reparado.

Al respecto, la Corte di Cassazione, sentencia 4299, del 29 de abril de 1999, ha establecido lo siguiente: “*puesto que la violación de los deberes referidos en los artículos 1337 y 1338 del Código Civil da lugar a responsabilidad extracontractual, el consiguiente débito del responsable debe considerarse ‘de valor’ y no ‘de una suma en dinero’, comporta la generación de los intereses a partir del hecho ilícito, y no sólo a partir de la demanda, y se sustrae, en principio, en lo tocante al reconocimiento de la revaluación monetaria, a la regla impuesta por el artículo 1224, 2<sup>o</sup> párrafo, del Código Civil*”: la cita es de MALFITANO, Daniela. “*Le trattative e la responsabilità precontrattuale*”. En: BESSONE. “*Casi e questioni di diritto privato*”. XXI, *Il contratto in generale*. Al cuidado de ALESSI, Rosalba y Giuseppe GRISI. Vol. II, t. I. Milán: Giuffrè. 2002. p. 730.

contractualista, que hace eco de la obra de los autores germanos, es arduamente defendida por la doctrina<sup>58</sup>.

Y se caracteriza, por otro lado, porque el formante jurisprudencial italiano ha establecido como presupuestos de la responsabilidad precontractual: el estado avanzado de las tratativas y la confianza razonable suscitada en la celebración del contrato, la ausencia de una justa causa de apartamiento de las tratativas, y, por consiguiente, la violación del deber de buena fe<sup>59</sup>.

Contra las unánimes opiniones de los mismos juristas italianos, por lo demás, este modelo debe ser considerado intermedio.

En el Codice civile no existe, en efecto, ninguna norma que establezca la responsabilidad para la especie que es objeto de la presente investigación.

Sí se regula, en cambio, la responsabilidad *in contrahendo* por la invalidez del contrato. En el artículo 1338 del Codice civile, subtítulo "conocimiento de las causas de invalidez", se dispone: "La parte que conociendo o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por esta última, que confió, sin su culpa en la validez del contrato".

La peculiaridad del texto normativo italiano, sin embargo, es el artículo 1337, que puede considerarse como un antecedente de lo que hoy se lee en el artículo 1362 del Código Civil peruano.

En dicho artículo 1337, subtítulo "Trattative e responsabilità precontrattuale", se dispone, simplemente, que "en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse con arreglo a la buena fe".

Es de interés conocer de primera mano cuanto se consigna en los trabajos preparatorios del Codice.

En la Relazione al progetto ministeriale di libro delle obbligazioni, de 1940, se lee:

"Nuevo también es el artículo 189 [del proyecto], que impone a las partes, en las tratativas y en la formación del contrato, el deber de un comportamiento de buena fe.

Este deber es difícilmente deducible del derecho vigente, no obstante el predominio del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Su afirmación explícita es coherente con la concepción de un sano ordenamiento jurídico, como lo es el fascista, el cual extrae del antes recordado carácter social y ético de sus principios, la necesidad de un mínimo de lealtad y de honestidad, incluso en el libre juego de los intereses privados"<sup>60</sup>.

Coincidentemente, en la Relazione alla Maestà del Re Imperatore, elaborada por el ministro de gracia y justicia, Dino Grandi, se expresa (n. 612):

"Está gobernada por el deber de lealtad y por el deber de buena fe (en sentido objetivo) la materia de las tratativas contractuales, y la concerniente a los llamados contratos por adhesión.

Dicho deber es invocado, con carácter general, en el artículo 1337, como base del comportamiento de las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato. Este deber exige de los sujetos de una relación contractual, en la esfera de la misma relación, un comportamiento inspirado por el sentido de la probidad, sea de la representación leal y no cavilosa de los derechos y de los deberes que de ella derivan, sea en el modo de hacerlos valer o de observarlos, atendiendo, en todo caso, al fin que el contrato pretende satisfacer, a la armonía de los intereses de las partes y de los intereses superiores de la Nación, los cuales requieren una pacífica colaboración productiva. Dicho deber, referido a la fase precontractual, desemboca en una responsabilidad *in contrahendo* cuando una parte conozca y no revele a la otra la existencia de una causa de invalidez del contrato"<sup>61</sup>.

El artículo 1337 del Codice ha suscitado las opiniones favorables de algunos autores que perciben en el mismo una ventaja frente a los demás ordenamientos.

Alguien ha anotado, a propósito, que "la doctrina y jurisprudencia italianas gozan de una condición de indiscutible privilegio, que los casos de apartamiento de las tratativas ilustran mejor que todos los demás. Una norma que hace de la corrección el modelo de comportamiento a observar en todo momento de la relación precontractual sugiere, sin más, indicios de valoración en virtud de los cuales apreciar cada una de las iniciativas que hayan precedido su ruptura. En

<sup>58</sup> Para la bibliografía al respecto, véase notas 96 y 97 *infra*.

<sup>59</sup> Estos presupuestos son enumerados por SGROI, Renato. *sub art.* 1337, en: RUPERTO, Cesare y Vittorio SGROI. "Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile 1998-2000". Milán: Giuffrè. 2001. pp. 251-252.

<sup>60</sup> En PANDOLFELLI, G. y otros. "Codice civile: Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie". Milán: Giuffrè. 1942. p. 167.

<sup>61</sup> "Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul 'valore giuridico della Carta del lavoro'". Primera edición estereotipada del texto oficial. Roma: Libreria dell'Istituto Poligrafico dello Stato. 1943. p. 391.

ausencia de una disposición como el artículo 1337, en cambio, un control semejante debe proveerse de instrumentos a través de una auténtica integración del sistema de las normas, que vuelve bastante ardua la tarea de la doctrina y de la jurisprudencia”<sup>62</sup>.

La norma citada del Codice influyó, a su vez, en la reforma del Código Civil argentino (Ley 17.711 de 1968)<sup>63</sup>, que derivó en la redacción actual de su artículo 1198, 1<sup>er</sup> párrafo: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”<sup>64</sup>.

Como es claro, es esta última norma la semejante, textualmente, a nuestro artículo 1362... y no la fuente original.

#### 10. CONSECUENCIAS DE LA IMITACIÓN IMPERFECTA. LA DISCUSIÓN SOBRE LA OBJETIVIDAD O SUBJETIVIDAD DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL. PARALELO CON EL RÉGIMEN SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

En Italia –como han referido, en su momento, Manuel de la Puente y Lavalle y José Juan Haro Seijas– se considera que la buena fe a la que se refiere la norma citada es la buena fe “objetiva”, es decir, la realización de un comportamiento con arreglo a la lealtad.

La infracción de tal deber, en caso de ser generadora de perjuicios, vuelve procedente el resarcimiento de los daños ocasionados en la fase de los tratos previos al contrato<sup>65</sup>.

Aquí es conveniente hacer un alto. Tengo que señalar que veo el estudio de Haro como una excelente

oportunidad para dilucidar si con los elementos que brinda nuestro Código Civil, estamos legitimados o no a efectuar una distinción que es común en otro ordenamiento, en otro lenguaje: la distinción entre buena fe “objetiva” y “subjetiva”.

Porque hay que admitir que no son pocas las distinciones que carecen de sustento según el régimen del Código Civil, pero que, de todas formas, han venido siendo estudiadas en nuestro medio, a causa de una “importación” mecánica de problemas foráneos que no nos conciernen.

Recordaré, entre otras, y sin perjuicio de su valor en el plano de la lógica, las distinciones entre “objeto” y “contenido” del negocio jurídico; entre “patrimonialidad del interés” y “patrimonialidad de la prestación”; entre “daño moral” y “daño a la persona”; entre “daño patrimonial” y “daño no-patrimonial”.

Y es que en el Código Civil peruano la expresión “buena fe” se emplea de manera tan irregular que resulta imposible identificar una clara perspectiva de nuestro legislador respecto de ella.

Basta pensar en el tema de la interpretación del negocio jurídico.

En una de las normas que regula esta materia, se habla de “principio” de la buena fe (artículo 168: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”<sup>66</sup>); y en la otra –la que aquí nos interesa– se habla de “reglas” de la buena fe (artículo 1362: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”).

Conforme al régimen del Código Civil peruano, entonces, se puede deducir, sin inconvenientes, que

<sup>62</sup> BESSONE. “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”. Op. cit., p. 987.

<sup>63</sup> Tal cual es reconocido por Pablo LERNER, en uno de los escasos datos veraces contenidos en su artículo “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”. En: Boletín mexicano de derecho comparado 103. 2002. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art6.htm>. Inaceptable, en cambio, su siguiente apreciación: “La reforma de 1968, al proclamar el principio de la buena fe, no hizo más que reconocer un *principio universalmente aceptado*, tanto en lo relativo al cumplimiento del contrato como a la etapa de las negociaciones previas” (las cursivas son añadidas). A menos, desde luego, que el “universo” no comprenda los ordenamientos donde impera el *common law*.

<sup>64</sup> Guarda silencio, en cambio, sobre el antecedente itálico del artículo 1.198 del Código Civil argentino, además de incurrir en todos los errores de planteamiento, de sistemática y de redacción imaginables, FERREIRA RUBIO, Delia. “La buena fe – El principio general en el derecho civil”. Madrid: Montecorvo. 1984. p. 307 y siguientes.

<sup>65</sup> Sin olvidar, claro está, los “presupuestos” indicados § 9 *supra*.

<sup>66</sup> En esta norma se recoge lo establecido en el § 157 del BGB: “Los contratos se interpretan como lo exige la buena fe, atendiendo a los usos del tráfico”; y, más directamente, en el artículo 1366 del Código Civil italiano: “El contrato debe ser interpretado según la buena fe”.

En Alemania, la interpretación basada en la buena fe y en los usos, o interpretación “estandarizada”, representa “la segunda fase del proceso interpretativo: una vez establecido que las declaraciones de las partes no tienen significado específico, al cual ellas hayan pretendido referirse, la buena fe impone que las declaraciones mismas sean entendidas según el significado que tienen en el contexto social al que pertenecen ambas partes”: SONNENBERGER. Op. cit., p. 134.

En Italia, la interpretación con arreglo a la buena fe ha dividido a la doctrina. La mayor parte de los autores la considera un criterio de integración de los contratos, aplicable solamente cuando los demás no permiten determinar lo que las partes del contrato pretendían. En la jurisprudencia, también ha sido considerada como pauta subsidiaria respecto del criterio general que reconoce prioridad a la búsqueda de la común intención de las partes, a la que “sólo se permite recurrir siempre que exista la concreta imposibilidad de identificar de modo claro la voluntad negocial a través de la interpretación literal y la búsqueda lógica de la común intención de las partes”: Corte di Cassazione, sentencia 4815, del 13 de mayo de 1998, citada por ALPA y otros. “L’interpretazione del contratto – Orientamenti e tecniche della giurisprudenza”. Milán: Giuffrè. 2001. p. 153.

hay un único “principio” de la buena fe (artículo 168), pero, al mismo tiempo, y en sentido contrario, que existen diversas “reglas” de la buena fe (artículo 1362).

Para mayor confusión, la referencia al “principio de la buena fe” se incluye en el libro dedicado a la regulación del negocio jurídico, lo cual significa, naturalmente, que dicho precepto es aplicable a la especie negocial por antonomasia, es decir, al contrato<sup>67</sup>.

Aquí es imprescindible establecer que los artículos 168 y 1362 no tienen ninguna vinculación que vaya más allá del empleo de un mismo término.

En la primera de dichas normas se impone un criterio para la interpretación del negocio jurídico; en la segunda, se establece una regla de comportamiento que tiene que ser observada en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, al mismo tiempo que se eleva la buena fe a condición de fuente de integración del reglamento contractual.

En los desordenados discursos de la mayoría de los autores nacionales que han escrito al respecto, se echa de ver, principalmente, la copia irreflexiva e inexacta de lugares comunes en la doctrina italiana<sup>68</sup>; ello, cómo no, aunque las fuentes originales hayan sido desconocidas o, peor aun, leídas a través de intermediarios de habla castellana poco fiables.

Lo cierto –y es todo lo que señalaré sobre el punto, en esta oportunidad– es que en el Código Civil peruano, probablemente con nula conciencia sobre lo que se estaba haciendo, la interpretación “según lo expresado” en el negocio, y la interpretación “según buena fe”, han sido ubicadas por nuestro legislador en el mismo nivel, y nada autoriza a establecer –como sí es proponible respecto del régimen italiano<sup>69</sup>– una prioridad entre tales criterios.

Pero, como es obvio, las potencialidades de nuestras propias normas no se apreciarán bien jamás, mientras se siga persistiendo en copiar esquemas de razonamiento, y en asumir explicaciones, sin prestar atención al contexto en que ellos han sido forjados.

## 11. CONSECUENCIAS DE LA IMITACIÓN IMPERFECTA (SIGUE). LA INEXACTA COMPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. INUTILIDAD DE LA REFERENCIA A LA “COMÚN INTENCIÓN DE LAS PARTES”

Un análisis literal del artículo 1362 del Código Civil peruano, que apunte a evaluar sus aptitudes como respaldo legal de la pretensión resarcitoria de un tratante perjudicado por el rompimiento de los tratos preliminares, impone concentrarse en una porción de la norma, y dejar totalmente de lado la otra.

<sup>67</sup> Un observador neutral ha destacado que “la feliz formulación del artículo 168 del Código Civil peruano, en el cual se afirma el principio de la buena fe como criterio que, con carácter general, debe servir de soporte al intérprete para conocer y comprender lo expresado en el acto jurídico, tiene una natural y lógica capacidad aplicativa que se extiende desde el contrato hasta el testamento; [...]. Por lo tanto, la interpretación de buena fe parece ‘naturalmente’ destinada a extenderse al testamento; distintamente de cuanto ocurre, en la experiencia italiana, en la cual, con excepción de algunos estudiosos, la doctrina tiende, inconvenientemente, a excluir al testamento de la posibilidad de recurrir a la interpretación de buena fe”: FERRI, Giovanni Battista. “Brevi riflessioni sul negozio giuridico e il sistema del codice civile peruviano”. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año C, parte I. 2002. p. 325; ID. “Il negozio giuridico”. Primera edición, 2001. Traducción castellana, “El negocio jurídico”, al cuidado de Leysser L. LEÓN. Lima: ARA editores. 2002. p. 48.

<sup>68</sup> Si se persiste en este *modus operandi*, el único discurso que, en mi modesta opinión, calzaría perfectamente a todo lo que resulta de nuestras normas sería el de CARRESI, Franco. “Dell’interpretazione del contratto”. En: Commentario del codice civile Scialoja e Branca, al cuidado de Francesco GALGANO. Bologna y Roma: Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro Italiano. 1992. p. 108. Según dicho autor, la buena fe referida en el artículo 1366 del Codice no se identifica con la buena fe mencionada en el artículo 1337. En esta última norma, la expresión “buena fe” es utilizada “como ‘criterio de valoración de los comportamientos humanos’, y por lo tanto, en el sentido de regla de conducta, porque es a partir de ella, ante el silencio de la ley [...] que se deduce cómo es que las partes deben comportarse durante las tratativas y en la ejecución del contrato”. En cambio, cuando se habla de buena fe respecto de la interpretación, la expresión tiene que ser entendida como sinónimo de “razonabilidad” y de “plausibilidad”. “En particular, entonces, hay que decir que el artículo examinado [1366] es aplicado correctamente por el juez, no cuando interpreta el contrato en la forma en que debían entenderlo, y ejecutarlo, en todo caso, dos personas paradigmáticas que durante las tratativas, en su formación, se hubiesen comportado rigurosamente según lo prescrito en el artículo 1337, sino cuando lo interpreta en la forma en que debían entenderlo, plausiblemente, esas dos determinadas personas que, movidas por el propósito de realizar esos ciertos, particulares, fines prácticos, y que, en consecuencia, desarrollaron de ese cierto, particular modo, sus tratativas, y se vincularon, finalmente, a dicho texto”.

Sólo que es imprescindible advertir, sin embargo, que la posición de CARRESI es minoritaria, y acaso única en Italia, debido a la coordinación que sí existe entre los artículos referidos y la “buena fe objetiva” (artículos 1175, 1337, 1366 y 1375, porque en la doctrina italiana, la visión de los juristas puede variar por circunstancias tan particulares como la ubicación de las normas), como fluye de la síntesis sobre la coordinación entre las normas sobre la *correttezza* y sobre la *buona fede* en el Codice, efectuada por PANUCCIO, Vincenzo. “Due mezzi di integrazione contrattuale: buona fede e correttezza”. Intervención en el Congreso internacional sobre el Código europeo, celebrado en Roma, 8-9 de noviembre de 2002, p. 4 del texto mecanografiado.

En cambio, yo juzgo que tal parecer es perfectamente aplicable en el caso del Código Civil peruano, donde no existe una coordinación semejante.

<sup>69</sup> Ello, según una “tradicional bipartición de las reglas de hermenéutica contractual”, sometida a un minucioso examen por TURCO. “Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art. 1366 c.c.”. En: Rivista critica del diritto privato. Año IX. 1991. p. 315 y siguientes. Así, por lo demás, lo ha reconocido también la Corte di Cassazione, en su sentencia 4693, del 3 de noviembre de 1977, donde se señala que las normas sobre la interpretación de los contratos se dividen en dos grupos: “el primero, que comprende los artículos 1362 a 1365, regula la interpretación subjetiva (o histórica) del contrato, en tanto orientada a aclarar la concreta intención común de las partes; el segundo, constituido por los artículos 1366 a 1370, regula la interpretación objetiva, así llamada porque apunta a eliminar ambigüedades y dudas; entre los dos grupos de normas existe una relación de subordinación lógica, del segundo grupo respecto del primero, en el sentido de que se debe recurrir a las reglas de interpretación subjetiva sólo cuando no sea posible determinar la voluntad de las partes por su equivoquidad, dado que el intérprete puede valerse de las normas de interpretación subjetiva únicamente cuando no sea posible determinar, sin dudas, la común voluntad de las partes”. La cita es de SPAPPERI, Silvia. “L’interpretazione del contratto”. En: I contratti in generale. Vol. V. A su vez en: Il diritto privato nella giurisprudenza. Al cuidado de Paolo CENDON. Turín: Utet. 1998. p. 263 (las cursivas son añadidas).

En efecto, en el citado precepto no sólo se hace referencia a la buena fe, sino también a la “común intención de las partes”.

Tal expresión deriva de la lengua jurídica francesa. En el artículo 1156 del Code Napoléon se prevé que “en las convenciones se debe buscar la *común intención de las partes* contratantes, en lugar de limitarse al sentido literal de las palabras”.

Para los redactores del Code –como se ha escrito– “imbuidos de la teoría del derecho natural y de la autonomía de la voluntad”<sup>70</sup>, el principio fundamental de la interpretación tenía que ser subjetivo, es decir, la búsqueda de la *commune intention des parties*, atendiendo al reconocimiento de la supremacía de la voluntad interna sobre la voluntad declarada.

La norma francesa fue transcrita en el Código Civil italiano (artículo 1362), y no es improbable que haya sido por dicho medio que arribó a nuestra legislación vigente, pues la “común intención de las partes” constituye un tema omnipresente en la doctrina del derecho privado italiano<sup>71</sup>.

Giuseppe Osti explica que la “común intención de las partes” representa el objeto de la interpretación, en tanto “síntesis de las voluntades individuales de los contratantes”. La búsqueda de esa “común intención” –según el mismo autor– es un principio dirigido al juez, “que tiene que resolver un conflicto surgido entre las partes sobre el significado que se debe atribuir a sus respectivas declaraciones”; pero, al mismo tiempo, es una advertencia para los contratantes, porque estos, “fuera de toda controversia judicial, deben evaluar sus respectivos deberes y derechos, no a tenor del significado literal de sus declaraciones, sino de conformidad con lo que han querido concordemente, o con lo que han dado la apariencia de querer”<sup>72</sup>.

Todas las referencias anteriores permiten apreciar, con certeza, que en la poco feliz redacción de nuestro artículo 1362 se han reunido una regla de comportamiento, derivada del Código Civil italiano y, más en general, del BGB, y un retazo del enunciado literal de un principio derivado del Code Napoléon y, secundariamente, del Código Civil italiano, que impone

al intérprete de los contratos la “búsqueda de la común intención de las partes”.

¡No es ni siquiera el enunciado completo del principio!

La expresión “común intención de las partes” se limita a significar el objeto cuya búsqueda es reconocida como criterio hermenéutico en otros ordenamientos. Pero, en la ubicación que se le ha destinado en el Código Civil peruano, está totalmente fuera de lugar, y condenada a la inaplicación.

Si bien aquí no viene al caso entretenerse con los diversos sentidos que se pueden atribuir al texto del artículo 1362, según su redacción actual, señalaré que soy de la opinión que el fragmento en cuestión es totalmente inservible.

Dicho retazo no es útil ni siquiera como principio de integración del contenido del contrato –como sí lo es la buena fe, en la ejecución del mismo–, y sería demasiado forzado entender que el legislador ha incorporado un criterio hermenéutico adicional, únicamente válido en materia contractual, y que consistiría, precisamente, en la búsqueda de la “común intención de las partes”.

Además, tal apreciación es desmentida, de plano, por lo que se lee en el propio artículo 1362, donde no se menciona ni se alude a la interpretación.

## 12. LOS ORÍGENES DE LA DUALIDAD BUENA FE “SUBJETIVA” – BUENA FE “OBJETIVA” EN EL DERECHO ITALIANO. RAZONES DE LA DIFICULTAD DE SU APLICACIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Pero vuelvo a concentrarme en la buena fe.

En la mayoría de las hipótesis previstas en nuestro Código Civil, la buena fe se identifica con la creencia que tiene una persona en la legitimidad de su conducta, o bien en el desconocimiento sobre el hecho de que su comportamiento puede generar perjuicios, o que los genera, concretamente, para un tercero.

Tales son, por ejemplo, los supuestos de la inoponibilidad de derechos a los terceros que

<sup>70</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. “Leçons de droit civil”. T. II, vol. 1. Obligations. Théorie générale. Octava edición. París: Montchrestien. 1991. p. 316.

<sup>71</sup> A juicio de RIZZO, Vito. “Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole”. Nápoles: ESI. 1985. pp. 62-63, “determinar lo que se debe entender por común intención representa el aspecto central de toda teoría de la interpretación del contrato. Ello se debe, entre otras cosas, a que del tipo de solución que se dé al problema se derivará, en general, toda ulterior forma de enlace con las demás disposiciones (y de explicación de su contenido) llamadas a regular esta actividad”.

<sup>72</sup> OSTI, Giuseppe. Voz “Contratto”. En: “Novissimo Digesto italiano”. Turín: Utet. 1959. p. 522.

adquieren, a título oneroso, un bien transferido por su titular aparente, que, a la larga, resulta involucrado en una causa por simulación (artículo 194); el del matrimonio invalidado, que produce, conforme a ley, los mismos efectos civiles que un matrimonio válido disuelto mediante divorcio, respecto de los cónyuges e hijos, si fue contraído de buena fe (artículo 284); o el de las normas aplicables en la concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles (artículos 1135 y 1136).

No hay que olvidar, de igual forma, lo dispuesto en el artículo 906, donde se señala que “la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia u error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

En el lenguaje de los juristas italianos, tal es la buena fe en sentido “subjetivo”. En todos los casos recordados, entonces, la buena fe es entendida como “estado subjetivo de la conciencia [...], como convicción (errónea) de estar actuando conforme al derecho, como ignorancia de la lesión de un derecho ajeno, como confianza en una situación jurídica aparente (distinta de la real). Y el efecto que la ley atribuye al estado subjetivo de buena fe consiste, según cada caso, en la conservación de la situación o de los efectos jurídicos en los que el sujeto había confiado, o bien en la exclusión de responsabilidad o de efectos jurídicos negativos para el sujeto”<sup>73</sup>.

En cambio, el artículo 1362 del Código Civil peruano se refiere a comportamientos, como lo son la “negociación”, la “celebración” y la “ejecución” de los contratos.

¿Por qué, entonces, se emplea la expresión “reglas” de la buena fe?

Creo que la única razón –a menos que, como en muchos otros casos, el problema se limite a la transcripción fuera de contexto de una norma extranjera– es que la buena fe no se presenta aquí como criterio dotado de unicidad. El criterio hermenéutico de buena fe sí está dotado de unicidad, en tanto guía para la interpretación que se realizará.

No se puede hablar, en plural, de “criterios” hermenéuticos de la buena fe, pero sí de “reglas” de la buena fe, en las fases de la contratación. En la interpretación de los negocios jurídicos, la buena fe es una sola; en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, la buena fe cobra variados rostros. En este último ámbito, la buena fe se manifiesta, y hace pensar, en un haz de conductas.

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

En el lenguaje de los juristas italianos, este último conjunto de fenómenos –que son, apréciense bien, comportamientos concretos, y vinculados, exclusivamente, con el derecho de obligaciones y contratos<sup>74</sup>– es englobado en el concepto de buena fe en sentido “objetivo”.

Como sostienen algunos autores, el orden normativo dispuesto por el codificador italiano sí permite un análisis unitario de la buena fe objetiva, distintamente de cuanto ocurre con la subjetiva.

Desde tal punto de vista, “en el ámbito de la buena fe en sentido objetivo, como regla de conducta, se inscriben las normas expresadas en el artículo 1358 del Código Civil, que dispone que ‘el contrato debe ser ejecutado de buena fe’, en el artículo 1358, que asume la buena fe como regla de comportamiento de los contratantes durante la vigencia de la condición, en el artículo 1460, 2º párrafo, que identifica en la buena fe el criterio del ejercicio legítimo de la facultad de rechazar el cumplimiento, atendiendo al incumplimiento del otro contratante, y en el artículo 1337, que impone a las partes comportarse según buena fe en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato. Y se ha asociado generalmente con la buena fe en sentido objetivo, si bien en términos diversos, también el canon

<sup>73</sup> BESSONE, Mario y Andrea D’ANGELO. Voz “Buona fede”. En: “Enciclopedia giuridica Treccani”. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1988. p. 1 (de la separata).

<sup>74</sup> Curiosamente, los juristas brasileños utilizan como sinónimos las expresiones “boa-fé objetiva” y “boa-fé obrigacional”. Así lo informa MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé como modelo (Notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro)”. En: Roma e America. Diritto romano comune 13. Roma. 2002. p. 71.

En este interesante artículo, la autora informa que la buena fe “objetiva” hizo su ingreso en la doctrina brasileña por obra de Emilio BETTI, quien dictó un curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, en 1958, y transmitió la doctrina de la existencia inmanente de los deberes de colaboración en las relaciones obligatorias, por fuerza, precisamente, de la buena fe.

El nexa entrevisto por MARTINS-COSTA se verifica plenamente si se repasan las páginas de BETTI. “Teoria generale delle obbligazioni”. Vol. I. “Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazioni”. Milán: Giuffrè. 1953. p. 69, donde el maestro italiano expresa la exigencia de diferenciar, con claridad, “la buona fede caratteristica dei rapporti di obbligazione, detta ‘buona fede contrattuale’, dalla buona fede di cui nel codice civile stesso è parola al di fuori delle obbligazioni”.

hermenéutico de buena fe enunciado en el artículo 1366<sup>75</sup>.

Una excelsa estudiosa deducía lo “objetivo” de la buena fe mencionada en los citados artículos, de la circunstancia de que el legislador italiano no haya utilizado expresiones como “comportamiento de buena fe”, ni “comportamiento en buena fe”, sino que haya preferido escribir “según la buena fe”, con lo que quedaría descartada, nítidamente, toda alusión a una mera actitud de la conciencia<sup>76</sup>.

Como se aprecia, esta última observación es igualmente válida para el Código Civil peruano, donde también se lee que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse “según la buena fe”.

### 13. LA PROPUESTA DE LA “SUBJETIVIDAD” DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL. LA MALA IMITACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO SUIZO E ITALIANO. ¿POR QUÉ LA DOCTRINA ESPAÑOLA NO ES IDÓNEA PARA CLARIFICAR LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PERUANO?

En el estado de cosas descrito, es entendible que Haro concluya, siguiendo al civilista español José Luis de los Mozos, que la buena fe referida en el artículo 1362 del Código Civil peruano tiene carácter “subjetivo”, y no “objetivo”, como piensa, en cambio, y de acuerdo con la mayoría de la doctrina italiana, el profesor De la Puente y Lavalle.

“Sin perjuicio de que entiendo las razones que justifican la posición mayoritaria de la doctrina italiana –escribe

Haro– no puedo compartir su punto de vista sobre la buena fe en las tratativas. En su lugar, estimo, como De los Mozos, que cuando de lo que se trata es de valorar una conducta humana, sólo puede hablarse en recto sentido de buena fe subjetiva. Esto es tanto más cierto en el campo de la responsabilidad precontractual [...] [S]ólo debería admitirse ésta cuando uno de los potenciales contratantes haya creído erróneamente en que la probabilidad de celebrar el contrato era mayor que la real. Desde esa perspectiva, es precisamente la creencia errónea la que legitima a uno de los participantes en la negociación para obtener una indemnización de modo tal que si esta creencia no está presente la responsabilidad no puede engendrarse. La buena fe objetiva constituye tan sólo un estándar, como existen varios en el derecho para evaluar la concurrencia de culpa en el comportamiento dañoso<sup>77</sup>.

La solución al problema, como sucede en tantos debates jurídicos, es la doctrina que se tome como base, la cual debe ser leída –repeto– teniendo en cuenta el contexto donde ha sido engendrada.

El profesor De los Mozos es libre de entender lo que mejor le parezca sobre la buena fe.

Así es, porque en el Código Civil de su país, a despecho de una tradición que merecería ser objeto de un mejor estudio<sup>78</sup>, y del reconocimiento en el artículo 7, 1<sup>er</sup> párrafo, de su título preliminar –debido a una reforma que tuvo lugar en 1974, y en flagrante copia del Código Civil suizo de 1907<sup>79</sup>–, de que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias

<sup>75</sup> BESSONE y D'ANGELO. Op. cit., p. 1.

En el ya citado artículo 1366 del Código Civil italiano, subtítulo “Interpretación de buena fe”, se establece que “el contrato debe ser interpretado según la buena fe”. En su momento, MESSINEO. Voz “Contratto (diritto privato)”. En: “Enciclopedia del diritto”. Vol. IX. Milán: Giuffrè. 1961. p. 356 y siguientes, llegó a sostener que la regla de interpretación de buena fe de los contratos incluida en el Código Civil italiano no tenía ninguna posibilidad de hacer que la “común intención” de las partes se modificara, lo que revelaba el carácter superfluo de tal norma, que terminaba representando, entonces, la “quinta rueda del coche”, teniendo en cuenta todos los demás artículos del mismo texto legal, en los cuales, según el ilustre autor, ya se había cumplido con delimitar, a suficiencia, el campo de operación de la buena fe en materia contractual. A juicio de Domenico RUBINO. “Sui limiti dell’interpretazione dei contratti secondo buona fede”. En: Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione. II. 1947. p. 386 y siguientes, el artículo 1366 del Código Civil italiano constituía no otra cosa que una “expresión de tinte corporativista”. La cita es de CARRESI. Op. cit., p. 107.

<sup>76</sup> BIGLIAZZI-GERI. Voz “Buona fede nel diritto civile”. En: Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, vol. II. Turín: Utet. 1988. p. 169.

<sup>77</sup> HARO. Op. cit., p. 17, sobre la base de DE LOS MOZOS, José Luis. “Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato”, en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coordinadores). Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana. Madrid: Ciudad Argentina y Dickinson. 2001. p. 181.

En cambio, el discurso de los juristas italianos respecto de la buena fe objetiva es íntegramente admitido, y repetido, por MANZANARES, Alberto. “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”. En: Anuario de derecho civil. T. XXXVII, fasc. III. 1984. p. 694 y siguientes; GARCÍA RUBIO, María Paz. “La responsabilidad precontractual en el derecho español”. Madrid: Tecnos. 1991. p. 43 y siguientes; PASCUAL ESTEVILL, Luis. “Derecho de daños”. Segunda edición. T. II. Barcelona: Bosch. 1995. p. 1047; y de manera velada, pero a la larga evidenciable, por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Fundamentos del derecho civil patrimonial”. Vol. I. Quinta edición. Madrid: Civitas. 1996. pp. 278-279. Lo mismo vale, pese a su perspectiva crítica, para ASÚA GONZÁLEZ. “La culpa in contrahendo”. Op. cit., pp. 253-254.

<sup>78</sup> CARDILLI, Riccardo. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti”. En: Roma e America. Diritto romano comune 13. 2002. p. 167 y siguientes, ha seguido el rastro de la figura en la tradición romano-ibérica. No ha encontrado indicios de la buena fe en las Siete Partidas (siglo XIII), a pesar de que en ellas se reconoce la institución de la *laesio enormis*, la “lesión enorme”, pero sí en el derecho clásico de Castilla y de León y, más precisamente, en una ley del rey Enrique IV, que se remonta a 1458, donde se lee: “Qualquier que se obligare por qualquier contrato de compra o vendida, o troque, o por otra causa y razon qualquiera, o de otra forma o calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en el tal contrato haya engaño que no sea más de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo e con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados, sean tenidos de los cumplir”.

<sup>79</sup> Código Civil suizo (1907), Título preliminar, art. 2, 1<sup>er</sup> párrafo: “Cada cual está obligado a actuar según la buena fe, sea en el ejercicio de sus propios derechos, sea en el cumplimiento de sus propios deberes”.

El mismo DE LOS MOZOS. “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”. 1977. En: ID. “Derecho civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)”. Madrid: Civitas. 1988. p. 219, reconoció, en su momento, que en la reforma del Código Civil español “se ha estado más a copiar el Código Civil suizo que a considerar lo que pueda decir el nuestro”.

de la buena fe<sup>80</sup>, con todas las implicancias que ello comporta, el concepto bajo examen no es mencionado sino en contados pasajes del régimen general sobre las obligaciones y contratos (cuatro artículos, si no se incluyen las veces en que se hace referencia a la “mala fe” del deudor)<sup>81</sup>.

A mi parecer, es indudable que el esquema del Código Civil español no permite la adaptación íntegra del discurso italiano sobre la buena fe objetiva.

Acaso el más importante de los señalados pasajes sea el artículo 1258, donde se dice que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”<sup>82</sup>.

Tal norma tiene como antecedentes, por un lado, el artículo 1135 del Code Napoléon, del que se ha traducido *équité* como “buena fe”: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’*équité*, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature”, es decir, “las convenciones no sólo obligan a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según la naturaleza de ésta”. Por otro lado, se inspira en el artículo 1124 del Código Civil italiano de 1865: “I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso,

ma anche a tutte le conseguenze che secondo l’*equità*, l’uso o la legge ne derivano”, es decir, “los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y obligan no sólo a cuanto está expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que de ellos derivan según la equidad, los usos o la ley”.

Está a todas luces que la norma española, como sus fuentes, francesa e italiana, eleva la buena fe a la categoría de principio de integración del contenido del contrato en la fase ejecutiva de ésta<sup>83</sup>.

En cambio, la acogida, sin reparos, de la distinción entre buena fe “objetiva” y “subjetiva” en los tratos preliminares, constituiría sólo la enésima transposición de un discurso germano-italiano a la cultura jurídica hispánica.

No se piense, sin embargo, que la inadmisibilidad de la buena fe “objetiva” sea un “privilegio” —llamémoslo así— que solamente se pueden permitir los juristas españoles.

En Italia, hace años que Alberto Montel —un autor traducido al castellano, por lo demás— defendía la idea de que la buena fe sólo podía ser entendida psicológicamente:

“Dejando de lado, por el momento, la búsqueda del concepto [de buena fe] adoptado por el derecho, lo cierto es que en el campo ético-social, la buena fe indica el comportamiento del hombre de bien, y significa la

<sup>80</sup> La reforma tuvo lugar, pues, casi cien años después de la promulgación del Código Civil español (1899). Según refiere MÍQUEL GONZÁLEZ, José María. “Comentario sub art. 7º. 1º”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA. Comentarios al Código civil. Segunda edición actualizada. T. I. Madrid: Secretaría General Técnica – Centro de Publicaciones. 1993. pp. 37-38, dicha reforma “procuró fortalecer la creación judicial del Derecho y puso a disposición de los jueces los instrumentos necesarios para acomodar las leyes a la realidad social. En estas tareas, el principio de la buena fe ocupa un papel destacado, junto a la equidad, prohibición del abuso del derecho, interpretación conforme a la realidad social y fraude a la ley. Se reconoce la existencia de lagunas propias e impropias que deben ser colmadas y superadas por medio de estas herramientas, y en una labor de auxilio, complemento y corrección del Derecho escrito”.

<sup>81</sup> Distintamente de lo que pasa, en el mismo Código Civil español, en el régimen sobre la posesión de buena fe, donde el concepto es empleado abundantemente.

En el viejo Código de Comercio español de 1885, el artículo 57 establecía: “los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras, dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

<sup>82</sup> También reviste algún interés el artículo 1252 que, desde cierto punto de vista, atribuye efectos a la buena fe en el periodo de formación del consentimiento.

El texto de la norma citada, conforme a la reforma introducida por la Ley 34 del 11 de julio de 2002, dice como sigue:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosele remitido al aceptante, no puede ignorarla *sin faltar a la buena fe*. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación” (las cursivas son añadidas).

<sup>83</sup> Así lo ha reconocido, asumiendo el discurso alemán e italiano al respecto, no obstante toda la autóctona derivación que declama, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. “Comentario sub art. 1.258”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA. “Comentario del Código Civil”. Op. cit., t. II, p. 437: “Como señaló COSSIO, la buena fe en nuestro Derecho positivo es una fuente de normas objetivas o, dicho de otro modo, un complejo de normas jurídicas, que carecen de una formulación positiva concreta. Se aspira a que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzcan conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato. En su aplicación al régimen de una relación contractual, la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento, y una fuente de creación de derechos accesorios al deber principal de prestación (por ejemplo, el vendedor de una empresa tiene *ex fide bona* el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador). La regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular de derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo, y puede ser repelido por el obligado”.

En idéntico sentido se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ. “La culpa in contrahendo”. Op. cit., p. 253.

más austera observancia del propio deber en las relaciones con los propios semejantes. Actúa de buena fe, según las comunes apreciaciones, quien dice la verdad, quien respeta la palabra dada, quien ejecuta las prestaciones pactadas, quien no hace caer en engaño a los demás, quien no nos promete más de lo que sabe que puede cumplir y, en general, quien no lesiona conscientemente y voluntariamente el derecho ajeno. De tal forma, sin embargo, no se da más que el concepto genérico de buena fe; quien pretenda declarar su contenido específico en los distintos casos, no puede prescindir del objeto referido en las distintas hipótesis. Y dado que un caballero no lesiona conscientemente el derecho ajeno, es claro que, en lo concerniente a la adquisición de la posesión, por ejemplo, la buena fe debe implicar, necesariamente, que el sujeto ignore que está realizando, con la *adprehensio*, una lesión; es necesario, en otras palabras, que él ignore que la cosa ya ha sido transferida, el defecto de capacidad del transferente, etc. Así pues, la buena fe implica, necesariamente, un estado psicológico del sujeto<sup>84</sup>.

A dicho planteamiento se puede responder que la afirmación de la existencia de una buena fe "objetiva" no significa negar el aspecto psicológico del concepto general.

En efecto, entender la buena fe como lealtad y honestidad es, simplemente, privilegiar en el análisis una "actitud activa", que, "lejos de ser puramente psicológica", se "aprecia de un modo objetivo: la intención del agente cuenta menos que su comportamiento efectivo, en comparación con el que habría tenido un buen padre de familia, un *buen contratante*. Por lo tanto, la buena fe, entendida en este segundo sentido, precisamente, no constituye una noción meramente objetiva: por la fuerza de las cosas, ella conserva un substrato subjetivo"<sup>85</sup>.

Por otro lado, si se presta atención a todas las explicaciones de los civilistas italianos que se han citado, resulta fácil deducir que ellas, además de tomar como punto de partida la normativa de su propio Código Civil, están plenamente condicionadas por la estructura de dicha regulación.

Si en Italia se habla de buena fe "objetiva" y "subjetiva", y si ambas especies son, en mayor o menor

medida, identificables para los investigadores, es, fundamentalmente, porque así lo permite la estructura del Codice, que actúa como línea de confin entre las interpretaciones dignas de atención y las puras especulaciones, y porque las normas, si son analizadas a la luz del sentido común, avalan las distintas posiciones de los estudiosos.

Por ello, se ha podido hablar de la "nítida distinción entre la buena fe en sentido objetivo y una buena fe subjetiva que emerge de las fórmulas utilizadas por el legislador [italiano] de 1942, cuidadoso en distinguir entre un comportamiento *según* buena fe y el comportamiento *de* buena fe, o de quien *tiene* buena fe"<sup>86</sup>, que acentúa, respecto de un mismo hecho, el comportamiento, el aspecto (objetivo) del *modo de ser*, o el *cómo* del comportamiento, y el aspecto (subjetivo) "del *ser* del autor de la conducta"<sup>87</sup>.

#### 14. MÁS SOBRE LA "SUBJETIVIDAD" U "OBJETIVIDAD" DE LA BUENA FE

No se puede, entonces, pretender efectuar un discurso sobre la clasificación de la buena fe, en clave nacional, pero que tenga como punto de referencia la doctrina italiana, sin antes preguntarse si esta última es plenamente adaptable a nuestra realidad normativa.

El paso siguiente, por lo tanto, es establecer si el conjunto de reglas que componen el Código Civil peruano permiten aplicar, sin más, el esquema italiano que distingue la buena fe "objetiva" de la buena fe "subjetiva", con específica referencia a la contratación.

Algo hay que decir sobre el origen de la distinción.

Una peculiaridad del razonamiento de los civilistas alemanes es la clasificación de los fenómenos jurídicos en "positivos" y "negativos".

Si se efectúa un repaso de los múltiples tratados alemanes dedicados al derecho de obligaciones, por ejemplo, se aprecia que una parte fundamental de los mismos trata sobre la infracción o violación "positiva" del crédito (*positive Forderungsverletzung*) y sus especies: la imposibilidad de la prestación, el retraso en la ejecución de la prestación, la infracción de los deberes de

<sup>84</sup> MONTEL, Alberto. Voz "Buona fede". En: Nuovo Digesto italiano. Vol. II. Turín: Utet. 1937. p. 360; ID. con respuesta a algunas de las críticas contra él formuladas en el interin, voz "Buona fede". En: Novissimo Digesto italiano. Vol. II. Reimpresión. Turín: Utet. 1968. pp. 601-602.

De todas maneras, MONTEL advertía que las normas podían tomar en consideración la buena fe como "elemento productivo de consecuencias jurídicas o como regla de comportamiento", o bien "porque ella determina que no se produzcan las consecuencias que se derivarían de la mala fe, o de la participación fraudulenta frente a otra persona".

<sup>85</sup> LE TOURNEAU. Op. cit., p. 2.

<sup>86</sup> BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., p. 158; "La netta distinzione tra una buona fede in senso oggettivo ed una buona fede soggettiva che emerge dalle formule utilizzate dal legislatore del 1942, attento a distinguere tra un comportamento 'secondo' buona fede e quello di colui che è 'in' (o 'di') buona fede".

<sup>87</sup> BIGLIAZZI-GERI. "L'interpretazione del contratto". En: "Il Codice Civile - Commentario". Dirigido por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 1991. p. 201.

protección. Y, a propósito de la responsabilidad precontractual, que es nuestro tema, se distingue, desde el célebre estudio de Jhering, el interés contractual positivo (*positives Vertragsinteresse*) del interés contractual negativo (*negatives Vertragsinteresse*)<sup>88</sup>.

Otra forma habitual de razonar de los juristas alemanes, pero mucho más afín a nosotros, es la que distingue los conceptos y planteamientos en atención a la "objetividad" o "subjetividad".

Se habla, así, de teoría "subjetiva" (o "voluntarista") y teoría "objetiva" (o "preceptiva") del negocio jurídico; de responsabilidad civil "objetiva" ("por riesgo" o por "exposición al peligro" o, más sencillamente, "sin culpa") y "subjetiva" ("por culpa"); de interpretación "subjetiva" (orientada a la determinación de la voluntad de las partes) y "objetiva" (sujeta a la buena fe, y atendiendo a los usos del tráfico"); etc.

En la doctrina alemana, como resultado de una importante evolución del pensamiento histórico-jurídico

y iusfilosófico<sup>89</sup>, y con arreglo al BGB, se distinguen perfectamente, incluso con locuciones distintas, los supuestos de *guter Glaube* (literamente "buena fe", "creencia" o "confianza" y, por ende, "subjetiva") y de *Treu und Glaube* (literalmente, "fidelidad", *Treue*, y "fe", *Glaube*, es decir, "buena fe objetiva")<sup>90</sup>.

La primera especie, que privilegia la actitud pasiva del sujeto, y que es protegida por la ley en tanto este último "ignora el obstáculo legal que no permite el pleno efecto de una situación jurídica" tiene su raíz en la teoría pretoriana de la apariencia, que protegía al poseedor, y constituía un requisito para la usucapión, por ejemplo; la segunda, deriva de la *fides* romana, que se identificaba con la "fidelidad en los compromisos y la sinceridad en las palabras"<sup>91</sup>.

## 15. LA BUENA FE PRECONTRACTUAL ES SIEMPRE DE CARÁCTER OBJETIVO

Creo que no reviste dificultad apreciar que todos los esquemas señalados han llegado a calar, de una u otra

<sup>88</sup> Concepto que se ha pretendido encapsular en una mediocre definición contenida en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (artículo 920): "*Deber de buena fe*.- Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo".

<sup>89</sup> CORRADINI. Op. cit., pp. 137-138, relata que "el debate surgido en Alemania, además del problema de los presupuestos prácticos y axiológicos del orden normativo y de las decisiones del juriconsulto, contiene las semillas de una distinción característica, en la medida en que parece sugerir una separación entre el análisis del *animus* y de las imágenes del intelecto, y el análisis de la conducta y de sus formas concretas, si bien los estudiosos se mostrarán propensos, todavía por largo tiempo, a referirse a la primera, y a subvalorar la segunda. Dicha separación, de la que es posible captar un preludio en los ensayos de BRUNS y WÄCHTER, y de todos aquellos que discuten sus observaciones, emerge, sobre todo, y aunque en términos no siempre unívocos, en los últimos años del siglo XIX, y en los inicios del siglo XX, y constituye, respecto de la *bona fides*, una adquisición de método no episódica, contribuyendo a ramificar, al menos como máxima, la obra del intérprete, y a asignarle materias distintas o autónomas: por un lado, los *iura in re*, y en particular, la posesión, donde domina la conciencia de estar en lo justo, o la ignorancia de lesionar los privilegios del propietario legítimo de la cosa (buena fe subjetiva); y por otro lado, los contratos y relaciones obligatorias, donde el examen debe referirse, de cerca, al actuar del individuo, y no a los impulsos internos de la psique, y juzgarlo a la luz de la honestidad y de la rectitud (buena fe objetiva), entendidas como criterios de lo lícito en la formación del negocio y en el cumplimiento de los compromisos pactados".

El autor citado aclara, sin embargo, que el "concepto objetivo de *fides* y de *bona fides* no era extraño al pensamiento filosófico europeo", y, así, encuentra ecos de la misma en la obra de DUNS SCOTO, que se remonta a inicios del 1300, y, con mayor amplitud, en el ensayo "De universi juris uno principio, et fine uno" (1720), de Giambattista VICO.

<sup>90</sup> BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., p. 159, nota 9. En el mismo sentido: BENATTI. "La responsabilità precontrattuale". Milán: Giuffrè. 1963. p. 47, nota 26: "se debe reconocer que nosotros, a diferencia de los alemanes, no tenemos expresiones diversas para indicar los dos significados en que puede ser empleada la noción de 'buena fe'".

En Alemania, por ejemplo, la interpretación "subjetiva" es la que se orienta a determinar la voluntad de las partes; la interpretación "objetiva" es la que tiene como regla, ni más ni menos, la buena fe y la atención a los usos del tráfico (§ 157 del BGB): WOLF, Manfred. "Comentario sub § 157". En: SOERGEL y SIEBERT. "Bürgerliches Gesetzbuch". Vol. I, Allgemeiner Teil. Décimo segunda edición. Stuttgart, Berlín, Colonia y Mainz: Kohlhammer. 1987. p. 1172.

En Francia, similarmente, el método "subjetivo" responde al principio voluntarista, y la interpretación "tiende a descubrir la voluntad común de las partes"; el método "objetivo" considera las exigencias de la buena fe, y también los usos: BOYER, Louis. Voz "Contrats et conventions". En: "Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil". T. IV. París: Dalloz. 1993. p. 25 (de la separata).

La doctrina italiana sobre el artículo 1366 del Codice civile también distingue entre interpretación "subjetiva o histórica" y "objetiva o ahistórica": OPPO, Giorgio. "Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico". 1943. Ahora en ID. "Scritti giuridici". Vol. III, Obbligazioni e negozio giuridico. Padua: Cedam. 1992. p. 1. La diferencia está en el criterio: o se da prioridad a la voluntad común sobre lo que las partes han declarado (criterio subjetivo); o se da prioridad a lo declarado por encima de la voluntad unilateral (criterio objetivo): SACCO. "Il contratto". Op. cit. p. 780. El criterio hermenéutico de la buena fe constituiría un criterio "objetivo", en tanto opuesto a la búsqueda de la común intención de las partes: GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". Segunda edición. En: "Trattato di diritto civile e commerciale". Dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI y ahora por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 2002. p. 471: "un criterio general de interpretación objetiva es, por el contrario, el que establece que el contrato debe ser interpretado según la buena fe (artículo 1366): dicho criterio impone dar al contrato el significado que le atribuirían contratantes rectos y leales, aun cuando, en concreto, ambas partes del contrato a interpretar, o una de ellas, no lo sea en modo alguno. Es un criterio que puede conducir a dar al contrato un significado distinto del significado textual de las expresiones que figuran en él, siempre que este significado distinto sea el que darían al contrato contratantes rectos y leales".

<sup>91</sup> LE TOURNEAU. Op. cit., pp. 1-2.

Sobre el mismo punto: BETTI. "Teoria generale delle obbligazioni". Op. cit., vol. I, pp. 78-79; GROSSO, Giuseppe. Voz "Buona fede (premesse romanistiche)". En: Enciclopedia del diritto. Vol. V. Milán: Giuffrè. 1959. pp. 662-663; BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., pp. 156-157; ID. "Interpretazione del contratto". Op. cit., p. 200: los romanos "fueron conscientes de la diversidad de los papeles cumplidos, respectivamente, por una *fides bona*, como criterio objetivo (y ético) traducido en los términos de una lealtad comercial destinada a encontrar en los *bonae fidei iudicia* la respuesta, en el plano procesal, a la violación del *vinculum juris* derivado de negocios y relaciones configuradas sobre la base de una regla de conducta dotada de alcance normativo, y como tal, luego absorbida en el *ius civile*; y por una *bona fides*, respecto de la cual, aquel original significado, de una regla ya destinada a intervenir en el ámbito de las relaciones obligatorias, se pierde en enunciados en los cuales lo que emerge pasa a ser una entidad exclusivamente subjetiva, consistente en la ignorancia de lesionar el derecho ajeno y/o en la convicción de comportarse *jure*"; SENN, Pier Daniel. Voz "Buona fede nel diritto romano". En: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile. Vol. II. Turín: Utet. 1988. p. 130 y siguientes; y BIANCA. Op. cit., p. 504: "de la buena fe en sentido subjetivo las fuentes no brindan una definición, pero la noción estaba enraizada en la conciencia social, y expresaba la idea ética de la lealtad que el ciudadano honesto observa en las relaciones con los demás, ya conciudadanos, ya extranjeros".

manera, aunque siempre con clamorosas distorsiones, en nuestro lenguaje jurídico.

Y aunque admito que la desordenada e irregular sistemática del Código Civil peruano podría dar cabida, en el peor de los casos, a todo juicio sobre la buena fe, discrepo cortésmente de Haro cuando sostiene que la buena fe que se exige a los tratantes sea de carácter subjetivo.

## 16. HACIA LA IMPOSICIÓN DEL MODELO EXTRA CONTRACTUAL. SUS VENTAJAS Y COHERENCIA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DAÑOS PRE CONTRACTUALES POR TRATATIVAS INTERRUPTIDAS

Si el cuadro descrito es exacto, puede concluirse que la estructura del Código Civil peruano exige de los intérpretes forzamientos inapropiados para la aplicación óptima de los razonamientos que han prosperado en otros países, y que rotan en torno de la dualidad buena fe "objetiva"/buena fe "subjetiva".

La situación se vuelve más delicada cuando se conoce que la buena fe no es más que un eslabón de la cadena lógica que conduce a la solución del problema de los daños surgidos en la fase precontractual.

En efecto, en caso de que se admitiera el valor comúnmente atribuido al artículo 1362, para estos efectos, también habría que conocer, y hacer que cobren arraigo en la praxis del derecho nacional, otros conceptos provenientes de la doctrina alemana, principalmente, la "relación obligatoria sin deber primario de prestación" (u "obligación sin prestación")<sup>92</sup>, las "relaciones de confianza", el "contacto negocial" y los "deberes de protección", y, sobre todo, la idea de la responsabilidad civil que puede deducirse de una relación obligatoria nacida del simple contacto negocial o social<sup>93</sup>, ¡en un país cuyo Código Civil ni siquiera contiene una norma que señale cuáles son las fuentes de las obligaciones<sup>94</sup>!

La buena fe precontractual sigue constituyendo un mero paso lógico en la única propuesta de la doctrina italiana que me parece en condición de ser adaptada a nuestro ordenamiento<sup>95</sup>.

Según dicha propuesta, y contra la opinión de la doctrina germana, una relación de hecho no puede generar por sí sola, ante el silencio de la ley, una relación jurídica de la cual surjan deberes para los tratantes<sup>96</sup>. Lo determinante para el nacimiento de tal relación jurídica (obligatoria) sería el deber, legalmente establecido, de efectuar las tratativas, de negociar el

<sup>92</sup> LARENZ, Karl. "Lehrbuch des Schuldrechts I". Décimo cuarta edición. Múnich: Beck. 1987. p. 104 y siguientes, 122 y siguientes. La referencia es de CASTRONOVO. "L'obbligazione senza prestazione - Ai confini tra contratto e torto". En: Scritti in onore di Luigi Mengoni. T. I. Milán: Giuffrè. 1995. p. 168, nota 43.

Según explica HOHLOCH. Op. cit., p. 255, aquel que se encuentra gravado con un deber de protección "está obligado a un hacer o un no hacer, como, por ejemplo, a brindar informaciones detalladas, garantizar la seguridad de ciertos objetos, y de las relaciones de intercambio en general. Para el sujeto protegido, sin embargo, *no existe ningún derecho de prestación*: él sólo puede exigir el resarcimiento del daño en caso de violación del deber de protección".

Sobre este punto, véase LEÓN, Leysser L. "El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente". En: Revista peruana de jurisprudencia 32. Año 4. Trujillo. 2003 p. 59 y siguientes.

<sup>93</sup> Teoría de la que ha sacado provecho la doctrina y la jurisprudencia de Italia para explicar la responsabilidad del médico dependiente de una entidad de salud, a partir, entre otras sentencias, de la 589 de la Corte di Cassazione, del 22 de enero de 1999, en "I contratti". 1999. p. 999 y siguientes, con comentario de Ezio GUERINONI. "Obbligazione da 'contatto sociale' e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo". (ivi, p. 1007 y siguientes), donde se fijó la siguiente máxima jurisprudencial: "La obligación del médico dependiente del servicio sanitario, por responsabilidad profesional frente al paciente, aun cuando no fundada en el contrato, sino en el 'contacto social', tiene naturaleza contractual. En consecuencia, y respecto de dicha responsabilidad, los regímenes de repartición de la carga de la prueba, del grado de la culpa y de la prescripción son los típicos de las obligación de contrato de obra intelectual profesional".

En el supuesto de la culpa *in contrahendo*, sin embargo, y como ya he señalado (véase nota 51 *supra*), el contacto debe ser negocial; en otras palabras, tiene que justificar el surgimiento de una confianza, atendiendo a las singulares circunstancias. "Una eventualidad similar puede verificarse cuando una empresa vinculada con el deudor induce al acreedor a realizar actos de disposición del patrimonio, o cuando, en el contexto del ejercicio de una actividad profesional, se dan informaciones de particular relevancia para quien las recibe": HOHLOCH. Op. cit., p. 250.

<sup>94</sup> Motivo por el cual ninguna de las obras sobre el derecho de obligaciones, escritas en el Perú, contiene un tratamiento satisfactorio de este importante tema. Ello es algo que siguen pasando por alto quienes escriben cientos de páginas en materia dando la impresión de considerar que lo que no está en el Código no existe ni debe ser objeto de estudio, y lo que es peor, que lo que está erróneamente incluido en el régimen de las obligaciones del Código (regulación de la cláusula penal, pago indebido, transacción, por ejemplo), sí merece ser tratado, automáticamente, en este ámbito, sin ofrecer ninguna aclaración al respecto.

<sup>95</sup> En esta ocasión, tengo que dejar en el tintero la exposición del interesante planteamiento que enlaza, en sentido derivativo, la buena fe prenegocial con el principio constitucional de solidaridad (artículo 2 de la Constitución italiana de 1948): DEL FANTE, Anna. "Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà". En: "Rassegna di diritto civile". 1983. p. 157, quien se inspira en agudas intuiciones de RODOTÀ. "Le fonti di integrazione del contratto". Milán: Giuffrè. 1969. p. 132 y siguientes, y ha recibido la adhesión, entre otros, de FUSARO, Andrea. "Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale". En: Giurisprudenza italiana. Vol. CXXXVI, parte I, col. 1200, nota 3. 1984, y PIGNATARO. "La responsabilità precontrattuale". Op. cit., pp. 86-87. Según esta última autora: "la buena fe [...] constituye un aspecto del principio general: expresa la necesidad de un espíritu de colaboración recíproca entre los contratantes, y en condiciones de paridad, en función de la realización de la persona humana y de su pleno e igual desarrollo [...]. La solidaridad constitucional, en efecto, que se centra en el ser humano, tiene sentido y opera efectivamente sólo en condiciones de igualdad sustancial".

Es seguro que asumiendo esta convincente perspectiva, que no puede ser desconocida por quienes pretendan importar razonamientos de la doctrina italiana a nuestra realidad (y que elimina, en definitiva toda discusión sobre la objetividad o subjetividad de la buena fe en las tratativas, en favor de la primera solución), la experiencia italiana termina de particularizarse, y se hace de casi imposible adaptación en el marco de un ordenamiento como el peruano, visto en su conjunto (Constitución y Código Civil).

<sup>96</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. "Dei contratti in generale". En: Commentario del codice civile. Al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA. Bologna y Roma: Nicola Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro italiano. 1970. p. 203.

contrato, con arreglo a la buena fe (artículo 1337 del Código Civil italiano; artículo 1362 del Código peruano). El deber de buena fe constituiría, entonces, “un vínculo obligatorio entre dos sujetos determinados, de relevancia patrimonial (aun cuando encaminado al fin de proteger de toda lesión la confianza ajena en el desenvolvimiento de las tratativas, y aunque actúe, por consiguiente, en términos genéricos). [...] [A]nte el silencio de la ley sobre las consecuencias de la mala fe de los tratantes, sólo la configuración de un deber jurídico de comportamiento (en buena fe) permite fundar de manera fácil y segura la resarcibilidad del daño causado por aquella conducta (cuya relevancia y contenido tendrían que ser determinadas diversamente, en ausencia de un deber semejante)”<sup>97</sup>.

Pero si a la opción por los caminos germano o italiano que se acaban de describir –los únicos admisibles para afirmar el carácter contractual de la responsabilidad *in contrahendo*– se opone la indiscutible esterilidad en el Perú de la cláusula normativa general de buena fe consagrada en el artículo 1362 del Código –que he puesto suficientemente al descubierto en otra oportunidad<sup>98</sup>–, cualquiera puede pensar en proponer, sin que le falten ni fundamentos ni razón,

que el verdadero sustento legal de la responsabilidad precontractual en nuestro medio es, como en Francia<sup>99</sup>, la cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida de acto ilícito<sup>100</sup>, es decir, el artículo 1969.

Con mayor razón, porque en nuestro Código Civil, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del acto ilícito (según la segunda parte del artículo 1969); peculiaridad de la normativa peruana que resulta decisiva, a la larga, porque una de las razones que mueven a desconfiar del esquema francés (que, como se ha visto, crea la responsabilidad precontractual a partir de la responsabilidad delictual) es, precisamente, la exigencia de la prueba de la culpa, que según el derecho galo tiene que correr por cuenta de la víctima del daño extracontractual<sup>101</sup>.

Esta solución sería la única coherente, así mismo, con algo de lo que todos debemos ser conscientes: la necesidad de evolucionar progresivamente, difundiendo ideas realizables y creando convicciones sobre éstas, y no dando saltos conceptuales, en el vacío, ni procediendo por imitación, con el solo soporte de la lectura superficial de una norma jurídica importada en

<sup>97</sup> SCOGNAMIGLIO. Op. cit., pp. 213-214. Para el autor, la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas tendría, por lo tanto, naturaleza contractual.

La tesis ya había sido sostenida por MENGONI. “Sulla natura dell responsabilità precontrattuale”. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año LIV, parte II. 1956. p. 364: “Cuando una norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, ello es un indicio seguro de que esta relación se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido se trata de especificar, justamente, a tenor de una valoración de la buena fe. En realidad, el principio de la buena fe (en sentido objetivo) se ha desarrollado históricamente, y se ha conservado, como una directriz peculiar de las relaciones obligatorias, y, por lo demás, no es concebible sino en el ámbito de estas relaciones”.

La posición de MENGONI fue acogida, en su momento, por MESSINEO. “Il contratto in genere”. T. I. En: “Trattato di diritto civile e commerciale”. Dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO. Milán: Giuffrè. 1968, pp. 365-366; y ahora ha sido retomada, y en parte reelaborada, aunque sin mayor fortuna, por CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 169 y siguientes; RICCIUTO, Vincenzo. “La formazione progressiva del contratto”. En: I contratti in generale. Al cuidado de Enrico GABRIELLI. Vol. I, a su vez en: “Trattato dei contratti”. Dirigido por Pietro RESCIGNO. Turín: Utet. 1999. pp. 237-238; ID. “La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European Contract Law”. En: Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo. Al cuidado de Salvatore MAZZAMUTO. Turín: Giappichelli. 2002. pp. 138-139; y por ROVELLI. Op. cit., p. 347 y siguientes.

BENATTI. “Culpa in contrahendo”. Op. cit., p. 310, además de participar de esta perspectiva, considera que el citado artículo de MENGONI constituye el mejor trabajo italiano en materia.

<sup>98</sup> LEÓN, Leysser L. “La reforma del Código Civil vista en serio”. En: Normas legales 327. Vol. II. 2003. p. 22 y siguientes.

El problema no se solucionará si llega a concretizarse la irrazonable incorporación de la siguiente disposición al título preliminar: “los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”, que figura (artículo V) en los proyectos de la Comisión que actualmente prepara su reforma del Código Civil de 1984.

El texto que se propone grafica todas las imperfecciones que se pueden cometer en una importación normativa, a saber: desconocimiento de los orígenes del texto importado (el Código Civil suizo, según el cual el juez está autorizado a crear derecho, a proceder como si fuera un legislador, si se presenta alguna laguna) y del valor y significado de los “principios”; precaria información (limitación del ángulo visual, por pereza u ignorancia, al texto del Código Civil español, que copió al suizo en la reforma acaecida en el decenio 1970-1980) y, en definitiva, robótica copia de una norma foránea sin la menor correspondencia a nuestra realidad (donde hay más de un elemento que autoriza a cuestionar que la “buena fe” constituya un principio propiamente dicho) y, en consecuencia, sin ninguna posibilidad de adecuarse a ésta.

<sup>99</sup> Y, desde luego, como en Italia, bajo el Código Civil de 1865. Así pues, la bibliografía jurídica italiana cuya difusión resultaría más valiosa para apoyar la construcción conceptual de la responsabilidad precontractual en el Perú sería la precedente al Código Civil de 1942; primero entre todos, el volumen de FAGGELLA, Gabriele. “I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale”. Segunda edición. Revisada y ampliada. Roma: Società Cartieri Centrali. 1918. Donde la figura es construida en términos de responsabilidad por pura causalidad (es decir, de verdadera responsabilidad “objetiva”).

<sup>100</sup> En favor de la solución extracontractual, en Italia, se ha escrito, igualmente, que ella es la más homogénea atendiendo a la función que “las normas sobre la actividad precontractual están llamadas a cumplir en un mercado caracterizado por una cada vez más compleja articulación de los mecanismos de asignación de los recursos económicos y financieros; un mercado en el cual la creciente circulación de informaciones entre los empresarios, y entre estos y el público, destinadas a la distribución de los bienes y de los servicios, a la colocación de títulos, a la circulación de capitales, plantea problemas de protección de la confianza que terminan involucrando a la generalidad de los sujetos que operan en el mercado mismo. Desde esta perspectiva, no parece ilógico considerar la corrección en la actividad precontractual como un deber que pesa sobre todo sujeto, frente al interés de la generalidad de los demás sujetos en no sufrir, a causa de la violación de dicho deber, un daño injusto, en lugar de ver ello como contenido de una obligación (*ex lege*) que surge frente a uno o más sujetos determinados, calificables como contrapartes de una relación contractual *in itinere*”: VIGOTTI, Franco. “La responsabilità precontrattuale”. En: La responsabilità civile – Una rassegna di dottrina e giurisprudenza. Dirigida por ALPA y BESSONE. Op. cit., Vol. I. 1987. pp. 263-264.

<sup>101</sup> De aquí que la más importante autora francesa en esta área considere que lo verdaderamente importante y delicado no es tanto la definición del régimen aplicable a ruptura “culposa” de las tratativas (contractual o delictual), sino el establecer cuáles son las conductas de los tratantes que pueden configurar un supuesto de culpa: SCHMIDT. “La sanction de la faute précontractuelle”. Op. cit., p. 52.

1984 (y de la bibliografía de su país de origen), acaso con el puro afán de mantener a la moda el Código Civil.

El valor comparatístico de la experiencia extranjera puede apreciarse, ni más ni menos, en la demostración de la posibilidad, conveniencia e imperiosidad de interpretar coordinadamente y coherentemente las

cláusulas normativas generales de buena fe precontractual y de responsabilidad por acto ilícito, y en la prueba de que sólo una evolución asentada en bases bien afirmadas, por el trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia, permitirá lograr soluciones uniformes y constantes, en sintonía con las legítimas expectativas sociales de seguridad jurídica.