

Universidad de Lima  
Escuela de Posgrado  
Maestría en Derecho empresarial



**¿CÓMO ESTABLECER DENTRO DEL  
CÓDIGO CIVIL UN RÉGIMEN DE  
RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL? A  
PROPÓSITO DE LA NECESIDAD DE  
PROFUNDIZAR LA INTERPRETACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL  
EN LA FASE PRECONTRACTUAL DENTRO  
DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO**


Trabajo de investigación Para Optar El Grado Académico De Maestro  
En Derecho Empresarial

**Gonzalo Hugo Galvez Artieda**  
**Código: 20020328**

**Asesor: Antonio Román Calzada**

Lima, Perú  
Marzo de 2021





**¿CÓMO ESTABLECER DENTRO DEL  
CÓDIGO CIVIL UN RÉGIMEN DE  
RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL? A  
PROPÓSITO DE LA NECESIDAD DE  
PROFUNDIZAR LA INTERPRETACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL  
EN LA FASE PRECONTRACTUAL DENTRO  
DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

# TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO 1 Límites entre la Contratación y la Negociación .....	3
1.1 Fase de la Negociación.....	3
1.1.1 Etapas de la Negociación .....	8
1.1.2 Documentos en Etapa Precontractual.....	11
1.1.2.1 Cartas de Presentación y Cartas de Intención.....	11
1.1.2.2 Invitación a Ofertar.....	14
1.1.2.3 Due diligence Investigation .....	15
1.1.2.4 Minuta o borrador .....	16
1.1.2.5 Contratos Preliminares o Contratos Preparatorios .....	17
1.2 Celebración del contrato y su perfeccionamiento.....	18
1.2.1 Teorías que Explican el Consentimiento .....	19
1.2.1.1 Teoría Subjetiva o de la Voluntad.....	19
1.2.1.2 Teoría Objetiva o de la Declaración .....	22
1.2.1.3 Teoría de la Responsabilidad .....	24
1.2.1.4 Teoría de la Confianza o de la buena fe.....	27
1.2.1.5 Posición Doctrinaria y del Código Civil Peruano .....	28
1.2.2 En Qué Momento Nos Encontramos Ante Un Contrato .....	33
1.2.2.1 La Teoría De La Punktantion.....	41
1.2.2.2 Acuerdos Parciales .....	42
1.2.2.3 En conclusión .....	43
CAPÍTULO 2 Deberes de las Partes en la Etapa de Tratativas.....	44
2.1 Buena Fe Contractual.....	45
2.2 Deberes Precontractuales Derivados de la Buena Fe Objetiva.....	68
2.2.1 Deber de Lealtad o Corrección .....	69
2.2.2 Deber de Cooperación .....	70
2.2.3 Deber de Información .....	70
2.2.4 Deber de Actuar Seria y Consecuentemente.....	81
2.2.5 Deber de Claridad.....	82
2.2.6 Deber de Secreto y Confidencialidad.....	83
2.2.7 Deber de Custodia y Protección.....	84

CAPÍTULO 3 Vulneración o/e Incumplimiento De Los Principios Y Obligaciones De Los	
Tratantes, Responsabilidad .....	87
3.1 Antecedentes .....	87
3.2 Régimen de la Responsabilidad Precontractual en el Perú .....	95
3.3 Hipótesis de la Responsabilidad Precontractual .....	115
3.3.1 Invalidez o Ineficacia De Los Contratos Derivados de la Transgresión del Deber	
De Buena Fe de una de las Partes .....	123
3.3.1.1 Error .....	124
3.3.1.2 Dolo .....	135
3.3.2 Representación Sin Poder. (Falso Representante) .....	139
3.3.3 Ruptura Injustificada de las Negociaciones. ....	145
3.4 Daño .....	155
3.5 Nexo Causal .....	159
3.6 Factor de Atribución .....	161
Conclusiones .....	166
Recomendaciones .....	171



## RESUMEN

El siguiente trabajo se plantea evaluar si dentro de nuestro ordenamiento se cuenta con un sistema de responsabilidad en la etapa de las negociaciones. Para tal fin se analiza el proceso del nacimiento de un contrato, los deberes de las partes en el momento de las negociaciones y la responsabilidad en caso del incumplimiento de estos.

En ese orden de ideas, se analizan y se plantean modificaciones al sistema de contratación en especial respecto del principio de buena fe y el proceso de negociación y celebración del contrato, así como el sistema de responsabilidad para dichos casos.

En este orden de ideas, se plantea revisar los conceptos de buena fe contractual no desarrollado en el Código Civil y cuya doctrina no es pacífica en determinar su definición, alcances y enfoque. De la misma forma se analiza la responsabilidad precontractual con el fin de plantear como aplicarla tanto en establecer el régimen, casos correspondientes y sus presupuestos.

Palabras Claves: Buena Fe, Tratativas, Responsabilidad Precontractual, Deberes precontractuales, Teorías del Consentimiento, Libertad Contractual.

## INTRODUCCIÓN

Supongamos que Jorge tiene una empresa que se encuentra en el sector minero. Dicha empresa se contacta con la empresa Soluciones Estratégicas Eléctricas Anguila S.A.C para realizar la ingeniería, el suministro y la instalación de equipos para habilitar una estación eléctrica en la mina, que corresponde a la empresa de Jorge, comenzando de esta manera las negociaciones.

Después de una larga negociación, donde se cruzaron varios borradores, las partes fijan la fecha de firma del contrato; sin embargo, Jorge, el mismo día de la fecha de firma, decide no celebrar el contrato sin explicación. Días después, la empresa Soluciones Estratégicas Eléctricas Anguila SAC, se entera que en realidad Jorge no tenía intenciones de contratar ya que solo quería contar con información de los proveedores De Soluciones Estratégicas Eléctricas Anguila SAC.

Por otro lado, supongamos que Jaime, Kike y Lucho son accionistas de la empresa Pelotas Romario SAC, y el primero acuerda con Miguel transferir sus acciones; sin embargo, no le comunica la existencia de que existe un derecho de preferencia, ni que mediante junta de accionistas no se aceptó la transferencia a Miguel y que Lucho tenía intenciones de comprar acciones y que luego de un proceso de ineficacia de acciones por parte de los accionistas es declarada la Ineficacia de la transferencia. ¿Puede Miguel demandar por daños y perjuicios por no haber actuado de buena fe y comunicarle dicha causal de ineficacia?

Estas dos situaciones suelen ocurrir en un proceso de negociación de un contrato. Al respecto, cabe señalar que es normal y lícito que las partes negociantes frustren negociaciones en caso no sean de conveniencia de las partes, no revelen toda la información para mejorar su posición negociante, revelen información privilegiada u otras conductas ya que no existe aún un contrato, obedece a una razonabilidad económica y se respeta el principio de autonomía de las partes a través del derecho de libertad de contratación.

Pese a ello y como se puede apreciar en los ejemplos anteriores, existe un límite a los principios de autonomía de las partes, el derecho a contratar y el derecho contractual y es el principio de buena fe contractual aplicable tanto en la negociación, como la

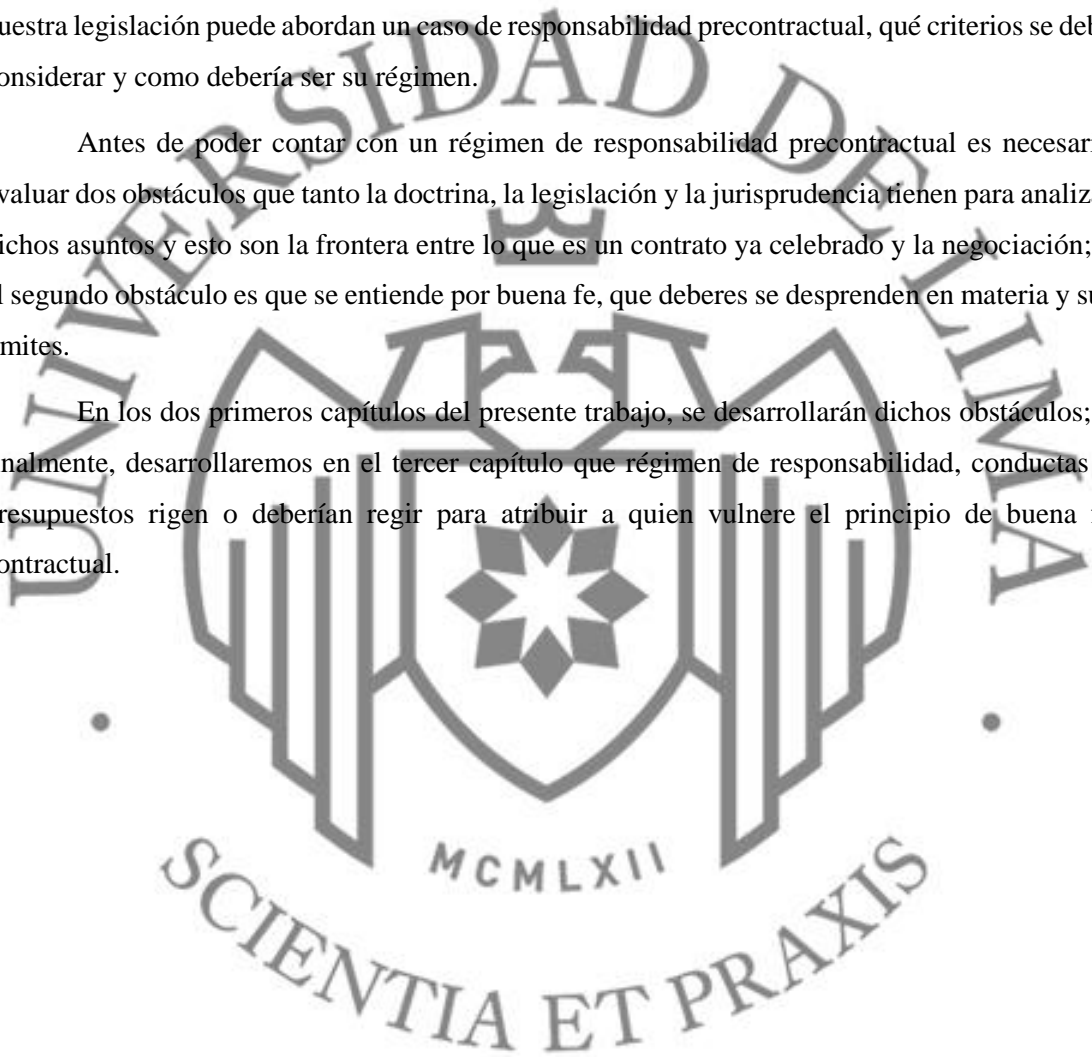
celebración y la ejecución del contrato, por medio de una serie de deberes entre las partes para que estas sean leales, honestas y se respeten.

Ante el incumplimiento de estos deberes, surge lo que en doctrina se llama responsabilidad precontractual, sin embargo, la doctrina no es pacífica sobre su tratamiento.

Dado la sustancial cantidad de transacciones realizadas por personas naturales y jurídicas, tanto en sectores privados como públicos, consideramos importante analizar en primer lugar si nuestra legislación puede abordar un caso de responsabilidad precontractual, qué criterios se debe considerar y como debería ser su régimen.

Antes de poder contar con un régimen de responsabilidad precontractual es necesario evaluar dos obstáculos que tanto la doctrina, la legislación y la jurisprudencia tienen para analizar dichos asuntos y esto son la frontera entre lo que es un contrato ya celebrado y la negociación; y el segundo obstáculo es que se entiende por buena fe, que deberes se desprenden en materia y sus límites.

En los dos primeros capítulos del presente trabajo, se desarrollarán dichos obstáculos; y finalmente, desarrollaremos en el tercer capítulo que régimen de responsabilidad, conductas y presupuestos rigen o deberían regir para atribuir a quien vulnere el principio de buena fe contractual.





# **CAPÍTULO 1: LIMITES ENTRE LA CONTRATACIÓN Y SU NEGOCIACIÓN**

Como ya se mencionó anteriormente, antes de desarrollar la viabilidad de la responsabilidad de las partes en el periodo de negociación, es necesario preguntarnos ¿Cuándo nos encontramos en una etapa de negociación o cuando ya se puede hablar de un contrato?

En ciertas ocasiones, las partes entablaron una serie de conversaciones previas sin llegar a una oferta formal y celebran el contrato después de llegar a un acuerdo en todas las condiciones del contrato, o a veces de manera tácita, ocurre el consentimiento habiéndose únicamente requerido determinado servicio o producto.

Muchos autores señalan que un contrato tiene tres fases, la negociación, la celebración y la ejecución del contrato. Al respecto, cabe señalar que, si bien clásicamente se decía que un contrato surgía por la presentación de una oferta por parte de una de las partes y la aceptación de la otra, siendo su consentimiento el nacimiento de un contrato; sin embargo, modernamente esto no ocurre.

## **1.1 Fase De La Negociación**

La negociación es el periodo previo a la celebración del contrato donde las partes, que tienen intenciones de celebrar un contrato, realizan una serie de declaraciones y/o actos con el fin de llegar a un acuerdo respecto de un determinado negocio.

De acuerdo con Acedo, los tratos preliminares:

Se producen ... en una fase anterior al concurso de la oferta y la aceptación, mediante conversaciones, aproximaciones, correos, entrega o elaborar las condiciones y elementos de un posible contrato... no tienen carácter definitivo, ni son un contrato, ni tienen eficacia contractual, sin embargo, pueden tener importantes efectos. (Acedo, 2011, p. 56)

Como señala el autor dichos efectos son importantes ya que a través de dichas conversaciones las partes se van conociendo y van creando la relación contractual fijando condiciones a seguir y evaluando la conveniencia de realizar dichas transacciones. Al respecto, Brizzio considera que:

Las tratativas preliminares tienen por objeto preparar el contrato, establecer si hay o no posibilidad de celebrarlo. Estas tratativas preliminares o *pourparlers*, tienen dos características definitorias: son idóneas para concluir un contrato, pero, sin embargo, tienen por fin llegar a él. (Brizzio, 2013, pág. 345)

Como los autores han señalado, en esta etapa, las partes se conocen y tratan de delimitar los alcances del servicio u obligación a realizar y comprobar que el contrato es idóneo y van a sacar provecho de ello ya que la negociación, la celebración y ejecución tienen costos por lo que es relevante determinar mediante el intercambio de información y las negociaciones si vale la pena contratar.

Asimismo, en esta etapa se fijan las reglas relevantes para su celebración y ejecución, de esta manera señala Ramírez Izaguirre:

En esta etapa se prepara el terreno para hacer la propuesta, por ello recibe la denominación de tratativas, *pourparlers*, tratativas precontractuales o tratativas preliminares, y en él pueden darse conversaciones sobre aspectos circunstanciales o secundarios, pero sin que esté presente la verdadera esencia contractual. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 165)

En este momento de las negociaciones, ocurren varios momentos dependiendo de la naturaleza del contrato o usos comerciales; sin embargo, las partes no se comprometen a contraer obligaciones futuras aún porque al hacerlo implicaría celebrar ya un contrato debido a que, como se va ver más adelante, un contrato se puede celebrar verbalmente y no solo firmando un documento oficial.

No obstante, debe considerarse, que conforme las partes van avanzando sus negociaciones, se van generando cierta expectativa y se comienza a redactarse los primeros documentos, de esta manera Brizzio señala que:

En la etapa previa a la celebración, suele darse esta cadencia de avance de negociaciones: tratativas, confección de una minuta o borrador, intercambio de cartas de intención, acuerdos parciales. Lo cierto es que, con posterioridad a estos documentos pueden surgir conflictos al interpretar el alcance y naturaleza de los actos efectuados en las dos últimas etapas referidas, es decir las cartas de intención y los acuerdos parciales. (Brizzio, 2013, p. 346)

No podemos indicar las fases en este proceso, ya que, a veces no necesariamente ocurren todas o en un orden determinado, no obstante, existen posibilidades de que las partes redacten o remitan documentos los mismos que no implica que se están cerrando

las comunicaciones. A pesar de ello, por lo general coincidiendo con Mosset Iturraspe, se puede observar en una fase de negociación lo siguiente:

En ese comienzo pueden aparecer las figuras de las cartas de presentación y de las cartas de intención. Se debe insistir en las consecuencias de la publicidad sobre aptitudes, calidades, experiencia, idoneidad, etc....Luego vienen las tratativas: un tiempo, corto o largo, durante el cual los tratantes, que aún no son parte, buscan ponerse de acuerdo, superar las diferencias, acordar sobre calidades y precios, garantías y responsabilidades... ir determinado una a una las cláusulas del futuro negocio, los derechos y las obligaciones de cada celebrante, con ayuda, de derechos y obligaciones de cada celebrante, con ayuda de las normas legales en los contratos típicos y al margen de ellas en los atípicos. (Mosset Iturraspe, 2006, págs. 9-10)

Como puede observarse, la etapa de tratativas muestra algunas variantes e hitos de importancia. Mosset Iturraspe explica:

Mientras ellas se mantengan, a medida que el tiempo transcurre, los tratantes van acercándose más y más, concretando sus pretensiones, superando diferencias y por tanto aumentando las expectativas o posibilidades de acordar. De allí que, en la concepción clásica, recogida por los códigos del siglo XIX, se regule a la oferta como un momento de maduración o concreción: se precisa el tipo contractual y las obligaciones básicas, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos. (Mosset Iturraspe, 2006, págs. 10-11)

Agrega el autor:

En esta etapa, genéricamente llamada de “las tratativas”, pueden las partes, que van camino al acuerdo total y definitivo, celebrar acuerdos menores o de efectos más restringidos, dirigidos a asegurar el negocio o a dejar de lado, en el debate, ciertas cuestiones sobre las cuales hay coincidencias o a atar las voluntades en tales o cuales efectos o a otorgar una preferencia o prioridad. (Mosset Iturraspe, 2006, pág. 11)

Hay que recordar, que el hecho que existan intenciones de negociar y expectativas, no significa que se tenga que aceptar, ya que la autonomía y la libertad para contratar de las partes es un derecho importante en esta etapa. Cabe señalar, que contratar es costoso y riesgoso y el aceptar términos se asumen riesgos que deben ser estudiados, debatidos y dichos términos puede ser rechazados en caso dichos riesgos no sean capaces de asumirlos.

Asimismo, Stiglitz considera que las tratativas:

Se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato, lo que significa que el periodo contractual se extiende a partir de las meras tratativas, hasta el cierre de las negociaciones. Predominan en los contratos discrecionales, y no existen en la contratación predispuesta. En ésta solo son factibles las tratativas preliminares en punto a cuestiones muy puntuales ajenas al contenido de las condiciones generales, como ser el precio, las modalidades de pago, la delimitación del objeto del contrato, etcétera (Stiglitz, 2010, págs. 155-156)

Por ejemplo, la empresa Roja quiere adquirir pinturas, motivo por el cual se comunica con un proveedor por medio de cartas, correos electrónicos o comunicación física su necesidad de adquirir pinturas, de tal forma que se abra un intercambio de información para determinar parámetros básicos del negocio como cantidad, precio y oportunidad. Es normal que de vez en cuando, tanto la empresa como el proveedor discutan otras condiciones como responsabilidades, causales de incumplimiento, entre otras, y estando todo de acuerdo, acuerdan celebrar el contrato firmándolo.

Cabe indicar, que estas conversaciones y acuerdos pueden clasificar, según lo mencionado por Stiglitz, de la siguiente manera:

- a) La formulación de interrogantes o sondeos que se realizan para obtener respuestas; b) Enunciación de necesidades a los fines de verificar que una ulterior contratación satisfaga su interés contractual, preservándose así el principio de utilidad del negocio o de satisfacción del interés contractual; c) Envío de ofertas, el pedido de precisiones, discusiones, contraofertas, etc. (Stiglitz, 2010, pág. 156)

Así, en nuestro ejemplo, cuando la empresa vio la necesidad de contar con pinturas salió a averiar los proveedores que venden y en muchos de los casos mediante correos, llamadas u otros medios consulto a diversos proveedores sus productos. En este caso, cuando se le consulta sobre los productos, calidades, precios y formas de adquisición y de pago nos encontraríamos en el momento de sondeos e interrogantes para obtener respuestas. En estos casos, no existe ninguna expectativa entre las partes a celebrar un contrato, pero es un primer acercamiento.

Una vez que se cuentan con los catálogos, proformas o detalles de los productos y precios. La empresa la roja puede pedir la cantidad y descripción de las pinturas requeridas, el periodo requerido a determinado proveedor (llamémosle “Pinturas Coloridas”). Esta le da los precios, alcances y condiciones de dicho suministro de pinturas para el envío de una oferta formal.

Como podemos observar, y coincidir con Stiglitz “*el común denominador del contenido del accionar de las partes en el periodo de tratativas se relaciona con el deber de informar y obtener información.*” (Stiglitz, 2010, pág. 156)

Coincidiendo con los demás autores, Opazo Barrientos considera que:

En esta etapa de tratos preliminares las partes entran a realizar tratos, pero no contratan; hay tractus, pero no contractus, en otras palabras, los tratos no obligan a contratar, pero no quepa duda de que sí obligan resarcir. Las partes gozan de plena libertad para retirarse de las negociaciones si así lo quisieran, lo cual no presenta discusión alguna, pues ellas carecen del elemento volitivo imprescindible para el perfeccionamiento del contrato. (Opazo Barrientos, 2018, p. 3)

Teniendo un carácter informativo y obedeciendo a su autonomía en las partes, luego de este periodo no están obligadas a contratar, sin embargo, podría existir casos excepcionales que una de ellas perjudique a la otra y deba resarcir. Lo cierto es que en esta etapa no existe una obligación para celebrar un contrato.

Es importante señalar que estas negociaciones se escapan de los conceptos de aceptación y oferta según la doctrina clásica indicaba. Al respecto Chang Arellano señala:

Durante las tratativas (o negociaciones) que se realizan para la celebración de un contrato, la dinámica, que llevan a cabo las partes, excede los parámetros conservadores de la oferta y aceptación. Por regla general, la celebración de un contrato, que revista un nivel moderado de complejidad, requerirá de diversos contactos entre las partes, en los que éstas intercambiarán información, luego de ello, las partes efectuarán diversos ofrecimientos o propuestas y para convertir dichos ofrecimientos en un contrato, se requerirá la intervención de sus abogados, los cuales luego de intercambiar diversos borradores de contrato, podrán finalmente arribar a un acuerdo final por escrito que será firmado por las partes. (Chan Arellano, 2011, págs. 45-46)

Como podemos observar, la etapa de negociación es la fase en la contratación que, si bien no tiene una misma forma o duración; sin embargo, ayuda a las partes a contar con la información suficiente para poder celebrar un contrato y fija los elementos y condiciones por lo que se regirían al momento de contratar y ejecutarse sin haber obligación para celebrar el contrato de no poder llegar algún acuerdo.

No obstante, a ello, debe considerarse que conforme van avanzando las negociaciones las partes van creándose las expectativas en cerrar el contrato y van

asumiendo riesgos y costos ya que todo proceso de negociación y contratación implica costos los mismo que en esta etapa son asumidos por cada parte.

Como puede observarse, este periodo, en muchas circunstancias, escapa de la concepción clásica de la emisión de una oferta y una aceptación, sino que pueden ocurrir distintas formas en que las partes pueden realizar sus aproximaciones y negociaciones con ánimos de obtener información y contar con los medios para presentar una oferta y prepara el camino para el futuro contrato.

En este camino las partes pueden firmar ciertos documentos o realizar ciertos acuerdos previos con el fin de encaminar el contrato o no contraer riesgos y daños ya sea con la información obtenida, como con determinar, en algunas ocasiones, los riesgos en caso se frustré las negociaciones.

De esta manera podrían las partes cursarse, cartas de presentación, cartas de intención, borradores, convenios de confidencialidad entre otros, sin considerarse que estos documentos impliquen el consentimiento del contrato.

Como se puede observar, esta etapa tiene cierta importancia además de fijarse las reglas del contrato, sino que las partes deben informarse situaciones relevantes que podrían facilitar el cumplimiento o asegurar su validez, por lo que en esta etapa conviene que las partes actúen de buena fe y brindando la información relevante para que no haya problemas en un futuro.

A continuación, haremos una aproximación de ciertos momentos en la negociación sin ánimos de fijar de manera rígida las etapas de dicha fase.

### **1.1.1 Etapas De La Negociación**

Antes de pasar a las etapas de la negociación de un contrato, es necesario recordar que un contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas para realizar relaciones obligatorias. Al respecto, de acuerdo con Díez Picazo este acuerdo de voluntades puede ser:

Instantánea o momentánea, pero puede ser también sucesiva. o progresiva. Es instantánea cuando su preparación es obra de un solo acto de los otorgantes, que no ha sido precedido por ningún otro acto, son contratos que no precisan de una elaboración o discusión. porque se trata de operaciones económicas de escaso valor o que se encuentran

estandarizadas. Por otro lado, existen contratos que constituyen operaciones de una cierta envergadura y las partes contratantes necesitan de un periodo de tiempo para deliberar o para distinguir las condiciones y para establecer, partiendo de sus iniciales posiciones, el acuerdo al que llegan, se puede hablar de formación progresiva del contrato. (Diez Picazo, 1996, p. 269)

El primer caso puede referirse a un contrato por adhesión, por ejemplo, en los contratos de consumo donde el proveedor brinda al consumidor sus contratos ya redactados para que este firme, o contratos simples o verbales donde solo basta la intención de contratar y la aceptación de esta como una compraventa simple. En el segundo caso, podemos considerar la adquisición de una empresa, o contratos de obra entre otros.

Cabe señalar por lo general, la formación de un contrato es compleja, ya que para que exista un contrato debe haberse conformado un acuerdo de voluntades, por tanto, para que esto ocurra debe haberse generado un sin número de diálogos, actos o conversaciones. Por dicha razón José Haro considera que *“el contrato es un producto acabado, que, cuando menos en el caso de los negocios de mayor complejidad constituye el resultado directo de las tratativas que le ha precedido”*. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 126)

Por tal motivo, Luis Ojeda en el mismo orden de ideas, señala que:

La existencia del contrato y, por lo tanto, la eficacia de sus estipulaciones, no surge espontáneamente ni de manera inmediata, sino que existe una etapa previa a perfeccionamiento en la cual los tratantes realizan una serie de actos unilaterales... Las negociaciones se desarrollan sobre un esquema o proyecto de futuro y eventual contrato previamente dispuesto por uno de los interesados o sea por una propuesta concreta, pero no por eso, las negociaciones quedan excluidas, ni se cae en el contrato de adhesión, si está permitido al otro interesado discutir el contenido del proyecto. (Ojeda Guillén, 2009, pp. 72-73)

A pesar de ello, muchos ordenamientos, junto con el peruano, recogen la concepción clásica que indica que *“el iter formativo de muchos contratos se inicia con la formulación de la oferta, a la cual sigue la aceptación (con lo que se celebra el contrato) o la negativa (que termina la relación)”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 350) indicándose las siguientes fases:

1. Fase Previa o de Formación: incluye los actos dirigidos a la aproximación de posturas entre las partes, siendo muy diversos, pero con la cualidad común de que no son un

contrato, como los tratos preliminares; 2 La perfección del contrato: acuerdo de las partes, a la prestación del consentimiento, cuando se inician los efectos del contrato; 3 Consumación: Implica el cumplimiento de todas las prestaciones del contrato por las partes de modo que nada tienen ya que reclamarse. (Acedo, 2011, p. 56)

Cabe señalar, que no siempre se genera un contrato mediante la forma clásica; sino antes de la firma del contrato surgen bastantes momentos y documentos que no necesariamente se pueden considerar como oferta. Al respecto, señala Allan Farnsworth:

Es común que los compromisos contractuales de gran envergadura sean redactados en un documento extenso o en un grupo de ellos firmados por las partes en múltiples copias e intercambiados entre ellas, más o menos simultáneamente al momento del cierre del contrato. Sus términos son aprobados a través de negociaciones, usualmente cara a cara durante un considerable periodo de tiempo y a menudo involucrando a funcionarios corporativos, banqueros, ingenieros, contadores, abogados y otros. Las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo enmarcado por las clásicas de la oferta y la aceptación, que evocan la imagen de una negociación unitemática, adversaria y de suma-cero, opuestas a la negociación multitemática, contemporánea y maximizada de beneficios. (Farnsworth E. A., 2004, p. 82)

En estos casos, menciona el mismo autor:

Normalmente no hay oferta o contraoferta para que las partes acepten, sino un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas “rondas”, con una sucesión interminable de borradores. Puede ser que primero haya un intercambio de información e identificación de los intereses y diferencias de las partes luego de una serie de compromisos, con un acuerdo tentativo sobre los puntos más importantes y finalmente un refinamiento de los términos contractuales. Las negociaciones pueden comenzar con los gerentes, quienes se abstienen de hacer ofertas porque quieren que los términos de cualquier compromiso valedero sean tratados por sus abogados. Una vez que estos negociadores iniciales decidan que han resuelto las materias que ellos consideran importantes, dejan el resto en manos de los abogados. Los borradores preparados por los abogados no son ofertas porque carecen de poder para hacerlas. Cuando se llega al acuerdo final, frecuentemente se espera que este incorporado en un documento o en varios que serán intercambiados por las partes al momento del cierre del contrato (Farnsworth E. A., 2004, p. 82)

Debe considerarse, que esto ocurre en contratos complejos entre partes que cuentan con interés en brindar o recibir determinada prestación en la medida que las



condiciones, precio, plazo y responsabilidades, no sean costosas o riesgosas para cada parte. En otras ocasiones la sola celebración del contrato implica el nacimiento de efectos patrimoniales los cuales las partes desean postergar. Por estas razones, cada parte utiliza mecanismos que no impliquen comprometerse en una relación obligatoria hasta que se definan dichas inquietudes.

No podemos determinar que las etapas de negociación cuentan con fases determinadas, ya que en muchos casos las partes no las realizan; sin embargo, estas pueden cursar ciertas comunicaciones o documentos que permiten avanzar en dichas negociaciones generando la expectativa y confianza en la otra parte para cerrar el contrato.

Diez Picazo señala que los procedimientos típicos de formación de un contrato son los siguientes:

1. La formación de un contrato a través de una fase de sondeos, deliberaciones y debates.
2. La formación del contrato por la concurrencia de una oferta y de una aceptación.
3. La formación del contrato mediante la celebración de un concurso o de una subasta.
4. La formación del contrato previa celebración de un contrato preliminar.
5. La formación del contrato mediante adhesión a las condiciones contractuales preestablecidas por el otro contratante. (Diez Picazo, 1996, p. 270)

No necesariamente tienen que darse todas estas fases; sin embargo, lo más común es que la primera fase se realice en la mayoría de los casos y las partes pueden optar por enviarse una oferta y aceptación o realizarse el contrato mediante un concurso de varios postores como ocurre en contratos de obra o proyectos complejos, una subasta o previamente celebren un precontrato o otros documentos mientras se fijan todos los términos del contrato o se cumplen las condiciones para que se realice el contrato.

Si bien no podemos fijar taxativamente fases de la negociación, pero si podemos comentar ciertos documentos u actos que se pueden realizar en esta etapa.

## **1.1.2 Documentos y Formas Precontractuales**

### **1.1.2.1 Cartas de Presentación y Cartas de Intención:**

Estas cartas, si bien no están contempladas en las legislaciones; sin embargo, la doctrina las acoge como documentos preliminares de la etapa de tratativas. Entre dichos

documentos podemos encontrar la carta de presentación, la misma que permite a una de las partes a presentarse frente a la otra identificándose, indicando que productos y servicios brinda, indicara su experiencia, stock, entre otros.

Para algunos autores, la carta de presentación inicia la etapa de preliminar de las tratativas y la carta de intención culmina dicha etapa.

Mosset Iturraspe define a la carta de presentación como *“la voluntad en ella expresada dirigida a producir un efecto provisorio que se agota en la preparación del contrato... Al respecto debe advertirse que no constituye el instrumento de un acuerdo ni obliga a quien lo emite.”* (Mosset Iturraspe, 2006, pág. 109)

Debe advertirse que dichos documentos no pueden considerarse como oferta porque no se integran todos los elementos para realizarse el negocio, pero abre a las partes posibilidades para negociar.

Por otro lado, Claudia Brizzio, define a las cartas de intención como *“documentos que se generan en la etapa precontractual y se les conoce con la denominación de letters of intent, memorándum of intent, letters of understanding, head of agreements.”* (Brizzio, 2013, págs. 349-350)

Asimismo, Stiglitz señala que *“A través de las cartas de intención, una o todas las partes consienten en iniciar negociaciones contractuales sobre una serie de cuestiones básicas que son enunciadas. En ningún caso, obliga a quien emite, ni constituye un acuerdo de voluntades.”* (Stiglitz, 2010, pág. 202)

Al respecto, la jurisprudencia americana reconoce este tipo de documentos dentro de la etapa preliminar de la siguiente manera:

Las cartas de intención son habituales en la negociación de contratos complejos, como los de adquisición de tecnología, y son los primeros y también los más importantes instrumentos legales precontractuales en el tráfico jurídico anglo norteamericano actual. Reflejan los acuerdos o tratos preliminares de una o más partes sobre un futuro contrato, por lo cual tienen particular relevancia en los contratos negociados paso a paso que son concluidos luego de precisar, en diversos momentos previos y por escrito, los puntos sobre los que utiliza ordinariamente para materializar por escrito un acuerdo preliminar entre las partes. Se trata de un documento preliminar que antecede a los acuerdos. (Brizzio, 2013, p. 350)

En Estado Unidos se reconoció estos documentos en 1985 mediante el litigio Chicago Inv. Corp. V. Dolins, donde *“una corte americana calificó al primer documento en*

*una serie de escritos como cartas de intenciones y a los siguientes como acuerdos.” (Brizzio, 2013, p. 350)*

Las cuestiones básicas acordadas no son de relevancia para cerrar el contrato, pero sí para continuar con las negociaciones. Existen varios tipos de cartas de intención conforme explica Brizzio:

Algunas excluyen expresamente el carácter obligatorio de lo acordado, como la no binding letter (carta no vinculante) por ejemplo, si se aclara expresamente este es un simple borrador, que no vinculan jurídicamente a quienes lo suscriben. De cualquier modo, puede servir para demostrar la existencia de tratativas preliminares. (Brizzio, 2013, pág. 350)

Otras tienen carácter accesorio siendo:

Irrelevantes para la formación del contrato, como el comfort letter, la cual sólo contiene un informe provisional de auditoría, por ejemplo, cuando una compañía escribe a un prestamista que, de acuerdo con su política, una de las subsidiarias puede contraer un préstamo, no queda obligada tomarlo. (Brizzio, 2013, pág. 351)

En cambio, otras tienen carácter más relevante como, por ejemplo, algunas:

Se limitan a expresar asentimiento para negociar o para hacerlo sobre ciertas bases o sobre cuestiones relativas a un futuro contrato, por lo cual sólo conciernen a las tratativas preliminares. Otras avanzan más, como cuando se comprometen a no negociar con terceros o a negociar hasta cierto tiempo o asumir los gastos del estudio de pre factibilidad. (Brizzio, 2013, pág. 351)

Por tanto, concluye la autora:

En términos generales la carta de intención obliga a ambas partes a actuar en las negociaciones con mayor veracidad y apertura que las habituales, avanzar en ellas con velocidad apropiada, no negociar el mismo contrato con un tercero sin informar a la otra parte y no romper las negociaciones sin buenas razones, la violación de estos deberes por una de las partes autoriza a la otra a terminar las negociaciones y en su caso reclamar indemnización. (Brizzio, 2013, pág. 351)

En este caso, al llegar a comprometer a la otra parte ciertas condiciones o realizar deberes para celebrar el contrato y las partes accedan o dichos deberes se estén realizando, se puede encontrar las exceptivas de celebrar el contrato son muy grandes y el retroceso sería sorprendente.

### 1.1.2.2 Invitación a Ofertar:

Cabe indicar, que, la invitación a ofrecer si está regulado en nuestra legislación en el artículo 1381 del Código Civil que señala *“Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.”*

Stiglitz define a la invitación a ofrecer de la siguiente manera:

Se trata de una declaración unilateral de voluntad del agente, dirigida a un número de personas, a personas indeterminadas, o al público en general, invitándose a los destinatarios a iniciar tratativas o a formular una oferta dirigida al primero o como simples invitaciones a contratar. En efecto, esta invitación tiene por finalidad que le propongan u ofrezcan al emisor un futuro contrato. (Stiglitz, 2010, pág. 204)

En este caso, como se puede observar, el oferente no hace una oferta completa sino indica su interés por celebrar un contrato con ciertas características y solicita a otros a que oferten para que el primero evalúe y decida por dicha oferta o haga una contraoferta. Un ejemplo, podría ser en los lugares de venta al por menor, ya sea en un mercado o que se ofrezcan servicios o productos por medios masivos como internet, diarios, radio entre otros. Al respecto, Freddy Escobar considera que este tipo de actos puede realizarse:

Cuando la parte interesada en realizar una transacción no tiene la información necesaria para estructurar una oferta, esa parte acude a la invitación a ofrecer con la expectativa de obtener de la otra parte la información que necesita para evaluar la conveniencia de llevar a cabo la transacción. (Escobar, 2009, pág. 494)

Cabe indicar, que dicha oferta que la otra parte indique no necesariamente está obligado a aceptar el oferente ya que simplemente es un sondeo del precio, las condiciones y el bien ya que no se entiende por oferta, debido como lo indica Escobar:

Se entiende que la oferta es completa cuando regula los aspectos de la operación (que el oferente pretende llevar a cabo) en una forma tal que la sola respuesta positiva de la otra parte sea suficiente para concluir el contrato. (Escobar, 2009, pág. 495)

Debe considerarse que:

La invitación a ofertar importa, prima facie, un avance, se podría decir que es un acercamiento al periodo de la concreción del acuerdo a mérito de actos que, aun siendo provisorios o preliminares del contrato definitivo, son vinculante, para una o ambas

partes, en cuanto no solo determinan los elementos del contrato a ajustarse, sino que también constituyen figuras negociables autónomas. (Mosset Iturraspe, 2006, pág. 110)

Asimismo, agrega el autor:

El que formula esta declaración no solo tiene la intención de quedar legalmente vinculado por el contenido de ésta, sino que además no puede hacerlo en la medida en que no ha regulado los diferentes aspectos de la operación que pretende llevar a cabo. (Escobar, 2009, pág. 495)

Esta declaración precontractual, ayuda a obtener información sobre el negocio que se quiere realizar sin afectar las negociaciones, reduciendo de esta manera los costos de transacción ligados a la obtención de información, dado que permite recibir de la potencial contraparte una declaración vinculante que revele los términos bajo los cuales esta última estará dispuesta a celebrar el contrato.

### **1.1.2.3 Due Diligence Investigation:**

No necesariamente en todas las tratativas ocurre estos tipos de procesos, sino en operaciones complejas por ejemplo de transferencias o adquisición de empresas, fusiones y otros casos relacionados como personas jurídicas.

Espinoza define a este procedimiento como:

La actividad de investigación y profundización de datos e informaciones relativas al objeto de la tratativa y del contrato que está por celebrarse (denominado target), dirigidas a proporcionar al adquirente de un mejor conocimiento en mérito al mismo” (Espinoza Espinoza, 2002, págs. 1045-1046)

De acuerdo con el autor, esta investigación puede ser de cuatro tipos:

I) Due Diligence interna, realizada por el potencial adquirente (generalmente, de sus advisors estratégicos) antes que alguna tratativa se realice, individualizando, por ejemplo, un potencial target para la operación de adquisición. II) La verdadera y propia Due Diligence precontractual, realizada generalmente por el potencial adquirente (y por sus advisors), focalizada en los aspectos importantes del objeto de negociaciones, realizada con el vendedor en el curso de las tratativas, acompañada usualmente con una carta de entendimiento conteniendo una cláusula de confidencialidad o un confidentiality agreement por separado. III) Due Diligence post-estipulación y pre-closing, realizada también en el curso de un proceso negocial in-fieri; pero a diferencia de la anterior,

connotado por la presencia de vínculos de matriz contractual entre las partes, así como también de un marco jurídico más estructurado del que opera en la fase anterior. IV) Due Diligence post-closing, orientada, por un lado, a permitir al adquirente un más completo y profundo conocimiento del bien objeto de la adquisición y por el otro, para proceder a una verificación de la correspondencia de ciertos datos o hechos garantizados por el vendedor y si es el caso, instrumental al recurso a eventuales mecanismos de indemnización o resarcimiento, pactados contractualmente. (Espinoza Espinoza, 2002, pág. 1046)

La información obtenida puede ser tanto de índole legal, tributaria, laboral, inmobiliaria, de seguros, ambiental entre otros para salvaguardar el deber de información.

#### **1.1.2.4 Minuta O Borrador**

Debe advertirse que el termino minuta no es el referido al documento notarial. De acuerdo con Stiglitz:

La minuta constituye una de las modalidades que adopta la formación progresiva del contrato. Es el caso en que las partes han convenido inicialmente solo sobre los elementos esenciales, difiriendo para más adelante el tratamiento y acuerdo sobre cuestiones accesorias. Es un instrumento en que se fija por escrito el esquema o contenido alcanzado. (Stiglitz, 2010, pág. 202)

Por ejemplo, en un contrato de transporte de bienes muebles se llegó a un acuerdo sobre el traslado de determinada mercadería de una ciudad a otra, sin embargo, no está claro sobre quién se encarga de los seguros y responsabilidades.

De acuerdo con Stiglitz, la minuta consiste *“en un simple proyecto, que contiene puntualmente redactado el resultado de las tratativas previas efectuadas hasta el momento por los futuros contratantes, incluyendo en su contenido las cuestiones esenciales sobre las cuales se alcanzó acuerdo entre las partes.”* (Stiglitz, 2010, pág. 203)

A diferencia de los anteriores documentos antes señalados, la expectativa de celebrar el contrato es muy alta, ya que ya las partes han realizado varios acuerdos, quedando algunos detalles que podrían cerrar el contrato o terminar las negociaciones sin acuerdo. Al respecto, de acuerdo como señala Brizzio:

La minuta contiene anotaciones para tener presente alguna circunstancia. Puede avanzar hasta un borrador, que es un escrito de primera intención que todavía esta inconcluso. En

sí mismo la minuta y el borrador no obligan y son de interpretación estricta. (Brizzio, 2013, pág. 349)

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien, este tipo de documento no tiene efecto alguno, debido a que de acuerdo con el Artículo 1359 del Código Civil no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones; sin embargo, sus efectos podrían encontrar sustento en el artículo 1360 del mencionado código sustantivo que señala que si las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.

#### **1.1.2.5 Contratos Previos, Precontrato O Contratos Preliminares:**

Si bien en estos casos nos encontramos ante contratos, estos ocurren dentro de una etapa previa a un contrato definitivo. Es preciso señalar, que estos documentos y sus efectos se tratan desde el punto contractual, no obstante, siendo un acto que ocurre dentro del periodo de las tratativas, consideramos necesario mencionarlos para delimitar el concepto de tratativa y para analizar cierto tratamiento que puede ser útil para nuestro presente estudio.

Stiglitz señala que *“Bajo el enunciado genérico de contratos previos se examinan diversos supuestos que pueden llegar a constituirse en actos que, con carácter de preliminares o preparatorios, preceden a un contrato definitivo”* (Stiglitz, 2010, p. 233)

Agrega el autor:

El contrato preliminar es el dirigido al perfeccionamiento de un futuro contrato definitivo entre las mismas partes, lo que torna en innecesaria la renovación del consentimiento ya otorgado pues constituye un contrato perfecto y por tal, firme, por lo que la obligación de hacer no se traduce en renovar el consenso sino en ejecutar lo acordado... A diferencia de las tratativas, el precontrato o ante contrato es un contrato que obliga a las partes a la celebración de uno nuevo, de modo que el precontrato genera una responsabilidad de clara fuente contractual. (Stiglitz, 2010, p. 233)

Para Stiglitz estos contratos se caracterizan:

Por la circunstancia de que, si bien constituye un negocio que se examina como integrado una modalidad en la formación progresiva del contrato, en él las partes acuerdan diferir en el tiempo algunos de los efectos jurídicos, pero, en todo lo demás, participa

subordinada a la concurrencia de los elementos esenciales que lo integran. (Stiglitz, 2010, p. 233)

En el Perú se encuentran regulados en los artículos 1414 al 1425 del Código Civil, nombrándose como contratos preparatorios. Según el artículo 1414 del código sustantivo por el compromiso de contratar se obligan las partes a celebrar un contrato definitivo. Al respecto advierte Víctor Bolaños:

Consideraciones de hecho o de derecho pueden determinar que los contratantes no puedan o no quieran celebrar el contrato en un momento determinado, pero, a pesar de ello, quieran, en ese momento, asegurar su celebración futura. Este interés, la celebración futura del contrato, pueden satisfacerlo los contratantes, de acuerdo con lo regulado en el código civil, mediante la celebración, en el presente, de un contrato preparatorio. (Bolaños Velarde, 2004, p. 445)

Cabe indicar, que en el Perú se encuentran regulados dos tipos de contratos preparatorios, el compromiso de contratar y el contrato de opción. En el primero las partes acuerdan celebrar un contrato definitivo en el futuro indicando efectos en caso de incumplimiento y fijándose los elementos esenciales del contrato definitivo. En el contrato de opción surge por medio de un contrato, el mismo que otorga a una de las partes la posibilidad de celebrar otro no siendo obligatoria tal decisión.

En el caso del compromiso a contratar de acuerdo con el artículo 1418 del Código Civil, la negativa injustificada de celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte a exigir judicialmente la celebración del contrato o se deje sin efecto el compromiso a contrata, sin perjuicio de que en cualquiera de los casos se solicite la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Debe indicarse que en estos casos como se tratan de contratos se debe regir por la responsabilidad contractual.

## **1.2 La Celebración del Contrato y su Perfeccionamiento**

Una vez que las partes realizan sus negociaciones y éstas van generando acuerdos, las partes convienen celebrar el contrato. Si bien, en la mayoría de los casos, para constar dicho acuerdo proceden a firmar el contrato; sin embargo, existen otros casos en que sin la firma de dicho documento se comienza a ejecutar el contrato, por lo que es conveniente preguntarse desde qué momento se considera celebrado o perfeccionado el contrato.



Al respecto, el artículo 1352 del Código Civil, establece que los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada bajo sanción de nulidad.

Bajo esta línea podemos afirmar que salvo casos que exijan una formalidad bajo sanción de nulidad, como, por ejemplo, una donación la firma del contrato no es el punto de partida para considerar un contrato ha celebrado sino su consentimiento.

Es importante determinar desde cuándo se perfecciona el contrato, ya que, como se dijo anteriormente, hasta antes del perfeccionamiento del contrato las partes se encuentren negociando pueden desistir de él. Debe advertirse, que, una vez perfeccionado el contrato, ya no se puede desistir debido a que en ese momento el contrato comienza a ejecutarse.

Ahora bien, ¿qué se entiende por consentimiento de las partes? y ¿cuál es el sentido del contrato acordado por estos? la doctrina y las legislaciones han fijado ciertos criterios y teorías para determinar el alcance de dicho consentimiento y además las consideraciones a tener en cuenta al ver la conducta de las partes cuando negociar y consientes los acuerdos estipulados.

En primer lugar, evaluaremos las distintas teorías que explicarían el consentimiento para luego tratar de aproximarnos a los límites entre la negociación y un contrato ya celebrado.

### **1.2.1 Teorías Que Explican El Consentimiento**

Conforme la teoría contractual se ha ido desarrollando, han surgido teorías las cuales han tratado de explicar cómo interpretar los acuerdos de las partes y lo que las partes se han obligado en el respectivo contrato.

Al respecto, existen dos teorías extremas que ayudan a determinar la voluntad de las partes que son la teoría subjetiva o de la voluntad y la teoría objetiva o de la declaración las cuales la doctrina para corregir ciertas deficiencias ha desarrollado otras teorías moderadas las cuales son la teoría de la responsabilidad, la teoría de confianza y la del contacto social. A continuación, explicaremos cada una:

#### **1.2.1.1 Teoría Subjetiva o de la Voluntad:**

Esta teoría es la más antigua, ya que tiene origen en el Derecho Romano. Además, es difundida a través del Código de Napoleón y adoptada en el Código Civil Alemán de

1900. Partiendo del punto, que un contrato es un acuerdo de voluntades, pone énfasis en la intensión que tienen las partes al contratar primando lo que las partes quisieron contratar por encima de lo que se expresa en el contrato. De acuerdo con Francisco Moreyra:

Consiste en sostener que la voluntad interna y subjetiva es la real y debe prevalecer sobre la voluntad declarada cuando existe discrepancia inconsciente entre ambas...por consiguiente, hay que penetrar en la intención para encontrar el verdadero sentido de lo que se quiso si falta la voluntad efectiva de la persona o ésta ha sido distorsionada por la declaración, el acto jurídico es nulo, igual que se hubiera faltado la voluntad misma porque la declaración en verdad no la contiene. (Moreyra García-Sayán, 2005, pág. 153)

De acuerdo con esta teoría de existir alguna interrogante sobre el alcance o sentido del contrato, en vez de revisar la literalidad el texto redactado, se tendría que revisar los antecedentes que llevaron a cabo la celebración del contrato y lo que quieren acordar cada parte.

Consideramos que la interpretación a realizar es subjetiva, ya que, de acuerdo con lo señalado por Castillo Freire, *“esta tesis parte de la premisa de que la voluntad humana es fuente primaria de todo efecto jurídico y, por consiguiente, el contrato supone un encuentro de voluntades. (Castillo Freire, 2010, pág. 54)*

Al ser un encuentro de voluntades se busca la intencionalidad de las partes al celebrar un acuerdo, no siendo necesario su declaración. Y por tanto de acuerdo como señala De La Puente y Lavalle *“surgida una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración debe tomarse especialmente en consideración a aquella, pues se sostiene que el contrato es acuerdo de voluntades”*. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 109)

Debe considerarse que esta teoría:

*Encuentra sus fundamentos en los presupuestos del derecho natural, postula que la voluntad individual es el centro de reconocimiento y de valoración del ordenamiento jurídico, y que de hecho se encuentra antes que éste solo se limita a reconocer su existencia y su poder. (Castillo Freire, 2010, pág. 55)*

De esta manera, considera De La Puente y Lavalle que *“la relación jurídica que resulta de ellos deba representar el querer de las partes. La declaración no tiene más valor que ser el medio más adecuado para exteriorizar este querer.”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 109) .

En síntesis, de acuerdo con esta teoría, el contrato al ser un acuerdo de voluntades, debe ser interpretado conforme a su intencionalidad, debiéndose considerar en caso discrepancia lo que quisieron acordar cada parte y no lo que se entiende en la declaración. Como puede observarse, a simple vista es una teoría que busca cierta justicia; sin embargo, debe advertirse, que, según lo que Lizardo Taboada precisa:

Esta primera teoría ha sido por lo general mal interpretada, al haberse pretendido señalar que esta teoría no sostiene de ningún modo que lo que produzca efectos jurídicos en el ámbito del Negocio Jurídico sea la Voluntad Interna del Declarante o de las partes, pues al igual que las otras teorías... la Voluntad Declarada es siempre la productora de efectos jurídicos, en el sentido que la misma es el elemento fundamental del supuesto de hecho del Negocio Jurídico, previsto en abstracto por la norma jurídica.. (Taboada Córdova, 2013, pág. 237)

En cambio, agrega el autor:

Esta teoría sostiene, sin embargo, que a pesar de ser la Voluntad Declarada o Manifestada la única capaz de producir efectos jurídicos, en la Declaración de Voluntad se debe dar mayor valor a la Voluntad que a la Declaración, en la medida en que el Derecho busca que los efectos jurídicos nazcan cuando han sido voluntariamente queridos, y en la medida en que la Declaración es únicamente el vehículo a través del cual el sujeto declara su verdadera voluntad. En tal sentido, lo que señala esta posición teórica es que, en los casos de Discrepancia entre la Voluntad Interna y la Voluntad Declarada, debe prevalecer siempre la Voluntad Interna, invalidándose la Voluntad Declarada y produciéndose como consecuencia la nulidad del Negocio Jurídico afectado, ya que de ambos elementos el más importante es la voluntad. Esto significa que la teoría Voluntarista en ningún momento señala que la Voluntad Interna deba prevalecer sobre la Voluntad Declarada, de modo tal que el Negocio Jurídico, en el que exista discrepancia, deba considerarse celebrado sobre la base de la Voluntad Interna, sino que se le atribuye únicamente a la Voluntad Interna discrepante el rol de destruir lo declarado en toda hipótesis de discordancia entre ambas voluntades. (Taboada Córdova, 2013, pág. 237)

Por otro lado, esta tesis busca *“subrayar la libre determinación del individuo y proteger su decisión volitiva, en que se funda la relevancia jurídica del Acto privilegia al emisor de la declaración contradictoria.”* (Moreyra García-Sayán, 2005, pág. 156)

Cabe indicar, que esta teoría tiene ciertas críticas entre las cuales podemos destacar que, si bien otorga mayor consideración a la voluntad, no prescinde de la

declaración. por consiguiente, el desconocer la declaración se incurre en error. Asimismo, es difícil probar la voluntad de las partes más allá de lo declarado.

Además, de solo basarnos en lo que las partes quisieron negociar, podría haber muchas subjetividades que ocasionarían problemas en la interpretación y además no es necesario que dicha voluntad sea plasmada en un documento o declaración para poder ser comprendida y aceptada por la otra parte. Asimismo, cabe reconocer que es complejo determinar y probar la intención de las partes conforme el contrato se desarrolla en el tiempo.

### **1.2.1.2 La Teoría Objetiva o de la Declaración:**

Esta teoría surgió en Alemania, en el siglo XIX, para solucionar las deficiencias generadas por la teoría voluntarista. Al respecto, comenta Manuel De La Puente y Lavalle que dicha teoría nació *“Como una reacción contra la inseguridad que crea la teoría de la voluntad, al no permitir confiar en la declaración si ésta no coincide con la voluntad real, la cual es difícil de conocer”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 110)

De acuerdo con esta teoría:

El contrato no es evaluado como un fenómeno psíquico, sino como un fenómeno social, de tal manera que lo que interesa es el hecho objetivo de la declaración, cuyo conocimiento está al alcance de todos, y no el hecho subjetivo de la voluntad, que solo conoce el agente. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 110)

En contraposición con la teoría anterior, la voluntad de las partes se entiende en lo expresado y no en sus intenciones no declaradas. Por tanto, tal como señala Castillo Freire *“la validez de las reglas reposa en la constatación de lo expresado por el sujeto. Se le imputa al sujeto lo declarado sin importar si ello corresponde o no a su voluntad interna.”* (Castillo Freire, 2010, pág. 56)

En otras palabras, de acuerdo con esta teoría, nos debemos centrar en lo indicado en el texto del contrato y ya no preguntar a las partes qué quisieron acordar. En este orden de ideas, menciona Lizardo Taboada, *“En caso de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, debe prevalecer siempre y en todos los casos la voluntad manifestada, por ser esta única el componente de la estructura negocial.”* (Taboada Córdova, 2013, pág. 237)

Debe advertirse que, en realidad, *“la teoría de la declaración, más que negar el valor de la voluntad real, toma la que podríamos llamar forzada solución de sacrificar la voluntad real*

*y sustituirla por la voluntad que aparece en la declaración.” (De La Puente y Lavalle, 2003, pág. 110).*

Esta teoría tiene algunos aspectos correctos y adecuados ya que es más fácil probar lo que las partes manifiestan sobre lo que las partes han querido decir. Además, concordando con Moreyra:

La Teoría de la declaración ... hace predominar el principio de la seguridad del tráfico, la certeza en las relaciones jurídicas, el respeto por la palabra empeñada. Prefiere tutelar el interés del receptor de la declaración contradictoria. Es una teoría en la que predomina la idea de la función social del derecho. (Moreyra García-Sayán, 2005, págs. 155-156)

Con respecto a las dos primeras teorías, se puede advertir que, representarían a la forma clásica de contratación y han sido superadas en la doctrina por las dos posteriores. Esto es porque cada una de las dos primeras teorías se explicarían mejor en una unidad. Al respecto, Manuel De La Puente y Lavalle comenta lo siguiente:

Las dos principales teorías, o sea las de la voluntad y de la declaración, deben ser entendidas en sus verdaderas dimensiones. Ni la primera pretende prescindir de la declaración ni la segunda prescindir de la voluntad. Ambas son conscientes que el acto es una declaración de voluntad. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 113)

Asimismo, Luis Ojeda señala:

Para la Tesis de la declaración, intentando proteger la seguridad del tráfico, el contrato es totalmente válido conforme a lo declarado. En cambio, para la tesis de la voluntad, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y por tanto en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido, habría una declaración sin voluntad y, por lo tanto, un contrato inválido, esto es, el declarante que ha cometido el error, puede pedir la nulidad del contrato. Se deja así completamente desprotegida la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 94)

Como muestra el autor, la aplicación de una teoría u otra, es de suma importancia, ya que llevaría a consecuencias distintas debido a que su ámbito de protección es distinto. En la teoría de la voluntad, pretenden proteger la autonomía de las partes, sacrificando la seguridad del tráfico, y en la de la declaración, pretenden proteger la seguridad del tráfico, no dando importancia la intención de las partes.

Como consecuencia práctica podemos observar que, en el caso de los vicios de la voluntad, de acuerdo con la teoría de la voluntad, conllevaría a la nulidad, y en el caso de la teoría de la declaración llegaría a la anulabilidad.

Como se puede observar, estas dos teorías no responderían todas las inquietudes generadas por las partes contratantes; sin embargo, pueden responder algunas inquietudes, como, por ejemplo, pronunciarse en caso de reserva mental, o en caso de que las partes recurran a entender a la intención de alguna cláusula mal redactada. Sin embargo, no siendo estas teorías extremas suficientes para responder la problemática generada para determinar el consentimiento, surgieron otras teorías intermedias que combinan alguna de estas dos teorías extremas. No obstante, muchas legislaciones a pesar de recoger ciertas características de dichas teorías medias, siguen dándole importancia a que predominen alguna de estas teorías extremas, siendo por lo general más aceptada en la normativa de los países la declarativa.

### **1.2.1.3 Teoría De La Responsabilidad:**

Esta teoría es de sumo interés para nuestro análisis, ya que es uno de los antecedentes en la responsabilidad precontractual.

La teoría de la responsabilidad fue desarrollada por Windsheid, tomándose como base la Teoría de la Culpa Incontraendo formulada por Von Ihering, la cual se basa en que si en un contrato nulo por culpa atribuible a uno de los contratantes, éste era responsable frente al otro por el interés contractual negativo ocasionado, es decir, *“Aquello daños que no hubieran sufrido de haber sabido que el acto sería nulo.”* (Moreyra García-Sayán, 2005, pág. 156).

Bajo esta premisa, se plantea la teoría de la responsabilidad mediante la cual:

El emisor de una declaración discrepante de su voluntad es el único responsable de esta discrepancia. Si por causa de la deficiente expresión empleada, la declaración no refleja intención, se debe atender, según unos, a lo que la declaración expresa, como sanción por haber actuado el declarante con culpa al formularla o anular la declaración: y según otros, con el consiguiente resarcimiento de los daños y perjuicios a cargo del declarante culpable. (Moreyra García-Sayán, 2005, pág. 156)

Un caso práctico sería el del error atribuible a una de las partes que causa un acto nulo. Según esta teoría, quien debe responder es quien no tuvo la diligencia de hacer el negocio de manera distinta a su intención. En este caso, se castiga al negligente considerándose lo declarado y solicitándose una indemnización por los daños causados.

Como se puede observar, esta teoría es una versión mejorada de la teoría voluntarista, siendo su finalidad:

Suavizar los efectos de la teoría voluntarista en casos de discrepancia prevalecerá la voluntad declarada si dicha discrepancia ha sido querida por el autor de la declaración de voluntad, en el sentido de haber sido consecuencia de su dolo o culpa, pues si la misma ha sido involuntaria deberá prevalecer la voluntad interna. (Taboada Córdova, 2013, pág. 238)

La forma como atenúa la teoría de la voluntad es respondiendo el problema acerca de la situación de los actos jurídicos realizado sin la voluntad o que ésta sea invalidada por responsabilidad de una de las partes, de tal manera que se proteja a la otra parte de no ser perjudicada del actuar negligente de la otra.

Al respecto, explica De La Puente y Lavalle, *“El actual planteamiento de la teoría de la responsabilidad es, pues, que, si la declaración es objetivamente estimable como portadora de una voluntad válida, el declarante queda comprometido por ella, aunque realmente no lo haya querido”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 112)

Por tanto, con esta teoría se soluciona los problemas de reserva mental y se trata de evitar el abuso en caso de actuar de mala fe ya que en los casos que exista una discrepancia por culpa de quiere emite la declaración, se entendería lo declarado y no solo voluntad intrínseca.

Ahora bien, que esta teoría logra un gran avance y mejora la teoría de la voluntad, sin embargo, es válido lo señalado por Espinosa, cuando dice:

Habría que tener en cuenta la conducta (si bien en su acepción original, se habla de culpa) del declarante. De tal manera, el acto del saludo dentro del contexto de una subasta, genera la consecuencia de ser interpretado como una oferta ya que el agente emisor debe asumir jurídicamente las consecuencias de su actuar. Dentro de esa línea de pensamiento se afirma que iniciativa y autorresponsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presupone y reclaman recíprocamente. (Espinosa Espinoza, 2012, págs. 56-57)

En ese orden de ideas, Catillo Freire señala:

El principio de auto responsabilidad atribuye al declarante el riesgo de una declaración no conforme con la voluntad real y, además, de una declaración no querida. El sujeto puede quedar así comprometido por un acto que él realmente no ha querido. (Castillo Freire, 2010, pág. 57)

Para tal fin, para aplicar dicha teoría se requieren dos requisitos, la existencia de vicios de voluntad y que sea imputable al declarante. De esta manera, explica Castillo Freire:

El primero consiste en que la declaración tenga vicios de exteriorizar una voluntad y el segundo, que sea imputable al declarante la divergencia entre la voluntad real y la declaración. Así el declarante solo será responsable si actúa con dolo o culpa, no siéndolo si lo hace por error. (Castillo Freire, 2010, pág. 58)

Debe advertirse, que la mirada del interprete, de acuerdo con esta teoría, recae en quien declara, por tal motivo ante la existencia del vicio la responsabilidad es contra él, sin embargo, no se analiza, la diligencia de la otra parte o si esta última lo pudo evitar.

Pese a estas deficiencias, esta teoría tiene varios aspectos positivos, así como lo indica De La Puente y Lavalle *“la teoría de la responsabilidad es un gran avance comparado con las dos anteriores ya que el dar valor a la declaración; no porque lo tenga en sí mismo, sino porque el sujeto se hace responsable, tiene sentido”*. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 114), de tal manera, agrega el mencionado autor:

Es justo que quien declara sea responsable de sus actos y en esta óptica, el principio de la responsabilidad permite a cada uno de nosotros introducirse en el tráfico jurídico sin correr riesgos por hechos ajenos... sin embargo, para que esta teoría cumpla adecuadamente su finalidad, se requiere que el declarante actúe voluntariamente, en el sentido que realmente quiera que su declaración sea considerada como una exteriorización de su voluntad. Si por dolo o culpa declara falsamente una voluntad que no tiene, es justo que asuma la responsabilidad. En cambio, si debido a un error, tanto de vicio como obstaticio, declara como cierta una voluntad que no tiene, la teoría de la autorresponsabilidad no podría hacerlo responsable. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 114).

A pesar de ello, como se señaló anteriormente, la teoría de la Responsabilidad, cuenta con ciertas deficiencias, como, por ejemplo, el no enfocarse en la parte receptora y evaluarse su diligencia o búsqueda de evitar dichos vicios, de ser conocido por esté; así como, no recoger todas las posibles situaciones que se puedan generar, como el caso de un contrato válido; sin embargo, las partes creen entender que la voluntad de una de ella es otra de la que la otra considera.

Actualmente, muchos doctrinarios han creado, a partir de esta teoría, la teoría del contacto social, la misma que será explicada y desarrollada en los capítulos posteriores.



#### 1.2.1.4 Teoría de la Confianza o de la Buena Fe:

Así como la teoría de la responsabilidad modera la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza modera la teoría de la declaración. Al respecto, explica Moreyra que ésta:

Admite la preeminencia de la declaración, aunque ésta resulte disconforme a la voluntad real del emisor, pero solo cuando hay motivos para suponer que coincide con la voluntad interna y el receptor de la declaración actuó en la confianza de que la declaración reflejaba fielmente la intención, es decir, contrató en la buena fe o en la ignorancia de que alguna desinteligencia existía en quien la emitió y cifró en ella legítima expectativa. De lo contrario, si conoció o debió conocer, actuando con diligencia, que la declaración que recibía discrepaba de la intención de quien formulaba, actuó con culpa al no percatarse y el acto deviene en ineficaz. (Moreyra García-Sayán, 2005, pág. 156)

Como se puede apreciar, esta teoría analiza, aparte de lo que declaran las partes, lo que entienden éstas y si han actuado de buena fe y son diligentes. Por tanto, sí admite como elemento necesario la intención de las partes al contratar; sin embargo, solo en caso de que exista una discrepancia por el actuar de mala fe de una de las partes, que pueda afectar a la otra que actuó de buena fe y diligentemente. Al respecto, De La Puente y Lavalle señala que:

La declaración discrepante de la voluntad tiene valor cuando el destinatario ha confiado razonablemente sobre la seriedad y sobre el significado objetivo de ella. Se basa en la certeza del tráfico jurídico exige privilegiar la confianza respecto a la realidad del consentimiento, en el sentido que la buena fe que preside la formación de voluntad a lo que se le presenta verosímilmente como tal. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 112)

Por otro lado, Lizardo Taboada (Taboada Córdova, 2013, pág. 238), considera que, de acuerdo con la teoría de la confianza, se debe prevalecer la voluntad interna si el destinatario de la declaración de voluntad, en caso de haber discrepancia, no confió, porque se percató de la falta de coincidencia, pues de haber confiado por no haber podido advertir la discrepancia, prevalecerá la voluntad declarada.

Algún sector de la doctrina, ha sostenido que esta teoría es una consecuencia de la teoría de la responsabilidad, ya que la confianza de una de las partes surge de la declaración de la otra; sin embargo, De La Puente y Lavalle indica que se asemeja a la teoría de la voluntad pues si bien la declaración es uno de los elementos para generar la confianza, ésta no recae en el sentido de la declaración ni es su imputabilidad al

declarante, sino en la posibilidad razonable de que la declaración sea portadora de una voluntad que va a ser común. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 116)

Comparto con lo mencionado con Taboada, ya que, ambas teorías buscar corregir las incompatibilidades, por medio del análisis del comportamiento de las partes y en la presente teoría, logran corregir las deficiencias de la teoría de la responsabilidad, al menos en observar el comportamiento del receptor de la declaración del emisor.

Por otro lado, señala Espinoza:

En línea de principio, nadie debe quedar vinculado por un negocio si su voluntad no se ha formado libre y espontáneamente. La buena fe y la efectiva confianza de los destinatarios de una declaración en la validez y en la regularidad de la misma también merece protección. Debe valorarse a este fin si el destinatario conoció o no conoció que lo declarado divergía de la voluntad interna o pudo conocerlo. Debe valorarse igualmente el comportamiento del declarante y de la responsabilidad que él le cabe en la divergencia. Si actuando diligentemente pudo y debió desvanecer la confianza que en los terceros suscitaba su declaración y no hizo, responde a la eficacia de la declaración. (Espinoza Espinoza, 2012, pág. 58)

De lo expuesto por el autor, podemos inferir que, evaluando la existencia de la buena fe y la confianza de las partes, se protege la libertad de éstas al contratar para que las partes manifiesten su voluntad de manera libre y consciente sin ser conducidas en error de no cumplirse el principio de buena fe.

No obstante, uno de los retos de la teoría de la confianza es definir los conceptos de buena fe y confianza de las partes, no desarrollados en las legislaciones del derecho comparado y cuya doctrina no es pacífica, situación que dificultaría su aplicación.

Comparto esta teoría ya que permite entender el momento de celebración del contrato viendo como el receptor de la oferta entiende y a partir de ese momento evaluar consecuencias, efectos y responsabilidades. Sobre esta teoría se priorizará en el siguiente capítulo.

#### **1.2.1.5 Posición Doctrinaria y del Código Civil Peruano**

Habiéndose conocido las principales teorías que explican el consentimiento, es preciso analizar qué teoría es adoptada por la doctrina y por las legislaciones, especialmente por

nuestro ordenamiento, y de ser necesario evaluar que teoría debería adoptarse en nuestro país.

Cabe señalar, la doctrina no es pacífica al considerar que teoría es la mejor, de esta manera, por ejemplo, para Manuel De La Puente y Lavalle, la teoría de la confianza. Esto se debe porque parte del siguiente planteamiento:

El contrato es un concurso de declaraciones de voluntades. Ambos elementos (voluntad y declaración) tienen un valor igual. Si bien la coincidencia de declaraciones es un hecho fácil de apreciar, no ocurre lo mismo respecto a la coincidencia de las voluntades, por existir estas en el fuero interno de las personas. Es necesario, por ello recurrir a un medio que razonablemente permita inferir la realidad de una voluntad común. ... La mayoría de los ordenamientos de derecho privado descansan en el principio de que los contratos deben celebrarse de buena fe de tal manera que las partes tienen el derecho de exigírsela recíprocamente. La teoría de la confianza, por ello, basándose en un respetable principio jurídico, sustituye la certidumbre de la existencia de la voluntad común, inalcanzable la mayoría de las veces, por una creencia de buena fe en dicha existencia, a lo cual debe otorgársele pleno respaldo. Es verdad que, si la confianza no es fundada, el contrato se celebraría sin la existencia de una verdadera voluntad común, pero este es un sacrificio que debe hacerse si se desea que el contrato juegue su verdadero rol en una sociedad dominada, cada vez más por la celeridad y firmeza en las transacciones. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 116)

Comparto con el autor que esta teoría permite la seguridad en el tráfico contractual al evaluarse, además de lo declarado por las partes, la buena fe de ellas al conocer la voluntad de las partes.

Por otro lado, Lizardo Taboada considera que las cuatro teorías podrían aportar para solucionar otros problemas ya que:

Por sí sola es capaz de resolver los supuestos de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada (simulación, reserva mental, declaración hecha en broma, y error obstacivo), para cuya solución fueron elaboradas inicialmente, en la medida en que existe consenso de que cada uno de los cuatro supuestos de divergencia debe ser resuelto de acuerdo a los intereses en conflicto, utilizando una u otra teoría, dependiendo de cada sistema jurídico en particular en otras palabras más que un problema conceptual, es un problema de regulación legal que merece una respuesta simplemente normativa como solución de los cuatro casos de discrepancia ya mencionados. (Taboada Córdova, 2013, pág. 238)

Ante esta situación, según el autor, la doctrina ha tomado por una solución ecléctica utilizándose de manera combinada:

El Código Civil Peruano utiliza la teoría de la voluntad y la confianza para el régimen legal de simulación, la teoría de la confianza para el tratamiento del error en la declaración, la teoría de la declaración para el supuesto de la reserva mental y la teoría de la voluntad para el caso de la declaración hecha en broma o con propósito no serio. (Taboada Córdova, 2013, pág. 239)

En el ámbito contractual, debe advertirse, que la legislación ha regulado varias medidas y deberes contractuales en relación a las cuatro teorías en mención. A pesar de ello, como se puede apreciar existen ciertas diferencias entre las teorías y el considerar que se aplique todas las teorías en ámbitos distintos debe contarse con una legislación que pueda regular con claridad y que los operadores del derecho podrían llevar confusión y que pese a lo mencionado siempre va a haber una predominante. En el presente caso, un sector mayoritario de la doctrina señala que en nuestro código civil predomina la teoría de la declaración.

En el ordenamiento argentino, de acuerdo como señala Stiglitz, se recoge la teoría de la confianza de la siguiente manera:

El criterio sustentado en que, en principio, prevalece la voluntad real si es que ella ha sido conocida o conocible por el destinatario salvo la discordancia sea atribuible a quien culposamente o solamente ha emitido la declaración o el destinatario haya obrado de buena fe en cuyo caso debe ser protegida con fundamento en la seguridad del comercio y la confianza en la apariencia. De lo contrario habrá de estarse a lo declarado, integrando su análisis con el comportamiento del declarante, salvo que razonablemente no pueda contarse con él (Stiglitz, 2010, págs. 154-155)

En nuestra legislación, de acuerdo con la exposición de motivos:

Si bien la teoría de la declaración ha cobrado enorme importancia en los últimos años, pues está orientada a brindar seguridad jurídica, nosotros nos hemos declarado partidarios de la teoría de la voluntad, porque responde mejor a nuestra realidad socio-jurídica. Se ha dicho, también, que la doctrina y la jurisprudencia se encargarían de esclarecer cual es discutible por la misma imprecisión del texto (Revoredo, Delia, 2015, pág. 59)

Sobre esta premisa, no consideramos que nuestra legislación adopte la teoría de la voluntad como regla primordial. Si bien de acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil, *“el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar y extinguir*

*una relación jurídica patrimonial.” al respecto, de acuerdo con Lizardo Taboada “esta norma no nos dice en modo alguno, si el acuerdo de las partes implica coincidencia de voluntades internas o únicamente coincidencia de voluntades declaradas”. (Taboada Córdova, 2006, pág. 325). Además, agrega el autor.*

Se limita a indicar que en materia contractual rige el principio de consensualismo por regla general, es decir, que en la mayor parte de los contratos basta el simple acuerdo de voluntades para la formación de los mismos, salvo el caso de los contratos formales o solemnes, llamados también con la forma debida, en los cuales es el consentimiento que debe prestarse en la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad. (Taboada Córdova, 2006, pág. 325)

Asimismo, debe considerarse el primer párrafo del artículo 1361 del Código Civil señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. De acuerdo con dicho artículo se da preferencia a la declaración de las partes que la voluntad de las partes, por lo que más que la teoría de la voluntad, este código se acercaría a la teoría de la declaración.

Sin embargo, advirtiendo el artículo 1362 del Código Civil que señala que *“las partes deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*. De La Puente y Lavalle, en el Código Civil considera:

Si el Código Civil Peruano dispone que los contratos deben celebrarse de buena fe, está admitiendo que, ante la dificultad de conocer las voluntades internas de las partes, cuya coincidencia da lugar a la formación de la voluntad común, es legítimo recurrir a la apariencia a lo que ofrece a nuestro entendimiento, para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 118-119)

No obstante, a ello, Lizardo Taboada entiende que el artículo 1362 del Código Civil no refiere a la formación del contrato ya que este está regulado en el artículo 1373, del mismo cuerpo sustantivo, sino al deber que regirán los contratos desde su negociación, celebración y ejecución de las reglas de buena fe porque no se puede hablar de voluntarismo además al referirse a la ejecución del contrato es una norma de carácter interpretativo. (Taboada Córdova, 2006, pág. 325)

Además, de acuerdo con el artículo 168 del Código Civil, que establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Al respecto de acuerdo con Lizardo Taboada señala que *“resulta evidente que la norma del artículo 168 que debe entenderse como consecuencia de la*

*coincidencia de voluntades declaradas de las partes contratantes.” (Taboada Códova, 2006, pág. 329)*

En cambio, el mencionado autor considera:

Para determinar que teoría predomina en la norma es importante fijarse en el artículo 1359 del Código Civil que señala que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. Esta norma nos está diciendo en forma muy clara, que para la formación del contrato es necesario una total y perfecta coincidencia de voluntades declaradas, sin exigir en modo alguno coincidencia de voluntades internas o sin referirse sobre dicho aspecto, ya que el artículo utiliza el termino estipulaciones que está referido exclusivamente a las cláusulas que conforman el contenido del contrato, que es producto o consecuencia de las voluntades declaradas. Esto nos hace pensar que el código civil en materia contractual ha optado por el declaracionismo. (Taboada Códova, 2006, pág. 326)

En contraposición a lo antes señalado, de acuerdo Guillermo Lohmann señala: *“Nuestro codificador civil no parece haber optado por ninguna de las corrientes extremas, inclinándose por las tesis de responsabilidad y de confianza, que atenúan los rigores de uno y otro extremo.” (Lohmann, 1994, pág. 104)*

Sobre este punto, debo rescatar la falta de claridad y poco orden en el desarrollo del articulado contractual que incluye varios conceptos como buena fe, intención de las partes o acuerdo expreso en el contrato sin un claro desarrollo de estos conceptos que daría la impresión de que el código podría recoger todas las teorías en especial la de la confianza.

Lo cierto es que, la mayoría de los autores descarta la aplicación de la teoría voluntarista y la de la responsabilidad. Bajo este orden de ideas, el Considerando 139 del Quinto Pleno Casatorio Civil explica lo siguiente:

Tal cual se encuentra nuestro Código Civil, la orientación adoptada es claramente declaracionista sobre la base del artículo 168 del Código Civil, que señala que para interpretar el acto jurídico se debe tomar en cuenta únicamente la voluntad manifestada, debidamente concordado con los artículos 201 y 194 del Código Civil, que haber optado por la teoría de la confianza, están admitiendo de manera implícitamente el sistema declaracionista, no existiendo ningún artículo dentro de este libro que nos permita sugerir que la orientación es voluntarista (V Pleno Casatorio, 2012)

Conforme lo analizado en la norma y los demás autores podemos observar que este planteamiento pese a las intenciones del legislador el sentido del presente código no es acoger la teoría voluntarista, sino la teoría de la declaración.

En nuestra opinión, compartimos con Lizardo Taboada y con la doctrina mayoritaria que el presente código ha buscado optar por darle prioridad a la teoría de la declaración, pese a haberse recogido otras teorías que de manera indirecta portaron a resolver otros problemas contractuales como los casos de reserva mental, declaraciones con finalidad lúdica, casos de nulidad o vicios de la voluntad; sin embargo, la poca regulación de otras teorías, hacen que solo se pueda entender que prima la teoría declaracionista no pudiendo responder a todos los vacíos y problemas de interpretación entre las partes contratantes o tratantes.

Pese a lo señalado, consideramos que la teoría que debería recogerse en este código es la de la confianza. En primer lugar, si bien, en un contrato tan importante es la voluntad como la declaración; sin embargo, es también importante tener presente lo entienden que entiende las partes, sobre todo el receptor de la oferta y el receptor de la aceptación ya que de esa manera se podría entender si existe consentimiento y en qué términos lo hacen. Asimismo, se debe analizar para dar libertad a las partes y la buena fe entre ellas; para ello es necesario que se regule el concepto de buena fe.

Debe considerarse que, con esta teoría también se podría analizar si, de manera tacita o expresa, alguna de las partes entendió la existencia o no de un contrato celebrado o también la existencia de responsabilidades en caso de nulidad o vicios de la voluntad, si es que alguna de las partes no cumplió con el deber de buena fe sobre ciertos vicios no percatados por la otra parte de buena fe.

### **1.2.2 ¿En Qué Momento Nos Encontramos Ante Un Contrato Celebrado?**

Aunque esta pregunta es aparentemente fácil, conforme se hace una lectura profunda de nuestra legislación civil, y lo tratamos de aplicar a la contratación de estos tiempos, se puede observar que no es tan fácil responder dicha pregunta.

Al margen del análisis de los artículos, que podrían llegar a tener presente al momento en el cual se puede hablar de un contrato celebrado, es necesario que se complemente con la teoría del consentimiento analizado anteriormente.

Haciendo lectura del artículo 1351 del Código Civil, que señala que “*el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”, podemos observar que pese a ser dos elementos importantes: un acuerdo de voluntades y una relación jurídica patrimonial. Al respecto considera Ramírez Izaguirre:

Esta definición legal resalta la importancia del acuerdo como elemento trascendente en el contrato. Otro elemento es la causa, el objeto (para los que creen en él) y la formalidad (para los que creen en él) y la formalidad (cuando se encuentra prevista bajo sanción de nulidad, que no es un requisito al consentimiento para que exista contrato, sino de un mecanismo a través del cual debe prestarse el consentimiento) elementos que se aprecian con el entendimiento de la oferta y la aceptación. (Ramírez Izaguirre, 2017, pág. 164)

En otras palabras, un primer alcance que nos da el artículo 1351 del Código Civil, es que un contrato se entiende por celebrado, cuando existe un acuerdo de voluntades y se cumplen los requisitos para su validez; por tanto, es necesario analizar el título y no sólo el documento, aunque a veces la firma del documento es requerida para la existencia del Título.

En caso de los contratos solemnes, el límite entre negociación y contrato es fácil de determinar; sin embargo, en caso de los contratos consensuales, donde la sola aceptación de los términos de un contrato perfecciona el contrato sin la necesidad firmar documento alguno, la situación se complica. En estos casos, deberemos recurrir al artículo 1352 del Código Civil, que nos indica que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad.

Sobre el particular, De La Puente y Lavalle precisa que

En el proceso de formación del contrato deben describirse, en puridad de doctrina, dos hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridad propia. Estos hechos son la conclusión y el perfeccionamiento. Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en las ofertas, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 96)

En otras palabras, la conclusión del contrato es la conformidad de los acuerdos establecidos por las partes; en cambio, el autor define al perfeccionamiento del contrato



como “la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos o sea crea una relación jurídica obligacional.” (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 96)

No obstante, el mencionado De la Puente advierte:

Normalmente la conclusión del contrato consensual lleva consigo el perfeccionamiento del mismo, porque no necesita algo más para que el contrato produzca efectos; sin embargo, puede ocurrir que el contrato, como acto jurídico, esté sometido a una condición suspensiva o a la determinación de su contenido por un tercero. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 96)

El primer caso, se debe a un acuerdo simple como de compra venta sin ningún tipo de formalidad. El segundo caso, puede ser una compra venta de acciones con derecho de preferencia en la cual está sujeta al consentimiento de los accionistas.

En este orden de ideas, considera Guillermo Cabanellas de Torres que “*el consentimiento es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos*”. (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 87)

Asimismo, para Ramírez Izaguirre “*la existencia de un contrato se produce con la concertación de voluntades, donde cada una de las partes manifiesta su consentimiento de querer celebrar con la otra un determinado negocio jurídico*.” (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 164)

Al respecto, sobre el particular el artículo 1373 de nuestro Código Civil, nos indica que “*El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*.” Es decir, el contrato surge cuando una de las partes envía una oferta a la otra, la cual es aceptada.

Cabe mencionar, que este es un enfoque clásico para considerar la perfección del contrato. Para esto es necesario que una de las partes envíe una oferta y la otra exprese su aceptación. Al respecto, es preciso analizar la oferta, la aceptación, el lugar y el tiempo para poder comprender en qué momento estamos en el proceso contractual.

En cuanto a la oferta, Barboza la define como:

*Una declaración unilateral de voluntad seria, definitiva y autosuficiente. Puede decirse también que la oferta es la primera declaración unilateral de voluntad necesaria para formar un contrato. Precisamente es con la oferta con que técnicamente se inicia la fase contractual (etapa que se cierra de mediar luego de la aceptación de la misma, dado paso así a la fase post contractual).* (Barbosa, 2013, pág. 321)

En primer lugar, señala el mencionado autor, “*la propuesta debe ser una declaración con una verdadera intención de obligarse, y no con un mero anhelo o aspiración de querer contratar.*” (Barbosa, 2013, pág. 323)

Dicha característica le otorga a la oferta un efecto de obligatoriedad:

Por obligatoria se entiende que la oferta vincula al oferente y resulta irrevocable para este... Así, dado que el efecto obligatorio o de la irrevocabilidad se da por ley, no es necesario que el oferente haga o deje de hacer algo para que la oferta lo vincule. (Barbosa, 2013, pág. 330)

Esta es una diferencia con las cartas de presentación, de intención y comunicaciones propias del momento de negociación como se comentó al principio de este capítulo, en cambio en la oferta quien realiza la oferta se obliga a cumplir lo ofertado.

En segundo lugar, con respecto al carácter de definitivo, Sergio Barboza agrega que “*la oferta no requiere de ningún otro acto o participación adicional del oferente para que el contrato se forme*” (Barbosa, 2013, pág. 324).

Finalmente, la oferta es autónoma porque una vez que el oferente la despacha a destino, la oferta se independiza de él. Para cumplir con este requisito Sergio Barboza señala que la propuesta debe contener “*todos los elementos y condiciones del contrato proyectado, de tal manera que el destinatario se encuentre posibilitado de aceptar la misma.*” (Barbosa, 2013, pág. 325)

Por tanto, para distinguir de una mera negociación, una oferta tiene que contar con todos los elementos antes descritos, una intención de contratar de manera definitiva sin que el propio frente varié sus términos, y que dichos términos tengan la información suficiente para poder celebrar un contrato.

En conclusión, con la emisión de la oferta comienza el proceso de celebración del contrato. A esta etapa el despacho, la recepción, el conocimiento y la aceptación de la oferta. Al respecto Barboza señala:

Las dos primeras etapas que son la preparación de la oferta y la remisión de la misma al potencial aceptante, están todavía en la esfera de dominio del oferente, aun cuando la oferta podría estar en camino, entendiéndose igual bajo responsabilidad del oferente. Las dos últimas etapas, el recibir la oferta y conocerla, están en la esfera del destinatario. Incluso se ha llegado a sostener que lo primero es una policitud y lo segundo, la oferta

propriadamente dicha. El código no hace distinción alguna, y hace bien. (Barbosa, 2013, pág. 333)

Por otro lado, la aceptación es definida como *“una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquel comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta.”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 491)

Para que exista consentimiento el autor precisa que *“la oferta y la aceptación deben coincidir por completo, pues solo de esta manera la aceptación puede ser la declaración conjunta de la voluntad común de oferente y aceptante”* (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 491-492)

Esto quiere decir que, si la otra parte varía algunos puntos de la oferta, todavía no habría consentimiento, y nos encontraríamos ante una contraoferta o sigamos en la etapa de negociación.

Ahora bien, qué sucede en caso de que las partes no se encuentren en un mismo lugar, situación común en estos tiempos, el artículo 1374 del Código Civil que señala:

Artículo 1374°.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Al respecto Castillo Freire señala:

En el caso de contratos celebrados entre quienes no están en comunicación inmediata, el tema resulta trascendental, en la medida en que los momentos de la recepción de la declaración y su conocimiento por parte del destinatario, a menudo no coincidirán. Este tema resultará vital, en lo concerniente a la declaración de aceptación, debido a que al determinar el momento en que esta declaración surte efectos, también se terminará el momento y lugar de la celebración del contrato. (Castillo Freyre, 2004, pág. 233)

Asimismo, el autor agrega:

En principio, podemos sostener que el Código Civil acoge la teoría de la cognición, puesto que el artículo 1373 del código sustantivo establece que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar que la aceptación es conocida por el oferente; sin embargo, según el artículo 1374 del Código Civil, resulta fácil interpretar que el código acoge también la teoría de la recepción con presunción de cognición, puesto que el tenor del mencionado artículo, toda declaración contractual se considera conocida en el

momento que llega a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe, sin culpa, e la imposibilidad de la cognición... Lo que sí constituye un cuestionamiento a fondo del enlace del artículo 1374 del Código Civil, es si con ello se ha adoptado realmente la teoría de la cognición con una consideración de conocimiento o sí, inadvertidamente, se ha acogido la teoría de la recepción con una posibilidad de conocimiento, o por decirlo de otra manera, con una presunción de cognoscibilidad...Se dice si el artículo 1374 del Código Civil establece que la llegada de la declaración a la dirección del destinatario debe considerarse como un conocimiento de la declaración por este, se está estableciendo, en realidad, que lo determinante es la recepción y no el conocimiento. (Castillo Freyre, 2004, pág. 234)

Considero que, este artículo es pensado en una comunicación mediante mensajería clásica, realizada por un contratante a un domicilio físico; sin embargo, dicha regulación no es muy efectiva para contemplar los casos de la contratación por otros medios electrónicos que, si bien se permiten, pero no se pone en esos casos.

Debe considerarse que esta concertación de voluntades puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando las partes manifiestan de manera clara o precisa su voluntad y es tácita cuando ejecutan el contrato en señal de conformidad.

Además, la aceptación debe darse dentro de un plazo, ya que, *“toda oferta tiene un plazo máximo de duración, el cual debe ser expreso (determinado o determinable) o tácito”*. (Barbosa, 2013, pág. 341)

El plazo permite al oferente a liberarse de su oferta en caso de silencio, ya que éste no se puede entender como aceptación. Debe señalarse, que, dicho plazo debe ser consignado por el oferente, caso contrario, se entendería que el plazo es inmediato y por tanto el silencio generaría la caducidad de la oferta.

Ahora bien, en caso de que haya terminado el plazo y se acepta la oferta en forma extemporánea, el oferente puede considerarla como aceptada o rechazar dando por no aceptada. En caso de aceptarse se considera como contraoferta.

En conclusión, en caso de una contratación clásica, si una de las partes negociantes presenta una oferta, para realizar determinado negocio a otra, y la otra, toma conocimiento y presenta su conformidad expresa o tácita, a través de su ejecución o no, dentro del plazo señalado en la oferta; nos encontraremos ante un contrato.

No obstante, qué pasaría si ambos quieren realizar el negocio, pero no se ponen de acuerdo en todos los términos del contrato o nadie presenta una oferta íntegra o que

tenga los elementos que se consideran como tal. La situación se complica sobre todo si existe una negociación larga y en algunos casos no se estaría presentes las partes deben realizar mediante correo electrónico, cartas, fax o intermediarios. Esta situación se ajustaría a los casos de la contratación moderna, la misma que pondría importancia en las negociaciones.

Sobre el particular, nuestro Código Civil trata de solucionar algunas de estas dudas mediante el artículo 1359 del Código Civil que señala que, no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

De acuerdo con la exposición de motivos:

Este precepto se basa en el principio de la integración o circuito contractual, según el cual tiene que existir plena inteligencia en aras que se considere generado el contrato, de modo que cualquier discrepancia que pudiese existir respecto de sus estipulaciones, aun cuando sea secundaria, será motivo suficiente para que no se estime celebrado. En resumidas cuentas, la voluntad tiene que ser total o integral y no parcial o fraccionada. (Revoredo, Delia, 2015, pág. 44)

Al respecto, Manuel De La Puente y Lavalle menciona:

*El contrato puede formarse progresivamente, o sea mediante el intercambio de una serie de ofertas y contraofertas (no me refiero a tratativas) que van dejando como resultado que las partes llegan a acuerdos parciales hasta que finalmente se produce el acuerdo total. En este caso el contrato no se forma con la aceptación de una sola oferta, sino que la aceptación final compendia toda una serie de ofertas y aceptaciones parciales. (De La Puente y Lavalle, 2011, p. 299)*

En esta postura, se protege la seguridad jurídica, ya que, el contrato no puede ejecutarse hasta que las partes hayan fijado todas las condiciones y así evitar cualquier conflicto sin poder aplicar todas las reglas de juego.

Esta posición también fue recogida en la legislación alemana, que establece que mientras las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos de un contrato, sobre los cuales, según la declaración aun solamente de una parte, debe lograrse conformidad sobre puntos aislado no vinculados.

Por otro lado, legislaciones como la de Austria y Suiza permiten que se perfeccione el contrato cuando las partes han acordado las partes esenciales del contrato.

Sobre esta última posición podemos advertir que en ciertos contratos como por ejemplo los contratos atípicos sea muy complicado determinar que estipulación es esencial o secundaria.

Se debe advertir que en el artículo 1360 del Código Civil, se permite que las partes convengan reservar alguna de las estipulaciones mientras que el contrato surte sus efectos respecto de las demás cláusulas para que ésta sea resuelta con posterioridad. Al respecto, el mencionado artículo sustantivo señala lo siguiente:

*Artículo 1360°.- Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.*

Por otro lado, Manuel De La Puente y Lavalle señala:

Siendo que la medida del artículo 1359 del Código Civil es rígida “La realidad de la vida puso de manifiesto que el iter formativo del contrato no es siempre el mismo. En algunos casos, las partes se ponen de acuerdo inmediatamente a través de la aceptación irrestricta de la oferta, lo que determina la conformidad sobre todos los extremos del contrato. Pero en otros, el proceso de elaboración es más lento, se desarrolla en etapas durante las cuales las partes van conviniendo sobre puntos aislados y reservando otros para una futura oportunidad, no obstante, lo cual desean dar carácter obligatorio a los acuerdos parciales. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 302)

Sobre el particular, el autor agrega:

1) El contrato es válido aun cuando las partes han hecho alguna reserva. 2) La validez del contrato queda supeditada a que la reserva quede satisfecha. 3) Si esto se produce la validez del contrato opera retroactivamente. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 307)

En algunos casos, se permite el tráfico comercial y la ejecución del contrato debido a la urgencia o necesidad de determinado negocio y consideran que los puntos a definir no son relevantes para las acciones tomadas en esos momentos. Generalmente esto ocurre en contratos de larga periodicidad y de varias etapas.

Al respecto, De La Puente y Lavalle señala:

En primer lugar, se declara la validez del contrato, lo que supone un consentimiento. Es necesario...que exista una oferta en que se plantee que el contrato quedará formado con el acuerdo sobre determinados puntos (es necesario precisarlos), siempre que se llegue a un acuerdo sobre estos últimos puntos. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 307)

Sobre este primer punto cuando se refiere a un acuerdo se debe considerar que debe existir una aceptación de la oferta. Al respecto nos podemos preguntarnos si esta aceptación deberá ser expresa o tácita. Sobre este punto el articulado no se pronuncia.

En segundo lugar, menciona el citado autor, *“la reserva debe quedar satisfecha, o sea que sólo habrá realmente contrato si esto ocurre”*. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 307)

En tercer lugar, *“si la reserva queda satisfecha ello determina que tenga efecto retroactivo al momento en que fue formulada, o sea al momento en que se produjo el acuerdo parcial”*. (De La Puente y Lavalle, 2011, p. 308)

Al respecto debe señalarse sobre la reserva de estipulaciones existen varias teorías para explicarlas. A continuación, se describirán brevemente:

#### **1.2.2.1.1 La Teoría De La Punktation:**

Esta figura precontractual es recogida por los códigos suizo y polaco. *“En caso de acuerdo sobre las cláusulas esenciales del contrato, se le entiende perfeccionado aun cuando las partes no coincidan sobre contenidos accesorios o secundarios, que serán fijados por el juez teniendo en cuenta la naturaleza del contrato.”* (Stiglitz, 2010, pág. 203)

Asimismo, señala Beltrán Pacheco que:

Para esta teoría que las partes se pongan de acuerdo sobre los aspectos principales o esenciales del contrato, teniendo por tanto estos acuerdos plena validez y efectos obligatorios, mientras que los aspectos secundarios pueden ser reservados a un momento posterior, lo que implica una suerte de condición.” (Beltrán Pacheco, 2004, pág. 112)

Por otro lado, menciona Manuel De La Puente y Lavalle:

Las partes durante las negociaciones precontractuales dejan constancia escrita en documentos de los acuerdos parciales a los que van llegando en el curso de dichas negociaciones. Esto permite establecer en qué momento se ha logrado, a través de dichos acuerdos parciales, conformidad sobre todos los puntos esenciales del contrato propuesto, momento en el cual este contrato se considera celebrado. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 303)

Si bien, esta teoría busca una fluidez en las relaciones contractuales; sin embargo, podría generar problemas en la interpretación de los contratos en caso suceda incumplimiento o complicaciones en el contrato en el momento que se esté realizando las negociaciones. Cabe señalar que en el Perú no está contemplado esta teoría.

### 1.2.2.1.2 Acuerdos Parciales

Los acuerdos parciales están sujetos a estos criterios:

a) Solo concluye el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares. b) La extensión de una minuta respecto de alguno de estos elementos o de otros no esenciales, es irrelevante. c) En la duda debe estarse en contra de la existencia del contrato. (Brizzio, 2013, p. 355)

Asimismo, señala De La Puente y Lavalle:

El propósito de este sistema es que en las negociaciones que preceden a la formación del contrato las partes, sin comprometerse a concluir tal contrato, puedan llegar a acuerdos sobre puntos aislados del contrato proyectado, que tengan fuerza vinculante en el caso que este se celebre. Si este último no ocurre, los acuerdos parciales quedan sin efecto, sin responsabilidad para las partes. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 305)

Además, Beltrán la define de la siguiente manera:

Esta teoría establece que durante las negociaciones que preceden a la formación del contrato, las partes pueden llegar a acuerdos sobre puntos aislados del contrato proyectado, que tendrán fuerza vinculante en caso que el contrato se celebre (situación que no resulta obligatoria, es decir, las partes no tienen que comprometerse a celebrar el contrato definitivo). Esta ausencia de compromiso respecto del contrato final o definitivo hace que diferenciamos a los acuerdos parciales de los contratos preparatorios, en los que las partes se comprometen a suscribir el contrato definitivo. (Beltrán Pacheco, 2004, pág. 112)

Por otro lado, en ámbito internacional, Brizzio señala:

La convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías considera que el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos en la oferta y la aceptación no le introduce modificaciones que lo alteren sustancialmente... El UNIFORM COMMERCIAL CODE establece que un acuerdo con cláusulas abiertas es vinculante si las partes han querido hacer un contrato y hay una base razonablemente cierta para dar una solución. (Brizzio, 2013, p. 354)

Asimismo, agrega:

Los principios para los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT establecen que cuando las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, la falta de acuerdo sobre alguna cláusula no obsta a su celebración. A unos que haya sido establecido lo contrario; en definitiva, la integración del contrato se produce mediante algún modo



razonable de determinarla, teniendo en cuenta las circunstancias, considerando la intención de las partes, la naturaleza y a la finalidad del contrato, la buena fe y lealtad negocial, el sentido común y las practicas establecidas en aquellas. (Brizzio, 2013, p. 354)

### **1.2.2.1.3 En Conclusión**

Como se analizó anteriormente, es necesario comprender cómo se interpreta dicho consentimiento. Al respecto, si bien actualmente el código por lo general recogería la teoría de la declaración, hemos considerado que es necesario tener presente la teoría de la confianza y por tanto es necesario analizar la existencia de una confianza en las partes de estar consintiendo o no respecto de la otra.

Asimismo, existe una variante más aplicada a algunos contratos, que es la formalidad, sin embargo, solo en caso de los contratos solemnes, es decir contratos que se le exija una determinada forma ya sea por escrito, escritura pública o inscripción en un registro público u otra formalidad adicional bajo sanción de nulidad caso de carecerla.

Cabe señalar, que de no existir se trataría de contratos consensuales considerándose el momento de celebración del contrato con el solo consentimiento. Asimismo, debe advertirse que, si bien existen contratos consensuales que con el solo consentimiento se considera que el contrato ya se celebró; muchas veces, las partes, por seguridad jurídica, una vez celebrado el contrato o aceptado todos los términos del contrato quedan por formalizarlo ya sea por escrito dándole fecha cierta o inscribiéndolo en el registro público, A pesar de ello, en esos casos el contrato ya se celebró desde el momento de su aceptación.

## CAPÍTULO 2 DEBERES DE LAS PARTES EN LA ETAPA DE TRATATIVAS

En el capítulo anterior, hemos hablado del momento en que las partes se encuentran en una etapa de negociación y su perfeccionamiento. Como se comentó, la etapa de generación del contrato puede implicar varios momentos de negociación o una simple aceptación de una oferta de manera expresa o tácita.

Dentro del momento de negociación las partes buscan llegar a un acuerdo beneficioso para cada parte, de tal manera, que cada una se podría utilizar medios y estrategias de negociación para conseguir sus fines. Al respecto señala Chang Arellano:

Durante las negociaciones es común observar que las partes deciden voluntariamente omitir u ocultar información que puede ser relevante para la otra parte. Asimismo, las partes suelen mantener negociaciones paralelas sin que ello sea informado a su contraparte, y en algunos casos, realizan diversas promesas que muchas veces no son cumplidas y que solo tienen como propósito mantener el interés en su contraparte hasta que cierre la negociación o hasta que se dé algún tipo de condición esperada... Consideramos que en una negociación las partes actúan en una relación de rivalidad, más que en una relación de colaboración, y ello se debe a que en el contexto de las negociaciones la ventaja de una parte puede significar, en la mayoría de los casos, la desventaja de la otra. (Chan Arellano, 2011, pág. 46)

Esto ocurre en función al derecho de libertad de contratación y la autonomía de las partes, que permite a las partes poder contratar de manera libre y fijar sus propias reglas de juego; sin embargo, esta libertad en buscar su propia ventaja mediante el uso de estrategias de negociación, en algunos casos pueden cometerse ciertos abusos que generan perjuicios en la otra parte.

Al respecto de acuerdo con Chang Arellano:

Si bien es cierto, que en la etapa de tratativas no hay un vínculo contractual entre las partes; sí pueden producirse daños relevantes derivados de las promesas que se realizan, de los intercambios de información y de la confianza que se genera. No obstante, ...no existen reglas claras que nos permitan identificar los límites en base a los cuáles deben comportarse las partes en la etapa de tratativas.” (Chan Arellano, 2011, pág. 46)

Una forma de limitar la libertad contractual a fin de proteger a las partes de ciertos abusos es a través del principio de buena fe y deberes generados por dicho principio que obligan a las partes a ser leales salvaguardando la confianza entre las partes con el

fin de realizar decisiones libres y eficientes. A continuación, desarrollaremos en que se basan dichos deberes y el principio de buena fe.

## **2.1 Buena Fe Contractual.**

El derecho debe regir en la sociedad por medio de tres dimensiones: normativo, social y ético. En ese sentido, pese a existir un derecho de libertad y diversos deberes que de manera expresa las normas y las relaciones jurídicas (como un contrato) que deben cumplir; existen ciertos deberes de convivencia y respeto que deben cumplir las partes que son mejor entendidos a través de la buena fe.

Cabe mencionar, que la buena fe es reconocida por muchos ordenamientos jurídicos, contando con aplicación de manera diversa en varios aspectos del derecho, ya sea en ámbito contractual, como del derecho de propiedad, sucesorio, registral, entre otros. En cada caso, se ha conceptualizado de manera distinta resultando complicado contar con una definición precisa de la buena fe en sentido amplio.

Cabe mencionar, que, pese a contar con una aplicación variada en los ordenamientos, no se cuenta con un concepto claro, para poder determinar una definición precisa de buena fe. Es por esto que antes de tratar a la buena fe contractual, trataremos de entender a la buena fe.

De acuerdo con el diccionario de la real academia española, la buena fe *“es un criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho”* (RAE, 1992). Al respecto, podemos observar que la definición refiere a un “criterio de conducta” con el fin de regular la conducta de las partes. Asimismo, dicho criterio busca un comportamiento honesto entre los sujetos.

De la misma manera, otras definiciones más técnicas también enfatizan la buena fe el carácter ético de la siguiente manera *“Buen proceder. Confianza, Actuación leal, convicción de que se participa en una relación jurídica conforme al derecho de los demás”* (Diccionario Jurídico Moderno, 2014, pág. 165)

Para Roberto Obando blanco *“La buena fe expresa la confianza y esperanza en una actuación correcta de otro. La buena fe objetiva (comportamiento); la buena fe subjetiva (creencia)”* (Obando Blanco, 2017, pág. 7)

Bajo estos conceptos, nos encontramos que a la buena fe se le puede entender como un deber de moldear una conducta para generar un comportamiento éticamente

correcto para mantener una confianza y lealtad entre las partes. También se le entiende a la creencia o confianza de está realizando una conducta lícita o correcta.

Por otro lado, Ordoqui entiende que *“la palabra fe, fidelidad, supone decir que una de las partes se entrega confianza a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, confiándose en que ésta no la engañará”*. (Ordoqui Castilla, 2015, p. 52). Por tal motivo, indica el autor:

La buena fe incorpora como valor ético la tutela de la confianza y comporta una regla de conducta normal recta y honesta, o sea, la conducta debida del hombre medio. No refiere a la conducta aislada de la persona sino en su relación con otra al asumir un vínculo jurídico. (Ordoqui Castilla, 2015, p. 52)

Por tanto, la buena fe es un deber de las partes en comportarse de manera honesta, leal, limpia o confiable hacia las demás partes:

La buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que está incorporado al orden jurídico desde la época del derecho romano, constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado y de muy rica trascendencia. Tiene un contenido ético y social indiscutido que moraliza el contrato. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 51)

Asimismo, de acuerdo con Espinosa:

La buena fe es entendida como una exigencia de la convivencia y de la solidaridad social que se presenta bajo un doble aspecto: A) Bajo un aspecto puramente negativo... que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. B) Bajo un aspecto positivo que impone son simplemente un comportamiento de respeto, sino una comprometida colaboración con otros sujetos, dirigida a promover su interés. (Espinosa, 2013, pág. 248)

Moraliza el contrato debido a que las exigencias de carácter ético y social, como, por ejemplo, el deber de informar o el actuar seriamente, permiten a que las partes actúen respetando al otro olvidando los intereses racionales de cada parte.

Asimismo, pese a que estos deberes no se encuentran de manera expresa en la norma, a través de la buena fe se busca proteger a las partes cualquier vulneración de su libre actuar por lo cual se considera que estas exigencias, al encontrarse más allá de la normativa debe considerarse un principio general del derecho.

Además de un principio de carácter ético y social, es un principio integrador ya que *“donde no hay ley ni costumbre aplicable a un caso concreto se llena la laguna con el principio de la buena fe, entre otros principios”*. (Torres Vazquez, 2016, pág. 103)

De esta manera, el principio de buena fe entra en las situaciones que las normas no llegan a regular todas las conductas de las partes, en un contrato, por ejemplo, deban regir, pese que las normas expresamente no lo exijan. Un ejemplo a lo señalado se puede ver en caso del deber de transparencia al momento de las negociaciones. Si bien no existe una obligación expresa ya que no hay contrato; sin embargo, el actuar de buena fe requiere que se analicen ciertos deberes que a través de este principio son integrados al derecho.

Por otro lado, Estigarribia considera que:

El concepto de buena fe hace referencia a patrones de conducta pertenecientes a la moral media de la sociedad en que actúa. Por ello, su inclusión en la legislación deviene una referencia a los valores éticos vigentes en un lugar y tiempo determinadas, que guiarán la conducta de las partes y darán parámetros a los jueces a efectos de interpretarlas y eventualmente, sancionarlas. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 64)

En otras palabras, también puede ser entendido como un estándar de conducta con el fin de fijar un comportamiento mínimo ética que las partes deben seguir para una mejorar su convivencia.

Ahora bien, este principio tiene orígenes de derecho romano que surge:

“De una concepción justiniana como regla o principio de conducta donde se han construido los conceptos modernos de la misma, que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres; sin embargo, no se declara concretamente los comportamientos exigidos por la buena fe. (Avendaño, 2013, pág. 64)

Al respecto, de acuerdo con el derecho romano:

La bona fides, como la nombraron los romanos, era sinónimo de honradez, honorabilidad, leal comportamiento...Este concepto revestía importancia, llegando a constituir un principio rector en los negocios jurídicos. Quien obraba de buena fe, es decir, con rectitud, honradez, lealtad, fidelidad, gozaba de toda la protección que pudiera brindarle el ordenamiento jurídico. (Pérez Gallardo, 2004, pág. 131)

En una interpretación en sentido negativo, si cualquier negocio jurídico o conducta se pretendía generar efectos jurídicos, las partes debían cumplir con el principio de buena fe.

Cabe señalar que este principio no solo se aplica en el ámbito contractual, sino tiene aplicación en otras áreas del derecho ya sea en materias de familia, bienes, comportamiento de las partes en un litigio o cualquier conducta realizada por los sujetos en la vida social. Al respecto, Estigarribia señala:

La buena fe constituye un concepto que excede ampliamente el marco jurídico, tiene un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este principio, lógicamente, genera la tan ansiada confianza, que constituye el mejor clima para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 63)

Ahora bien, en el ámbito contractual el principio de buena fe rige tanto en la etapa de negociaciones, como la celebración del contrato hasta su correspondiente ejecución. Al respecto Aníbal Torres señala:

La buena fe, como deber de conducta de las partes contratantes, acompaña al contrato en sus diferentes etapas: negociación, celebración, interpretación y ejecución. En las dos primeras etapas, la buena fe está referida a comportamiento de las partes en la formación del contrato, mientras que, en la tercera, la buena fe está contemplada como regla de interpretación del contrato. (Torres Vazquez, 2016, pág. 103)

Tanto en la etapa de negociación como en la celebración del contrato mediante el principio de buena fe las partes deben cumplir ciertos deberes y un estándar de conducta que generen en las partes confianza, probidad y lealtad. En caso de la ejecución contractual el principio de buena fe, requiere que las partes interpreten el contrato de una forma clara y sin generar aprovechamientos.

Al respecto Roppo indica lo siguiente:

El deber de buena fe quiere prevenir tres tipos de situaciones dañosas, susceptibles de verificarse cuando el deber sea violado: la falta de celebración del contrato, la celebración de un contrato inválido, la celebración de un contrato válido pero perjudicial para la víctima de la incorrección. (Roppo, 2001, p. 185)

Estas situaciones se pueden prevenir mediante el cumplimiento de los deberes de lealtad, información, seriedad, corrección entre otros.

Dentro del derecho comparado, la acogida del principio de buena fe ha variado tanto en la forma como se regula como en su aceptación o no. En el caso del derecho anglosajón inglés, la doctrina mayoritaria muestra cierta resistencia para su aplicación. Por ejemplo, de acuerdo con Collins:

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 carefulness towards each other during the period of negotiation”<sup>1</sup>, lo aconsejable sería forjar un nuevo principio, un “duty to negotiate with care”, propiamente dicho. (Collins, 1997, pág. 165)

De la misma manera, en Estados Unidos la buena fe precontractual sigue una suerte parecida al ordenamiento inglés, ya que por lo general no consideran a la buena fe como deber general en la negociación de los contratos:

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 (Leysser León, 2007, pág. 132)<sup>2</sup>

Pese a lo antes señalado, en el ordenamiento si está contemplado el deber de buena fe de la siguiente manera:

En el Common Law, en la sección §205 del Restatement Second of Contracts – Second, se indica que cada contrato impone a las partes el deber de actuar de buena fe. Por su parte, en la sección §2-103 (1) (b) del Uniform Commercial Code se define a la buena fe como “la honestidad que debe ser observada en base a estándares comerciales razonables y a una negociación justa en el comercio. (Chan Arellano, 2011, pág. 56)

---

<sup>1</sup> Lo que la ley inglesa exige de las partes es el cuidado mutuo durante el período de negociación.

<sup>2</sup> “A pesar de las sugerencias académicas de que los tribunales estadounidenses adoptan este concepto, se han negado a hacerlo. Continúan viendo las negociaciones contractuales como, en el fondo, un compromiso en el que el interés propio es la norma aceptada. Cada parte asume el riesgo de que, a pesar de una fuerte inversión en el proceso de negociación, no se llegue a un acuerdo.”

Por otro lado, en el derecho continental, si se ha incluido dicho deber en casi todos los ordenamientos jurídicos y se le ha otorgado gran importancia. Al respecto, de acuerdo con Bardales:

La función desarrollada por el principio de buena fe como modelo de comportamiento dentro del periodo de tratativas se encuentra expresamente incluida en la legislación de los principales ordenamientos continentales, los mismos que regulan la fase de las negociaciones como un escenario pasible de generar responsabilidad. (Bardales Sicuas, 2017, p. 135)

Así, por ejemplo, en el ordenamiento alemán, por ejemplo:

La buena fe constituye un principio, no solo fundamental, sino caracterizador del derecho civil alemán: acogida en el BGB para regular hipótesis que era imposible codificar legislativamente, por medio de 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 ellas. Y justamente por 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. (Leysser León, 2007, pág. 681)

Ahora bien, el § 242 del BGB recoge la buena fe en el caso de relaciones contractuales de la siguiente manera señala que *“el deudor está obligado a ejecutar la prestación [Leistung] como lo exige la buena fe y atendiendo a los usos del tráfico”* (Leysser León, 2007, pág. 681). Cabe señalar, que la doctrina alemana no encuentra problema alguno al recurrir a la interpretación extensiva para entender la fase de tratativas, sin embargo, Leysser León señala:

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. Desde 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” (Leysser León, 2007, pág. 681)

Por otro lado, en el ordenamiento italiano, que ha sido influencia para nuestro Código Civil, el artículo 1337 del Codice Civile dispone que el desarrollo de las tratativas



y en la formación del contrato, las partes deben comportarse de buena fe. Al respecto, Leysser León, citando a Pandolfelli, señala:

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”. (Leysser León, 2007, pág. 687)

En nuestra legislación, la buena fe puede ser aplicada a varios casos, ya sea en derecho reales, familia, en el ámbito contractual y registral. No obstante, no existe una definición general del indicándose que se debe aplicar la buena fe en dichos casos. De esta manera, de acuerdo manifiesta Fernando de Trazegnies:

El código peruano contiene 49 artículos que se refieren expresamente a la buena fe. Sin embargo, aun cuando se trata de una institución de ancho alcance, casi de un principio constructivo del derecho que abarca todas las relaciones civiles, no aparece en el Título Preliminar. (De Trazegnies Granda, 2007, pág. 125)

Coincidimos con De Trazegnies que es necesario contar en el Título Preliminar con un alcance general de dicho principio. Pese a estas diferencias, en todas sus variantes se advierte el concepto de lealtad, honradez, respeto por la otra parte o el desconocimiento de ilicitud, deslealtad o mala conducta. En este orden de ideas, para Fernando De Trazegnies *“Actuar de buena fe supone comportarse de una manera limpia, transparente, sin utilizar un doble standard, atendiendo a lo que nuestro sentimiento moral nos dice correcto. en otras palabras, actuar de buena fe significa comportarse bien”*. (De Trazegnies Granda, 2007, pág. 119)

En el ámbito contractual considera el autor lo siguiente:

El código contiene dos artículos dispersos que expresarían la obligación genérica de buena fe. De un lado, el artículo 1362, ubicado en la sección sobre contratos que dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de buena fe y común intención de las partes, y, de otro lado, el artículo 168 ubicado en el acto jurídico, que dispone que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe. En realidad, parecería haber un tercer principio implícito en la aplicación del criterio de la buena fe dentro del Código Civil: *“Quien actúa de buena fe no debe ser perjudicado por la mala fe o errores de los otros; sin embargo, el legislador no se ha atrevido a ir tan lejos como para hacer un enunciado*

general de esta naturaleza y ha preferido crear normas específicas respecto de los casos en los que este tercer principio puede aplicarse, para evitar la inseguridad contractual que podría derivarse de tal postulado genérico. (De Trazegnies Granda, 2007, pág. 125)

Si bien, el artículo 1362 del Código Civil, no se define la buena fe; sin embargo, establece un ámbito de aplicación: conforme se indica la exposición de motivos de la comisión revisora del Código Civil de 1984 *“Debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención de las partes debe existir no solo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de negociación o tratativa.”* (Revoredo, Delia, 2015, p. 47)

Al respecto, para José Haro Seijas la actual norma que considera que la definición de buena fe *“es oscura, ya que el artículo 1362 del Código Civil exige que los privados se comporten con buena fe durante el curso de las negociaciones no indicando ninguna disposición que regule el modo que se presente dicha buena fe.”* (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 135)

Si bien, como debe recordarse que, siendo un principio general del derecho, su indicación normativa y precisión en el alcance permitiría la exigencia de obra en buena fe, la interpretación de dicho principio para su correcto análisis es confusa y no permitiría que se pueda realizar en la práctica su uso adecuado ya que dejaría a la jurisprudencia y la doctrina la precisión de su alcance.

Asimismo, advierte Leysser León:

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 del 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 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. (Leysser León, 2007, págs. 689-690)

En el caso del del artículo 168 del Código Civil, en la medida que se encuentra en el libro de acto jurídico, en la sección de interpretación del acto jurídico, contemplaría a la interpretación de acuerdo a la buena fe, y el artículo 1362 del Código Civil regula la conducta de las partes en un contrato al momento de negociar, celebrar y ejecutar un contrato. Al respecto, explica María Luisa Estibaría:

El Código Civil Peruano, en su artículo 1362, norma: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

Esta disposición se encuentra íntimamente relacionada con la contenida en el artículo 168, incluido en el libro referido al acto jurídico, que reza: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo expresado en él y según el principio de buena fe”. Es decir que, empleando una interpretación sistemática, podemos concluir que también resulta aplicable el criterio de interpretación de los contratos, que había sido omitido en la primera regla comentada. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 67)

Por tal motivo, el principio de buena fe exige varios deberes éticos y sociales con miras a proteger la seguridad jurídica y limitar el derecho de libertad de los sujetos de derechos y además que la interpretación sea leal, idónea y adecuada para no afectar a la otra parte. Así, Escobar Lino y Guevara Porlles señalan lo siguiente:

La buena fe como principio por excelencia agrupa los deberes de corrección, por el cual las aportes se ajustan a actuar con seriedad, rectitud, lealtad y probidad, el deber de respeto a las razonables expectativas que involucra el principio de tutela de la confianza no culpable, es decir, la confianza legítima de la contraparte de que el contrato se celebre dada la emisión de la oferta o incluso por lo avanzado de las tratativas, el deber de salvaguarda por el cual las partes deben proteger mutuamente sus intereses, siempre que sea económicamente razonable, esto es que no despliegue un sacrificio desmedido, el de intercambio de información, entre otros. (Escobar Lino, 2016, pág. 187)

Asimismo, sostienen las autoras:

Las partes son libres de contratar o de apartarse de las negociaciones y del propio contrato... pero tienen un único parámetro: la buena fe, en cuya vulneración, la parte dañante deberá resarcir por daños y perjuicios. Hay que encontrar un equilibrio entre los derechos tutelados. Este equilibrio se debe buscar en la buena fe, que debe presidir no solamente la ejecución de las convenciones como lo precisa el artículo 1134 del Código Francés, sino también en la fase de formación. (Escobar Lino, 2016, pág. 188)

Como señalan las autoras, este deber de buena fe y el cumplimiento de las conductas de brindar información, corrección, actuar con seriedad y probidad, entre otros, debe ser contrastado con el derecho de las partes a su libertad a contratar por lo que se debe limitar el alcance de dichos deberes y evitar que se vulnere su autonomía.

Por otro lado, Bardales considera que:

La buena fe constituye un criterio de integración del contrato que sirve para determinar contenidos y modalidades de la prestaciones o de los comportamientos contractuales prohibidos cuya esencia se vincula a la noción de corrección y en síntesis implica que la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse, en el ámbito de la relación

contractual, de modo de no perjudicar y más bien salvaguardar el razonable interés de la contraparte cuando ello no comporte a su cargo ningún apreciable e injusto sacrificio. (Bardales Sicuas, 2017, p. 136)

Ya que hemos determinado que, la buena fe es un principio que agrupa varios deberes sociales y éticos como lealtad, probidad, entre otros, y que siempre hay que considerar como límite a la libertad contractual; veamos si nos podemos acercar más al concepto. Para este fin, María Luisa Estibaría advierte:

En la actualidad, el concepto de buena fe no significa simplemente, una actitud pasiva, no actuar de mala fe, importa una conducta activa, de cooperación con la otra parte, a los efectos que el contrato tenga para ambas el mejor resultado posible, los mayores beneficios y, consecuentemente, los menores costos prestaciones, que no siempre resultan económicos, sino que también pueden ser psicológicos o emocionales. Esto establece un estándar de conducta social, basado en la solidaridad. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 64)

Asimismo, debe considerarse que también la buena fe implica la aptitud de confianza en realizar un acto legítimo y de generar dicha confianza cumpliendo con deberes de colaboración y solidaridad como el de lealtad, información y claridad con el fin del cumplimiento del contrato.

Por otro lado, de acuerdo con Ramírez Izaguirre:

La buena fe, entendida ésta como la aplicación particular de otro principio más general, *alterum no laedere*, al cual está vinculado y referente al mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular, de toda la vinculación jurídica individual, por ello en esta etapa juega un rol trascendental, puesto que su quebrantamiento, podría generar daños en quien confió en su posibilidad de consumación” (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 165)

De actuarse las partes de acuerdo a la buena fe, cumpliendo los deberes de colaboración, se ejecutaría el contrato de manera más eficiente y permitiría la celebración de un contrato válido y eficaz, de no cumplirse este principio alguna de las partes podría ser afectada, ya sea por celebrar un contrato inválido, por no contar con información de los vicios, sufrir daños por una ruptura abrupta, en la cual dicha parte vulnerada confiaba en la celebración del contrato, o ejecutarse un contrato en un sentido no esperado por las partes.

Del mismo modo Bardales señala:

El objetivo por tanto de vincularla a la etapa de tratativas consiste en moderar la libertad de acción de las partes, que debe mantenerse íntegra durante las tratativas con la exigencia de imponer a los contratantes una determinada línea de conducta, suficientemente respetuosa de la contraparte con el propósito principal de evitar que las tratativas puedan transformarse en fuente de daño. (Bardales Sicuas, 2017, p. 136)

Por ejemplo, por la buena fe las partes deben revelar vicios ocultos que ayudaría a decidir de mejor manera a la otra parte a celebrar o no el contrato. De esta manera la buena fe ayuda a que las partes pueda ejercer su libertad siendo conscientes de sus decisiones.

Por otro lado, Chan Arellano considera a la buena fe como:

Un estándar de conducta que debe guiar la actuación de las partes, y dicho estándar tiene como premisa la existencia de un deber de lealtad u honestidad entre las partes. En esa línea, se consideraría que actúa de buena fe aquél que cumple sus promesas, aquél que tiene presente los efectos de su conducta y la confianza que genera en su contraparte, aquél que actúa de manera veraz y no intenta inducir a error a su contraparte, entre otros supuestos. (Chan Arellano, 2011, pág. 51)

Asimismo, Gustavo Ordoqui, comenta lo siguiente:

En cuanto estándar jurídico, la buena fe se presenta como un concepto elástico, flexible (como concepto válvula, con una norma en blanco o también denominada como una cláusula general) que consiste en un recurso legislativo que encuentra en su falta de formulación concreta su propia utilidad, actuando a modo de válvula de presión que permite conectar el orden jurídico con el cambiante entorno social sobre el que debe actuar mediante el reenvío a principios que en su origen son extrajurídicos, pero por su aplicación se integran al orden jurídico con el cambiante entorno social sobre el que debe actuar mediante el reenvío a principios que en su origen son extra jurídicos pero que su aplicación se integran al orden jurídico estando sólidamente asentados en la conciencia personal y social. (Ordoqui Castilla, 2015, p. 59)

Este tratamiento de la buena fe como estándar, el mismo que consideramos que no contradice otras características como el carácter de principio, se suma a considerarse como una cláusula general. Al respecto Cienfuegos Falcón explica:

La buena fe entendida como cláusula general o criterio de evaluación se encuentra regulada en el art. 1362 del Código Civil. Se afirma que las cláusulas generales están contenidas en disposiciones normativas...La cláusula general de buena fe prevista en el Código Civil responde a los principios de lealtad y honestidad en toda la mutación

contractual, fase de formación, eventualmente caracterizada por el desarrollo de las tratativas, hasta la ejecución. En este sentido, se puede afirmar que al encontrarse la cláusula general de buena fe en una disposición normativa (art. 1362), la labor será atribuirle a un significado para resolver un caso concreto. (Cienfuegos Falcón, 2016, págs. 220-221)

Al respecto, consideramos que el artículo es demasiado pobre para atribuirlo como una cláusula general. Si bien, siendo un principio general del derecho, éste se analiza de acuerdo al caso concreto, lo cierto es que la doctrina no ha fijado su alcance, solo indica ciertos valores a respetar como lealtad y probidad y los deberes a hacer cumplir; sin embargo, dejar de manera amplia dichos límites podría afectarse la autonomía de las partes o desconocerse dicho principio.

Consideramos que es recomendable contar con un alcance para que los operadores puedan interpretar mejor, ya que muchas instituciones con poco desarrollo de sus alcances y criterios quedaron en desuso. En ese orden de ideas, Martínez Paredes considera que el no fijar un concepto de buena fe en la normativa:

Genera un inconveniente práctico, el cual es que los jueces muchas veces le dan un contenido distinto y no uniforme al término de buena fe genera un inconveniente práctico, el cual es que los jueces muchas veces le dan un contenido distinto y no uniforme al término de buena fe. (Martínez Paredes, 2021)

Por su parte, María Luisa Estibaría indica que:

Si bien, la buena fe constituye un estándar derivado de una moral social, como anticipáramos, su apreciación debe darse en cada caso concreto, puesto que es allí donde podrá proyectarse la conducta de cada una de las partes, aquilatando si alguna de ellas ha intentado abusar de su derecho, contrariando las normas de la equidad, alterando el equilibrio de las prestaciones recíprocas, exigiendo en exceso. En cada caso habrá que meritar las condiciones de personas, tiempo y lugar, a efectos de determinar si las acciones han resultado ajustadas al principio en comentario, o lo han contravenido. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 80)

Compartimos esta opinión en la medida que se evalúe cada caso en forma distinta ya que la buena fe, siendo un elemento amplio y subjetivo, no es adecuado fijarse un criterio rígido sino abierto a la aplicación jurisprudencial.

Por otro lado, De Trazegnies señala que “*celebrar el contrato con buena fe supone que se adopten las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente*

*impugnable y también que exista en cada parte verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete”.* (De Trazegnies Granda, 2007, pág. 132)

En otras palabras, la buena fe implica deberes mínimos que las partes deben tener en cuenta o realizar para no vulnerar los intereses del otro. Ahora bien, a veces es un poco complicado determinar los derechos del otro y es necesario ver cuáles son los límites ya que también es cierto lo que señala Chang Arellano considera lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil, las negociaciones deben llevarse a cabo según las reglas de la buena fe. A partir de ello, podríamos entender que en la negociación contractual deberían regir relaciones de lealtad, reciprocidad y apoyo mutuo entre las partes. No obstante, por el contexto en el que ocurren las negociaciones y por los intereses que las impulsan, resulta difícil observar una conducta en la que cada parte se encuentre velando o protegiendo el interés de la otra. (Chan Arellano, 2011, pág. 46)

Al respecto, debe advertirse que, cada una de las partes tienen intereses, los mismos que tienden a maximizar en provecho suyo. Y esto ocurre, por ejemplo, cuando hablamos del deber de información del vendedor, si bien tiene que informar sobre las características del bien (beneficios, defectos, advertencias), no necesariamente debe dar toda la información que lo colocaría en una posición, por ejemplo, que no le costó nada conseguirlo.

De acuerdo con Chan Arellano:

El Código Civil establece que las partes deben actuar de buena fe en la etapa de las tratativas, no obstante, no define este concepto. Por ello, para delimitar cómo debe ser la conducta que debe exigir nuestro ordenamiento a las partes en esta etapa es necesario dar contenido a este concepto y convertirlo en una regla clara que pueda ser sencilla en su aplicación y predecible para las partes. Reconociendo de antemano que esos dos objetivos pueden ser difíciles de alcanzar por el concepto amplio y difuso que tiene la buena fe. (Chan Arellano, 2011, pág. 48)

Para esto señala que para delimitar dicho concepto es necesario los siguientes pasos:

Un primer paso para trazar este concepto de buena fe es tener presente el contexto en el que esta va a ser aplicada. En efecto, es relevante comprender cuáles son las legítimas expectativas de las partes en el contexto de la negociación, cuál es el vínculo que las une y qué es lo que razonablemente se esperaría de su conducta en este escenario... En la negociación, las partes todavía no se encuentran vinculadas por un contrato, por lo que

su límite de actuación es mucho más amplio y flexible, nos encontramos ante una etapa en que las partes simplemente “intentan conocerse”, y cada una mantiene una conducta estratégica a fin de obtener la máxima utilidad de la negociación ... Un segundo paso para trazar el concepto de buena fe a través de límites más concretos es entender cuáles son los objetivos que deberíamos buscar con su implementación. Atendiendo a que nuestro ordenamiento ha protegido la libertad de contratar, creemos que el objetivo principal que debería ser alcanzado en la negociación es el de crear incentivos para fomentar la contratación, pero sin que ello implique vulnerar las legítimas expectativas de las partes. (Chan Arellano, 2011, págs. 51-52)

En otras palabras, en primer lugar, debemos tener un tratamiento de la buena fe contractual de manera distinta tanto en la fase de negociación, como de la celebración y de ejecución, siendo más flexibles en el caso de la negociación y dando los criterios de los límites y alcances de los deberes que recogen el principio de buena fe con el fin de generar decisiones más libres basadas en información idónea y no quebrantar la confianza razonable acorde al momento de la contratación.

Con respecto a la importancia de este principio, María Luisa Estibaría considera que:

La buena fe importa para las partes comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud; y para el intérprete sean las mismas partes o un tercero, del mismo modo. Por su trascendencia, constituye una directiva de reciprocidad, es decir, que podrá ser exigida igualmente a todas las partes intervinientes en el proceso contractual, génesis, desarrollo, extinción del negocio y aun posteriormente a esta última. (Estigarribia Bieber, 2005, págs. 67,68)

Asimismo, Ricardo Geldres Campos considera que “*La buena fe durante la etapa de las negociaciones ejerce un papel fundamental, toda vez que ella se encarga de modular el comportamiento de los sujetos a fin de evitar la ocurrencia de daños*”. (Geldres Campos, 2017, p. 202)

En este momento, podemos concluir que la buena fe contractual se trata de un principio inherente a las partes contratantes, y también un deber que exige una conducta ética respetando ciertos deberes ético, como lealtad, probidad, corrección entre otros. Al respecto, señala Espinosa:

Un sector de la doctrina, en vez de considerar a la buena fe como principio, lo entiende como una cláusula general. En mi opinión, la diferencia entre uno y otro es inexistente:



se trata de standarts con los cuales se evalúa en comportamientos de sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación. (Espinoza, 2013, pág. 247)

Avendaño define al principio de buena fe contractual según la fase contractual de la siguiente manera:

Negociar el contrato de buena fe supone no intentar engañar a la contraparte (que actúa racional y razonablemente) ... Celebrar el contrato de buena fe supone que se adopte las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente impugnado y también que exista en cada parte una verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete. Ejecutar o cumplir el contrato de buena fe se refiere a la cooperación de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables. (Avendaño, 2013, págs. 64-65)

Consideramos que esta definición es la más adecuada para comprender dicho principio. Cabe precisar que, para entender con mayor claridad los alcances de este principio debemos afirmar que éste cuenta con dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La doctrina no es pacífica si estas dos dimensiones en el ámbito contractual se presentan a la vez o una de ellas.

Hubert Alejo Zea define al principio de buena fe de la siguiente manera:

La buena fe es un principio no solo de las relaciones privadas patrimoniales sino de nuestro ordenamiento jurídico en general, que se representa en la creencia subjetiva que tiene el sujeto de que a través de su conducta (s) o comportamiento (s) no causa daño a otros y que los mismos no contravienen normas imperativas, la licitud, el orden público y las buenas costumbres. Precisando, que, para llegar a ese nivel de creencia debe haber desplegado una conducta objetiva diligente, prudente y cuidadosa en el contexto de la realidad fáctica que pueda ser debidamente acreditada (Alejo Zea, 2020)

Como se puede observar el autor contempla al principio en dos aspectos, uno visto del propio sujeto referido a la creencia de éste en la licitud de la conducta realizada y un aspecto referido a la conducta misma.

Cabe señalar que la doctrina considera que la buena fe se manifiesta en dichos aspectos; sin embargo, la doctrina no es pacífica al determinar si es necesario analizarse como un todo, o que solo se manifiesta determinado aspecto.

Al respecto, señala el profesor Manuel De La Puente y Lavalle “*La buena fe cobra ... la categoría de principio jurídico, aunque funciona, en realidad, como dos principios jurídicos (Buena fe objetiva, Buena fe subjetiva)*” (De La Puente y Lavalle, 2011, p. 343)

En este sentido, Haro Seijas y Gastón Fernández Cruz señalan:

Existen dos tipos de buena fe. La primera de ellas- la buena fe objetiva o buena fe probidad- supone un comportamiento de fidelidad basado en el estado ético o voluntad de obrar honestamente, la segunda denominada buena fe subjetiva o buena fe creencia se refiere más bien a la errónea suposición o la ignorancia de un sujeto sobre una situación que es susceptible de cuestionar su propio derecho. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 135)\

Por otro lado, Aníbal Torres considera que la buena fe tiene un significado subjetivo y otro objetivo:

El deber de conducta impuesto al sujeto de acuerdo a un estándar jurídico, esto es un prototipo de conducta social media; se aprecia de acuerdo al contexto social en el cual actúa el sujeto... Asimismo la lealtad, la corrección, la responsabilidad, la probidad, la transparencia, el respeto a los intereses del otro, la equidad, son deberes que se derivan de la buena fe objetiva. (Torres Vazquez, 2016, pág. 104)

Como se puede apreciar de los autores, la buena fe objetiva mira al sujeto que realiza un comportamiento para evaluar si dicho comportamiento ya sea aceptación, negación, presentación de oferta entre otras acciones cumple con un estándar basado en el cumplimiento de deberes de lealtad, colaboración información.

Por otro lado, Fernández Cruz, define a la buena fe objetiva como:

El comportamiento fiel y leal, con basamento en la honestidad al obrar, su imposibilidad de probanza ha determinado que en general se le tome como un principio de índole moral, pero de indudable trascendencia en la configuración de la obligación y su cumplimiento. (Fernandez Cruz, 1987, pág. 176)

En ese orden de ideas, Cesar Cortez Pérez señala que *“la buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia, algunos deberes de la fase precontractual son, por ejemplo: el deber de información, de cooperación y de custodia”*. (Cortez Pérez, 2013, p. 325)

Cabe señalar, que, de acuerdo con Manuel De la Puente y Lavalle, la buena fe objetiva tiene las siguientes características:

A) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido inminentemente ético. B) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. C) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo. D) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que se deje de tomarse en

consideración un elemento subjetivo, como es el dolo y la culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva. E) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. F) El estándar aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto. (De La Puente y Lavalle, 2011, p. 338)

Dentro del criterio objetivo se puede observar que se encuentra el carácter de la “Buena Fe Estándar,” ya que los deberes exigidos por las partes se deben medir con un parámetro de conducta social media, similar al buen padre de familia, consumidor razonable, entre otros.

De acuerdo con Luis Ojeda Guillen:

La buena fe objetiva se manifiesta como un criterio de comportamiento conscientemente asumido. Se evalúa si este comportamiento se ajusta al estándar jurídico o prototipo de conducta social basado en reglas objetivas. Este actuar del agente es independiente de sus creencias personales. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 137)

Agrega el mencionado autor:

En materia contractual la buena fe objetiva supone ajustarse al programa obligacional, es decir, cumplir con las prestaciones y/o deberes formalmente asumidos. Esto se da en una relación obligacional típica, el incumplimiento de dicho programa dará lugar la responsabilidad contractual. Pero si tenemos en cuenta que la etapa de las tratativas precontractuales, las partes también asumen deberes de conducta... entonces éstas están sujetas a observar dichos deberes. Es decir, deben comportarse según los cánones jurídicos estandarizados, según el tipo de circunstancia de la negociación. (Ojeda Guillén, 2009, p. 143)

Asimismo, Pérez Gallado, entiende a la buena fe objetiva:

Como estándar o patrón de conducta, implica un espíritu de lealtad, hábito viril de firmeza, caridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que, según la conciencia general, deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales. Es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comportamiento de las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la que de aquel que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosímelmente ha entendido o pudo entender. (Pérez Gallardo, 2004, pág. 134)

Por otro lado, para Espinoza:

La corrección o buena fe objetiva, es un criterio elástico de evaluación o una cláusula general, a cuál constituye un criterio general de determinación de la prestación, en cuanto amplía la esfera de los intereses que el deudor debe perseguir y además integra la esfera del comportamiento debido sobre el plano de un imperativo atenuado, sin superar los límites de un considerado sacrificio (Espinoza, 2013, p. 784)

En síntesis, mediante la dimensión objetiva la buena fe actúa como un estándar de conducta (parecido al buen padre de familia para medir la culpa en la responsabilidad extracontractual) sobre las partes actuantes donde deben cumplir con ciertos deberes que permiten generar confianza en el otro y evitar daños.

Dentro de este estándar también se limita el alcance de dichos deberes y la culpabilidad o dolo de las partes en caso incumplan dichos deberes.

Por el contrario, de acuerdo con Aníbal Torres Vázquez, la buena fe subjetiva *“es la convicción que tiene el sujeto de que su actuación razonable y diligente es conforme a derecho.”* (Torres Vazquez, 2016, pág. 103) dicha interpretación según el mencionado autor *“busca la común intención mediante la reconstrucción del pensamiento de las partes.”* (Torres Vazquez, 2016, pág. 105)

Asimismo, Pérez Gallardo indica que dicha dimensión:

Comprende el desconocimiento de un hecho, un estado psicológico, valorable jurídicamente a los fines de determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Es la convicción o persuasión de actuar conforme a derecho, sin lesionar los derechos de tercero. Sin desdén de contenido ético que está subyacente a ella... por último, debe tenerse presente que la buena fe subjetiva es la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia (Pérez Gallardo, 2004, pp. 133-134)

En este caso no se evalúa la conducta sino como se entiende la conducta realizada por la otra parte o como entiende la parte que realiza determinada conducta respecto de lo que comprende la otra.

Para Luis Ojeda Guillen:

La buena fe Subjetiva o buena fe creencia, está orientada a evaluar la intención o creencia con que obra un sujeto determinado. Es la convicción psicológica o interna del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular o válida, aunque en realidad no es así, pues existe un error. El sujeto actúa en función a la apariencia de lo externo. Es la situación de

un individuo en relación a una circunstancia en particular, que la induce a creer algo en algo. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 136)

Asimismo, Espinoza señala:

La buena fe subjetiva es entendida como un estado intelectual...referente a la esfera de conocimiento del individuo. En otros términos, la expresión de buena fe expresa un estado intelectual que constituye parte integrante de un supuesto previsto y disciplinado por la ley. (Espinoza Espinoza, 2013, pág. 784)

Entre sus características tenemos las siguientes:

A) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a derecho, o sea que tiene un contenido ético. B) Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino es razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición. C) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es, que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio. D) En este proceso de Formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa. E) La creencia del sujeto puede creer tanto en su propia situación como en la persona con la cual reacciona. F) La creencia así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar. G) El Derecho de un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón a su creencia. (De La Puente y Lavalle, 2011, pp. 335-336)

Cabe señalar, que, como Ordoqui señala:

La creencia, desde el punto de vista del que cree, es razonada, fundada y lógica en atención a los elementos de juicio a su alcance. El sujeto procede en correspondencia entre el creer y el actuar. Esta creencia en lo que no es no puede ser culposa o dolosa. Existe luego, la correspondencia entre lo que la persona cree y la forma como actúa. El derecho, protege especialmente al que cree razonablemente en la apariencia que inspiró su confianza. Lo que pondera la buena fe subjetiva es la situación del sujeto por la cual resulta finalmente amparado. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 67)

Agrega el autor *“Si bien es cierto que algunos autores ponen el acento en la buena fe subjetiva en el error en que incurre subjetivamente el sujeto, en realidad lo importante es aquello en lo que confió como real.”* (Ordoqui Castilla, 2015, págs. 69-70)

En contraposición a la buena fe objetiva que se trataba de realizar una conducta dentro de un estándar de lealtad y honestidad cumpliendo ciertos deberes, la buena fe

subjetiva se analiza al sujeto y la confianza o creencia de que su actuar es de acuerdo a su intención.

Ahora bien, resulta preguntarnos qué enfoque se debe aplicar en caso de la buena fe contractual y especialmente en el caso del momento de las negociaciones. Para la norma no determina de manera expresa y la doctrina no es pacífica.

De acuerdo con Opazo la buena fe subjetiva es *“el determinante de la responsabilidad precontractual y corresponde a la conducta desplegada y su mayor o menor cercanía con la esperada idealmente en alguien que actúa de buena fe”*. (Opazo Barrientos, 2018, pág. 4)

Asimismo, Manuel De La Puente y Lavalle:

Pese a que la opinión mayoritaria de la doctrina se orienta a que, en caso de la buena fe subjetiva, la creencia del sujeto debe ser producto de error, no llego a compartir este parecer, pues pienso que ello es irrelevante, desde que lo que interesa es la existencia de la creencia y no del error (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 335)

Sin embargo, para otro sector de la doctrina:

La buena fe objetiva constituye tan solo un estándar, como existen varios en derecho para evaluar la concurrencia de culpa en el comportamiento dañoso, este es el caso del buen padre de familia o el ordenado y leal comerciante. Pero los estándares- estos son objetivos- se usan para evaluar la conducta en concreto- siempre subjetiva- de modo que bien puede afirmarse que nadie se comporta estrictamente como el buen padre de familia o como un ordenado y leal comerciante, sino más bien dentro de los límites que tales estándares pueden configurar (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 136)

Este estándar o criterio a considerar se debe medir los límites y que parámetros deben considerarse para medir su cumplimiento. Dicho estándar no es objetivo y se dejaría al criterio del juez en determinar si las conductas son de buena fe. Por otro lado, mirar la buena fe de manera subjetiva, según la conciencia de lealtad que deben tener cada parte celebrante, exige buscar los límites.

Sobre la mencionada tesis de Manuel De La Puente y Lavalle, comenta Haro:

El doctor Manuel De la Puente y Lavalle, siguiendo en esto a loi y Tessitores, Bianca, Ferri y a la mayor parte de la doctrina italiana considera que debe observarse en las tratativas tiene carácter objetivo. Sin perjuicio de que entiendo las razones que justifican la posición mayoritaria de la doctrina italiana, no puedo

compartir su punto de vista sobre la buena fe en las tratativas. En su lugar estimo ... que cuando de lo que se trata es de valorar una conducta humana solo puede hablarse en recto sentido de buena fe subjetiva. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 135)

En esa misma línea de los Mozos señala:

La buena fe que aquí se pone en juego...es la buena fe subjetiva, aunque se refiera a un parámetro del comportamiento social que, por serlo, ha de ser, necesariamente objetivo, lo que no quita, para que aquí y en otras ocasiones, dentro del campo del derecho de obligaciones, podamos hablar...de buena fe subjetiva. (De los Mozos, 2001, pág. 168)

Explica el autor:

Sub legitimante, en este caso, de una pretensión indemnizatoria y que quedará indubitadamente justificada si se acepta, además del perjuicio sufrido, que el contratante aparente ha incurrido en culpa, dolo o simple mala fe, pues, en caso contrario, la simple ruptura de los tratos preparatorios, es libre y no tiene consecuencias de ningún tipo. (De los Mozos, 2001, pág. 168)

Dentro de la línea de considerar la aplicación de la buena fe objetiva se encuentra Martínez Paredes que señala:

La buena fe en materia contractual, debe ser una buena fe objetiva que permita calificar el día de mañana las conductas. Bajo esta premisa, el comportamiento de las partes durante la negociación, celebración y ejecución del contrato, se contrastará con un determinado patrón de conducta, así como con el cumplimiento de determinados deberes (conducta leal y correcta). En este sentido, no se buscará ingresar a proteger los intereses particulares de cada sujeto, sino de impedir que se vulnere la confianza generada. (Martínez Paredes, 2021)

Ahora bien, cabe preguntar, si es posible considerar ambas dimensiones, es decir, ya sea objetiva como subjetiva. Al respecto, Manuel De La Puente y Lavalle señala:

El análisis que se acaba de efectuar de los conceptos de buena fe subjetiva y buena fe objetiva pone de manifiesto que se trata, en el primer caso, de una creencia subjetiva que induce a la persona a actuar de determinada manera y en segundo caso, de una regla objetiva que le impide actuar de una manera distinta a la prescrita por esta regla. Resulta así difícil encontrar un criterio que permita afirmar que se trata de dos aspectos de un mismo principio. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 339)

En contraposición a ello, Ordoqui señala que la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva es en realidad académica debido a lo siguiente:

La calificación de buena fe subjetiva como estado de conciencia de creer en la legitimidad del derecho propio o de un tercero debe ser valorada como conducta, y en cuanto a tal, debe ser objetivamente considerada a los efectos de determinar si existió o no culpa en el proceder aplicando sobre ella la norma de la diligencia debida. Por otro lado, la buena fe objetiva también supone una valoración subjetiva de una conducta. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 86)

Asimismo, agrega:

En el ámbito contractual la buena fe abarca: a) la buena fe (objetiva) como deber de conducta entre las partes, de lealtad, probidad, colaboración. B) la buena fe subjetiva que refiere a la creencia, confianza en lo declarado, externamente por la otra parte. (Ordoqui Castilla, 2015, p. 212)

Sobre este punto coincide Mosset Iturraspe al señalar:

La buena fe en los contratos se convierte en la norma básica de interpretación, y su noción merece distintas acepciones, así se considera que existe cuando se logra la auténtica intención de las partes, el fin que realmente se propusieron al contratar, entendiéndose en muchos casos como la buena fe diligencia, pero también dentro de esta se incluye la voluntad de obrar honestamente y la creencia en el propio derecho y ha de ser entendida como la convicción de obrar conforme a derecho (Mosset Iturraspe, 2006, págs. 32,33)

Asimismo, Fernández Cruz señala:

El concepto jurídico de buena fe es uno solo, e implica el creer en la legitimidad de un derecho, sea a través del conocimiento o desconocimiento de hechos, como la certeza de haber obrado -o creído obrar- conforme a Derecho; estos dos últimos aspectos. serán sólo manifestaciones o formas que pueda adoptar el concepto jurídico de buena fe. Imaginemos por un momento una moneda, con su anverso y reverso claramente diferenciados; cara y sello; ambos son parte de una sola y única moneda. Por más que se juegue al azar con ella y en determinado momento salga cara o sello, ello será circunstancial y no variará en absoluto a la moneda, que seguirá siendo la misma. Igual sucede con el concepto jurídico de buena fe: que unas veces se manifieste como buena fe-creencia y otras como buena fe-probidad, en absoluto altera su esencia, que es una sola (Fernandez Cruz, 1987, págs. 168-169)

De la misma manera, considera María Luisa Estigarribia:



Hay quienes realizan una tajante división entre el aspecto subjetivo y el objetivo de la buena fe; sin embargo, en realidad un concepto no se contraponen al otro, ya que los principios generales requieren de un instrumento para su aplicación. En el caso de la buena fe, su instrumento de aplicación será la manifestación ya sea del estándar objetivo, como de la creencia interna y personal (según el caso del sujeto) Como veremos, todos confluyen en una valoración ética del derecho. (Estigarribia Bieber, 2005, pág. 81)

Por otro lado, para De Trazegnies *“No hay buena ni mala fe subjetiva como tampoco buena ni mala fe objetiva...En verdad, el único concepto de buena fe que puede ser admitido dentro de un sistema racional es... la sana ingenuidad y la honestidad recíproca”*. (De Trazegnies Granda, 2007, pág. 141)

En nuestra opinión, consideramos que tanto la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva están comprendidas en el mismo principio de buena fe contractual. Esto es, porque en una está abarcada la conducta que debe seguir las partes, y estos se desprenden en una serie de deberes conforme un criterio o estándar de conducta, sin embargo, los límites de dicho estándar de conducta se encuentran en la buena fe subjetiva.

Como se puede ver, la buena fe contractual es un principio que actúa como un estándar de comportamiento ético, leal, correcto y moral con el fin de no perjudicar a la otra parte mediante la exigencia o cumplimiento de una serie de deberes que deben cumplir las partes en base a un parámetro mínimo, conforme los usos y costumbres; y/o como interpretación del contrato o la intensión de las partes (este último por medio de la dimensión subjetiva).

Estas formas de presentarse varían conforme el estado del contrato. En el caso del momento de las negociaciones se puede observar por medio de deberes como de información, lealtad o corrección, colaboración entre otros, con el fin de evitar frustración de negociaciones de manera injustificada en desmedro de la confianza de la otra, contratos celebrados con causales de nulidad no advertidas por una de las partes o contratos validos con un sentido distinto a lo establecido por las partes en beneficio de una de ellas.

En caso de la celebración y ejecución del contrato como medio de interpretación e integración, tanto del sentido del contrato, sus obligaciones o de la aptitud de las partes mediante ambas dimensiones de la buena fe.

El artículo 1362 del Código Civil, no tiene una definición y alcances de la aplicación de dicho principio en cada etapa del contrato dificultando de esta manera su

aplicación, en especial en el caso de las negociaciones, por lo que es recomendable que se modifique el articulado respectivo desarrollando, de esta manera, su definición, aplicación y límites en las diversas etapas del contrato.

## **2.2 Deberes Precontractuales Derivados De La Buena Fe Objetiva**

En el ámbito de las negociaciones precontractuales, de acuerdo con el artículo 1362 del Código Civil Peruano, se pueden exigir ciertos deberes derivados del estándar de conducta prevista en el principio de buena fe objetiva.

Al respecto, Opazo Barrientos considera que *“Estos deberes, buscan cautelar a cada parte sus intereses y patrimonio, de cualquier daño que pueda surgir con ocasión de las negociaciones preliminares. La inobservancia de ellos genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados”*. (Opazo Barrientos, 2018, pág. 6). Asimismo, de acuerdo agrega el autor:

Paralelamente, los tratos preliminares, por ser una etapa en la que han de producirse relaciones de confianza y consecuentemente generan percepción de seguridad en las negociaciones precontractuales, es que han debido ir formulando mecanismos de seguridad que eviten perjuicios para las partes ante actuaciones nocivas para la concreción del contrato. Dichos mecanismos residen en principios generales del Derecho, el primero de ellos es el de la Buena Fe, el que necesariamente se relaciona con el principio *“alterum non laedere”* generando así una serie de deberes precontractuales que obligan a las partes a cumplirlas siguiendo, además las imposiciones de la equidad y el uso comercial. De no observar dichos deberes precontractuales, se generan perjuicios para una de las partes, la cual queda legitimada para ejercer la responsabilidad precontractual. (Opazo Barrientos, 2018, pág. 2)

Como se mencionó en el apartado anterior, es necesario evaluar el alcance de estos deberes, ya que, se debe contrastar con la libertad de contratar y autonomía de las partes. Esto es que, si bien las partes deben dar información, sin embargo, pueden reservarse ciertos detalles que ayudan a su posición negociante, o no todos los casos en que se decline una oferta implique indemnizar a la otra parte.

Asimismo, María Luisa Estigarribia señala:

Estos deberes accesorios, derivados de la buena fe tendrán aplicación a través de toda a relación negocial, tanto en negociaciones previas, con el especial énfasis en la obligación de informar, cuanto en el deber de cooperación durante la etapa de ejecución. (Estigarribia Bieber, 2005, p. 73)

A continuación, se comentarán los deberes derivados de la buena Fe de mayor importancia:

### **2.2.1 Deber De Lealtad O Corrección**

Tanto en el código italiano como en el peruano están protegidos estos deberes de lealtad y seriedad en el principio de buena fe. De esta manera, Vicencio Ropo se entiende como deber de corrección quien define de la siguiente manera:

El deber de corrección impone evitar durante la tratativa comportamientos que impliquen intención o conciencia de infligir a la contraparte daños injustos: piénsese en A que envuelve a B en una larga tratativa sin tener la mínima intención de celebrar el contrato, sino con el único propósito de distraer a B de otra posible tratativa que de este modo queda reservada a un amigo de A; o en X que induce a Y al contrato engañándolo o amenazándolo. (Roppo, 2001, págs. 181-182)

Con este deber se busca proteger la confianza generada en la otra parte producto por el avance de las negociaciones y el avance de las expectativas generadas por una intención distinta a la manifestada.

Cabe mencionar, conforme advierte Manuel De La Puente y Lavalle:

Si bien las tratativas no imponen a los tratantes la obligación de celebrar el contrato ni sobre los puntos respecto de los cuales no hay desacuerdo, el hecho de que el artículo 1362 les imponga el deber de negociar según las reglas de buena fe determina que han de comportarse con lealtad y corrección en la etapa de tratativas, lo que, a su vez, representa una conducta arreglada a estos criterios. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 357)

Esta obligación impuesta por la buena fe, mira la relación directa que deben crear, mantener y fortalecer los futuros contratantes para llevar a puerto la celebración de éste. Ambas partes deben obrar de buena fe, compartiendo información y ajustando su comportamiento a marcos regidos por la lealtad y confianza. Con este deber entendemos como constituyentes el deber de actuar seria y consecuentemente, y el deber de reserva.

Para Ordoqui *“Se concreta en el deber de actuar en forma seria y consecuente. Por ello no se deben mantener negociaciones si no se quiere contratar o si se sabe que esas negociaciones no llegarán a un acuerdo final”*. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 222)

Asimismo, Oviedo señala:

Este deber obliga a las partes que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno la celebración de un contrato que nunca se perfeccionara, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 323)

Al respecto, debe precisarse que, de acuerdo a los principios de autonomía de la voluntad y de libertad a contratar, las partes pueden abandonar las negociaciones; sin embargo, este deber obliga a las partes a actuar con seriedad y no entrar a un proceso de negociación cuando su intención inicial es abandonar dicho proceso.

En este deber existe mucho debate ya que no está clara la frontera sobre dicho deber y el derecho a la libertad a contratar. Consideramos que uno de los límites a analizar es la buena fe subjetiva pudiéndose analizar de esta manera el conocimiento de la otra parte de aceptación o diligencia de esta última.

### **2.2.2 Deber De Cooperación:**

Como se verá más adelante este deber engloba otros deberes como el de información, custodia entre otros. De acuerdo con Luis Ojeda Guillen:

El deber de Cooperación consiste en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas, una de cuyas manifestaciones más frecuentes es el proporcionar información y evitar la realización de gastos innecesarios por la otra parte.” (Ojeda Guillén, 2009, pág. 115)

Mediante este principio las partes deben realizar toda acción para que el contrato sea eficaz, es decir, si el contrato requiere la inscripción de la escritura pública, el acercarse a la notaria y firma la escritura, entre otras acciones.

Asimismo, mediante este principio, las partes están obligadas a advertir a la otra una situación de Error al momento de contratar, vicios ocultos o determinados elementos que podrían causar la invalidez o ineficacia del contrato, en caso una de las partes no tenga conocimiento de tal vicio.

### **2.2.3 Deber De Información**

En una negociación es usual que las partes busquen una mejor posición para negociar. Una de las formas más comunes es mediante el uso de la información, es decir, quien maneja mayor información tiene mayor certeza de la calidad, condiciones y valor de determinado servicio o producto.

Al respecto, existen casos que determinada información puede ser condicionante para celebrar un acuerdo o no, o que su celebración por desconocimiento implique la nulidad del contrato. Por esa razón, se contempla dentro de los deberes accesorios derivados de la buena fe, el deber de información.

Este deber es de suma importancia, ya que permite a las partes tomar decisiones más efectivas y eficientes, además de reducir los costos de conocer la oferta e implicancias del contrato.

Cabe mencionar, que todo contrato y negociación implica asumir costos de transacción y riesgos. El conocimiento y detalles de las partes, el producto, el contexto y el mercado pueden decidir realizar un contrato válido o inválido o ineficaz, o perjudicial para una de las partes.

Por ejemplo, un recolector encuentra un casco antiguo de la segunda guerra mundial, sin saber que tiene un valor considerable le ofrece José ese objeto encontrado. Como José es coleccionista de objetos antiguos sabe que ese sombrero podría valer S/.900 (novecientos soles); sin embargo, advirtiéndolo que el recolector no tiene conocimiento de dicho objeto le ofrece S/.60 (sesenta soles). Al no saber el valor real del objeto y considerando que este no le costó dinero obtenerlo acepta el trato.

En este caso, el conocimiento del valor del sombrero colocó en una situación muy favorable a una de las partes que aprovecho de la ignorancia de la otra parte para obtener un bien muy por debajo de su valor. Al respecto, Alfredo Bullard considera que:

La información es un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares... Como cualquier bien, el uso exclusivo de la información aumenta o reduce el valor de la misma. (Bullard, 2010, pág. 442)

En nuestro ejemplo, si en caso de ir a venderle el casco el recolector averigua ya sea por internet, si se consulta a un conocedor de objetos antiguos, podría tener más información y le ofrecería un monto superior al ofrecido. Cabe mencionar, que, ese costo también sería mayor a 900 (novecientos soles) ya que tendría que incluir lo que le tuvo que pagar al conocedor por obtener dicha información. Sobre el particular, como señala Bullard:

Contar con información tiene un costo... Desde la contratación de abogados para determinar la situación de un bien, la identificación entre las partes, la revisión de ofertas, a difusión de publicidad, el tiempo de estudio, búsqueda, etc., generan costos para la sociedad, y en particular para las partes. Como todo costo, su reducción será positiva y el derecho está en la capacidad de reducir estos costos estableciendo incentivos adecuados mediante el uso de reglas legales. Por ello el tema del error y el dolo en los contratos tiene que ver con la reducción o incremento de los costos de información en la sociedad y no

solamente, como parecería decir la mayoría de la doctrina, con la justicia del caso concreto. El adecuado diseño se vincula pues con las propias bases de un funcionamiento del mercado. (Bullard, 2010, pág. 441)

La información, a veces es difícil adquirir generando una situación de ventaja en una de las partes y una desventaja en la otra, a esto se llama asimetría informativa. Sobre el particular, en el derecho romano año 44 A.C Cicerón en su obra *Ce Officis* se planteó la siguiente interrogante:

El caso de las naves que zarpaban a Rodas para vender grano, mientras la isla estaba afectada por una terrible carestía. Entonces quien llegaba primero a vender ¿debería informar que ya están viniendo naves o vender el grano a precio alto?, Cicerón, siguiendo al sofista Atipatro, entendía que la información debería ser revelada. Por otro lado, Diógenes... consideraba que es necesario que el vendedor revele los defectos, limitadamente a las prescripciones del derecho civil, trate al resto sin fraude y desde el momento que vende, trate de vender al precio más ventajoso. (Espinoza, 2002, págs. 864,865)

En este caso, una de las partes aprovecho la falta de información de una de las partes para desvirtuar el mercado vendiendo los precios por encima del valor ya que el pueblo no sabía que no era el único barco que venía.

A esta situación de falta de información, se le denomina asimetría informativa, la misma que es definida por Bullard de la siguiente manera:

Una situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía la información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado. Así, la contraparte hubiera pactado en condiciones diferentes de haber tenido conocimiento de la información omitida. (Bullard, 2010, pág. 440)

Para evitar los abusos del uso de la información y las distorsiones en las transferencias o eliminar la asimetría informativa el principio de buena fe y ciertas regulaciones exigen a las partes el deber de información.

Para Luis Ojeda, *“el deber de información es el referido a intercambiar información sobre los aspectos conducentes a la celebración del contrato”*. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 115). Entre estos aspectos podemos considerar la calidad, el valor del mercado, los riesgos y contingencias, como usar un producto, etc. Toda esta información puede influir en el precio o las condiciones en el contrato, o en aceptarlo o no, por tanto, agrega el autor mencionado *“El*

*negociante debe informar sin reticencia sobre lo que conoce y el negociante tiene el deber de adquirir la información que ignora”. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 115)*

Esta información puede ser de calidad, cantidad, si existen vicios ocultos, alcances consecuencias adversas entre otras cosas relevantes para poder decidir si contratar o no. Al respecto señalan Escobar Lino y Guevara Porlles:

El deber de información implica superioridad cognoscitiva, por tanto, es exigible a la parte que en determinada relación de ventaja de conocimiento. Ella le debe aclarar al profano todas aquellas variables propias del contrato a suscribir que pueden incidir en su capacidad de decisión, libertad de contratación e intención y que, por tanto, juegan un papel importante en la eficacia y validez de la negociación contractual... Los deberes de información tienen una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación, pretenden proteger al que se haya en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial.” (Escobar Lino, 2016, pág. 190)

Por ejemplo, en una relación entre proveedor y consumidor, quien tiene mayor capacidad para encontrar la información es el proveedor, ya que es quien ha producido el bien o lo ha adquirido y tiene más conocimiento de su valor, si existen vicios entre otros detalles que perjudicarían el negocio o podrían una situación de desventaja. Para evitar el ordenamiento de defensa del consumidor exige un deber de informar al consumidor sobre lo esencial del producto o servicio.

Cabe mencionar, que dicho deber también está inmerso en el principio de colaboración ya que de acuerdo con Stiglitz:

El deber precontractual de información parece integrar uno más amplio, el de cooperación, aun cuando uno y otro sean derivados necesarios de la buena fe debida. Si bien la colaboración se sitúa en todo el iter contractual, desde los tramos preliminares hasta el periodo de ejecución, la información cobra especial relieve en las negociaciones previas a la conclusión del contrato. Y ello es de tal trascendencia que la información suministrada en periodo de tratativas, una vez perfeccionado el contrato, se integra al contenido del mismo. (Stiglitz, 2010, pág. 184)

Contar con información relevante, no solo ayuda a celebrar el contrato, sino que la información ayuda en el cumplimiento del contrato ya que conociendo los alcances riesgos e intereses permite realizar un cumplimiento eficiente del contrato. Por ejemplo, en el procedimiento de compra de una empresa los potenciales compradores, mediante un proceso de Due Diligence (en el capítulo anterior se explicó de este procedimiento)

acceden a la documentación de la empresa para saber el estado, contingencias y valor de la empresa antes de cerrar el acuerdo y en base a ello las partes negocian las garantías, el precio que las responsabilidades de las partes. De no contarse con tal información se podría correr el riesgo de adquirir una empresa con contingencias no manejables o celebrar el contrato por un precio inadecuado.

Al respecto señala Oviedo antes citado:

Debe considerarse que, si el contrato resulta como un acuerdo de voluntades entre los contratantes, se requiere aún en contratos en los que existen pocas posibilidades para una parte de negociar su contenido que las partes conozcan cuáles serán las condiciones tanto de tipo objetivo como subjetivo, que rodearán la celebración del mismo. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 318)

Esto quiere decir, que las partes tienen que conocer los alcances objetivos como los alcances de lo que se ofrece, si existen vicios, riesgos, valor en el mercado de lo que las partes se comprometen. Además, aspectos subjetivos, es decir inherentes a las partes, por ejemplo, capacidad económica, capacidad legal con respecto a su posición contractual, entre otros.

Asimismo, de acuerdo con Aníbal Torres:

El enajenante de bienes y servicios está en la obligación de suministrar al adquirente las informaciones relacionadas unas veces con la formación del contrato y otras con el comportamiento que el adquirente debe guardar cuando utilice el bien o servicio adquirido. (Torres Vazquez, 2016, pág. 318)

Esta información, que se brinda en la etapa de negociación y formación del contrato, es fundamental para el cumplimiento del contrato debido a que para considerarse realizado este contrato, el acreedor debe recibir lo que la otra parte ofreció e informó.

Este deber en el ámbito de la contratación general no ha tenido mayor desarrollo; sin embargo, en el ámbito de la contratación de consumo de acuerdo con lo indicado por Bullard:

Existen numerosos trabajos y estudios sobre información asimétrica en la contratación, pero referidos normalmente a casos de protección al consumidor y contratación masiva. Sin embargo, el problema derivado de una parte cuente con más información que la otra se presenta en otros ámbitos, que incluyen la contratación paritaria. Las instituciones del



error y el dolo en el negocio jurídico parecerían estar diseñadas para lidiar con estos problemas, por lo menos en aquellos defectos de información intrínsecos a la propia estructura del contrato.” Asimismo, el autor considera que dicho desarrollo es poco claro y disfuncional.” (Bullard, 2010, pág. 441)

Es cierto que uno de los terrenos donde se desarrolla más el concepto del deber de información es a nivel de defensa del consumidor. Este deber de información es recogido en sus artículos 2 y siguientes del Código de Protección y Defensa al Consumidor (Ley 29571) y establece que el proveedor tiene la obligación de brindar al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

A nivel de defensa del consumidor el INDECOPI ha resuelto casos de falta de deber de idoneidad entre los casos más emblemáticos se encuentra el de Kourus vs Tori. Una tienda de calzado le había vendido un par de zapatos de cuero a un consumidor. Luego de menos de dos meses de uso de los zapatos se rompieron y el consumidor reclamó por tal hecho. La sala de competencia del tribunal estableció como precedente administrativo de observancia obligatoria que existía una garantía implícita en toda operación comercial que involucrara consumidores de que el bien o servicio adquirido era idóneo para el fin para el que de originario un consumidor lo adquiría y contrataba, salvo que el proveedor descargara tal garantía implícita poniendo tal condición en conocimiento del consumidor. En tal sentido el tribunal consideró que existía una garantía implícita de un par de zapatos de cuero debía tener una duración substancialmente superior a dos meses bajo un uso razonable. (Bullard, 2010, pág. 491)

Cabe señalar que, normalmente los contratos de consumo los proveedores están en una mejor posición para obtener información que los consumidores, ya que mayormente los contratos son por adhesión y los consumidores son personas naturales con escasos recursos o conocimientos en comparación a los consumidores.

Mediante las normas del consumidor el legislador obliga al proveedor de servicios que informe sobre la calidad y alcances sobre sus productos de manera clara y precisa, ofreciendo garantías al consumidor sobre la idoneidad del producto. Dichas garantías pueden ser expresas, tácitas o implícitas. Estas últimas se generan debido a lo que el consumidor entendía respecto a la naturaleza del producto o servicio de la información brindada.

Pese a ello, en la contratación paritaria se pueden presentar situaciones que una de las partes pueda serle más fácil o posible conseguir información que la otra. En algunos casos, existen situaciones que ciertas características pueden ser ocultadas y evitarse que se frustre la negociación o generar cierta ventaja.

Fuera de los casos de transferencias de propiedad, posesión o uso de un bien, que se obliga a comunicar los bienes ocultos, no existe una disposición que regula de manera expresa dicho deber de información, motivo por el cual, compartimos con Bullard, que es necesario tener un mejor desarrollo normativo en la exigencia de información en las contrataciones paritarias ya que no necesariamente cada parte puede conseguir la información de la misma forma.

Ahora bien, estando de acuerdo la importancia de existir un deber de información, debemos saber cuánto de información es necesario revelar. Al respecto es preciso considerar que conforme indica Bullard *“La consecuencia natural de permitir usar la información es crear incentivos para buscarla, obtenerla y utilizarla. Por el contrario, si no se permite su uso, se crean desincentivos para la obtención y utilización.”* (Bullard, 2010, pág. 445)

En este orden de ideas, Arellano Chan considera que:

La información es el activo más valioso que se transmite entre las partes durante la negociación. Y, en esa medida, el estándar de buena fe que apliquemos también debe estar orientado a brindarnos una guía sobre qué conductas son válidas entre las partes respecto a la información o, en otras palabras, cuándo es válido que una de las partes se reserve la información y cuándo es necesario exigir que las partes transmitan la información que poseen. (Chan Arellano, 2011, pág. 54)

Mediante el principio de buena fe y otras normas que contempla nuestro código se busca requerir a las partes brindar un mínimo de información para evitar problemas de nulidad por vicios ocultos.

Del mismo modo, Stiglitz señala que:

La obligación de información, en este caso, queda instalada en etapa de tratativas y tiene por objeto que el informado transmita al eventual contratante lo que sabe y formule las aclaraciones que sean menester para evitar un consentimiento sobre si el contrato, de concluirse, se adaptaría a las necesidades expuestas por el desinformado. (Stiglitz, 2010, pág. 190)

Por tal motivo, señala Stiglitz que *“el propósito tenido en vista al consagrar la información como deber derivado de la buena fe precontractual, no es otro que el de lograr una adecuada formación del consentimiento.”* (Stiglitz, 2010, pág. 185)

Ahora bien, para proteger el deber de información en la contratación paritaria, las figuras de protección son ineficiente. Al respecto, de acuerdo con lo indicado por Bullard, *“los casos de ruptura injustificada de tratativas los autores lo estudian como responsabilidad precontractual y dejan los casos de negociación viciada por asimetría a los especialistas en acto jurídico para tratarlo como violencia, error o dolo”* (Bullard, 2010, pág. 449)

Compartimos esta preocupación ya que existen casos de vulneración del deber de información sin que existan vicios de la voluntad; sin embargo, generan la nulidad o ineficacia del contrato.

Por otro lado, existen casos donde la invalidez o ineficacia no ocurre, pero se coloca una situación más ventajosa por desconocimiento de una de las partes. En la jurisprudencia americana se tiene el caso Curtis vs Chapman:

Durante el verano de 1966 el Sr Paul Curtis contactó al Sr. Robert Chapman mostrándole interés en comprar un terreno de diez acres en Lake County, Orlando, Estados Unidos. Curtis era un conocido corredor de inmuebles de la zona. Chapman también era corredor. En agosto de 1966 se cerró el trato. El precio pagado fue de US\$ 47500, que de acuerdo a condiciones de mercado de aquel entonces representaba un precio equivalente a una vez y medio el valor del terreno.... Posteriormente se descubrió que Curtis conocía un dato importante desconocido por Chapman: Walt Disney había considerado construir Disney World en la zona. El impacto de tal decisión en el valor de los inmuebles del lugar, incluido el que fue objeto de la operación, fue impresionante. Los precios se multiplicaron varias veces por simplemente con la difusión de la noticia. Chapman interpuso una demanda para dejar sin efecto el contrato sosteniendo que Curtis tenía una obligación de revelar la información con la que contaba al momento que realizó a la operación y de sus efectos en el valor del inmueble... El silencio le habría inducido a error y por ello el contrato debía ser dejado sin efecto. En primera instancia la corte determinó que Curtis había incumplido el deber de informar a Chapman sobre la futura construcción de Disney World y por tanto amparó la demanda de Chapman. Sin embargo, en segunda instancia la corte de apelaciones estableció que no existía nada deshonesto ni injusto en la conducta de Curtis y que las partes negociaron en igualdad de oportunidades, por lo que el contrato era perfectamente válido. (Bullard, 2010, págs. 439-440)

Otro caso americano, es el de *Ladwaw v Organ*. Organ, quien era un comerciante de New Orleans dedicado a la compra y venta de tabaco. Cabe señalar, que durante una

guerra entre Norteamérica y Gran Bretaña, entre 1812 y 1815, había un bloqueo del puerto que impedía la exportación de tabaco ocasionando los precios bajos. Organ se enteró del fin de la guerra, por medio de una información reservada de su hermano que obtuvo de la flota británica, no obstante, al realizar la transacción de un importante cargamento de tabaco con Ladwaw, le ocultó dicha información reservada manteniéndose los precios bajos. Una vez que se dio público la noticia de la firma del tratado de paz, ese mismo día y se elevaron subida los precios, Landman desconoció el contrato.

Así se inició un juicio entre Organ y Ladwaw en que el primero reclama el cumplimiento del contrato en los términos pactados mientras que Lailaw se negaba a hacerlo alegando que su contraparte actuó de mala fe. Organ demandó para que se pagaran daños y perjuicios derivados de la no entrega y para que se inmovilizara la mercadería objeto del contrato. (Bullard, 2010, pág. 469)

Inicialmente hubo fallo favorable a Lailaw, basado en la supuesta actuación de mala fe de Organ. Pero la corte suprema de los Estados Unidos, en una decisión redactada por su presidente Marshall, devolvió el caso con instrucciones de un nuevo juicio e indicando el siguiente criterio:

La pregunta en este caso es si la información acerca de circunstancias extrínsecas que podrían influir en el precio de un bien y que era exclusivamente de conocimiento del comprador, debió ser comunicada por este vendedor. La corte es de opinión de que él no estaba obligado a comunicarla. Resultaría difícil delimitar adecuadamente una doctrina contraria, cuando los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Sin embargo, al mismo tiempo, cada una de las partes debe cuidar no decir o hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra. (Bullard, 2010, pág. 470)

Sobre este punto hay que considerar que mientras no afecte la validez y eficacia del contrato y siempre primando la buena fe, las partes podrían reservarse cierta información. Al respecto Escobar señala lo siguiente:

La clave para determinar cuándo es legítimo no revelar cierta información depende básicamente de la posición contractual: el que enajena tiene que informar todo aquello que razonablemente la otra parte deba conocer sobre el derecho (a ser transferido) y sobre el bien. Y ello porque no resulta legítimo que oculte la existencia de embargos o de vicios ocultos... Evidentemente ninguna de las partes puede considerar que resulta legítimo ocultar a la otra una causa de invalidez o de ineficacia contractual. En efecto, no es admisible que una de las partes considere legítimo el reservarse para sí el conocimiento de un hecho que puede afectar la utilidad del contrato, pues de este modo lesiona

abiertamente el principio de solidaridad contractual. (Escobar Rozas, 2004, págs. 157,158)

Estamos de acuerdo con Escobar, en que el mínimo de información que se debe informar es la existencia de vicios ocultos, causales de invalidez o ineficacia o formalidades previas a seguir, de lo contrario existiría una afectación a la otra parte de mala fe.

Manuel De La Puente y Lavalle considera lo siguiente:

El deber de información no llega al extremo que uno del tratante debe necesariamente poner en conocimiento del otro dato relativos a su propia condición económica, que lo pueden hacer perder o debilitar su poder de negociación. En consecuencia, el deber de información de un tratante hacia el otro ha de versar sobre aquellos aspectos relacionados con la verdadera representación del negocio, que no puedan ser conocidos por la contraparte, tales como las causas de incumplimiento del contrato (vicios de la mercadería), peligrosidad de la prestación o del bien, inutilidad de la prestación (error sobre la cualidad del bien o servicio) conocimiento de una causa de invalidez del contrato. Desde luego, si la contraparte se encuentra en estado de conocer por si misma estos aspectos, cesa el deber de información de ellos. (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 357-358)

Debe advertirse, que

El presupuesto básico o esencial del deber de información se halla constituido por la circunstancia de que una de las partes- consecuentemente el obligado a informar- disponga de una información de que la otra parte carece, ya que la falta de información atenta contra la capacidad de hacer una elección racional. (Stiglitz, 2010, págs. 191-192)

Por otro lado, Stiglitz señala lo siguiente:

El conocimiento de la información por quien alega la reticencia, suprime la obligación de informar. En consecuencia, el conocimiento suficiente por parte del acreedor a la información, constituye un límite inherente a la obligación de informar e inhabilita su reproche contra el cocontratante por no haberlo informado. (Stiglitz, 2010, pág. 192)

Otro límite que indica el mencionado autor es *“la ignorancia inexcusable de acreedora a información, la que resulta de su deber de informarse, señala el límite a la que se halla sometida la obligación precontractual de informar a cargo del deudor.”* (Stiglitz, 2010, pág. 193)

Si bien, las partes deben informar a la otra, es importante ser diligente cuando uno negocia, ya que cada parte debe buscar información adecuada para hacer un contrato eficiente. Por ejemplo, si un vendedor ofrece un inmueble inscrito en registros públicos, el comprador tiene el alcance de toda la información indicada en registros públicos. Por lo que el vendedor le basta entrar los detalles del registro y el comprador debe verificar este. Si el vendedor no es dueño de acuerdo a lo indicado en registro, es responsabilidad del comprador ya que ha actuado negligentemente.

Esto es, debido a que en estos casos dicha carencia de información afecta al contrato mismo y la parte en desconocimiento puede sufrir daños, en caso el contrato sea afectado con una ineficacia, invalidez o con el giro en el contrato no estimado por esta.

En consecuencia:

La información que debemos entregar será relativa según un caso y otro, según un negociador y otro. Sin embargo, se puede salir al paso “fijando deslindes o patrones que ayuden a para fijar si en un caso concreto la información incompleta dada al otro precontratante, es o no justificada, si tiene justa causa o no” Por ende podemos deducir que se pueden fijar requisitos mínimos, labor que corresponde a cada parte en las tratativas preliminares colaborando con el otro, condicionando la información a entregar en orden a evitar cualquier error, lo cual es relativo, ya que depende de múltiples factores. (Opazo Barrientos, 2018, págs. 9-10)

Además, el deber de información de acuerdo con Ordoqui cumple con las siguientes funciones:

Permite un consentimiento con conocimiento de lo que se dice y además coadyuva al restablecimiento de la igualdad entre las partes. Así se actúa con libertad e igualdad, que son el verdadero fundamento del principio de la autonomía privada. La información es la principal arma de que dispone el consumidor para hacer frente a las agresiones del consentimiento libre e informado. Debe informarse lo que puede ser relevante para la toma de decisiones o lo que refiere a causas de posible invalidez o ineficacia del acuerdo. (Ordoqui Castilla, 2015)

Agrega el autor:

En esta instancia el deber de actuar buena fe no sólo impone conductas negativas, como la de no dañar o no defraudar, sino que impone conductas positivas como la de colaborar, asesorar, dar información, avisos, advertencias sobre peligros, etc. El deber no es solo de no lesionar al otro con engaño diciendo lo que no es (no hacer) sino que es de hacer, o

sea impedir que el otro se perjudique por no saber, colaborar activamente en la protección de sus intereses. (Ordoqui Castilla, 2015)

Por tal motivo, este deber es de suma importancia ya que evita que los contratos recaigan en nulidad en caso de existir vicios no advertidos por cada parte, ayudan a interpretar cumplimiento del contrato conforme a lo entendido por las partes al momento de negociar, acorta las brechas de asimetría de información; sin embargo, no es necesario revelar toda la información o brindarla ya que esta tiene un costo de obtenerla y a veces es posible que la otra parte pueda obtenerla, siendo necesario revelar lo necesario para comprender el objeto del contrato y su valor y la existencia de vicios ocultos.

#### **2.2.4 Deber de Actuar Seria y Consecuentemente.**

Este deber es de suma importancia y el incumplimiento de éste tiene bastante desarrollo en la doctrina. Tiene relación con los deberes de corrección, lealtad y colaboración ya que permite proteger la confianza de la otra parte contratante que va generándose conforme van avanzando las negociaciones.

Para Opazo Barrientos dicho deber establece que:

Los negociantes, al dar información, así como realizar toda diligencia encaminada a la celebración del contrato, deben obrar consecuentemente, es decir mirando hacia un objetivo común que es celebrar el contrato. Paralelamente, deben negociar de manera seria, demostrando tener la intención de realizar eficiente y eficazmente todas las diligencias que se encaminen al perfeccionamiento del contrato. En suma, este deber se manifiesta en que nadie debe iniciar o mantener negociaciones que no tiene intención de concluir, y en general, nadie debe interrumpir de modo injustificado o arbitrario una negociación en curso. (Opazo Barrientos, 2018, págs. 10-11)

Cabe señalar, que este deber no implica que las partes estén obligadas a aceptar las ofertas cursadas, sino demostrar sus verdaderos intereses y no generar falsas expectativas al momento de negociar.

Conforme señala Aníbal Torres:

Cada parte de la negociación debe realizar los actos necesarios a fin de que el contrato no se ve afectado por causales de ineficacia estructural o funcional, La inercia dolosa o culposa de una de las partes en la ejecución de los actos que le competen y son necesarios

para la validez y eficacia del contrato le genera responsabilidad precontractual.” (Torres Vázquez, 2016, pág. 321)

Por ejemplo, si una persona pide un kilo de sal, sin embargo, éste por error coge azúcar y el vendedor advierte que se trata de un error, debe advertirse dicho error de lo contrario podría ser anulable el contrato. Otro supuesto para este principio es el deber de las partes de no entrar en largas negociaciones si es que no se tenía interés para contratar.

### **2.2.5 Deber De Claridad:**

Este deber está relacionado la forma en la expresión del contrato y de las estipulaciones y tendrá repercusiones al momento de interpretarse el contrato. Al respecto, Aníbal Torres lo define de la siguiente manera:

Cada parte debe expresarse con claridad, de tal forma que su declaración de voluntad sea fácilmente comprendida por la otra. No puede aprovecharse de la ignorancia o inexperiencia de la otra para hacerla aceptar cláusulas o estipulaciones que por ambiguas u oscuras no entiende y le son perjudiciales. (Torres Vazquez, 2016, pág. 321)

En el marco de la contratación masiva y en los contratos por adhesión nuestro ordenamiento contempla en el artículo 1401 del Código Civil que en “las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.”

Para De la Puente y Lavalle, el deber de claridad está:

Íntimamente ligado al deber de información se encuentra el deber de claridad, entendido en el sentido que los tratantes deben de preocuparse de que las informaciones que intercambian sean perfectamente inteligibles y no se presten una mala interpretación. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 358)

Es necesario de acuerdo con el deber de claridad, mantener un idioma y lenguaje claro y el tamaño de las letras de manera legible para no ocultar de esa manera detalles contraproducente para una de las partes. Asimismo, Roppo señala:

Este puede ser un simple corolario del deber de información (que no está bien absuelto, si la información es dada de manera oscura o ambigua). Bien puede vincularse al simple hecho de la información: dar al cliente un opúsculo informativo no es una obligación del Tour operator o de la agencia de viajes, pero



si es entregado debe contener una serie de informaciones escritas de manera clara y precisa.”. (Roppo, 2001, pág. 183)

En este caso, la información que debe entregarse debe ser simple, que se pueda entender. Si es escrito, que las letras no sean tan pequeñas que no se puedan advertir condiciones prescindibles para las partes a fin de no llevar a la otra parte a incurrir en error. Cabe señalar, que hay situaciones en que las partes negociantes sí entregan la información necesaria; sin embargo, si no es clara dicha información también estarían incumpliendo el deber de buena fe al no haber claridad en su mensaje.

### **2..2.6 Deber De Secreto Y Confidencialidad**

En muchos de los casos que las partes entregan documentación sobre el negocio, el servicio, el producto o la misma empresa, se encuentran las partes vulnerables por la información obtenida sensible. En ciertos casos esta información es confidencial y puede tener riesgo de que una de las partes sea afectada por ser divulgada a la información obtenida.

Este deber exige a las partes que guarden la información con la debida discreción que amerita. Ahora bien, si no se cumple este deber se hará procedente la indemnización por los perjuicios ocasionados, siempre y cuando las informaciones hayan sido conocidas gracias a las negociaciones entabladas.

Al respecto, Aníbal Torres señala *“La buena fe exige que las partes de la negociación no divulguen las noticias reservadas, el know How, a que han tenido acceso como participes de las tratativas”*. (Torres Vazquez, 2016, pág. 321)

Del mismo sentido señala Ordoqui:

Si como resultado de las negociaciones la parte obtiene información reservada, o se conocen, por ejemplo, datos internos de una determinada empresa, o de la vida íntima de una persona, se considera implícito el deber de secreto. Este deber, según los casos, rige tanto para la hipótesis de que se realice o perfeccione el contrato como para el caso que el mismo contrato no se legue a perfeccionar. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 226)

Asimismo, agrega el autor:

La buena fe exige que los contrayentes no divulguen información reservada a la que se accede por la confianza que puede existir en la etapa de la tratativa, aun cuando no se haya llegado a perfeccionar el contrato. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 226)

Muchas veces en contratos complejos como la venta de una empresa, las partes celebran contratos de confidencialidad para evitar que las partes no divulguen documentación sensible o confidencial; sin embargo, en caso no se celebren estos contratos la doctrina mayoritaria considera que el deber de buena fe exige confidencialidad en las partes.

### **2.2.7 Deber De Custodia O Protección:**

Algunos lo consideran como deber de custodia; sin embargo, existe un sector de la doctrina que le llama deber de protección y no solo abarca el patrimonio sino también los derechos de integridad y salud de los tratantes.

Conforme define Oviedo:

El deber de protección puede entenderse como el asumir la custodia o conservación y custodia de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas vinculadas en la misma, protegiéndolos de los daños patrimoniales o personales que se ocasionen como consecuencia de las negociaciones. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 322)

Existen casos en que las partes tienen acceso a bienes o están en instalaciones del ofertante y puede ocurrir que, por una negligencia de una de ellas, la integridad de las partes o los bienes materia del contrato o de las partes sean dañados.

Un ejemplo es el caso de entrega de muestra para su prueba y en el proceso de inspección se rompa el producto, en muchos casos las partes haciendo uso de este principio acuerdan celebrar el contrato y pagar el producto.

A este principio también se le llama deber de protección. Al respecto Escobar Lino y Guevara Porlles señalan:

El deber de protección puede entenderse como el asumir la custodia y la conservación de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas inculpadas en la misma, protegiéndolos de los daños patrimoniales o personales que se ocasionen como consecuencia de las negociaciones, es conocido el caso del linóleo, por el cual se indemnizó a la víctima que estaba plana etapa negocial al considerar la corte alemana que

el dueño del establecimiento debía el cuidado a los consumidores tanto de la salud como de su propiedad. (Escobar Lino, 2016, pág. 192)

Al respecto, las autoras agregan:

Los deberes de protección son impuestos a ambas partes, están destinados a proteger ambos intereses y a proteger a las personas y las cosas. Se subdividen en deberes de aviso (que involucran el deber de información) y de conservación; sin embargo, se advierten con mayor relevancia en los contratos de consumo donde el interés primordial es proteger al consumidor, protección o cuidado que tiene por objeto dejar a salvo la integridad física de las personas... y objetos que participen en la relación contractual, al imponer comportamientos que eviten lesiones a los usuarios, clientes o clientes potenciales. (Escobar Lino, 2016, pág. 193)

Al respecto, cabe indicar:

Es frecuente que una de las partes del futuro contrato envíe a la otra la cosa a fin de que la examine o pruebe. Si incumple el deber de custodia de la cosa o de conservación, la responsabilidad que se le imputará será de orden precontractual. (Ojeda Guillén, 2009, pág. 116)

Opazo señala:

Para comprender este deber es necesario concebirlo dependiente de un futuro contrato entre los negociantes. Se vincula necesaria y directamente al examen de mercancías u objetos antes de resolverse si se contratará o no, teniendo en cuenta que durante las tratativas una parte puede entregar a la otra las cosas objeto del futuro contrato a fin de que tenga la oportunidad de inspeccionarlas. Sin embargo, para que se verifique este deber de protección es esencial que una de las partes haya expresado el deseo de que se guarde y custodie una cosa. (Opazo Barrientos, 2018, pág. 12)

De acuerdo al artículo 2.1.16 de los principios UNIDROIT establece que:

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

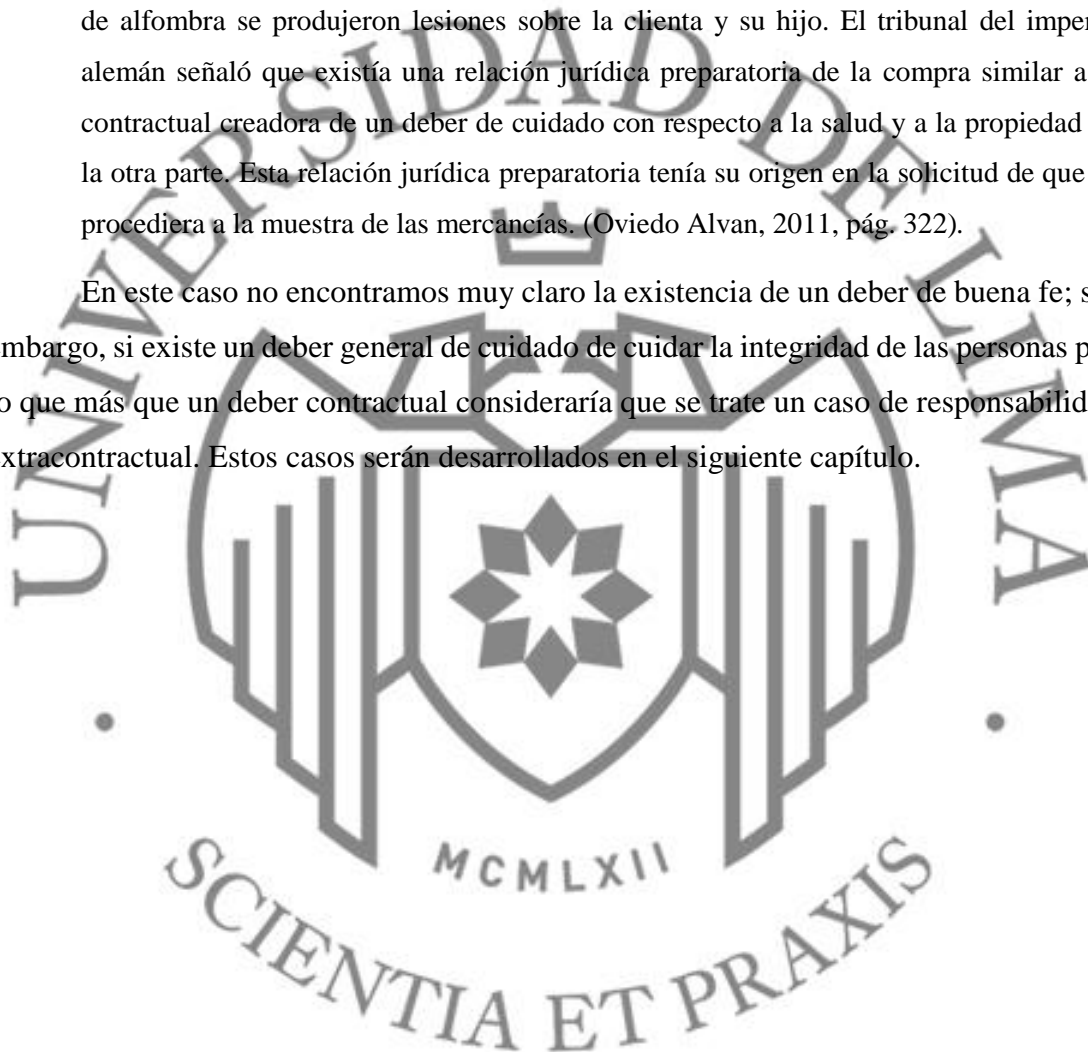
Puede ocurrir que en las tratativas uno de los participantes entregue a la otra parte para su análisis o estudio determinados bienes o documentos sobre los que luego se

pretende sustentar el acuerdo. Quien recibe estos bienes o documentos ¿debe custodiarlos y actuar con prudencia y diligencia de un buen padre de familia podrá que los mismos no sean extraviados?

En la jurisprudencia alemana, se tiene el caso del Linóleo del 1911:

El caso consistió en un pleito entre el dueño de un almacén y su clienta, derivado de lo siguiente: está a entró con su hijo al almacén para realizar unas compras y manifestó su interés, al dependiente del almacén, de comprar una alfombra de linóleo. Al sacar el rollo de alfombra se produjeron lesiones sobre la clienta y su hijo. El tribunal del imperio alemán señaló que existía una relación jurídica preparatoria de la compra similar a la contractual creadora de un deber de cuidado con respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercancías. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 322).

En este caso no encontramos muy claro la existencia de un deber de buena fe; sin embargo, si existe un deber general de cuidado de cuidar la integridad de las personas por lo que más que un deber contractual consideraría que se trate un caso de responsabilidad extracontractual. Estos casos serán desarrollados en el siguiente capítulo.



# CAPITULO 3 INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En el capítulo anterior, se analizó los posibles deberes y derechos que tienen las partes contratantes, los mismos que se originan al momento de realizarse las negociaciones. Si bien es claro que, al momento de celebrarse un contrato, las partes se obligan a regirse según las reglas del contrato y los principios como los de buena fe; sin embargo, la legislación de manera expresa no contempla qué sucede en caso de incumplimiento.

Pese a esto la doctrina, la jurisprudencia de algunos países y cierta normativa comparada, la alemana, por ejemplo, consideran que existen consecuencia a estos incumplimientos, los mismos que son tratados a través de la responsabilidad precontractual.

## 3.1 Antecedentes:

La responsabilidad precontractual no está regulada de manera expresa y uniforme en la mayoría de los ordenamientos, no contando tampoco con una doctrina pacífica sobre su tratamiento y aplicación. Esto se debe a que se trata de una institución joven:

El desarrollo de la teoría se inició en 1861 y se amplió con las enseñanzas de Faggella, quien extendió su operatividad al tiempo anterior de la emisión de la oferta. Asimismo, y siempre antes de perfeccionarse el contrato, pueden ocurrir accidentes diversos generadores de daños, como el que sufre el interesado en la compra de un automóvil mientras lo prueba o quien visita un inmueble, con miras a su compra, o su locación o quien se somete un periodo de ensayo previo a que sea formalizado un contrato de servicios, etc.” (Brizzio, 2013, págs. 357-358)

La responsabilidad Precontractual nació, para el derecho moderno, en Alemania gracias a los trabajos Rudolf Ihering que planteo la teoría de culpa in contrahendo basada en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano se tenía la creencia de que cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima caveat emptor, o nienm emptor debet ese curiosus,

era cada una de las partes a la que le incumbía satisfacer sus intereses con el objeto de negociar. (Cortez Pérez, 2013, pág. 319)

Asimismo, con respecto de este deber precontractual de información, debe señalarse que también tiene su antecedente en el siglo XVII:

Esta responsabilidad precontractual nace de la vulneración al deber de información, ya a mediados del siglo XVIII, Pothier ya hacía mención del deber de información como obligación emanada del principio de buena fe, principio que no puede estar ausente durante el proceso de contratación (Cortez Pérez, 2013, pág. 320)

Pero a quien se le atribuye los inicios de la responsabilidad precontractual es a Ihering; sin embargo, *“Este autor no analizó la responsabilidad precontractual en el caso de las frustraciones en las negociaciones sino en el actuar de una de las partes faltando a la buena fe para que el contrato sea nulo.”* (Leysser León, 2007, pág. 680)

Al respecto señala Leysser León, que el referido autor alemán *“Plantea que si bien el acto en si no puede generar efectos. Las consecuencias anteriores a la realización de acto nulo si generan con consecuencia la responsabilidad precontractual llamándolo culpa incontractando”*. (Leysser León, 2007, pág. 680)

Asimismo, conforme señala Espinoza:

El punto de partida de su investigación es la preocupación, en el caso de las tratativas, sobre quien asume los costos de un error que posteriormente invalida el acto y se pregunta ¿la parte que ha cometido un error no responde de algún modo frente a la otra por los gastos ocasionados a esta por su propia culpa? y se indigna exclamando ¡la parte en culpa resta indemne y la parte a la cual no se le puede reprochar nada se convierte en víctima de la culpa ajena! (Espinoza Espinoza, 2002, pág. 997)

Cabe señalar, que Ihering, desarrolló sus teorías en base a casos que estaban en curso en ese momento:

El caso que analizó es el de un sujeto quedando adquirir cien libras de mercadería, recibió cien quítales de la misma, debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de la libra con el quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este hecho, el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la mercadería. Ihering consideraba justo que el comprador causante del vicio asumiera los referidos costos. Sin embargo, en el derecho vigente no encontró respuesta alguna, pues tanto la actio de dolo como la actio legis aquilae exigían la existencia de un daño causado a cosas corporales. Ante el vacío decidió sumergirse a las fuentes romanas... ahí encontró varios casos en los que una de las partes respondía frente a la otra como consecuencia de haber

ocultado hechos que provocan la invalidez o la inexistencia del contrato debe responder frente al otro indemnizando el interés contractual negativo.” (Escobar Rozas, 2004, pág. 155)

Sus planteamientos se basan en dos figuras del Derecho Romano que reconocían el resarcimiento por este tipo de daños, una de ellas era en caso de la venta extra comercio y el otro en caso de una herencia inexistente y teniendo como bases las siguientes:

a) La culpa in contrahendo tiene naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato). La conclusión de un contrato no crea solamente una obligación de ejecutar sino también según las circunstancias, una obligación de reparar el daño. b) El mismo grado de diligencia exigible durante el perfeccionamiento y ejecución contractual debe presentarse en el periodo de formación del contrato. De igual forma, las partes deberán comportarse de un modo honesto y concreto, en las negociaciones y en la celebración contractual. c) La expresión nulidad de un contrato, designaría solamente la ausencia de cumplimiento del mismo y no la de todos los efectos en general. d) El daño causado está representado en la idea del interés negativo, en contraposición al interés positivo representaría el cumplimiento contractual. e) Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esa especie de culpa, quedando excluidos los terceros. f) La acción se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual. g) Para que pueda haber culpa in contrahendo tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no originan responsabilidad. Civil. (Escobar Lino, 2016, pág. 182)

Cabe señalar que, Ihering para encuadrar dogmáticamente suministra la siguiente regla:

La diligencia contractual se necesita de la misma manera tanto en las relaciones contractuales, aún en fase de formación, como en aquellas ya perfeccionadas. La inobservancia de esta diligencia da lugar, en ambos casos, a la acción contractual para el resarcimiento de daño (Espinoza Espinoza, 2002, pág. 839)

Las consecuencias son las siguientes:

1) En cuanto a la clasificación sistemática, se ubica en la culpa dentro de las relaciones contractuales. 2) En la formación del contrato, deben tenerse en cuenta los mismos grados de culpa contratante. 3) Los sujetos que deben responder son los contrayentes en primera persona y no los terceros que cooperan en la conclusión del contrato y solo en el caso en el cual un acula perfectamente correspondiente estos precisos cánones puede ser imputada ante ellos (Espinoza Espinoza, 2002, págs. 838,839)

De esta forma, Ihering agrupo el material caustico, analizándolo bajo tres puntos de vista:

1) **La Incapacidad del sujeto:** a efectos de proteger a ciertos sujetos de ellos mismos o de otros se le somete al régimen de tutela o curatela y, por consiguiente, se les priva del poder de enajenar y de obligarse. Por ello, advierte que es nuestro deber vigilar en modo que la regla de la nulidad de sus contratos no implique nunca la rutina de los terceros que no son culpables en absoluto. 2 **Idoneidad del objeto:** sería el caso de contratos que impliquen la transmisión de bienes, que sean física o jurídicamente imposible 3 **Falta de confiabilidad de la voluntad contractual:** dentro de la cual se distingue: a) En cuanto a la declaración, incluye dentro de ésta los casos de incompatibilidad intencional entre la voluntad y la declaración de voluntad (que reconoce que no se presta de ninguna manera a una aplicación de la culpa incontractando, sino a un supuesto de responsabilidad extracontractual) de la incompatibilidad involuntaria entre la voluntad y la declaración de la voluntad. b) En cuanto a la voluntad misma (I) La revocación de la oferta en la conclusión de contratos por correspondencia; (II) Cambio de voluntad en la conclusión de contratos por medio de intermediarios (III) Muerte del autor de la oferta antes de la aceptación en los contratos concluidos por correspondencia. (IV) Revocación de la promesa al público. (Espinoza, 2002, págs. 842-843) (las negritas son nuestras)

Cabe mencionar, que, sobre la justificación de su teoría y la casuística de la Culpa Incontractando se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. La culpa in contractando es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato) 2. El mismo grado de diligencia se debe prestar en el periodo de formación del contrato que en el periodo de ejecución. 3. Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros. 4. Si el acto de formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa contractual. 5. Para que pueda haber culpa in contractando tiene que haber existido oferta, las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato no son susceptibles de origina responsabilidad civil basada en esta especie de culpa. (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 362-363)

Debe considerarse que, según la teoría de Ihering:

El fundamento de la acción de indemnización de perjuicios sería un criterio de imputación de responsabilidad que conocemos como culpa. Ihering es incisivo en decir que no es culpa extracontractual, porque ella adquiere relevancia solamente al ocasionarse cierto tipo de daños: a las personas o a las cosas... por ello afirmó, el fundamento está sí en



culpa, pero que al darse con ocasión de la celebración de un contrato tiene naturaleza contractual y sigue las reglas de esta en su integridad.” (Salgado Ramirez, 2015, pág. 500)

No obstante, nos lleva a preguntar:

¿Pero qué culpa tiene quien encargó los tabacos o quien hizo uso del telégrafo en los daños que experimenta el receptor? ... por culpa entendemos una valorización en términos negativos, a título de reproche, de un comportamiento. Así lo entendían los romanos, así se entiende actualmente. < sin embargo> Ihering ... no parece entender la culpa como un mero reproche del comportamiento, a pesar de que esfuerce algunas veces en reprochar el comportamiento de que trata. Ihering concibe dentro de la culpa algo que para nosotros no lo es. Es verdad, nuestro autor se inspiró en la responsabilidad por vicios ocultos del edicto de los Ediles Curules, en virtud de la cual el vendedor estaba sometido a los remedios edilicios, no solamente si sabía del vicio del objeto, sino porque estaba en condiciones de poder saber de tal vicio. (Salgado Ramirez, 2015, págs. 501-502)

Sobre el particular explica la mencionada Salgado:

En términos prácticos lo que hizo fue crear una obligación de garantía en favor de la contraparte quien contrata, asegurar a su contraparte que está en condiciones (personales) de hacerlo, que lo que promete es posible y que el medio seleccionado para expresar su consentimiento es idóneo. Mas puede quedarse corto Ihering con el argumento del edicto de los curules en que se inspiran que puede ser aplicado a las dos primeras cuestiones (el poder saber sobre las condiciones personales y el deber de saber de la existencia de lo que se promete) ¿pero también a la tercera Ihering reprochaba que se acudiera a un mecanismo inseguro como el telégrafo? ¿acaso no puede el receptor juzgar también lo inadecuado del medio utilizado? Esta tercera, es pura responsabilidad objetiva por el hecho de otro, aunque quiera reprochar una conducta al remitente... esto se reconoce la doctrina, que habla entonces de una llamada culpa objetivada de Ihering. (Salgado Ramirez, 2015, págs. 502-503)

Además, la autora se percata de otros problemas en la teoría del autor alemán como, por ejemplo, “*en el caso del menor o del incapaz, ¿cómo hacerlos responsables a título de culpa? O ¿cómo hacerlos garantes de su condición de capacidad? Aquí ciertamente la teoría se encuentra un obstáculo difícil de superar*”. (Salgado Ramirez, 2015, pág. 503)

Finalmente, advierte Catalina Salgado lo siguiente:

Resta el supuesto de la ineficacia de la oferta, la que puede suceder por varios motivos; porque el oferente haya cambiado de parecer retirándola, lo que causa daños a su contraparte, que, habiendo aceptado una oferta, ya ineficaz, pensó haber celebrado el contrato y se preparó para darle cumplimiento. Aquí dependiendo de la posición, podría no hacerse un juicio de reproche y hasta el momento la cuestión será discutible; así Ihering ve un reproche en el retiro y no ve ningún inconveniente en cualificar en términos de culpa un acto que la ley permite realizar. (Salgado Ramirez, 2015, pág. 504).

No obstante, a ello la teoría de Ihering tiene los siguientes méritos:

Un principio de resarcimiento en supuestos que antes de él o carecían de solución o tenían las más variopintas soluciones ( y siguen teniéndolas en muchos códigos); la inmortalización de la distinción momseniana del interés; el nacimiento de la responsabilidad precontractual moderna, que se ha ampliado tanto al campo de las negociaciones contractuales como incluso al de contratos válidamente celebrados, pero con inconvenientes para una de las partes, por haber faltado la otra a sus deberes de lealtad y corrección. (Salgado Ramirez, 2015, pág. 505)

Por otro lado, en Italia, Faggella cuestionó la teoría de la culpa incontrahendo de Ihering denominándola “Responsabilidad Precontractual”:

Faggella, critica y a su vez perfecciona la tesis de Ihering, por tanto la oferta deja para él de constituir el portal de entrada a la responsabilidad precontractual. Antes bien, el solo hecho de comenzar a negociar con la finalidad de cerrar un acuerdo contractual, ya configura un hecho relevante para el orden jurídico y susceptible de generar el deber de reparar. Ello es así porque no es necesaria una oferta para que se produzca un apartamiento intempestivo y por eso mismo dañoso de alguno de los futuros contratantes. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 153)

Agrega el autor:

Faggella tiende asimismo a la objetivación de la responsabilidad incontrahendo, pues estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas, adelantando de manera irracional lo que podría haber sido el normal disenso de las partes. Por ello el fundamento del autor no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes, ya sea de manera expresa o tácita- para entablar negociaciones. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 153)

Asimismo, el mencionado autor hace una nueva clasificación del momento de la negociación:

A) Las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta. B) La que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formalización del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo (Cortez Pérez, 2013, pág. 321)

Al respecto, según lo que considera Cortés:

Para Faggella el fundamento legal de la responsabilidad precontractual es la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y este puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca (Cortez Pérez, 2013, pág. 322)

En otras palabras, para Faggella a diferencia de Ihering consideraba que el factor de atribución debía ser objetivo. En cuanto a los daños:

El tiempo legalmente relevante previo a la celebración de un contrato, está compuesto no por un general y difuso concepto de tratativa si no por una serie de etapas denominadas como los de periodos precontractuales. De este modo, señala que existen dos periodos que abarcan las tratativas, por un lado, que en el cual las partes preordenan y proyectan lo que será el contrato y por otro lado, está el momento de la propuesta concreta y de aceptación... se divide en tres momentos: el primero concebido como el periodo de elaboración, el segundo es el periodo de concreción de la propuesta y el tercero es aquel en que esta propuesta se pone en movimiento. (Bardales Sicuas, 2017, pp. 137-138)

No obstante, cabe advertir que: *“Este autor descarta la posibilidad de solicitar resarcimiento por lucro cesante, pues considera que el resarcimiento debe ser sobre gastos reales y no sobre las ganancias dejadas de percibir”.* (Cortez Pérez, 2013, pág. 322)

Sostiene Faggella que el fundamento legal de la responsabilidad precontractual no se encuentra en la culpa, como sostenía Ihering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y este puede existir sin que haya dolo o negligencia; basta aun separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca. (Escobar Lino, 2016, pág. 183)

Dicha teoría que se basa en lo siguiente:

1. Es posible responsabilizar jurídicamente al que se retira en los primeros periodos ante contractuales.
2. Tal responsabilidad se funda en el consentimiento para las tratativas o al concurso de ellas, y, sobre todo, en el hecho de la existencia de un perjuicio al otro tratante, representado por los gastos y por el trabajo realmente empleado en la elaboración del proyecto contractual.
3. Este consentimiento contiene en su esencia la obligación tacita de resarcir al tratante de los gastos efectivos y del costo de trabajo preparatorio contractual.
4. Los límites de resarcimiento están señalados por la necesidad de los gastos

y del trabajo preparatorio pertinente; y los caracteres del consentimiento para tratar a la otra parte. 5. La responsabilidad no tiene su raíz ni en el vínculo contractual, ni en la culpa incontractando, ni en una asunción de garantía, ni en un mandato, ni en una negociación. 6. El consentimiento, que se mantiene en un estado psicológico y jurídico de pasividad, excluye la existencia del primer elemento. 7. Para integrar la responsabilidad debe también concurrir el aniquilamiento de la posibilidad o de las posibilidades de surgir un derecho esperado, fundado sobre el conocimiento para tratar. 8. La voluntad de las partes puede extender, restringir o eliminar esta responsabilidad. (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 363,364)

Cabe señalar, que de acuerdo con lo señalado por Cortez:

El aporte del autor italiano es la incorporación de la etapa de las tratativas, etapa que Ihering no incorpora, las tratativas es la etapa donde las partes conversan, intercambian ideas, conciben pactos, acuerdos, cláusulas, etc. Y esta etapa es tan importante como aquella donde ya existe o es real la oferta (Cortez Pérez, 2013, pág. 321)

Debe advertirse que no es que el autor buscaba responsabilizar toda frustración en las negociaciones “*Para Faggella, las partes tienen el derecho de interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero las rupturas intempestivas pueden originar responsabilidad cuando ella se produce un daño*”. (Cortez Pérez, 2013)

Asimismo, sostiene Faggella:

El resarcimiento por la ruptura interspectiva de las negociaciones debe limitarse solo a los gastos reales efectuados con motivo de ellas, no debiendo incluir las ganancias dejadas de obtener. De esta manera, Faggella descarta la teoría del interés negativo sostenida por Ihering que incluía lucro cesante. (Escobar Lino, 2016, pág. 183)

Al respecto el mencionado autor considera como retiro intempestivo “*Cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que estas hayan seguido su curso normal, ya sea con el perfeccionamiento del contrato o con la ruptura definitiva por falta de acuerdo*”. (Cortez Pérez, 2013, pág. 323)

Cabe mencionar que, esta teoría fue amparada y ampliada por Raymond Saleilles:

Un académico francés, en 1907 desarrolló la perspectiva que las partes que han entrado a las negociaciones deben actuar de buena fe y no pueden romper las negociaciones arbitrariamente sin compensar al otro por daño a la confianza. (Farnsworth, 2004, pág. 95)

El autor apoya la teoría de Faggella al rescatar el aporte de la inclusión de la etapa de las tratativas dentro del resarcimiento en la responsabilidad precontractual.

Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato, tienen desde el primer momento la obligación de obrar de acuerdo a la equidad comercial y a la buena fe. Por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas, cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Se produce un ataque al uso. (Cortez Pérez, 2013, pág. 322)

Al respecto, cabe señalar que:

Las partes dice, tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe; por tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial, siendo esta violación, este ataque al uso el hecho principal que debe dar su característica a la responsabilidad a la cual servirá de fundamento jurídico. Será esta violación y no la idea de culpa la que determinará las condiciones y la extensión del racionamiento. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 364)

Conforme señala Cárdenas Manrique:

Saleilles constituye la última etapa en la evolución clásica de la doctrina. Valoriza plenamente la relevancia jurídica del tramo negociador previo a la oferta, fundiéndolo en uno solo con el ulterior. Dice encontrar una base económica a partir del cual podrá clasificarse arbitrario o no el apartamiento en materia precontractual y funda la responsabilidad en garantía legal y la equidad, que conviven con el dolo y la culpa como factores de atribución. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 153)

### **3.2 Régimen De La Responsabilidad Precontractual.**

Analizados los antecedentes de la responsabilidad precontractual, procederemos a señalar cómo actualmente se puede analizar un caso de responsabilidad en el momento de las negociaciones.

El tratamiento del principio de buena fe y la responsabilidad precontractual ha sido desarrollado de manera distinta en varias legislaciones. En todos ellos, algunos se han inclinado en equiparar a la responsabilidad contractual, así como otros a la responsabilidad extracontractual. Asimismo, hay un sector de la doctrina que considera que la responsabilidad precontractual se debe considerarse de manera autónoma.

Al respecto Manuel De La Puente y Lavalle señala:

Con posterioridad a los trabajos de Ihering, Faggella y Saleilles e inspirándose en ellos, la doctrina mundial se ha dividido, inclinándose unos autores por la posición que considera que la responsabilidad precontractual tiene carácter contractual, siguiendo, aunque, en algunos casos, con considerables variantes, la tesis de Ihering, mientras que otros otorgan carácter extracontractual a dicha responsabilidad, compartiendo las tesis de Faggella y Saleilles. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 364)

Dichos planteamientos se basan en buscar la mejor teoría para explicar cómo aplicar la responsabilidad en caso de que las partes ocasionen daños en un momento donde no existe contrato. En el caso de los seguidores de la teoría contractualista, la doctrina comparada plantea la tesis del contacto social:

Según la cual la iniciación de las tratativas supone un acuerdo entre los tratantes para ingresar a esta etapa. Recuérdese que las simples propuestas unilaterales hechas por una de las partes, sin que haya existido un correlativo asentimiento de la otra de explorar las posibilidades de llegar a celebrar un contrato, no constituyen tratativas, para cuya existencia se requiere la voluntad común de vincularse contractualmente, si ello conviene a los intereses de las partes... De este contrato tácito surgen los deberes de corrección, de información y de colaboración, cuyo quebrantamiento da lugar la responsabilidad, independientemente de que el contrato, para cuya realización se llevan adelante las tratativas, llegue a concluirse o no. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 365)

De esta manera, los autores buscan esta ficción para poder exigir los deberes precontractuales de información, corrección, custodia, entre otros, para facilitar la aplicación de estos principios en sus legislaciones de difícil aplicación en materia de responsabilidad.

Al respecto, Efraín Pretel explica dicha teoría del contacto social de la siguiente manera:

Si se inician tratativas para celebrar un futuro contrato y una de las partes se aparta intempestivamente de las mismas, generando daño a la otra, debe responder contractualmente, por cuanto existe una vinculación especial o un contacto social entre ellas. (Pretel Alonzo, 2017, págs. 115-116)

Cabe señalar, que en Alemania esta teoría sirvió para cubrir varios vacíos que tiene su sistema de responsabilidad, especialmente el de responsabilidad extracontractual. En este orden de ideas explica Pretel:

Analizando su origen y desarrollo, básicamente en Alemania, nos encontramos que su génesis obedeció a las circunstancias particulares de su ordenamiento, por lo que somos de opinión junto con un gran sector de que este tipo de casos (responsabilidad precontractual) debe aplicarse el régimen de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. (Pretel Alonzo, 2017, pág. 116)

Con respecto a la responsabilidad extracontractual aplicada en Alemania, Leysser León explica:

La responsabilidad nacida de acto ilícito- nuestra responsabilidad extracontractual- solo procede en hipótesis bien tipificadas: lesión de la vida, el cuerpo, la salud o los bienes de la víctima, tal cual prescribe en el artículo 823 del BGB (Leysser León, 2007, pág. 883)

Cabe señalar, que, si bien el texto original BGB en un comienzo solo se *“recogieron para la regulación de hipótesis ligadas únicamente con el supuesto de invalidez contractual, como, por ejemplo, el contrato celebrado por quien carece de poder para hacerlo, es decir por un falsus procurador”* (Leysser León, 2007, pág. 680)

Dentro de los códigos modernos, la legislación portuguesa acogió los conceptos de la doctrina alemana y el Código Civil de 1966, regula la culpa in contrahendo, con la denominación de “culpa en el origen del contrato”. Dispone al respecto que aquel que inicia una tratativa con otro con vistas a la concertación de un contrato, debe actuar de conformidad a la buena fe y fidelidad, tanto en las tratativas previas como en las cláusulas definitivas del contrato. De lo contrario es responsable de los daños producidos a la otra parte raíz de esa culpa. (Brizzio, 2013, Pág. 358)

Cabe señalar, que no todos los países que han adoptado enfrentan las características del sistema de responsabilidad alemán:

Son dos los sistemas que imperan en el derecho continental o civil Law en cuanto al régimen de responsabilidad extracontractual a saber: I) El sistema de régimen extracontractual típico y II) El sistema de régimen extracontractual con cláusula general. El primero es propio del ordenamiento jurídico alemán...La razón del porqué el régimen extracontractual es considerada típica es simple: su disposición legislativa recogida en el párrafo 823 I del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB en adelante) señala taxativamente los bienes jurídicos tutelares es caso sean dañados. (Pretel Alonzo, 2017, pág. 117)

Eso explica que, tanto la doctrina como como la legislación tuvieron que realizar esta construcción de la teoría del contacto social como sustento la responsabilidad contractual y así contemplar dichos supuestos no contemplados en la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, otros países como Italia, Francia y el Perú la responsabilidad no limitan a la extracontractual y de acuerdo como señala Pretel:

Obliga a resarcir todo daño que haya sido ocasionado a otro por culpa o dolo. Este sistema, tanto por su importancia histórica de tan larga data como por su vigencia, tiene como modelo al Code Napoleón o Code Civil Francés que en su artículo 1328 prescribe “Cualquier hecho de la persona que cause a otro daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo. (Pretel Alonzo, 2017, págs. 117-118)

Es por eso que se elaboraron las teorías de Ihering y los casos de responsabilidad por culpa in contrahendo no son de aplicación en la responsabilidad extracontractual, por dicha razón menciona Pretel:

Las particularidades del régimen de responsabilidad extracontractual delineado en el BGB también estimularon a la ciencia jurídica alemana en la búsqueda de soluciones para algunos casos problemáticos, recurriendo al ámbito contractual. (Pretel Alonzo, 2017, pág. 120)

Por tal motivo, se justifica una construcción un poco forzada como considerar un contacto social al estar en momento de negociación. Si se cuenta con un sistema más permisivo el planteamiento no podría ser compleja.

Por otro lado, en la teoría acogida por el BGB basada en la tesis de Ihering se advierten las siguientes características:

1. La culpa in contrahendo es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato).
2. El mismo grado de diligencia se debe presentar en un periodo de formación del contrato que el periodo de ejecución.
3. Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
4. Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa in contrahendo.
5. La acción fundada en culpa in contrahendo se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.
6. Para que pueda haber culpa in contrahendo tiene que haber existido oferta; las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en especie de culpa. Pese a la importancia que tuvo para su época, las tesis de Ihering no fue lo suficientemente convincente para que el codificador del BGB lo tomara en cuenta, por lo que la teoría de la culpa in contrahendo no tuvo acogida legislativa. La falta de su positivación como supuesto contractual y la deficiencia del régimen extracontractual que hemos advertido, darían lugar a que la doctrina y



jurisprudencia posteriores se encarguen de tomarlo en cuenta y la desarrollen, dando lugar, propiamente, a la teoría del contacto social. (Pretel Alonzo, 2017, págs. 120-121)

De esta teoría, de acuerdo con Ramírez Izaguirre, podemos entender que:

La tesis de responsabilidad contractual se centra en el deber de buena fe y afirma que se trataría de violación de un vínculo obligatorio que, después de iniciadas las negociaciones, se crearía entre sujetos determinados (o del simple contrato negocial) los contratantes. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 169)

Asimismo, Freddy Escobar entiende que:

El argumento empleado por los contractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe no hace otra cosa que imponer (a los sujetos que entran en contacto) la obligación de actuar de manera leal y diligente. Si alguno de los sujetos obra de mala fe, entonces incumple una obligación. Por consiguiente, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual). (Escobar Rozas, 2004, pág. 159)

Debe advertirse que, si bien en Alemania debido a las peculiaridades de su sistema de responsabilidad civil se pudo acoger esta teoría del contacto social, en otros países se trató de acoger dicha teoría.

La tesis contractualista de la doctrina italiana ... basando su fundamento en el artículo 1337 del Codice Civile, por ejemplo, Catronovo llega a la conclusión de que: a) La responsabilidad por culpa in contrahendo es de naturaleza contractual; b) Tal es esa, no obstante, que un contrato no se haya estipulado; c) Ella nace con violación de una relación obligatoria desprovista de la obligación de prestación. (Pretel Alonzo, 2017, págs. 123-124)

Cabe señalar que, esta teoría contractual basada en la teoría del contacto social tiene ciertas críticas. Al respecto, señala Stiglitz:

No se trata de responsabilidad contractual, porque aún no hay contrato formado de modo que lo que se vulnera no es un acuerdo particular, sino el deber general de obrar con prudencia y diligencia a fin de evitar el mal ajeno. La circunstancia de que el deber de obrar de buena fe deba ser observado por los sujetos en la relación precontractual. No implica retrotraer a dicho periodo la vigencia de una obligación de fuente convencional entre las dos personas que, en función de meras tratativas- entraron en contacto. (Stiglitz, 2010, pág. 176)

Coincidimos con esta crítica ya que dicha teoría se encuentra a nuestro entender que el considerar que las negociaciones se pueden considerar un contrato, en tanto existe un contacto social, es forzado, inexacto y afectaría la autonomía de las partes ya es el momento de las negociaciones cuando las partes buscan negociar y fijar las reglas del contrato sin estar comprometidos, de esta manera de no estar conformes con asumir riesgos puedan salir del contrato sin contraer consecuencias.

Es verdad que existen situaciones que si una de las partes actúa de mala fe afecta a la otra al frustrar las negociaciones, no ser claro o transparente con la información y alcances del contrato y deba responder por dichos daños, sin embargo, no se trata a comprometer a la otra parte a una relación obligatoria en estos momentos ya que no solo afectaría su derecho de libertad contractual, sino que desincentivaría la contratación. Al respecto, De Los Mozos también expresa:

Las tesis contractualistas, remotamente inspiradas en una artificiosa construcción pandectista se hallan desprestigiadas y totalmente en retroceso... estas tesis contractualistas de la responsabilidad incontractando no son aceptables, aunque practiquen un contractualismo light que ve en el inicio de los tratos un contacto social del que deriva la imposición de un comportamiento correcto. Pero una cosa es que los tratos deban desarrollarse de acuerdo con el canon de buena fe y otra, que, por el hecho de emprenderlos se derive en algún tipo de obligación. Una construcción de esta manera va, en última instancia, contra la libertad contractual que constituye un principio sistemático común a la cultura jurídica occidental y no deja de incurrir también en una evidente contradicción, porque el contrato no puede surgir obligaciones sino ha sido concluido. (De los Mozos, 2001, pág. 185)

Compartimos con los demás autores que considerar la existencia de una relación contractual por contacto social es forzar las figuras legales ya que sería correr el riesgo de no respetar la autonomía de las partes y tener una etapa que las partes negocien libremente sin estar atados en una relación obligacional.

No obstante, a ello debemos admitir que encontrándose con un régimen de responsabilidad limitativo como el alemán esta teoría ayudaría a poder aplicar con un régimen de responsabilidad en estos casos.

En contraposición a dicha teoría, los seguidores de la teoría extra contractualista señalan lo siguiente:

Para que surja responsabilidad contractual se requiere necesariamente la existencia de un contrato, cuando no se da este presupuesto la responsabilidad tiene carácter extracontractual. Dentro de este planteamiento, como la tratativa es una etapa previa a la conclusión del contrato y no forma parte de éste, la responsabilidad emergente de ella no puede ser contractual y, como no existe un campo intermedio o neutro, ha de ser incuestionablemente extracontractual. Si la ley establece que los tratantes deben negociar según las reglas de la buena fe, el incumplimiento de este deber constituye un comportamiento sustancialmente ilícito, que da lugar a la responsabilidad extracontractual, propia de los actos ilícitos. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 366)

Por su parte, Fredy Escobar también explica:

El argumento empleado por los extracontractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica impone el deber de actuar de buena fe no hace otra que tutelar de manera específica el genérico interés en no sufrir daño alguno. En consecuencia, si alguno de los sujetos obra de mala fe, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la responsabilidad aquiliana. A mi modo de ver, el asunto debe resolverse a favor de la corriente que postula la aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual. (Escobar Rozas, 2004, pág. 159)

Podemos considerar que según dicha teoría la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, siendo que, de no existir contrato, por defecto es extracontractual. Asimismo, considerar que, a diferencia de la responsabilidad contractual basada en un incumplimiento de una obligación del contrato, la responsabilidad extracontractual se basa en un ilícito, es decir una violación de una norma o un principio general.

Sobre este punto, De Los Mozos señala:

La responsabilidad precontractual...no supone una obligación de contraer antes, al contrario, tal obligación la excluye, porque en tal caso, el obligado sería responsable del incumpliendo y ello es propio de la responsabilidad contractual. Por otra parte, resulta de todo necesario que la responsabilidad extracontractual o aquiliana... venga a completar la remisión a la buena fe de manera que la responsabilidad en la que incurre el sujeto, deriva por encima de todo de qué manera, al llevar a cabo la ruptura de trato, obra con dolo, culpa o negligencia, comportamiento que por lo demás, es contrario a la buena fe que se presenta aquel como un arquetipo o medio de conducta y, en tal sentido es, ciertamente buena fe objetiva, juega y se haya instrumentada como buena fe subjetiva.,

buena fe legitimante, tanto desde el punto de vista activos como desde el pasivo. (De los Mozos, 2001, pág. 185)

Entre los sistemas que recogen esta teoría se encuentra el francés y el italiano, entre otros. Cabe señalar que, nuestro Código Civil ha recogido las experiencias de dichos códigos a lo largo de su regulación. Con respecto al régimen francés, Leysser León explica;

En Francia no hay regulación sobre el tema, sino la responsabilidad en el caso de frustración de tratativas ha sido por medio de la jurisprudencia y la doctrina. Al respecto la jurisprudencia cuenta con casuística de ruptura injustificada de las tratativas, pérdida de manuscritos enviados con el fin de iniciar tratativas y revocación injustificada de la oferta. La base de estos fundamentos es el artículo 1382 del Code Napoleón, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo o culpa. (Leysser León, 2007, pág. 674)

El autor explica:

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 Napoleón “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. (Leysser León, 2007, pág. 675)

Asimismo, debe considerarse lo siguiente:

En Francia, luego que en 1907 Saleilles acogiera la tesis de Faggella, a la actualidad no hay duda de que la responsabilidad en las tratativas tiene naturaleza extracontractual, pues en dicho ordenamiento toda responsabilidad que no cumple las condiciones necesarias para verse aplicar el régimen contractual es necesariamente delictual, hecho que parece haber sido siempre admitido prácticamente sin discusión, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Y es que en el ordenamiento francés la aplicación del régimen de responsabilidad contractual supone solamente que un contrato existe entre la víctima

y el autor del daño en el momento que se produce, además que ese daño resulta de la inejecución de una obligación nacida de ese contrato o vinculada a él y que las relaciones entre los contratantes o personas asimiladas a contratantes. (Pretel Alonzo, 2017, págs. 124-125)

Del mismo modo, la legislación italiana también recoge la teoría Extra Contractualista. Al respecto Leysser León señala:

Del modelo que fluye del Código Civil Italiano, hay que saber 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, la tesis contractualista, que hace eco de la obra de los autores germanos, es ardorosamente defendida por la doctrina. (Leysser León, 2007, págs. 685,686)

El autor explica:

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 suscitado 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. (Leysser León, 2007, pág. 186)

Asimismo, conforme lo señala Leysser León:

En el Codice Civile no existe, en efecto, ninguna norma que establezca la responsabilidad... 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. (Leysser León, 2007, pág. 687)

No habiendo contrato, ni una clara regulación de las obligaciones precontractuales derivadas de la buena fe, es entendible el considerar dichas obligaciones con ilícito con el fin de contemplar una responsabilidad. En este caso a diferencia de Alemania, se encuentra con mayor facilidad la teoría extracontractual.

En nuestro país existe un gran sector de la doctrina que apuesta por la tesis extracontractualistas, entre los cuales se encuentra Leysser León:

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 admitirá el valor comúnmente atribuido al artículo 1362, para 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, 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, en un país cuyo Código Civil, ni siquiera contiene una norma que señale cuales son las fuentes de las obligaciones.. (Leysser León, 2007, págs. 703,704)

Concluye el autor:

Si a la opción por los caminos germanos o italiano que se acaban de describir, los únicos admisibles para afirmar el carácter contractual de la responsabilidad incontrahendo, se opone la indiscutible esterilidad en el Perú de la cláusula normativa general de buena fe consagrada en el artículo 1362 del Código Civil... quien quiera 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, la cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida del acto ilícito, es decir, el artículo 1969. (Leysser León, 2007, págs. 705,706)

Además, Cárdenas Manrique también es partidario de esta teoría quien señala que *“Las teorías extra contractualistas afirmarían que el pacto implícito para entablar negociaciones, en genera responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado”*. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 154)

Asimismo, Aníbal Torres también señala que *“la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento en la mala fe (art. 1362) y en la culpa (dolo y culpa propiamente dicha) según la regla general de la responsabilidad extracontractual (art.1969).”* (Torres Vazques,2016. Pág. 313)

En el Perú, como se mencionó anteriormente, no existe un artículo que indique de manera específica si se trata de responsabilidad extracontractual o contractual. Al respecto, Chang Hernández señala que en el Perú es importante definir qué tipo de responsabilidad se encuentra la responsabilidad precontractual debido a que:

En el campo de la responsabilidad contractual es relevante establecer la culpabilidad y el grado de la misma en el agente dañante (artículo 1314 del código civil), mientras que en

el régimen extracontractual se puede responder, incluso, bajo una responsabilidad objetiva (art. 1981 del Código Civil). (Chang Hernandez, 2017, pág. 193)

Asimismo, sobre la consideración de la responsabilidad contractual, Manuel De La Puente y Lavalle presenta una tesis distinta a la del contacto social, al respecto, señala:

No se presenta, pues una autonomía entre responsabilidad contractual, entendida en el sentido que todo lo que no tiene carácter contractual es necesariamente extracontractual, sino que, por el contrario, la responsabilidad que no es extracontractual, o mejor dicho que no proviene de acto ilícito, bien entra en el campo de la originada por la inejecución de las obligaciones o bien queda en una situación incierta, respecto a su exigibilidad, que es necesario analizar en cada caso de acuerdo con las reglas de la crítica y la interpretación. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 368)

Sobre este punto, estamos de acuerdo ya que no todo lo que no es origen de contrato tiene que ser necesariamente contractual. Asimismo, el autor agrega *“Se ha visto que al establecer el Código Civil que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe se debe crear el deber de los tratantes de ceñirse a estas reglas.”* (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 369)

Al respecto agrega:

Estos deberes no surgen directamente de alguna de las fuentes de las obligaciones...en sentido estricto, pero ello no me lleva a admitir que el incumplimiento de estos deberes no esté sujeto a sanción alguna, o sea a responsabilidad. El deber de proceder según las reglas de buena fe se impone a los tratantes, o sea a quienes han decidido establecer cierto vínculo entre sí para explorar juntos las posibilidades de celebrar un contrato. No cabe, pues, ubicar la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber en el campo de la responsabilidad por acto ilícito, desde que no se trata de la violación de un deber genérico de no dañar, que es el fundamento de esta responsabilidad, sino de la violación de un deber específico del uno frente al otro asumido voluntariamente por los tratantes al dar inicio a las tratativas. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 369)

Por tanto, considera el autor:

La responsabilidad contractual no debe tener su esencia en la inejecución de una obligación de origen contractual (desde que la obligación nacida de un contrato de dar, hacer o no hacer, puede seguirla, por ejemplo, a la derivada de una promesa unilateral), sino en el porvenir de la violación de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato. El carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación ejecutada, sino por ser la consecuencia del

incumplimiento de un acuerdo de voluntades generador de consecuencias jurídicas.” (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 370)

Dicha tesis es defendida por Chang Hernández de la siguiente manera:

Es evidente que el artículo 1362 del Código Civil solo es aplicable las relaciones contractuales, esto es, sus alcances solo pueden ser aplicados a los contratos celebrados. En efecto, cuando la norma señala: los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe solo vincula las tratativas ya sea para interpretar el contrato o para evaluar el comportamiento de las partes en dicha fase contractual siempre que el contrato se logre celebrar válidamente, en caso contrario, es evidente que dicha norma no es aplicable; y de generarse algún daño en esa etapa del iter contractual ( que fue frustrado ya sea por dolo o culpa de alguna de las partes) se debe entender y regular bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual. (Chang Hernandez, 2017, pág. 195)

Agrega el autor:

La doctrina ha construido un supuesto especial de responsabilidad civil, denominado “ culpa in contrahendo” ... puesto que si bien es cierto no se puede considerar un supuesto con alcance contractual, cierto es también que no resulta in estricto un caso de responsabilidad extracontractual, ya que existe, entre las partes, un mínimo de relación, que no tiene los alcances y fuerza de una relación obligacional, pero relación al fin.” (Chang Hernandez, 2017, pág. 195)

A diferencia de la teoría del contacto social, en esta tesis no parten de la ficción de considerar como contrato a las negociaciones ya que el existir un contrato no es característica de la responsabilidad contractual sino por existir una relación obligatoria.

Asimismo, rompe la idea presentada por seguidores de la tesis de la responsabilidad extracontractual considera a la responsabilidad extracontractual de manera residual, es decir, si no existe contrato es extracontractual, ocasionando en ciertos casos dificultades en la aplicación en algunos casos. Por el contrario, indica que la responsabilidad extracontractual se basa en una violación de una norma o un principio en forma general, de lo contrario de existir una obligación nos encontraríamos en una responsabilidad contractual.

Ahora bien, es importante determinar, si el deber de buena fe se trata de un deber de aplicación específica a la relación de negociación, por lo que se podría entender que estos deberes corresponderían a un caso de inejecución de obligaciones, de acuerdo con lo indicado por Manuel De La Puente y Lavalle, o se trata de la violación de un principio



general del derecho por lo que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual. Al respecto, Ramírez Izaguirre y Roca Mendoza opinan:

La buena fe es un principio que regula o debe regir toda la actividad humana para llevar a cabo la paz social, pero esto no debe llevar a pensar que es buena fe genera obligaciones de corte civil, en todos los seres humanos, si fuera así, no existiría ningún supuesto de responsabilidad civil aquiliana... Nosotros coincidimos en que frente a un escenario donde las tratativas se han roto de forma injustificada, dada la normativa vigente, solo cabría hablar de un régimen de responsabilidad civil aquiliano. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 174)

Sobre el particular también opina Pretel:

Es claro que mientras que la responsabilidad contractual por autonomía protege los deberes específicos, los mismos que además deben ser positivos y de necesario cumplimiento para la satisfacción del interés de la contraparte, la responsabilidad precontractual protege un deber genérico (el de buena fe, el que además no grava a sujetos determinados (ni determinables) sino determinados dado que el deber de buena fe, qué duda cabe, se impone erga omnes. (Pretel Alonzo, 2017, pág. 128).

Como quiera que los deberes de buena fe se deben analizar caso por caso, no correcto señalar que los deberes de la buena fe se tratan de deberes genéricos ya que son derivados de las negociaciones por lo que no se puede considerar como provenientes de un ilícito, sino de las negociaciones del contrato a celebrar.

Contrariamente a lo señalado por los autores anteriores, Geldres comenta:

En primer lugar, para que surja la responsabilidad contractual no se requiere previamente la existencia de un contrato, tal y como sucede en los supuestos de responsabilidad precontractual... en ese orden de ideas la responsabilidad contractual incorpora el incumplimiento de una obligación derivada de contrato o de otra obligación derivada de cualquier otra fuente distinta al contrato. en conclusión, la responsabilidad contractual se vincula con la relación, mas no con el acto, es decir, con la fuente. En segundo lugar, durante las negociaciones surge una obligación sin prestación que da lugar, en caso de incumplimiento, al surgimiento de la responsabilidad contractual. Al respecto, se debe tener en cuenta que sobre la existencia de la obligación sin prestación durante la etapa de negociaciones no debe existir alguna duda. Así, el contenido de la relación precontractual se encuentra conformado por la presencia de obligaciones de protección, que son obligaciones autónomas, de fuente legal, generalmente vinculadas a una prestación. El contenido de tales obligaciones que se fundamenta en la buena fe, particularmente en el

artículo 1362 del Código Civil, se dirige esencialmente a la protección de los bienes e intereses protegidos que si bien generalmente se enmarcan dentro del *vi aquiliana*, debido al particular contacto cualificado producido, se enmarcaría dentro de la órbita de la responsabilidad contractual. (Geldres Campos, 2017, pp. 205-206)

Al respecto explica:

El artículo 1362 del Código Civil no es una norma que imponga deberes generales, sino deberes específicos los sujetos que entran en negociaciones... El citado artículo no regula el comportamiento de sujetos indeterminados que constituye un requisito constitutivo del artículo 1969 del Código Civil, sino el comportamiento de sujetos plenamente determinados, como o son las partes que entran en negociaciones. (Geldres Campos, 2017, p. 205)

Es preciso señalar que, si bien este deber tiene lugar directamente al contrato en vías de negociación, no se puede decir de una relación obligatoria en todos los casos de la responsabilidad precontractual.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, considera que la responsabilidad puede ser contractual y extracontractual dependiendo cada caso ya que hablar de responsabilidad precontractual enmarca distintas conductas. Sobre este punto de vista Ordoqui explica:

Según las circunstancias la responsabilidad precontractual podría regularse por el régimen extracontractual o contractual. Para entender esta propuesta partamos de un ejemplo. Si al iniciar las tratativas, cuando todavía las partes no se conocen y no se han inspirado entre sí confianza, se entregan una muestra de un producto para promocionar la venta cuyo consumo finalmente daña seriamente la integridad de la persona, aquí no se está obviamente ante la relación de confianza y ... se está transgrediendo el deber de haber actuado con la diligencia debido y la responsabilidad aplicable, no obstante existir tratativas, es extracontractual. Cuando esta relación se consolida y se genera una relación de confianza legítima, que es lo que resulta finalmente transgredida, ello posibilita la vigencia del régimen contractual., pues esta relación ya se regula con el deber de actuar de buena fe. Y la relación jurídica es concreta entre las dos partes determinadas. (Ordoqui Castilla, 2015, pág. 232)

Así pues, en los casos de dolo incidental o cuando una de las partes de mala fe obtiene una situación de ventaja distinta a la esperada por la otra siendo el contrato eficaz pero desventajoso, se analizaría bajo la tesis de responsabilidad contractual. En cambio, en caso de frustración de negociaciones, según dicha teoría, correspondería a un caso de

responsabilidad extracontractual. El problema que surgiría es el determinar los casos de celebración de acuerdos inválidos o ineficaces cuando una de las partes de mala fe omite los vicios que causan dicha invalidez o ineficacia.

Finalmente, existe otro sector de la doctrina que considera que se trata de una responsabilidad sui generis. Al respecto, de acuerdo con Cortés Pérez “*La responsabilidad precontractual no es de naturaleza contractual, mucho menos es de naturaleza extracontractual por encontrarse la responsabilidad precontractual en el iter contractual*”. (Cortez Pérez, 2013, pág. 329)

En Colombia de acuerdo a su jurisprudencia optan por la naturaleza de responsabilidad precontractual, de tal forma, la Corte Suprema de Justicia colombiana, sentencia de 28 de junio de 1989, Sala de Casación Civil MP Rafael Romero Sierra señala:

La responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual. Corresponde al criterio adoptado por muchos, según el CAL, la responsabilidad contractual solo del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato válida ente celebrado. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 327)

A esta concepción nos inclinamos ya que efectivamente no se puede hablar de contrato y tampoco es un ilícito como para considerarlo como responsabilidad extracontractual. Además, el análisis en estos casos no ayuda las figuras de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Como se mencionó anteriormente, las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual no radica solo en su origen sino existen ciertas diferencias en sus presupuestos.

Entre las diferencias encontramos en la tipicidad o antijurídica. En uno debe existir un incumplimiento de una obligación, en el otro una vulneración a una norma o un principio. En segundo lugar, la causalidad entre el daño y el incumplimiento en el caso de la responsabilidad contractual es inmediata; en cambio en la responsabilidad extracontractual es adecuado, es decir el responsable del daño es quien realmente origino tal acción y no quien directamente ocasionó el daño.

Para Luis Ojeda Guillen:

Todas estas diferencias entre los casos de responsabilidad precontractual y los requisitos para que se configure la responsabilidad extracontractual, nos acercan más a la posición contractualista, toda vez que es evidente que entre las partes involucradas hay, en efecto, ya un vínculo (llámese jurídico, llámese obligacional, llámese sui génesis) que definitivamente los liga, los une, los ata de tal forma que estas partes están llamadas a adoptar contratante. En definitiva, consideramos que existen más razones que nos convencen de que estamos ante casos de responsabilidad contractual, que las que se opongamos a esta tesis. (Ojeda Guillén, 2009, p. 209)

Cabe señalar, que existe importancia en determinar el tipo de responsabilidad, una de las razones es en el factor de atribución, en la responsabilidad contractual es dolo, culpa inexcusable o culpa leve, en cambio en la responsabilidad extracontractual sería culpa.

Ahora bien, ¿Qué tesis se puede aplicar en el Perú? Karina Guevara Porlles considera:

La responsabilidad precontractual no se halla regulada en nuestro esquema legislativo, pero el vacío no hace inaplicable el derecho y, por tanto, encuentra sustento en los artículos 1362 y 1969 del Código Civil, el primero que regula la buena fe en la fase de la negociación, celebración y ejecución del contrato y el segundo sobre la indemnización derivada de responsabilidad extracontractual.” (Guevara Porlles, 2017, págs. 110-111)

El problema de este criterio, el mismo que compartimos, es que se tomaría a la responsabilidad extracontractual con una suerte de cajón de sastre afín de tratar temas que no se adopten a la responsabilidad extracontractual. Debe considerarse, que fuera de considerar que, si la naturaleza del daño tiene causa contractual o no, esta no se adapta a los conceptos de responsabilidad extracontractual.

Otra postura es la de Cesar Moreno quien señala:

La responsabilidad precontractual no constituye una categoría dogmática única sobre la que se pueda generalizar un argumento dirigido a determinar su naturaleza, fuente y límite; la responsabilidad precontractual, es un concepto que comprende una diversidad de hipótesis que lo único que tienen en común es el hecho de que la producción del daño se realiza en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato. Esto nos lleva a afirmar que la naturaleza, fuente y límite de las distintas hipótesis contenidas bajo el concepto de responsabilidad precontractual, no necesariamente comparten una respuesta unívoca. (Moreno More, 2017, p. 212)

Estamos de acuerdo con el autor, antes de considerar el tipo de responsabilidad, es necesario determinar el tipo de conducta que se ha realizado (dolo incidental, frustración de negociaciones, ocultar información para buscar un contrato válido con desventajas de una de las partes).

Además, menciona el autor:

Si como hemos dicho, la conducta de los tratantes es un ejercicio de poder, la diligencia establecida por el artículo 1969, no sería idónea para regularla, ya que la diligencia es un estándar destinado a regular conductas debidas y el comportamiento de los tratantes, al constituir el ejercicio de un poder, por definición, no puede considerarse como una conducta debida, como una situación de deber. De allí que no se pueda admitir que el artículo 1362 sea una mera especificación del artículo 1969, porque sencillamente las reglas que cada una de estas contiene presentan una lógica distinta y, por ello mismo, establecen criterios de imputación distintos. (Moreno More, 2017, p. 214)

Es verdad, ya que en muchos casos se puede observar que existen presupuestos de la responsabilidad contractual que se adecuan mejor a los de la responsabilidad contractual. Uno de ellos es la tipicidad que en el caso de los casos de responsabilidad precontractual sería incurrir en una conducta de mala fe. Cabe señalar, que de analizarse como responsabilidad extracontractual se analizaría la antijuricidad si se cumple o no con algún deber de buena fe en forma abstracta dificultando el análisis.

A hora bien, ¿Como se puede entender la norma contenida en el artículo 1362?; el autor explica “*Es una norma inconclusa o incompleta, o (en sentido kelseniano) una norma secundaria, ya que no establece las consecuencias jurídicas de la transgresión de la misma. Es por ello que se hace necesaria su reformulación normativa.*” (Moreno More, 2017, p. 215)

En dicha reformulación es necesario definirla, indicar sus deberes y sus incumplimientos además de la forma de analizar la responsabilidad y sus presupuestos. Ahora bien, el mencionado autor se pregunta cómo se aplicaría este artículo en un caso de incumplimiento de dicho principio de buena fe, al respecto señala:

La norma, tal cual ha sido identificada, no establece una sanción ante la contravención de la buena fe. No obstante... ¿Que ocurre si, al contravenir la buena fe, un tratante causa daño a su contratante? ... La tutela resarcitoria ... revista, en materia contractual, por el artículo 1321 y en materia extracontractual, por los artículos 1969 y 1970. En efecto, el dato común a todos estos dispositivos, es el establecimiento de la obligación de resarcimiento ante la producción de un daño. En consecuencia, cualquiera de estos

dispositivos podría servir para efectuar la reformulación normativa de nuestra norma o si se quiere, podríamos extraer de estas una norma implícita, según la cual a toda acción de daño le corresponde una obligación de resarcimiento. (Moreno More, 2017, pp. 215-216)

Siendo así es posible que las partes puedan optar por una u otra, y sea el juez quien determine cual sea su aplicación, con lo cual podría generar diversos criterios y por tanto inseguridad jurídica. Cabe señalar que el optar por una posición, llegaría a rechazar una demanda que no se configure con la responsabilidad que el juez estime. Por esta razón que es recomendable una modificación al artículo 1362 y que la norma establezca un tipo de responsabilidad.

Moreno, para poder establecer en este caso que tipo de responsabilidad recomienda:

Como podrá advertirse, solo si identificamos una verdadera obligación en la etapa de las tratativas, podríamos considerar que la responsabilidad precontractual es una de tipo contractual. Sin embargo, la reconstrucción de la norma extraída de artículo 1362 nos impide afirmar que la situación que grava a los tratantes sea una obligación sin prestación. Solo si se llegase a demostrar que la buena fe cumple una función integradora y, como resultado, da origen a deberes de protección, la afirmación de la contractualidad de esta responsabilidad sería plausible. (Moreno More, 2017, p. 220)

Por otro lado, Escobar Lino y Guevara Porlles siguiendo la doctrina mayoritaria consideran que:

En el Perú el resarcimiento por ruptura injustificada de tratativa, por contratos inválidos o celebrados con vicio se regula bajo las reglas de responsabilidad extracontractual, aplicando el artículo 1969, salvo el caso de dolo incidental, el cual se resarce bajo las normas de responsabilidad contractual (Escobar Lino, 2016, p. 200)

Asimismo, agregan las autoras:

Sobre la oferta y la aceptación, cuando la revocación de la oferta o de la aceptación llegue antes o simultáneamente al domicilio del destinatario podríamos hablar de algún tipo de responsabilidad precontractual, siempre y cuando hayan existido tratos previos; en caso de que la revocación de la oferta llegue al domicilio del destinatario luego de que este haya emitido la aceptación no existe responsabilidad precontractual, pues el contrato ya se formó, en cuyo caso se responderá por responsabilidad contractual. En el caso de la oferta irrevocable, el resarcimiento será de naturaleza precontractual. (Escobar Lino, 2016, p. 200)

Actualmente la jurisprudencia no es muy rica en esta materia. El caso más reciente es la Casación No 4407-2015, publicada el 28 de febrero del 2014 en el diario oficial El Peruano, la Corte Suprema falla sobre indemnización de daño y perjuicios en la etapa de tratativas. Dicho proceso se desarrolló de la siguiente manera:

Se planteó indemnización por daño y perjuicios por responsabilidad contractual a fin de que la demandada pague la suma de US \$ 8349000 dólares americanos. El caso es que se iniciaron tratativa entre la demandante y una empresa bancaria tendientes a celebrar un contrato de arrendamiento de local. El tema será sencillo si es que la demandante, para cumplir con la documentación requerida por la futura arrendataria no hubiera resuelto el contrato con su anterior arrendataria por la mejor oferta de la empresa demandada...La demandante sostuvo que habiendo cumplido con sus obligaciones la demandada no cumplió con suscribir formalmente el contrato y tampoco lo ejecutó económicamente. En el punto 5 de los antecedentes se indica que se intercambiaron numerosos correos electrónicos dando inicio a tratativas destinadas al arrendamiento del local, donde el segundo arrendatario, razón por la cual el demandado requería la actora que desocuparía carta- a su primer inquilino, lo cual hizo para que sea ocupado por el demandado, el mismo que no llegó a cumplir ninguna de las prestaciones a su cargo. (Guevara Porlles, 2017, págs. 107-108)

Al respecto Chang señala lo siguiente:

La Casación bajo estudio nos invita a revisar los siguientes tópicos las fronteras o zonas grises de los regímenes de la responsabilidad civil, los alcances del artículo 1362 del Código Civil y los matices de la responsabilidad precontractual y de la culpa in contrahendo. (Chang Hernandez, 2017, pág. 192)

Asimismo, Chang señala:

Respecto de los argumentos planteados por la parte demandante, al interponer su recurso Casatorio, cuando alega vulneración de los artículos 1362, 1969, 1971 y 1985 del código Civil, estimamos que esto es una incongruencia, por cuanto el artículo 1362 de la norma sustantiva solo es aplicable a las relaciones contractuales y los artículos 1969, 1971 y 1985 de la misma lo es a los daños por responsabilidad extracontractual. (Chang Hernandez, 2017, pág. 195)

Por otro lado, Cesar Moreno considera:

La decisión contenida en la Casación No 4407-2015- Piura ha dejado pasar por alto un momento crucial para el ordenamiento jurídico peruano, pues se ha perdido la posibilidad de definir los contornos de la naturaleza de una responsabilidad precontractual y proporcionar al foro reglas interpretativas en torno a esta figura. Asimismo... si la

pretensión era sobre resarcimiento de los daños, al juzgador, de todas formas, le competía señalar la elección de un determinado régimen resarcitorio, cosa que no habría sucedido. (Moreno More, 2017, p. 211)

De acuerdo con Escobar Lino y Guevara Porlles:

Como la responsabilidad precontractual es un instituto relativamente nuevo no ha sido regulado como instituto autónomo en los diversos ordenamientos por lo que para el resarcimiento se aplica en algunos casos las mismas reglas de la responsabilidad contractual y en otros de la extracontractual. (Escobar Lino, 2016, p. 195)

Sobre el particular, no estoy de acuerdo con el fallo de la presente casación sobre todo que pese a existir deficiencias en la norma y no existir una doctrina pacífica en el criterio de aplicar los casos de responsabilidad precontractual sobre todo en el tipo de responsabilidad, esto no impide que (según lo señala la Norma VIII del Título Preliminar del Código Civil) dejen de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, en cambio, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Es por dicha razón, que es necesario contemplar en nuestro Código Civil un tratamiento de responsabilidad precontractual que, si bien es posible de acuerdo con la doctrina ampararlo supletoriamente, se corre el riesgo de llegar a fallos no muy felices sobre la materia.

Coincido con el sector de la doctrina que señala que en estos momentos al no contar con una regulación expresa de los casos de responsabilidad precontractual, la figura de la responsabilidad extracontractual es la más factible para aplicar supletoriamente, sin embargo, de plantear una regulación de dicho tipo de responsabilidad, considero que se debería tratar de manera sui generis y aplicando de manera supletoria las reglas de la responsabilidad contractual siempre considerando cada caso.

Asimismo, considero que, en nuestro sistema normativo, los casos que se vulneran el deber de protección como por ejemplo el caso Linóleo, no son casos de responsabilidad precontractual, sino de responsabilidad extracontractual ya que el deber de buena fe si es de aplicación generaría y además si vulnera los derechos de las personas y no necesariamente relacionado al contrato por generarse.



Si bien, en el Perú se puede tutelar la responsabilidad en caso de vulneración de los deberes en momentos de negociación de las partes, sin embargo, no podemos hablar de responsabilidad precontractual como tipo de responsabilidad especial.

Pese a ello la legislación la jurisprudencia y con mayor fuerza la doctrina, encuentran justificación jurídica para amparar una figura de responsabilidad en dichos casos como responsabilidad extracontractual, en la medida que se vulneraría el principio de buena fe contemplado en el artículo 1362 del Código Civil.

### **3.3 Hipótesis De Responsabilidad Precontractual**

La responsabilidad precontractual presenta un sin número de casos, sin embargo, la legislación y la doctrina no es pacífica al considerar las conductas que se atribuyen a la responsabilidad precontractual. Lo que está claro es que estas conductas derivan de una vulneración al principio de buena fe y la libertad contractual. Al respecto, Claudia Brizzio señala:

Se ha definido a la responsabilidad precontractual como aquella que nace a raíz de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el transcurso de las tratativas previas a un negocio, que produce un daño al otro pre contratante, que se encuentra en conexión causal adecuada con el acto antijurídico. (Brizzio, 2013, pág. 357)

Esta definición es adecuada para poder aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual; sin embargo, consideramos que nace de una violación de los deberes contenidos en el principio de buena fe.

Es verdad que, siendo una vulneración del principio de buena fe es un acto ilícito al igual que un incumplimiento de un contrato, no debe confundirse con los actos ilícitos derivados a la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, Luis Bardales Sicuas considera que *“Todas las hipótesis de responsabilidad precontractual son de hecho hipótesis en las cuales el sujeto es lesionado en su interés al libre desarrollo de su autonomía.”* (Bardales Sicuas, 2017, pág. 134)

Según Escobar Lino y Guevara Porlles:

Son múltiples las hipótesis que se han generado conforme a la doctrina, respecto de los supuestos que se encontrarían regulados por la responsabilidad precontractual, las cuales si bien parten con los análisis de los supuestos de la culpa incontractando en los casos de nulidad, hoy día, abarcan eventos que van desde las conductas dolosas, hasta los

comportamientos negligentes, abordan situaciones de ruptura en las negociaciones y la violación de los deberes dimanantes de buena fe. (Escobar Lino, 2016, pág. 184)

En cambio, para Luis Bardales las conductas relacionadas a los casos de responsabilidad precontractual son:

1. Daños a la integridad personal o patrimonial, supuesto generado cuando con ocasión a las tratativas se produce la afectación de algún atributo de la personalidad o de la integridad del patrimonio. 2. Daños por la celebración de un contrato inválido o ineficaz, supuesto generado cuando una de las partes incurre en una causal que desemboca en la invalidez o ineficacia de un contrato 3. Daños por la celebración de un contrato en condiciones perjudiciales, supuesto producido cuando el negocio jurídico está afectado por un vicio el cual, sin embargo, no reúne el carácter esencial necesario como para invalidar el contrato, pero si coloca a la parte afectada en un desequilibrio y desventaja patrimonial. El caso más claro para este supuesto es el dolo incidental. 4. Daños por la ruptura de las tratativas, supuesto generado cuando una de las partes contratantes frustra la negociación abandonando el proceso de formación del contrato y posiblemente generando con ello una serie de perjuicios a la otra. (Bardales Sicuas, 2017, págs. 134-135)

Si bien, existe jurisprudencia comparada que considera que los daños a la integridad personal o patrimonial, cuando se produce una afectación a la persona o el patrimonio al momento de negociar, no lo recoge la doctrina mayoritaria, pero este supuesto se acerca a un caso de responsabilidad extracontractual.

En ese mismo orden de ideas, Ramírez Izaguirre considera que, “*El deber de buena fe ... busca prevenir tres tipos de situaciones dañosas: La falta de celebración del contrato, la celebración de contrato inválido y la celebración de un contrato válido, pero que perjudicaría a la otra parte*”. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 168)

Asimismo, la Claudia Brizzio señala que “*La responsabilidad precontractual se extiende desde el comienzo de las tratativas hasta la formación del consentimiento y comprende los supuestos de nulidad, si como ciertos contratos válidos pero que carecen de un requisito de eficacia que no se verifica.*” (Brizzio, 2013, Pág. 358)

Por otro lado, de acuerdo con Karina Guevara Porlles “*la responsabilidad prenegocial es aquella ocasionada en la etapa de las negociaciones de forma injustificada, por celebración del contrato inválido o ineficaz o por celebración de contrato en detrimento de una de las partes*”. (Guevara Porlles, 2017, pág. 109)

Además, agrega la autora:

La responsabilidad precontractual indica la responsabilidad por lesión a libertad negocial ajena, que se puede presentar por la concurrencia de un comportamiento doloso o culposo o y también por la inobservancia del precepto de buena fe. El inicio de las negociaciones involucra para ambas partes la necesidad de actuar conforme a equidad comercial, buena fe y diligencia, pero ello no implica el deber de contratación, pues las partes conservan la libertad de contratar o no, por lo que esta fase está destinada a tutelar la libertad negocial. (Guevara Porlles, 2017, pág. 110)

Cortez la define como *“la obligación de resarcir un daño causado por uno de los futuros contratantes al otro, con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato”*. (Cortez Pérez, 2013, pág. 323). Esta responsabilidad procede de acuerdo con el autor *“Cuando el contrato no se ha celebrado, cuando es inválido y hasta cuando estamos frente a un contrato válido en su celebración, pero las partes han vulnerado ciertos deberes de conducta en la etapa precontractual”*. (Cortez Pérez, 2013, pág. 334)

Se puede observar de los autores antes mencionados, que éstos concuerdan que las conductas derivadas de la mala fe son: frustración de las negociaciones de mala fe; los contratos que devienen en causal de nulidad cuando por mala fe una de las partes la celebración de contrato inválido por incumplimiento de una de las partes del deber de buena fe; y la celebración de un contrato válido, pero que perjudicaría a la otra parte en beneficio de la otra que obra de mala fe.

Diez Picasso, en cambio, profundiza dichos supuestos de la siguiente manera:

- 1) Uno de los contratantes oculta al otro una circunstancia que impide la conclusión del contrato y que determina una causa de nulidad ... o es el causante de un vicio de voluntad sufrido por la otra parte.
- 2) Después de haberse celebrado un acuerdo verbal, que sin embargo ha de trasladarse a un documento con valor de requisito esencial para la perfección del contrato, una de las partes desiste de firmantes de la suscripción del contrato.
- 3) Sin ningún propósito de contratar, sino solo buscando obtener una determinada información, una persona mantiene con otra unos largos tratos para la adquisición de una finca, como consecuencia de lo cual el propietario por lealtad mantiene su fidelidad al trato, pierde la ocasión de vender dicha finca a un tercero, además, ha consumido en dichos tratos cien horas hábiles de trabajo personal y ha tenido que utilizar servicios de un abogado al cual ha tenido que pagar sus honorarios.
4. A mantiene con B una negociación para encargarse de la distribución en España de un nuevo producto fabricado por este, aunque en realidad no tiene propósito de celebrar contrato, sino que busca que C, de quien es cómplice, gane tiempo y lance antes al mercado un producto concurrente.
5. A inicia una negociación

sería para comprar a B una partida de antigüedades, llega un determinado momento en que carece de capacidad económica para afrontar la nueva situación no confiesa este hecho haciendo creer a b que el contrato se firmara, aunque luego rompe las negociaciones con un fútil pretexto. Mientras B en la creencia de se firmaría el contrato, ha preparado ya un transporte de las cosas y adquiridos ya embalajes que no han podido utilizados y se han perdido. 6.A dueño de una finca, tiene informes de que el industrial B quiere establecer su empresa en la finca C, limítrofe con la suya, pero mejor emplazada. Se pone de acuerdo con D, quien inicia unas negociaciones con C para comprar b. entre tanto, cansado de esperar, compra la finca de A. (Diez Picazo, 1996, págs. 271-272)

De acuerdo con Bullard:

La doctrina pone énfasis, al hablar de responsabilidad precontractual, en el problema de la ruptura injustificada de tratativas, dado que el tema del error y el dolo está abordado en el código por institutos jurídicos específicos y con tratamiento sin duda más detallado que el que se da a la ruptura injustificada de tratativas. Pero son parte del mismo fenómeno. Dicho fundamento se encuentra en el libro de Acto Jurídico y no en el de fuente de obligaciones. (Bullard, 2010, pág. 448)

La responsabilidad precontractual en el Perú de acuerdo con Bullard puede tener tres expresiones: “1. *La ruptura injustificada de tratativas*, 2 *La ineficacia del contrato por violencia, error o dolo* o 3) *La afectación del reglamento contractual por error o dolo*.” (Bullard, 2010, pág. 448)

En contraposición a los autores antes mencionados, para Luis Bardales Sicuas:

El espectro de las tratativas y de la negociación constituye per se un escenario de posibles riesgos y perjuicios para las partes que lo integran... Así, si bien en el ámbito de las tratativas puede ser exclusivamente un en términos de iter contractual, los posibles daños generados en el desarrollo de este son diversos. (Bardales Sicuas, 2017, pág. 133)

De acuerdo con Aníbal Torres “*La Responsabilidad Civil Precontractual surge cuando una de las partes lesiona la libertad de negociación de la otra, es decir, el sujeto es afectado en la libre manifestación de su autonomía negocial*. (Torres Vazques, 2016. Pág. 310).

Cabe señalar, como señala Aníbal Torres “*las personas tienen la libertad de iniciar tratativas para la celebración de un contrato y de interrumpirlas antes de llegar un acuerdo, sin que se les pueda imputar responsabilidad por no haber perfeccionado el contrato*” (Torres Vazques, 2016. Pág. 311), también señala el autor:

En la fase de tratativas las partes deben obrar con corrección y buena fe, sin hacer incurrir en gastos inútiles a la otra parte no obstante que no se quiere da vida al contrato, manteniendo en secreto las informaciones confidenciales intercambiadas sin haber representaciones falsas de la realidad, sin prolongar las tratativas innecesariamente, sin interrumpir injustificadamente causando daños y perjuicios a la contraparte. (Torres Vazques,2016. Pág. 311)

Por otra parte, Stiglitz considera que los casos de responsabilidad precontractual pueden ser:

A) Ocultar la realidad mediante reticencia (dolo omisivo); B) Falsificar la realidad, mediante la disimulación de lo verdadero; C) Silenciar, por negligencia o por ignorancia culpable, la existencia de una causa de ineficacia; D) Apartarse de las tratativas, injustificadas y arbitrariamente, E) Prolongar las tratativas deliberada e incausadamente, para luego contratar con un tercero; F) Actuar sin poder o más allá de su límites; G) Revocar la propuesta, habiendo renunciado a la facultad de retractarla, o cuando se hubiese obligado a permanecer en ellas hasta una época determinada; H) Iniciar las tratativas sin seriedad, entendido ello, en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de comprometerse y por ende, de negociar. (Stiglitz, 2010, pág. 161)

Al respecto, de acuerdo con Stiglitz:

Es deber de los pre contratantes observar conductas diligentes que se traduzcan- por vía de ejemplo- en el deber de conservar y custodiar los bienes que se hubieran desplazado con motivo de las tratativas previas; en obrar con la diligencia que impongan las circunstancias; en abstenerse de realizar actos anti funcionales, entendiéndose por tales a) los que no son idóneos para avanzar eventualmente en las negociaciones y los que al mismo tiempo son susceptibles de producir perjuicios al otro pre contratante. (Stiglitz, 2010, pág. 159)

De Los Mozos considera lo siguiente:

El afán por buscar nuevos argumentos, lleva a que se implique el tema de responsabilidad por la ruptura arbitraria de los tratos preparatorios o preliminares del contrato con el tema más amplio de la culpa incontractando y con otro, también próximo, pero distinto, como es el correspondiente al de los contratos preliminares que plantean otros problemas que aquí no son el caso...Quedando todavía más lejos, el tema de la vinculación de la oferta, aunque, en algún caso concreto, pueda surgir alguna conexión entre ambos, pero que nada tiene que ver con la fundamentación en la buena fe del deber de resarcir o indemnizar los

daños y perjuicios que han surgido en los tratos preparatorios de un contrato que no llega a concluirse. (De los Mozos, 2001, págs. 169,170)

Por eso menciona el mencionado autor:

Hay que tratar de deslindar, dentro de la doctrina genérica de la culpa in contrahendo, el problema específico de la responsabilidad derivada de los tratos preparatorios, cuando les rompe arbitrariamente una de la parte que es lo que ahora nos interesa pues ... es forzoso distinguir, como uno de los supuestos en ella comprendidos, el de la responsabilidad derivada de los tratos preparatorios del contrato cuando este no llega a concluirse, ya que, no a todos ellos cabe aplicar el mismo criterio. (De los Mozos, 2001, págs. 169,170)

En este orden de ideas, De los Mozos la responsabilidad precontractual la clasifica considerando lo siguiente:

1. Supuestos en que la intervención de la culpa, y más aún el dolo, dan lugar a la nulidad o la invalidez del contrato, como los contemplados espesamente en el BGB y los que también fragmentariamente, pero en otro sentido totalmente distinto... en caso de dolo o engaño, aunque también cabría hablar de inducción al error, violencia e intimidación... y desde luego, en cualquier caso, en que medie culpa o negligencia, supuesto en que se dará paso a la responsabilidad extracontractual.
2. Los de vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas en la compraventa... o en aquellos contratos en los que también está presente el saneamiento.
- 3 “... Cuando una de las partes interrumpe arbitrariamente las negociaciones y ello provoca perjuicios a otra. Comportamiento que es contrario a la buena fe que integra, como principio general del derecho, todo el ordenamiento jurídico...Comprendiendo no solo este supuesto que es, sin duda, el más típico, sino también aquel otro, ... el que inicia la negociación lo hace sin propósito alguno de contratar, buscando solo una información o por cualquier otro motivo. En los casos so en que una de las partes falte al deber de información al día debida claridad en sus propuestas, a la obligación de secreto o reserva y a no tener en cuenta los actos necesarios para la validez o eficacia del contrato, aunque fundados por igual en la buena fe in contrahendo de ellos, puede llegar a derivar una responsabilidad que no siempre será extracontractual, ya que puede ser contractual cuando el contrato haya sido concluido, naturalmente, nunca en otros supuestos 4 No parece, en cambio, un supuesto de responsabilidad precontractual, el de las lesiones físicas o los daños producidos en la propiedad, sufridos con motivo de las conversaciones precontractuales, aunque así lo entiende la doctrina, ya que tales perjuicios pueden tener

lugar con independencia de ellas y la responsabilidad que origina viene amparada directamente acudiendo, en el derecho español. (De los Mozos, 2001, págs. 173-175)

Sobre este punto, coincido con De los Mozos, que este supuesto no sería de la responsabilidad precontractual sino de la extracontractual ya que los daños afectados se entienden que son producto de un incumplimiento de deberes de cuidado, en vez de deberes precontractuales.

No obstante, existen ordenamientos como el alemán que en su jurisprudencia se recogen:

La jurisprudencia alemana registra dos casos interesantes en que se concedió indemnización: al visitante de una tienda que sufrió una fractura al deslizarse sobre una cascara de banana y caer al suelo y a una niña de 14 años que, al ir a ayudar a su madre a empacar los productos comprados en una tienda de auto servicio, sufrió daños al deslizarse una hoja de verdura y caer al suelo. (Bricio, 2013, Pág. 358)

De acuerdo con la jurisprudencia española:

En la STS de 5 de mayo de 1958 se concedió una indemnización de los perjuicios sufridos por un trabajador de un banco al que se le había hecho creer en un inminente traslado que luego no se produjo. El tribunal Supremo consideró que la conducta del banco era constitutiva de culpa in contrahendo y que el fundamento de la reclamación era extracontractual al faltar una relación contractual. (Clara Asúa pág. 522)

Cabe señalar, que conforme señal Leysser León:

La jurisprudencia italiana ha establecido como presupuestos de la responsabilidad precontractual: el estado avanzado de las tratativas y la confianza razonable suscitado 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. (Leysser León, 2007, pág. 686)

Conforme señal Pretel:

La doctrina moderna ha disgregado los supuestos de la responsabilidad precontractual, aunque no de manera uniforme, que en nuestra opinión deben ser los siguientes: i) Violación de los deberes de buena fe (objetiva) en las negociaciones. II) Desistimiento injustificado de las negociaciones. III) El conocimiento de la invalidez del contrato y IV) La inducción culposa al error. (Pretel Alonzo, 2017, pág. 125)

A nivel de la jurisprudencia arbitral internacional, En el caso Cilantro S vs chilewich International corpag U s District court for the southern District of New York, 91 Civ.

3253 del 14 de abril de 1992. se reconoce el deber de buena fe en los tratos negociales “ cuya violación se sanciona de varias manera paralización de las negociaciones, resarcimiento, activación de las cláusulas penales, etc, la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones: 1a Obligación de información reciproca; Obligación de no romper las negociaciones sin causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebró, es infringir la buena fe precontractual. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 317)

En el Perú no se cuenta con un articulado que defina la responsabilidad precontractual; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo considera como vulneración del principio de buena fe y otros deberes de las partes negociables. Al respecto, Aníbal Torres señala que:

Cuando la ley obliga a las partes a comportarse de buena fe durante la negociación y celebración del contrato quiere evitar tres situaciones dañosas por violación de dicho principio: 1) La falta de celebración del contrato por un hecho imputable a la otra una de las partes rompe injustificadamente las tratativas, después de haber generado en la otra la confianza de la celebración del contrato. 2) La celebración de un contrato invalido... La mala fe de una de las partes puede deberse a la falta de información o a la falta de información de las causas de invalidez o de ineficacia, o a que obliga a la contraparte a celebrar el contrato bajo los efectos de las causales de anulabilidad (dolo, violencia, intimidación). 3) La celebración de un contrato válido y eficaz, pero perjudicial para una de las partes, víctimas del comportamiento incorrecto a la otra. (Torres Vazques,2016. Pág. 314).

En este orden de ideas Bullard señala:

Nuestro ordenamiento civil es bastante parco en el tratamiento de la responsabilidad precontractual, pues le dedica, literalmente, menos de medio artículo. Así el artículo 1362 analiza no solo la responsabilidad precontractual (negociación de mala fe) sino también la mala fe en la ejecución de contrato, responsabilidad que tiene naturaleza contractual. (Bullard, 2010, págs. 148-149)

De acuerdo con la Casación No 4407-2015, publicada el 28 de febrero del 2014, en el diario oficial El Peruano:

La responsabilidad prenegocial es aquella ocasionada en la etapa de las tratativas sea por ruptura de negociaciones de forma injustificada, por celebración de contrato invalido o



ineficaz o por celebración de contrato en detrimento de una de las partes. (Guevara Porlles, 2017, pág. 110)

Escobar Lino y Guevara Porlles señalan:

El artículo 1362 del Código Civil no es suficiente para regular la responsabilidad en la etapa precontractual, por lo que resulta indispensable regular este nivel de responsabilidad, así como las hipótesis o supuestos que involucra, las reglas o deberes de conducta que deben seguir las partes y concederle un plazo para interponer la acción. (Escobar Lino, 2016, p. 201)

Consideramos que la responsabilidad precontractual es una institución que contiene varios supuestos cuyo tratamiento, podrían ser distintos; sin embargo, que surgen de una transgresión de deber de buena fe objetiva de una de las partes negociantes del contrato realizadas o cometidas al momento de la fase de negociaciones.

Entre los supuestos de responsabilidad se encuentran los siguientes:

- Ruptura injustificada de tratativas.
- Invalidez o ineficacia de los contratos derivados de la transgresión del deber de buena fe de una de las partes.
- La celebración de un contrato válido y eficaz, pero perjudicial para una de las partes, víctimas del comportamiento incorrecto a la otra.

Si bien, algunos autores consideran los que transgreden los deberes de protección o custodia ocasionado daños a la propiedad o a su integridad de uno de ellos tratantes dentro de la hipótesis de responsabilidad precontractual, considero que dichos casos es más idóneo considerarlo como hipótesis de responsabilidad extracontractual ya que en estos casos la vulneración del principio de protección o custodia en forma genérica es más entendible que el de un deber precontractual de la negociación específica.

A continuación, desarrollaremos los supuestos de responsabilidad.

### **3.3.1 Invalidez O Ineficacia De Los Contratos Derivados De La Transgresión Del Deber De Buena Fe De Una De Las Partes.**

Una de las conductas de mala fe que la doctrina considera como hipótesis de responsabilidad precontractual es la celebración de contratos inválidos o ineficaces derivados de la transgresión del deber de buena fe de una de las partes.

Cabe señalar en el caso de los contratos invalidados se encuentran los actos nulos y los anulables, los cuales cuentan con un vicio en algún elemento básico para su validez. Asimismo, se debe precisar que en caso de los contratos nulos estos vicios son insubsanables y convalidables, y los actos anulables pueden ser convalidados y subsanados.

Por otro lado, los contratos ineficaces son contratos validos que presentan vicios y no cuentan con elementos para que generen sus efectos. Estos vicios pueden ser subsanados y ratificados por las partes.

Cuando las partes celebran un contrato con vicios de invalidez o de ineficacia, es posible que una de ellas tenga conocimiento de la existencia de dichos vicios, que al no ser revelados pueden ocasionar daños a la parte que ignora. De ser así se estaría vulnerando los deberes de buena fe, ya sea de información, lealtad, claridad, colaboración entre otros dependiendo cada caso.

En nuestro código se contempla como casos de responsabilidad precontractual los vicios de la voluntad (error, dolo) y falta de representación en el libro de acto jurídico, sin embargo, es necesario se regule de manera expresa casos de nulidad o anulación.

Vamos a analizar los casos contemplados en nuestro código:

### **3.3.1.1 Error**

Entre los vicios de la voluntad nos encontramos con el error, el dolo y la violencia. En los dos primeros casos podemos encontrar situaciones donde las partes pueden vulnerar el deber de buena fe y por tanto ser considerados como casos de responsabilidad precontractual.

El error es todo juicio o valoración que sea diferente al criterio que se acepta como válido en el campo del conocimiento sobre el que se ha expresado la elección o decisión.

Al respecto, Bullard señala:

El error es una consecuencia no deseable, porque genera ineficacias y por tanto podría generar pérdidas económicas. Bajo un error no podemos asegurar que el intercambio nos esté conduciendo a un punto superior en términos de Pareto. Sin embargo, a menudo favor se haría al sistema si se permitiera a las partes equivocarse sin asumir las consecuencias de su error. Los incentivos conducirán a la comisión de demasiados errores (Bullard, 2010, pág. 454)

Cabe mencionar que el error ha sido uno de los primeros supuestos de responsabilidad precontractual del derecho moderno, sobre todo en Alemania. Ihering, mediante su tesis que faculta al perjudicado con la anulación de un negocio jurídico mediante el error de la otra parte, solicitar indemnización para reclamar los intereses negativos ocasionados por los daños causado producto de la anulación.

Para tal fin Ihering analizó, el presente caso:

Una persona ...quiere ordenar cien libras de un producto, pero se confunde el símbolo de las libras con el de los quintales; los cien quintales arriban y el que ha realizado la orden los rechaza. Suponiendo que el error se demostrara verosímilmente, el contrato serio nulo, de ellos no cabe duda. Pero ¿quién se hará cargo de los gastos de embalaje y envío que se realizaron inútilmente? ¿no responde de alguna manera la parte que ha cometido el error, por los gastos de embalaje y envío que se realizaron inútilmente? ¿no responde de alguna manera la parte que ha cometido el error, por los gastos que se ocasionaron por su culpa? En todos los ejemplos de Ihering, el problema que surge es establecer si, a pesar de la nulidad del contrato, la persona que propiciaba el error, o a la que, de alguna manera, se poda achacar el error, incurría en alguna forma de responsabilidad y, por lo tanto, deba resarcir los daños ocasionados al tratante que había creído formar parte de una relación regular. (Leysser León, 2017, págs. 712,713)

Ihering se enfrentó con varias dificultades, una de ellas fue que el régimen de responsabilidad extracontractual son casos contados (vulneración a la vida, a la, salud o integridad física) y la responsabilidad contractual debe haber un contrato. Asimismo, en tiempos del mencionado autor primaba la teoría de la voluntad por lo que los actos con vicios de la voluntad generaban la nulidad del contrato. Al respecto, Luis Ojeda señala al respecto:

Es conveniente que recordemos que su teoría acerca de la culpa incontrahendo hay que entenderla enmarcada en el ambiente de la época, es decir a mediados del siglo XIX, concretamente en la época de la disputa entre las teorías de la voluntad y de la declaración.” (Ojeda Guillén, 2009, pág. 94)

En ese sentido, con el fin de encontrar una solución, Ihering encuentra que las bases de sus fundamentos en figuras del derecho romano:

Casos como los de venta de una res extra commercium, o sea, de una cosa que no puede ser comercializada. En tal hipótesis, como en la venta de una cosa sagrada o pública o de una herencia inexistente, o en la venta en calidad de esclavo de un hombre libre, según otro ejemplo brindado por el autor, la culpa es identificada en el haber inducido a error a la contraparte, por la falsa apariencia de un contrato. (Leysser León, 2017, pág. 715)

Al respecto, que dicha teoría tiene como fundamento La culpa incontractando.

No solo las relaciones contractuales existentes, sino las que van naciendo deben estar bajo la protección de las reglas de la culpa, de modo tal que las relaciones contractuales no se comprometen gravemente y que ningún contratante en abandonado frente al peligro de devenir víctima de la negligencia ajena. Ihering estableció el concepto de interés negativo, En la hipótesis de la venta de una res extra commercium... el interés del autor es ante todo positivo, o sea, un interés en la conservación y ejecución del contrato, de manera que su expectativa es obtener el equivalente en dinero de todo lo que habría obtenido si el contrato hubiese sido válido. Al mismo tiempo, sin embargo, hay un interés vinculado con la celebración frustrada del contrato. (Leysser León, 2017, pág. 715-716)

Cabe mencionar que esta tesis no acogida en su integridad por el BGB, como explica Leysser León:

Ello se debió quizás, a la atenuación de los postulados de la Willenstheorie. Bernhard Windscheid había sentado, en efecto, las bases de la Verschuldungstheorie (teoría de la responsabilidad), al afirmar que un negocio podía ser válido, a pesar del conflicto entre la voluntad y la declaración, si la causa de la divergencia residía en dolo o en la culpa lata del declarante. El autor de la declaración disconforme no se obliga simplemente al resarcimiento del daño, sino también al cumplimiento de la promesa, a la satisfacción de la expectativa frustrada. (Leysser León, 2017, pág. 717)

Actualmente la doctrina alemana contempla *“el interés contractual negativo, las pérdidas patrimoniales que el contratante frustrado sufre por haber confiado en la eficacia del contrato”*. (Leysser León, 2017, pág. 716) en tal sentido:

El BGB contempla la posibilidad de impugnar- léase la posibilidad de demandar la anulabilidad – una declaración de voluntad si el que la efectúa ha cometido un error sobre su contenido o no ha tenido la intención de emitirla, siempre que el análisis resulte que el declarante no habría emitido la declaración si hubiese conocido la situación de hecho, o si lo hubiese valorado razonablemente las circunstancias concretas. (Leysser León, 2017, pág. 717)

De acuerdo con Leysser León:

El legislador germano estipula que el emisor de la declaración debe resarcir al sujeto frente a la cual ella se ha efectuado o a todo tercero, el daño sufrido por haber confiado en la validez de la declaración. En la doctrina, este daño es denominado daño a la confianza en atención a que lesiona el interés de la confianza. (Leysser León, 2017, pág. 717)

Por otro lado, en la jurisprudencia alemana se cuenta lo siguiente:

En una ... sentencia del Bundesgerichtshof, de 1965, una empresa constructora de casas y departamentos destinados a uso habitual pretendió oponer a su contraparte la invalidez del contrato celebrado con esta, en el que se ha cometido un vicio de formalidad notarial. Como la empresa era especializada en el ramo inmobiliario, sin embargo, y teniendo en cuenta la confianza creada en el adquirente, inexperto en este tipo de operaciones, los jueces desestimaron la invocación de la invalidez y concedieron al adquirente un resarcimiento por su confianza en la eficacia del contrato. Así se confirmó el principio, de creación jurisprudencial, según el cual los tratantes deben evitar o tienen que comunicarse recíprocamente aquellas causas de ineficacia que se puedan considerar comprendidas en su esfera de control y responsabilidad. (Leysser León, 2017, pág. 718)

Cabe precisar, el tratamiento del error que generan la nulidad del acto jurídico, dentro del análisis de la responsabilidad precontractual es pensado para un régimen donde el régimen responsabilidad tiene limitaciones para su aplicación y por ende es necesario recurrir a ficciones legales o interpretación complejas como las realizadas por Ihering.

Asimismo, considerar que quien comete un error debe indemnizar los daños ocasionados con culpa, es entendible en caso de que la consecuencia del error genere nulidad, entendible en un ordenamiento que se acogió a la teoría de la voluntad o de la responsabilidad donde se busca proteger la intención de las partes y la seguridad jurídica que esta genere.

Existen otras legislaciones que tratan el tema del error de manera distinta, no llevando a la nulidad sino a la anulación permitiendo a las partes convalidar los actos o corregirlos. Asimismo, éstas analizan el comportamiento de la parte receptora de la oferta. De esta manera los planteamientos del derecho alemán enfrentarían ciertos inconvenientes para su aplicación; sin embargo, Esta tesis aplicada en el caso del error es posible tenerlo presente para otros casos que generen nulidad.

En contraposición al ordenamiento alemán, en Italia no se optó por tal solución ya que se recibió la teoría de Ihering con críticas:

Se señaló en algún momento, por ejemplo, que Ihering ofendía el buen sentido al afirmar que quien contrataba por telégrafo o por correo incurría, sin más, en culpa, solo por el hecho de no comunicarse directamente con la otra parte. ¿cómo se puede hablar de culpa- se preguntaba otro autor- si la ausencia de esta es requerida para que proceda la acción de nulidad por error? Y si la culpa es la base de una supuesta responsabilidad in contrahendo ¿Porque limitar el resarcimiento, en tal caso, aún un jamás se cumplió? Por esta vía, se llegaba a la conclusión de la culpa no podía ser fundamento de la

responsabilidad civil del que incurría en error porque, así de simple si hay culpa, no hay error. (Leysser León, 2017, pág. 721)

Bajo esta premisa, el artículo 1338 del Código Italiano de 1942 establece en el apartado subtulado (conocimiento de las causas de invalidez):

La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no ha dado noticia de ella a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por ésta al haber confiado sin culpa, en la validez del contrato. (Leysser León, 2017, pág. 721)

En este caso, a diferencia del derecho alemán que dirige su mirada en quien comete el error, el ordenamiento italiano busca sancionar al que se da cuenta del error cometida por la parte que cometió este error.

Cabe señalar que de acuerdo con la doctrina italiana:

Existe un deber de información o comunicación, entonces que, en caso de ser incumplido, es secuela dañosa para que una de las partes y siempre que esta no le pueda achacar culpabilidad alguna, activaría la protección resarcitoria. Comete esta infracción- según se estila enseñar- y será responsable, por tanto, el comisionista de una empresa automotriz que en las negociaciones para una venta se da cuenta de que el cliente cree estar comprando un automóvil con motor petrolero, cuando se trata de un modelo de gasolina y no cumple con hacer notar el error. Como el error en la calidad del bien adquirido es esencial y reconocible la consecuencia será la anulabilidad del contrato, pero con derecho al resarcimiento de los daños para la parte afectada por el vicio de la voluntad. (Leysser León, 2017, pág. 733)

La doctrina italiana se aparta de la culpa en quien comete el error y mediante el principio de buena fe, vela por hacer cumplir el deber de información de las partes. En base a este principio las partes deben dar a conocer el sentido del contrato a fin de evitar que se incurra en error o invalidez, ineficacia del acto, o se generen consecuencias no esperadas por las partes.

Ahora bien, el legislador italiano también vela por la seguridad en el tráfico de las transacciones limitando los casos de invalidez a las situaciones de error esencial y que sean reconocible por la otra parte, de cumplirse con dichos presupuestos el acto sería anulable y habría derecho de indemnización por parte de la parte que incumplió el deber de información. De acuerdo con Leysser León:

El razonamiento del legislador italiano ha de haber sido el siguiente: si la parte hubiese conocido la causa de invalidez, no habría estipulado el contrato, así, ella se habría ahorrado los gastos, la pérdida de tiempo, la situación de inactividad en lo concerniente

a la satisfacción de algunos intereses. Esta satisfacción se habría tenido que realizar, justamente con la celebración de aquel contrato. (Leysser León, 2017, pág. 722)

En otras palabras, se busca evitar el daño, ya que, si la parte que tiene conocimiento de estarse cometiendo el vicio que llega a la invalidez, este lo debe rebelar, caso contrario este estaría implicaría en responsabilidad. Al respecto señala Leysser León:

Frente a esta perspectiva tradicional y difundida, un preclaro civilista ha planteado la necesidad de diferenciar las hipótesis de culpa in contrahendo que se pueden deducir de las dos normas citadas. lo que se propone, para lograr tal propósito, es identificar el fundamento de responsabilidad civil prevista en el artículo 1338 en el comportamiento doloso o culposo de aquel que conocía o debía conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato y no dio noticia de ella a la otra parte. (Leysser León, 2017, pág. 722).

Como se puede observar, tanto el código italiano como el alemán contemplan una regulación para la responsabilidad, en caso de invalidez del contrato, cuando una de ellas recae en error; sin embargo, en la regulación alemana el responsable es quien comete el error y en el régimen italiano el que no comunica la existencia del error a fin de evitarlo.

Cabe mencionar, que otra diferencia con la normativa alemana, es que no se recoge ni la teoría de la voluntad ni la de responsabilidad a fin de entender el consentimiento de las partes, sino la teoría de la confianza. Explica Bullard:

Bajo esta teoría, denominada teoría de la confianza, ya que protegían la confianza de la parte no errante en la validez del acto, los costos que generaba el errante eran asumidos exclusivamente por qué no podía anular el contrato, salvo que se demostrara que la parte no errante conoció o hubiera podido conocer la existencia del error, sin hacerle pagar los platos rotos a la otra parte. La externalidad se internaliza simplemente dejando los costos del error en cabeza de quien se equivocó, sin necesidad del pago de la indemnización. (Bullard, 2010, pág. 455)

De acuerdo con lo señalado por. García, citado por Lohmann:

La fórmula del código italiano es una conquista de la legislación actual desde el punto de vista práctico, ya que tiende a la seguridad jurídica... con esto está limitando el área de acción de error, de permitir que el acto jurídico en la medida de lo posible se mantenga valido y que solo se declare nulo cuando el error ha sido conocible por el otro agente (Lohmann, 1994, pág. 470)

El tratamiento del error en el Perú acoge parte de lo contemplado por la doctrina italiana. Este vicio de la voluntad se encuentra en los artículos 201 al 209 del Código Civil sin embargo no se desarrolla un concepto:

Ni el artículo 201 ni siguientes señalan en que consiste el error: simplemente puntualizan en qué casos la presencia del error permitirá invocar la anulación del negocio al amparo del artículo 221... no hay aquí una falta de coincidencia entre la voluntad real y de la realidad, proveniente de un desconocimiento (ignorancia) o de un conocimiento defectuoso de las cosas, las personas o el derecho o la representación mental que ha sido determinante de la voluntad. (Lohmann, 1994, pág. 459)

En ese orden de ideas, afirma Bullard:

El remedio al error o dolo podría no solo ser la anulación del contrato, sino eventualmente una indemnización... por otra parte, en los supuestos que el remedio sea la responsabilidad la doctrina establece que la misma funciona como un remedio limitado. Así, si estamos frente a un caso de responsabilidad precontractual, la indemnización se limita a la reparación del llamado interés negativo y no incluye indemnización del interés positivo. (Bullard, 2010, pág. 450)

De acuerdo con el artículo 201 del Código Civil, el error es causal de anulación cuando es esencial o conocible, así como lo recoge el código italiano. Al respecto explica Lohmann que *“debe entenderse de manera restrictiva y cuidadosa, no de manera ancha y laxa. Razón determinante es que haya existido un motivo conducente y definitivo, a falta del cual no se hubiera adoptado esta voluntad”* (Lohmann, 1994, pág. 459)

Sobre el requisito referido al carácter esencial explica Lohmann *“La esencialidad concierne tanto a la materia sobre la que recae el error vicio, como a la transcendencia de mismo dentro de proceso de voluntad”* (Lohmann, 1994, pág. 461)

Cabe señalar, que para que el error sea esencial el artículo 202 señala lo siguiente: Artículo 202º.- El error es esencial: 1.- Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad. 2.- Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad. 3.- Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

Al respecto, conforme señala Espinoza:

Si estamos dentro de un sistema en el cual se tutela la confianza del destinatario de la declaración de voluntad, en atención al principio de seguridad de tráfico, el criterio de la excitabilidad, justamente, por centrarse sólo en la persona del errante, deviene en irrelevante. La opción legislativa, en atención al principio de confianza, ha sido la de



priorizar el entendimiento que se tenga de la declaración (aunque sea errada) En este contexto, la autorresponsabilidad debe ser entendida como la asunción del riesgo por nuestras propias declaraciones de voluntad. En efecto, para negar la relevancia de culpa del declarante, es necesario coordinar el discurso con el principio por el cual la solución debe inspirarse a una evaluación comparativa de comportamiento de las dos partes. Es necesario preguntarse qué peso tiene la culpa del declarante y qué peso tiene la culpa del destinatario. (Espinoza Espinoza, 2012, pág. 388)

Además, debe contemplar que el error debe ser conocido y esto de acuerdo con Guillermo Lohmann:

El carácter esencial del error no es suficiente para declarar la anulación del negocio. Es menester, conforme el artículo 201, que además el error como tal sea conocible por la otra parte. Y según dispone el numeral 203, se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiera podido advertirlo. (Lohmann, 1994, págs. 469-470)

Mediante el presupuesto de la cognoscibilidad se protege a la parte que no comete el error y que no tiene conocimiento de este fin de no ocasionarle daño por una posible invalidez del acto jurídico producto del error de las partes. Asimismo, busca sancionar la negligencia de quien comete el error por medio de la conservación del contrato.

Al respecto, de acuerdo con Vidal interpreta dicho artículo de la siguiente manera: El Artículo 201 lo atribuye a la otra parte. Precisándolo como requisito, pues no protege a la víctima de su propio error en cuanto ha incurrido en él sino en cuanto ese error haya podido ser advertido por la otra parte. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 244)

Ahora bien, cuando la parte ajena al error en el acto conoce la existencia de este, no lo advierte es sancionado por medio de la anulabilidad del acto. Ahora bien, cabe preguntarnos si en este caso quién no hace notar la incurrancia del error estaría cometiendo dolo omisivo o no.

De acuerdo con Vidal Ramírez:

La cognoscibilidad excluye la mala fe, o que debe enfatizarse, pues la imputación de cognoscibilidad no es atribuir dolo a la otra parte, puesto que el factor de la cognoscibilidad no supone mala fe, lo que implica una diferencia nítida con el dolo que ... se caracteriza por la ausencia de buena fe. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 246)

Sobre el particular no estamos de acuerdo ya que la mala fe y el dolo omisivo son lo mismo. Esto demuestra que es necesario tener un concepto caro de buena fe. Como se indicó en el capítulo anterior, la buena fe presenta dos dimensiones una subjetiva y otra objetiva. En la dimensión objetiva se analiza la conducta de las partes y en la dimensión

subjetiva el conocimiento respecto de la licitud o validez del contrato. En el caso que la parte que se da cuenta de la existencia del vicio incurriría en mala fe con respecto a la dimensión subjetiva. Asimismo, al no revelar la existencia del error incumpliría los deberes de información, colaboración y lealtad correspondientes a la buena fe objetiva.

Ahora bien, respecto a poder solicitar indemnización, el artículo 207 del Código Civil prohíbe su indemnización. Al respecto Escobar señala:

El Código Civil Peruano de 1936 permitía anular un contrato por error aun cuando el mismo no hubiese sido conocible por la parte receptora de la declaración viciada. Sin embargo, a diferencia del BGB, nuestro código anterior no establecía la obligación de indemnizar a la parte receptora en caso que la misma hubiese razonablemente confiando en la validez de la declaración viciada. No obstante, ello, la doctrina nacional aceptaba la posibilidad de que el receptor de la declaración viciada exigiera el pago de una indemnización en caso que el errans ejerciera el derecho a anular el acto (Escobar, 2004. Pág. 155)

Asimismo, la exposición de motivos *“esta prohibición se justifica en la cognoscibilidad del error por la contraparte del errante... pues la parte que podrá alegar los daños y perjuicios que le irroguen la anulación, conoció o debió conocer el error.”* (Revoredo, 2015. Pág. 373)

Según lo advierte Vidal:

La orientación de la doctrina, como puede apreciarse, ha sido receptada por el artículo 207 del Código Civil, que teniendo como fuente el código italiano... si bien el receptor está protegido por la teoría de la confianza no puede, en caso de que llegara a anularse el acto jurídico, intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció del error y, por lo tanto, no confió totalmente en la validez de la declaración. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 255)

Queda claro en que no puede ser indemnizado el receptor que no fue negligente y no advirtió al declarante la existencia del error; sin embargo, lo antes mencionado no explica porque se prohíbe se solicite indemnización contra el receptor.

Creemos que el legislador debió pensar en una imprudencia de las dos partes, sin embargo, la existencia de negligencia de ambas partes no se debería analizar o verificar en la tipificación de la indemnización sino en el factor de atribución, cuyo análisis sería caso por caso.

De acuerdo con Escobar:

El artículo 207 del Código Civil, tal como está redactado, consagra una fórmula que no encuentra cabida en ningún sistema coherente, pues permite que el destinatario de la declaración viciada quede exonerado de responsabilidad aun cuando haya conocido la

existencia del error. Puedo aceptar que la regla de exoneración de responsabilidad contenida en el artículo en cuestión se aplique al caso en el que ambas partes proceden con negligencia (una se equivoca y la otra no presta atención). Lo que no puedo aceptar, sin embargo, es que la regla de marras se aplique al caso en el que una de las partes procede con negligencia y la otra con dolo (conciencia y voluntad de actuar incorrectamente); lo que ocurre cuando una de las partes se equivoca y la otra omite voluntariamente hacer notar el equívoco. (Escobar,2004. Pág. 157)

A esta crítica, la misma que compartimos, se suma Leysser León:

A la confusión han contribuido los autores que han saludado lo normado por nuestro codificador, por considerarlo consecuente con la exigencia del requisito de la reconocibilidad del error, en los artículos 201 y 203, a fin de que el negocio jurídico sea anulable. De acuerdo con esta equivocada opinión, que incluso se ha pretendido amparar en los postulados de la teoría de la confianza, la protección que merece el receptor de la declaración impone prohibir toda pretensión resarcitoria, porque él pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error que se encontraba. Hubo entonces una falta de la parte receptora. Por la comisión de esta falta no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios. (Leysser León, 2017, pág. 731)

Dentro de este sector de la doctrina que cuestiona el artículo 207 del Código Civil se encuentra Renzo Saavedra quien explica las consecuencias económicas de no obligar a reparar daños a quien omite de mala fe la posibilidad que la otra parte cometa el error según lo siguiente:

Si el receptor sabe de antemano que no se le impondrá el deber de resarcir los daños que ocasione a su contraparte por no revelar la causal de invalidez que vicia el negocio, entonces no implementará medidas para detectar estos defectos. Si lo hiciera: (i) Asumiría el costo de la decisión de conducirse lealmente, (ii) No percibiría beneficios de su conducta legal y (iii) Pierde el costo de oportunidad de obtener un beneficio de conducirse de manera lícita, aunque moralmente reprochable. (Saavedra, 2019)

Cabe señalar que habiéndose demostrado que está en la mejor posición para evitar el daño ocasionado por el error – ya que de haber sido diligente o no pudo haber previsto la incurrancia del error se conserva el acto jurídico-, y no lo hizo implicaría que se transfieran los costos realizados por la transacción anulada a dicha parte y de esta manera se incentiva a realizar una conducta de colaboración y buena fe.

Por ende, Escobar plantea interpretar este artículo de manera restrictiva señalando lo siguiente:

Tomando en cuenta lo hasta aquí expuesto, propongo, pues, reducir, a través del recurso de la interpretación restrictiva, el ámbito de aplicación del artículo en cuestión, de modo tal que la exoneración de responsabilidad que prevé sólo opere cuando ambas partes han actuado negligentemente, esto es, cuando una se equivoca y la otra no advierte, por descuido, tal circunstancia. (Escobar Rozas, 2004, pág. 159)

Por otro lado, Cieza respecto del artículo 207 considera que:

Aparentemente este artículo tendría un sentido lógico, pero considero que no es así. Claro, el argumento para privar de la indemnización es que el error para que produzca la anulación del negocio tiene que ser esencial y conocible por la otra parte, por lo tanto, si es necesario ese segundo presupuesto para la sanción jurídica de anulabilidad no se pondría premiar a la parte que no advirtió el error por dolo o culpa inexcusable, digamos, con una indemnización contra el errans. Tampoco este último podría exigir una indemnización pues es él quien originó la divergencia entre su voluntad y la declaración o en todo caso declaró mal lo querido. El CC (sic) no distingue si el errans actuó erróneamente por una causa excusable o inexcusable, situación que debe ser adicionada en una nueva regulación. (Cieza Mora, 2014, pág. 418)

Agrega el autor:

Esta argumentación (de no ser indemnización como consecuencia de la anulación del contrato) tiene respaldo de respetada doctrina nacional que señala que como se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, este no puede demandar daños y perjuicios pues si el negocio se ha anulado se debe a que era esencial y conocible. Si es así, el precepto legal da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por lo tanto, pudo no haber crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error en que se encontraba. (Cieza Mora, 2014, pág. 418)

Al respecto, Cieza propone una regulación más justa en materia de error de la siguiente forma:

A) El errans debe poder anular el contrato al margen de si la otra parte se percató o no del error (o de si pudo hacerlo o no actuando diligentemente) B) Si la otra parte se percató del error (o si pudo hacerlo actuando diligentemente) entonces el errans no debe pagar indemnización alguna a dicha parte. Por el contrario, el errans de poder exigir a la otra parte el pago de una indemnización que lo coloque en la situación que hubiese tenido en caso de no celebración del contrato. El fundamento de esta indemnización que lo coloque en la situación que hubiese tenido en caso de no celebración del contrato. El fundamento de esta indemnización ha de ser en contrato en la necesidad de generar un incentivo para

que la otra parte evite la pérdida que genera el error cuando ello sea posible hacerlo a un costo inferior al beneficio esperado... C) Si la otra parte no se percató del error ni pudo hacerlo actuando diligentemente, entonces el errans debe pagar una indemnización a dicha parte, de modo que esta última se encuentre en la situación que hubiese tenido en caso de ejecución del contrato. D) El errans no debe poder anular el contrato cuando su equivocación tenga la condición inexcusable (esto es, cuando haya podido evitar el error tomando precauciones razonables o en términos económicos, eficientes.) Del mismo modo, el errans no debe poder anular el contrato si los daños que la otra parte sufre no pueden ser reparados con dinero. (Cieza Mora, 2014, pág. 416)

Cabe indicar, conforme con el autor, el no contar con la posibilidad de indemnizar en caso de error cuando una de las partes actúa con dolo:

Implicaría reconocer en el ordenamiento jurídico el principio de mala fe, pues el receptor de la declaración en muchos casos puede abstenerse, por mero ánimo de lucro o de enriquecimiento indebido, de advertir de su error al declarante y como consecuencia de tal hecho producirse daño. Conuerdo con quien señala que esto implicaría un vaciamiento al artículo 1362 de nuestro Código Civil que expresa que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. (Cieza Mora, 2014, pág. 420).

Por lo antes expuesto, es necesario modificar dicho articulado, ya que, en primer lugar, el supuesto de error bajo el conocimiento de la otra parte es un dolo civil omisivo ya que se vulnera el principio de buena fe. Asimismo, consideramos que se debe permitir la indemnización contra el receptor del error negligente ya que se trata de incurrir en la figura de dolo omisivo. La prohibición de indemnizar solo debe mantenerse relacionado a la parte que comete el error, es decir esta no tiene la obligación de indemnizar por el error no advertida por la otra quien tenía conocimiento.

### **3.3.1.2 Dolo**

Se trata de otro vicio de la voluntad que generan consecuencias parecidas al error ya que una de las partes lleva a la otra a dicha situación mediante engaños. Al respecto Vidal señala:

El dolo es también un factor perturbado inconsciente del proceso formativo de la voluntad jurídica que afecta a la función cognitiva del sujeto, y, por tanto, distorsiona su voluntad interna. Pero, a diferencia del error vicio que es espontáneo, el dolo es una inducción al error, y por eso se caracteriza por la mala fe, por el designio de perjudicar a otro: dolus est consilium alteri nocendi. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 211)

Se trata de un engaño realizado por una de las partes para incurrir en error la otra. Al respecto Bullard señala *“El dolo significa la ejecución de un plan, es decir, una conducta pre ordenada para lograr como fin la comisión de un error. En ese sentido por definición hay un responsable que induce a error a la otra parte. (Bullard, 2010, pág. 459)*

Vidal señala que *“La doctrina es unánime en conceptualizar el dolo como toda maniobra encaminada a provocar un engaño e inducir a error” (Vidal Ramirez, 2016, pág. 211)* al respecto señala el autor:

En el Derecho Civil el dolo tiene varias acepciones y se le emplea, fundamentalmente en los siguientes sentidos: a) Como inexecución deliberada de una obligación convencional, en materias de responsabilidad contractual; b) Como intención de causar el daño, en materia de responsabilidad extracontractual; c) Como maniobra encaminada a provocar engaño, a inducir a error, esto es, como vicio de la voluntad... entonces en los sentidos expuestos la idea del dolo va emparejada con la intencionalidad. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 262)

Asimismo, Lohmann el dolo considera que:

La conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en éste mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio ni conciencia de causarlo, que de existir podrían tipificar además dolo penal. (Lohmann, 1994, pág. 494)

Como se puede observar, este vicio de la voluntad, tiene los siguientes caracteres:

- a) Es intencional;
- b) Su empleo es un engaño para inducir a error; y
- c) Es contrario a las reglas de buena fe.

Para poder considerarse como dolo, el artículo 210 del Código Civil establece que el dolo es causa de anulación del acto jurídico, cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Al respecto, Lohmann señala que *“el engañante debe tener la voluntad conscientemente pre ordenada a producir o permitir un error injusto, desviando la voluntad del declarante o impidiendo que se acerque a la verdad”.* (Lohmann, 1994, pág. 495)

Asimismo, expresa el autor:

Habiendo quedado limitadas las causales de error-vicio y error en la declaración y estando el error dotado de un tinte de esencialidad y conocimiento, el ámbito de actuación de la anulación por ese vicio ha sido circunscrito. En consecuencia, o se amplía el margen de la represión del error motivado o permitido por un tercero o la otra parte, o quedaría un vacío. La intencionalidad juega aquí como sinónimo de mala fe. (Lohmann, 1994, pág. 495)

El engaño debe ser grave y debe ser tal que no se hubiera celebrado el negocio si éste no se hubiera dado.

*“La doctrina distingue varias clases de dolo, siendo la distinción más importante la que lo clasifica en dolo determinante o causante y en dolo incidente o incidental”. (Vidal Ramirez, 2016, pág. 215)*

Menciona el autor que *“el dolo causante es el engaño utilizado para la formación de la voluntad interna del sujeto, el cual, de un habersele provocado el error, no hubiera celebrado el acto jurídico”.* (Vidal Ramirez, 2016, pág. 217)

Por otro lado, el dolo incidente se puede considerar de la siguiente manera:

No es el engaño determinante de la voluntad y, por tanto, es el que no se constituye como causa eficiente de la celebración del acto jurídico, puesto que con o sin su mediación se hubiera de todas maneras celebrado. Este dolo es el que se utiliza para obtener indebidas ventajas y por eso es que es un *dolus incidens*, pues el engaño no es determinante de la manifestación de la voluntad: el autor del engaño solo consigue condiciones que le favorecen al lograr que la víctima del dolo celebre el acto en condiciones más gravosas para ella... La doctrina es unánime en señalar que no constituye vicio de la voluntad (Vidal Ramirez, 2016, pág. 218)

Además de esta clasificación, consideramos previamente hablar de la clasificación del dolo bueno y dolo malo para efectos de nuestro estudio. Al respecto, Vidal señala *“El dolo bueno es aquel engaño sin malicia, mientras que el dolo malo viene a ser el dolo con animus nocendi, con intención de engañar y causar perjuicio, y por eso o reprime la codificación civil.”* (Vidal Ramirez, 2016, pág. 215)

De acuerdo con el artículo 212 del Código Civil, la omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa. Al respecto Lohmann considera:

El dolo omisivo, omisión dolosa o dolo negativo es entendido en doctrina como aquel silencio en que incurre una de las partes en la celebración de un acto jurídico a efectos de inducir a la otra parte a error o a mantenerla en error en que ha incurrido. En tanto la manifestación del dolo, tiene como base la intención deliberada de engañar a la otra parte con quien se está negociando, a efectos de obtener un beneficio propio en perjuicio de aquella. (Lohmann, 1994, pág. 503)

De acuerdo con Lohmann:

La doctrina había venido insistiendo en que el dolo omisivo o reticencia se equipara al silencio y por tanto debía tener el mismo tratamiento. Es decir, que solamente se tipificara el dolo omisión cuando se vulneran una obligación legal de informar. Creemos, sin embargo, que hay que ir más allá, porque si bien es cierto que pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico de negocio esta afianzado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante. (Lohmann, 1994, pág. 503)

Para la aplicación de la figura del dolo omisivo se debe determinar lo siguiente:

- 1) Si durante la etapa previa a la celebración de un acto jurídico, las partes tienen la obligación de comunicar a la otra toda aquella información con que cuenten y que resulte relevante para la celebración del contrato, así como los alcances de dicha obligación y;
- 2) Si la omisión de informar obedece a la deliberada intención de inducir a error a la otra parte, es decir, que no se trate de una mera omisión culposa, sino de una auténtica intención maliciosa derivada de la mala fe. (Bullard, 2010, p. 461)

En este caso es necesario tener claro los conceptos de buena fe y sus dimensiones para analizar estos casos. Podemos considerar que en este caso intervendrían las dos dimensiones. En el caso de la buena fe objetiva se manifiesta a través del deber de información. La buena fe subjetiva, en cambio, se mide en el conocimiento que se tiene respecto de lo que entiende la otra parte, es decir el conocimiento de la que otra parte está siendo engañada y de que la otra parte cree no conoce la existencia del error.

Sobre el deber de información de acuerdo con Bullard existe un riesgo a evaluarse ya que según sostiene:

Si esa obligación es poco exigente (es decir, la contraparte no debe decir mucho o simplemente no decir nada) la base de información sobre la que se contrata será más pobre y por tanto habrá mayores costos de transacción. Pero a su vez, si la obligación de compartir información con la otra parte es muy exigente, debiendo revelarse mucho o todo lo que se sabe, entonces no habrá incentivos para obtener información valiosa para que existan contratos, lo cual también eleva los costos de transacción. En uno u otro caso, si no llegamos a un equilibrio, reduciremos la capacidad de los contratos a llevarnos a mejores situaciones en términos de Pareto. (Bullard, 2010, pág. 461)

La jurisprudencia americana establece ciertas reglas para exigir la obligación de informar:

- 1) No compartir información es conforme a las legítimas expectativas de los comerciantes, reflejando la dura moralidad del mercado.
- 2) En un contrato de venta de



bienes cada parte asume el riesgo de que su propia valoración este errada. 3) Recompensa la inteligencia y la habilidad de la parte que adquirió un conocimiento especial. 4) Cuando la información está disponible para ambas partes no debe imponerse una obligación de revelar porque ello significaría fomentar la falta de diligencia en la activa búsqueda de información fácilmente obtenible y 5) La información sobre hechos futuros inciertos o probabilidades no tiene por qué ser revelada. (Bullard, 2010, pág. 473)

El autor cita el siguiente ejemplo:

Fred Obne y su esposa interpusieron una demanda contra Robert Shemeyer y su esposa a fin de recobrar daños ocasionados por la venta de un departamento que los primeros compraron a los segundos y que resultó infestado de termitas. Los demandados conocían esta situación, pero guardaron silencio al momento de la operación. Tanto la corte en primera instancia, como la corte de apelaciones consideraron que la conducta de los Shemeyer constituía un caso de fraude o actuación dolosa y concedieron los daños solicitados por los demandantes. (Bullard, 2010)

Ahora bien, debemos preguntarnos cuál es el límite entre engañar y omitir información relevante es decir dolo o error conocible por la otra parte. Al respecto la doctrina tradicional lo determina por el principio de buena fe. Entonces la pregunta es cuándo se actúa de mala fe.

### **3.3.1.3 Representación Sin Poder (Falso Representante)**

Nuestro Código Civil contempla, como caso de indemnización, el no contar con poder y el abuso o vulneración de sus atribuciones y formalidades.

De acuerdo con Lohmann:

El poder es la prerrogativa o competencia para actuar en nombre de otro. No se tienen poderes de representación, como no sea que deriven de distintas declaraciones de voluntad del dominus (o sea poderes para otros actos distintos). Pero en principio, facultad o aptitud representativa y por lo tanto poder solo hay uno. (Lohmann, 1994, pp. 210-211)

En otras palabras, el poder es la aptitud de representación que un sujeto hace respecto del otro para realizar diversas conductas. Las atribuciones o facultades de representación respecto a las conductas a representar son varias, pero un solo poder.

Los antecedentes de la responsabilidad en estos casos encuentran en el ordenamiento alemán, el mismo que se contempla la figura del representante sin poder:

Se dispone que el que celebra un contrato como representante, pero no acredita su poder, queda obligado frente a la otra parte, a elección de esta al cumplimiento o al resarcimiento, en caso de que el representado se niegue a ratificar el contrato. Para esta figura, la precisión es que, si el representante no conocía la ausencia de poder, él está obligado a resarcir solo aquellos daños que derivan a la otra parte por el hecho de haber confiado en la existencia del poder y en todo caso, no más allá del importe del interés que la otra parte tiene en la eficacia del contrato. (Leysser León, 2017, pág. 718)

En este caso, quien señala estar facultado, no cuenta con poder alguno y celebra un contrato como si lo tuviera. En este caso, de acuerdo con el derecho alemán, este supuesto representante sí sabía la ausencia del poder responde por los daños y perjuicios. Esto se sustenta, como explica Leysser León, de la siguiente manera:

En principio el falsus procurador está obligado frente al tercero damnificado, a ejecutar el contrato o al resarcimiento del daño, de modo que el criterio aplicable, en ambos casos, es el interés positivo. Solamente si el representante no tenía conocimiento de la ausencia del poder, el tendrá que resarcir el daño conforme al interés negativo. Pero si la contraparte conocía la ausencia de poder o si pudo conocerla de haber actuado diligentemente, el representante sin poder no es responsable. (Leysser León, 2017, pág. 719)

En el Perú, la responsabilidad en caso de irregularidades en la representación se contempla en el artículo 161 del Código Civil que señala lo siguiente:

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Al respecto señala Lohmann:

El artículo bajo examen contiene varias hipótesis claramente diferenciables: a) La responsabilidad del representante ante el representado por excederse en sus atribuciones. b) Por violación de las mismas; c) También responsabilidad ante el representado por falta de poder: d) Responsabilidad ante el tercero por exceder en sus poderes: e) Por violación a ellas y f) Responsabilidad ante el tercero por falta de poder. (Lohmann, 1994, p. 210)

A diferencia del sistema alemán, en este caso, se distinguen el tipo de irregularidad y el sujeto con quien va a responder. De esta manera se presentarán los siguientes supuestos:

1) Si el representante ha celebrado el negocio jurídico excediéndose del límite de las facultades conferidas, el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros. 2) Si el representante ha celebrado el negocio jurídico violando las facultades conferidas el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros. 3) Si una persona a la cual no se le ha otorgado un poder de representación celebra un negocio jurídico a nombre de otra, dicho negocio jurídico es ineficaz sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros. (Priori Posada, 2003, p. 699)

Con respecto a nuestro objeto de estudio, es preciso analizar, que únicamente los casos con terceros ya que los casos entre el representante y el representado es más factible analizarse como caso de responsabilidad contractual.

Con respecto a la falta de poder Giovanni Priori señala que en este caso:

Regula el supuesto típico del falsus procurator, es decir, de alguien que celebre un negocio jurídico en nombre del supuesto representante, sin que éste último le haya conferido las facultades de representación, o habiéndoselas conferido han vencido. (Priori Posada, 2003, pp. 699-701)

En este caso, quien alega tener el poder, no lo tiene, a diferencia de los demás casos que si cuentan. Este caso, es el más simple ya que se debe verificar que cuente con poder y que este esté vigente. Al respecto Lohmann explica:

Aquella persona que, sin autorización de ninguna especie, utiliza el nombre de otro y actúa de manera ficticia como si fuera representante suyo. En puridad no hay en este caso invasión de la esfera jurídica ajena como se cree comúnmente, pues los efectos del acto no repercuten en el haber o deber del que figura como representado. Para poder afectar patrimonio de este es el menester la previa autorización o ulterior ratificación. Pero mientras tanto... puede tener sin cuidado al presunto representado que obviamente puede impugnar todo lo hecho en su nombre... El tercero, ante la ausencia de poder, podrá tener el acto como no celebrado y, como es natural, reclamar indemnización al representante falso. (Lohmann, 1994, p. 211)

En este caso, se tiene que evaluar la naturaleza del poder para evaluar la diligencia del tercero afectado ya que si puede constar que no contaba con poder no habría representación.

De acuerdo con Espinoza *“Cuando el pseudo-representante sea cómplice del falso representante y haya realizado un verdadero engaño o una estafa con daño al tercero contrayente incurrirá en una responsabilidad aquiliana. En nuestro sistema, se diría la responsabilidad solidaria de ambos”*. (Espinoza Espinoza, 2012, p. 140)

Se tendría que evaluar si se trata de un contrato o un acto jurídico, ya que, de entregarse el poder en una negociación y celebrarse el contrato se estaría ante un caso de responsabilidad precontractual.

Por otro lado, respecto al exceso de facultades, Espinoza señala que *“Se configura cuando, habiendo una relación jurídica representativa, el representante se extralimita, va más allá del ámbito de actuación conferido por el representado. Puede ser en perjuicio o en beneficio del dominus”*. (Espinoza Espinoza, 2012, p. 139)

En este caso si se ha otorgado facultades de representación al representante; sin embargo, para determinados actos o atribuciones no lo tenía. Por ejemplo, A le otorga a B poder para administrar su casa, sin embargo, el la vende. De conformidad con Lohmann:

En este rubro deben comprenderse todos aquellos casos en los que el representante sobrepasa las atribuciones recibidas... El rebasamiento de facultades ha de ser juzgado con suma cautela o prudencia, pues habrá que atender a si se trata de poder expreso o general o especial y a la naturaleza del acto. Cuando el poder detalle un sinnúmero de facultades la exclusión no expresa de otras permitirá suponer que se permite la actuación representativa para situaciones análogas a las previstas. (Lohmann, 1994, p. 212)

Asimismo, señala Giovanni Priori que en este caso:

Quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es; sin embargo, al momento de celebrar el negocio jurídico se excede en las facultades que le han sido conferidas, es decir, realiza un negocio jurídico para el cual no contaba con autorización. (Priori Posada, 2003, p. 699)

Finalmente, respecto de la violación de las facultades Giovanni Priori señala que *“quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es; sin embargo, viola las facultades que le han conferido el representado”*. (Priori Posada, 2003, p. 699)

Cabe indicar, que debe considerarse lo indicado por Lohmann:

*Debe cuidarse de no confundir los supuestos de defectos o de uso excesivo de facultades con los de abuso de poder. En realidad, el abuso es la actuación representativa aplicando la letra de poder, pero fuera de su espíritu y en contra de los intereses del dominus. (Lohmann, 1994, p. 212)*

Por ejemplo, un gerente que tenga atribuciones para girar y cobrar cheque; y, sin embargo, lo haga a título personal para satisfacer sus necesidades particulares y no para la empresa.

De acuerdo con Espinoza:

*Este supuesto también es denominado en la doctrina como abuso en la representación, el cual presupone que la actividad del representante aparezca exteriormente conforme al contenido de su efectiva legitimación, persiguiendo en concreto, no obstante, fines e intereses incompatibles ( en todo o en parte) con aquellos del representado... por ejemplo, el negocio jurídico celebrado por el representante en manifiesto conflicto de intereses con el representado, como sería el caso en el cual el representante se lo venda a un familiar suyo o lo haga a un precio notoriamente inferior al de mercado.” (Espinoza Espinoza, 2012, p. 140)*

Asimismo, señala Giovanni Priori:

*No debe entenderse por violar las facultades de representación aquellos casos en los cuales el representante ha hecho algo distinto a aquello para lo cual estaba facultado, pues es evidente que en este caso nos hallaríamos ante un caso de exceso en las facultades... sino más bien debe interpretarse... en el negocio jurídico celebrado por el representante en nombre del representado se ha vulnerado el interés de este último.” (Priori Posada, 2003, p. 702)*

Un ejemplo, puede ser el caso de un representante de un accionista con facultades para votar en junta de accionistas que ejerza el voto del representado de manera distinta a los intereses del representado.

Sobre la responsabilidad en estos casos, Lohmann señala:

*Debe considerarse que para que un tercero pueda solicitar indemnización debe este haber actuado con cuidado y diligencia y confianza sin culpa en la representación alegada (Lohmann, 1994, p. 212)*

Asimismo, Giovanni Priori señala que la doctrina exige que se cuenten con cuatro presupuestos:

I) Que el falsus procurator, indicando el nombre del dominus, haya estipulado un contrato con un tercero, contrato que debe ser idóneo a producir efectos jurídicos en caso de producirse la ratificación; II) Que el tercero no haya tenido culpa al confiar en la eficacia del contrato y en la subsistencia de la legitimación del falsus procurator; III) Que el falsus procurator haya actuado con dolo o culpa, pues son los presupuesto que las normas de responsabilidad exigen para que sea procedente el derecho de indemnización de daños y perjuicios; y IV) Que no se haya producido la ratificación por parte del dominus. (Priori Posada, 2003, p. 703)

Agrega la autora:

La doctrina se inclina por pensar que la naturaleza de la responsabilidad del falsus procurator, es extracontractual, ubicándose específicamente en el ámbito precontractual. Ello debido a que el falsus procurator no ha violado ningún tipo de deber u obligación derivante del contrato, sino más bien un deber establecido de forma previa y anterior al contrato. En ese sentido, el hecho ilícito del representante es la lesión de la libertad contractual del tercero. (Priori Posada, 2003, p. 703)

Por otro lado, Espinoza señala:

Dada la naturaleza de la representación, frente al representado (o falso representado) es de carácter extracontractual. En mi opinión, frente al tercero, es de la misma naturaleza. No obstante, un sector de la doctrina afirma que es precontractual en cuanto el tenor de la disposición es muy claro en este sentido y el representante, incluso si es pseudo-representante no puede ser calificado tercero respecto al contrayente con el cual ha entrado en contacto a efectos de la estipulación de un contrato que habría podido surtir efectos si hubiere sido ratificado. Por consiguiente, es responsabilidad pre-contractual a la cual se le reconoce un carácter objetivo. Independientemente del contacto del representante que se excede, abusa o del falso representante, lo que ha infringido es el deber genérico de no dañar. (Espinoza Espinoza, 2012, pp. 138-139)

Asimismo, Leysser León señala:

En el artículo 161 de nuestro Código Civil se establece, justamente que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de la responsabilidad que resulten frente a éste y a terceros. A la discusión si podría generar, en cambio, la hipótesis de la responsabilidad del falsus procurator, porque en el segundo

párrafo de la norma citada no hay pronunciamiento sobre las consecuencias resarcitorias, al indicarse simplemente que también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que le atribuye. Alguien en que se guiara por el texto de este enunciado podría deducir que la responsabilidad solo es procedente cuando media exceso o violación del poder de representación. Para que se imponga la interpretación correcta, no queda más que confiar en la fuerza persuasiva, a la vez que unánime, de la doctrina del Derecho Civil, para que se subsane esta inexplicable omisión del codificador peruano. (Leysser León, 2017, p. 735)

Cabe indicar, existe en la Ley General de Sociedades una figura parecida que no se debe confundir, al respecto señala Espinoza:

Este supuesto tiene que ser diferenciado de la actuación ultra vires de representante, en este caso, que se da en el ámbito de la denominada representación orgánica, del representante (actuando dentro del ejercicio de sus funciones) va más allá del objeto social de la persona jurídica representada. A diferencia del art. 161, el acto tiene eficacia respecto del tercero de buena fe (art 12 de la Ley General de Sociedades No 26887 del 09.12.97).” (Espinoza, 2012, p. 139)

En todos estos casos, como se trata de situaciones de ineficacia, para que el representante que incurra en las causales del artículo 161 del Código Civil es necesario que el representado no ratifique el acto, que se cumpla la causal y la diligencia del tercero.

Actualmente no habiéndose regulado la responsabilidad precontractual de manera sui generis nos encontraríamos ante una responsabilidad extracontractual.

Tanto los casos de dolo y del artículo 161 del Código Civil pueden estar comprendidos en una misma conducta dañosa que sería la celebración del contrato ineficaz o invalido ocasionado por la mala fe de una de las partes.

### **3.3.2 Ruptura Injustificada De Las Negociaciones:**

Este es uno de los casos más conocidos y usuales de la responsabilidad precontractual. En este caso, una de las partes, dentro del periodo de las negociaciones, frustra las negociaciones encaminadas actuando de mala fe. En este caso, existe un límite entre el derecho de libertad de contratar y el deber de buena fe. Al respecto señala Ramírez:

Se produce cuando se rompen las tratativas, lo cual de por si no es injusto, por lo que para poder identificar cuando nos encontramos en este primer tipo de situación dañosa, es necesario que se presenten dos condiciones de forma conjunta: I) Que la ruptura se produzca luego de que se haya consolidado la confianza de la contraparte, porque la tratativa se encontraba en esta etapa muy avanzada, esto es, se arribó a un acuerdo sobre casi todos los puntos, o estando en una etapa no tan avanzada, en la seguridad dada por la otra parte y II) Que esta ruptura sea injustificada. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 168)

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en considerar como una situación a indemnizar. Como bien dice Bardales:

La ruptura de las tratativas como fuente de responsabilidad siempre ha sido materia de controversia. El escenario problemático se genera cuando en el curso de aquel intercambio precontractual propuesto, alguna de las partes experimenta un conflicto entre la necesidad de salvaguardar la libertad de no contratar y aquella de asegurar las partes del contrato ya negociadas. (Bardales Sicuas, 2017, p. 137)

Por tal motivo, va ser muy importante tener muy claro los términos de buena fe, confianza de las partes en el avance de las negociaciones y el nivel en la negociación realizada, a fin de poder visualizar las fronteras entre la libertad de no contratar y la vulneración de los deberes de buena fe especialmente el de lealtad. Al respecto, de acuerdo con Geldres:

La responsabilidad delictual por ruptura abusiva de las conversaciones contractuales está fundada en la existencia de un deber de lealtad de las negociaciones, las obligaciones de negociar de buena fe. Los tribunales estiman en efecto que es abusivo estimular falsamente la confianza del candidato dejándole creer en una voluntad de contratar que no existe verdaderamente. (Geldres Campos, 2017, pp. 204-205)

Asimismo, Escobar Lino y Guevara Porlles señalan que:

Al iniciar las negociaciones, se deriva para ambas partes la necesidad de actuar conforme a la equidad comercial y la buena fe. Estos principios implican que las negociaciones una vez iniciadas por lo general concluyen en una oferta definitiva, a menos de un desacuerdo previo, justificado por la divergencia de intereses económicos. Salvo esta divergencia económica así caracterizada, la reticencia deducida de las negociaciones mismas, sigue siendo posible, ya que la voluntad en ese caso sigue siendo libre. Sin embargo, en tanto se contravenga la buena fe (que debe presidir y regir durante las relaciones contractuales), las partes ya no pueden ejercer su libre voluntad, ya que ella siempre determina los actos y, por lo tanto, las partes deben ajustarse a la lealtad y rectitud, al momento de ejercer



cualquier acto dentro de las negociaciones. Así lo que siempre debe prevalecer es que el ejercicio de la disposición de una de las partes a no contratar, ese acto sea totalmente funcional y no importe un abuso o un perjuicio a su contraparte. (Escobar Lino, 2016, págs. 184-185)

Como se puede observar, es importante evaluar el nivel de las negociaciones, ya que, es normal que las partes, en los primeros momentos de las negociaciones, no tengan interés en contratar, sin embargo, conforme van avanzando, ese interés se transforma en un momento de deliberación, el mismo que las partes deciden si contratan o no.

Respecto de lo anterior, es importante considerar que las partes asumen riesgos y conforme van avanzando las negociaciones las expectativas de generarse el contrato aumentan o disminuyen conforme las partes van manifestando su interés. Eso se puede analizar conforme sigue dicho proceso de la negociación. Todos estos riesgos y expectativas podrían frustrarse si alguna de las partes no actúa de buena fe y eso es lo que se busca evitar mediante la sanción de esta conducta.

Para evaluar cómo van avanzando las expectativas Escobar Lino explica:

Es necesario diferenciar la fase preliminar con otros estadios de formación. En los tratos, las partes por medio de los acercamientos, negociaciones y proyectos comienzan a estructurar los elementos necesarios para la constitución de la oferta perfecta, elementos que conducirán a la celebración del posterior contrato. Y es que en la fase de formación de la oferta, el *iter voluntatis* (correspondiendo al contenido de esa voluntad que solo de modo mediato quiere la conclusión del negocio), sino se interrumpe antes de la exteriorización de la oferta, por el desistimiento, fundado o no, de una de las partes o el común acuerdo de las dos, queda plenamente realizado en el momento que dicha exteriorización se comunica y se recibe por parte de su otro extremo negocial, evento en el que se pone de nuevo el camino de la voluntad para cumplir otra etapa, cualitativamente distinta, en la formación del contrato, aquí la voluntad ha pasado del estadio de querer tratar y elaborar una oferta al estadio de deliberarla.” (Escobar Lino, 2016, pág. 185)

En ese orden de ideas y compartiendo con los autores anteriores Karina Guevara señala:

La ruptura de tratativas genera indemnización cuando esta sea injustificada y cuando la parte haya generado una gran confianza tal que la otra parte asuma que el contrato se celebrará. La responsabilidad del sujeto se deriva, más bien del hecho de haber inducido a la otra parte, dolosa o culposamente a confiar razonablemente en la celebración del

contrato. En este supuesto se debe analizar la conducta del disidente en cada caso en particular. (Guevara Porlles, 2017, pág. 111)

Para esto es necesario verificar en qué momento de la negociación estamos y sus expectativas. De esta manera se podrá determinar si una de las partes tiene disposición a cerrar el contrato o no. Dado esta expectativa y disposición se generan cierta confianza cuyo aprovechamiento indebido incurriría una conducta de mala fe.

Ahora bien, debemos preguntarnos en ¿en casos podemos hablar de responsabilizar por la frustración de las negociaciones? En primer lugar, Escobar Lino y Guevara Porlles destacan tres supuestos de retiro de negociaciones:

Que no lleguen a acuerdo alguno, que una de ellas se aparta intempestivamente o por mutuo acuerdo... el primer caso y el último no existiría responsabilidad, sin embargo, en el segundo caso si se podría existir responsabilidad si fue injustificada (Escobar Lino, 2016, pág. 185)

Este retiro interspectivo en las negociaciones de por si no es causal de indemnización ya que se debe evaluar, de acuerdo con lo señalado anteriormente, que se haya realizado haya afectado la confianza. Para poder analizar lo antes mencionado Escobar Lino y Guevara Porlles precisan:

Para estimar la ruptura como injusta, es necesario una calificación de la conducta de aquel que se aparta de las negociaciones, donde será necesaria una valoración de sus diferentes motivaciones, analizar asimismo el estado en el que se encuentren las negociaciones, los términos, la existencia de negocios precedentes entre otros elementos, con miras a estimar la mayor cantidad de circunstancias que permitan una interpretación objetiva sobre el acto lesivo que se le imputa al dañador. (Escobar Lino, 2016, págs. 185-186)

Además, Diez Picasso indica los siguientes presupuestos:

1) La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato. 2) El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones. 3) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes. 4) La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. (Diez Picazo, 1996, pág. 278)

Estos presupuestos son fundamentales y aseguran la libertad de contratación. En primer lugar, se debe verificar una confianza razonable y que las partes tiene muy presente que en una negociación es normal que existan casos que no se acepten los acuerdos, ya sea porque las partes no se ponen de acuerdo en puntos relevantes, el

contrato sea costos o que existan otras situaciones ajenas a las partes que permitan o impidan el acuerdo.

Por ejemplo, si se solicita una proforma sobre determinado servicio, no necesariamente las partes entendería que se cerraría el contrato, sin embargo, a raíz de ello se va conviniendo como va ser el traslado y se negocian los seguros de traslados, la negociación tendría un carácter más serio. En este orden de ideas, señala Bardales:

Sí cualquier contacto entre los privados con miras a un futuro contrato originaria un vínculo jurídicamente relevante, muy pocos tendrían incentivos para aproximarse a un potencial proveedor o cliente para proponerle un futuro negocio, salvo que tuvieran desde el principio una razonable perspectiva de concretar un contrato. Por tanto, es necesario encontrar criterios que nos orienten a determinar cuando el desistimiento puede generar una sanción legítima y cuando no. (Bardales Sicuas, 2017, p. 137)

Sobre el tema de la justificación debe ser medido en proporción a la confianza generada y consideran la libertad contractual. Debe alegarse, que conforme se ha señalado anteriormente, en el caso de frustración de las negociaciones de manera injustificada las partes cuentan con libertad de contratar; es decir, el solo hecho de desistirse a contrata no es indemnizable. Al respecto, comenta Pretel que:

El desarrollo de las negociaciones no comporta ninguna obligación de contratar, sino que las partes conservan plenamente y sin que ello acarree per se responsabilidad, sus facultades de concluir o no el negocio...Dicha libertad tiene un límite y genera responsabilidad cuando el contratante desiste de una negociación que había llevado a cabo hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la celebración del contrato, sin justificación válida, ya sea dolosa o culposamente, configurándose así la ruptura injustificada. La mejor doctrina ha dicho que existe comportamiento doloso cuando el sujeto inicia o prosigue las negociaciones aun cuando tiene la intención de no celebrar el contrato. Hay culpa cuando el sujeto no observa la prudencia normal e induce a la otra parte a confiar en la celebración del contrato (Pretel Alonzo, 2017, pág. 125)

Asimismo, se debe considerar el nexo causal, señalado por Díez Picazo, verificando si una relación entre la frustración y la confianza generada. Para lo cual, se analizaría la existencia de factores externos que generaron la frustración y la diligencia del afectado.

Por otro lado, Aníbal Torres considera:

Las Conversaciones precontractuales no tienen que terminar necesariamente en un acuerdo de voluntades con el que se perfecciona el contrato, ya que cada uno de los que se encuentran en conversaciones previas pueden ponerlas fin unilateralmente cuando les plazca, siempre que no actúe de mala fe, con dolo, culpa o haciendo un ejercicio abusivo de su derecho de romper la negociación y con ello cause daño a la contraparte. (Torres Vazquez, 2016, pág. 322)

Para el autor, es imprescindible analizar la conducta del que rechaza el acuerdo, viendo si cuenta con mala fe y actúa con dolo o culpa. En este orden de ideas, también señala Ramírez:

El contratante conserva el poder de revocar la propia oferta o la propia aceptación, mientras el contrato no se haya celebrado y el ejercicio de al poder no constituye, como tal, violación de una obligación de comportamiento ... La responsabilidad del sujeto se deriva más bien, del hecho de haber producido la otra parte, dolosa o culposamente, a confiar razonablemente en la celebración del contrato. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 167)

De acuerdo con De La Puente y Lavalle:

Por ruptura injustificada cuando uno de los tratantes cesa sin justificación válida tratativas que han sido conducidas de manera tal que han inducido al otro tratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato... se considera que en estos casos la responsabilidad surge, no de romper inesperadamente las tratativas, sino de haber inducido dolosa o culposamente a la otra parte a tener esa confianza. (De La Puente y Lavalle, 2011, pág. 360)

Por tal motivo no se sanciona la ruptura por tanto no se afecta la libertad contractual, por el contrario, se sanciona el actuar de mala fe y la confianza generada de manera innecesaria.

En el derecho comparado, por ejemplo, en Argentina, se ha tratado este tema de la siguiente manera:

En la Argentina, la primera recepción jurisprudencial de la culpa in contrahendo data del año 1953, dictada por la Cámara Nacional Comercial Sala B, de la Capital Federal, del 19-IX-1953, se trataba de una demanda de daños y perjuicios derivados de la ruptura de las tratativas para arribar a un contrato de agencia. La acción fue admitida en ambas instancias, y en la sentencia en la cámara se dejó sentado que hubo ruptura interspectiva

de las negociaciones y que correspondía, en consecuencia, indemnizar, por aplicación de los principios generales del derecho. (Brizzio, 2013, p. 348)

Asimismo, la jurisprudencia del mencionado país más reciente contamos:

En Benettar SAIC vs /Benetton Spa... los jueces entendieron que, desde la óptica de la buena fe, fue evidente que los dos partes entendieron que se hallaban materializando actos de ejecución de aquel acuerdo precontractual, actuando con cuidado y previsión... Ciertamente, el contrato aún no había perfeccionado y nunca llegaría a ese estadio. Las partes se hallaron siempre en una etapa de tratativas preliminares o pourparlers, pero sin duda esa situación generó una legítima expectativa de Benettar en concretar la operación. Benettar SA demandó en autos a Benetton S.PA por el cobro de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a razón del cese de una relación entre ambas partes vinculada con el otorgamiento de una licencia para la comercialización de productos bajo las marcas Benetton.... La decisión del tribunal se basa en la falta de probanza acerca de un proceder doloso o de mala fe por parte de las personas que se habían presentado ante los Benetton para iniciar y luego proseguir la negociación, máxime si se tiene en cuenta que poco después de la suscripción de documento referido, quedaría constituida la sociedad Benettar. (Brizzio, 2013, pp. 348-349)

Ahora bien, es necesario ver ahora si es posible medir la confianza generado o como demostrarla. Al respecto, conforme señala Juan José Haro *“Es usual que las partes intercambien declaraciones que, normalmente, contienen proposiciones respecto de las cuales sólo desean quedar vinculadas en el caso que el contrato se celebre.”* (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 138)

Por ejemplo, señala el autor:

Cuando uno de los potenciales contratantes ofrece comprar un bien en 100, no queda vinculado por tal promesa salvo que su contraparte acepte la oferta, lo que comporta no solo un consentimiento sobre el precio sino sobre todas las demás condiciones explicitadas en la proposición. Si la contraparte encuentra conveniente el precio, pero no las demás condiciones y decide continuar negociando, nada obliga, al oferente a mantener el precio de su negociación. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 138)

Como se puede observar, debe analizarse en qué casos debemos considerar que se ha realizado un daño indemnizable. Al respecto, Haro señala:

Un elemento que debe juzgarse necesariamente para imponer responsabilidad en el caso de comportamientos declarativos es el nivel de seriedad- se diría confiabilidad- de una promesa. Promesas indefinidas como estoy seguro que llegaremos a un buen arreglo, o

no te preocupes por los gastos podrían interpretarse, según el contexto, más como recomendaciones o manifestaciones de buena intención, antes que como compromisos que pudieran generar confianza en la contraparte. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 138)

En tal sentido, es necesario centrarse en la confianza generada. Ahora bien, para medir que tipo de expectativas debemos considerar con válidas para solicitar indemnización Haro señala:

Al imponer responsabilidad, las cortes deberían asegurarse no solo de que el potencial contratante pudo haber incurrido en costos de transacción basado en la promesa formulada por su contraparte, sino que debería preocuparse por establecer si cualquier tratante razonable, puesto en la misma situación, hubiera interpretado la promesa en los mismos términos y hubiera incurrido en costos de transacción basado en tal promesa. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 138)

De acuerdo con la experiencia norteamericana:

En los Estados Unidos, “la Sección 90 del Restatement (Second) of Contracts en los siguientes términos: “Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca una acción u omisión por parte del promisorio o una de tercera persona y que en los hechos induce tal acción u omisión por parte del promisorio o una tercera persona y que en los hechos Induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede ser evitada solo si se hace exigible dicha promesa. El remedio que se otorgue por ruptura de la promesa puede limitarse en la medida que la justicia lo requiera. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 139)

Agrega el mencionado autor:

Esta formulación... la doctrina anglosajona la denomina promissory estoppel y que no es otra cosa que la institución con arreglo a la cual quien ha realizado una promesa que ha generado confianza razonable en el promisorio queda impedido posteriormente, de retractarse de su original declaración. La clave en la formulación se encuentra en la confianza razonable. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 139)

Asimismo, comenta Haro Seijas:

El estándar de confianza razonable es sin duda difusional, pero permite analizar el problema de la responsabilidad precontractual con un grado mayor de objetividad que la simple remisión a la buena fe o a la lealtad. Por lo demás, es relativamente sencillo construir un test para la evaluación de un supuesto de responsabilidad precontractual bajo dicho estándar. Richard Speidel (Haro Seijas J. J., 2002, págs. 140-141)

Una de las formas confianza en la otra parte, es el siguiente test, que consta en cinco preguntas:

A ¿Entendió A en realidad que B hizo una promesa? B Si fue Así ¿Conoció B al tiempo en que la promesa fue efectuada del entendimiento de A? (C) Si B no tuvo Conocimiento dl entendimiento de A ¿De qué elementos de la situación tuvo conocimiento B? (D) Tomando en cuenta los elementos conocidos por B y considerando además el nivel de inteligencia de B ¿podría b inferir que, si él actuaba o se expresaba en cierta forma, A podría entender que b se había comprometido en algo? Si es así, B tiene razón para prevenir tal entendimiento. (E) Si no fuera así ¿podría B inferir que existía una probabilidad de que A entendiera que b se había comprometido a algo? De ser este el caso, b tendría el deber de actuar con razonable cuidado de modo que se evitaran malos entendidos, en caso no hacerlo, su comportamiento habría resultado preponderante en la generación de confianza en A. (Haro Seijas J. J., 2002, págs. 140-141)

El análisis de Speidel no se encuentra en la evaluación del comportamiento del potencial contratante que resulta lesionado (en quien se genera la confianza, sino en el análisis de la contraparte (respecto de quien debe establecerse si podía prever o tener razón para prever que su conducta podía generar dicha confianza. (Haro Seijas J. J., 2002, pág. 140)

Cabe indicar, que mediante este análisis se puede evaluar si la parte que frustra la negociación actuó de buena fe en su dimensión subjetiva ya que no solo se debe evaluar la conducta sino si tenía conocimiento de estar generando falsas expectativas y para esto son las preguntas antes señaladas.

De acuerdo con Leysser León:

El caso del promissory estoppel, 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 parte que confía en las promesas realizadas por la otra durante las tratativas, mediante el resarcimiento de realice interés, 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. (Leysser León, 2007, págs. 671-672)

Asimismo, señala el autor:

Se ha observado, entonces que el deber de buena fe precontractual no requiere se formulada bajo una 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 que pueden presentarse en este ámbito. (Leysser León, 2007, pág. 672)

Por otro lado, de acuerdo con Stiglitz:

La ruptura de las tratativa genera responsabilidad, solo cuando es injustificada y arbitraria, o sea, cuando se halle sujeta a una justa causa que legitime el ejercicio de la libertad de no contratar como por ejemplo, lo sería buscar una mejor opción, o mejores condiciones en punto al precio o diferimiento en el pago o en las actitudes de la cosa o del bien objeto del contrato, o cuando en pleno periodo de negociaciones sobrevienen circunstancias ajenas a las partes y que alteran sustancialmente la relación de equilibrio existente al tiempo del comienzo de las conversaciones etc. (Stiglitz, 2010, pág. 160)

Al respecto según lo señala Stiglitz:

En estos supuestos no se advierte incorrección, deslealtad ni mala fe, por lo que, debidamente anoticiada la otra parte de las razones por las cuales se dan finalizadas las tratativas, no hay causa alguna que justifique una pretensión resarcitoria... Un elemental deber accesorio de corrección y lealtad exige que quien decida sustraerse de las tratativas, tiene el deber de informárselo a la otra parte, para evitarle perder otras ocasiones, o que siga incurriendo en gastos inútiles. (Stiglitz, 2010, pág. 160)

Si bien en el Perú no hay un tratamiento expreso sobre cómo poder solicitar indemnización en dichos casos; sin embargo, es necesario contemplar un alcance de esta causal.

Si bien, existe un derecho de autonomía de las partes donde ellas pueden elegir con quien contraer, cerrar o no un proceso de negociación para su correspondiente negociación; sin embargo, al establecerse en el artículo 1362 del Código Civil el deber de buena fe en todas las fases del contrato, dicha autonomía de las partes tiene como límite la buena fe.

Este principio de buena fe se contempla en este caso en el respeto el deber de lealtad y corrección.

Es cierto que de acuerdo con la exposición de motivos señala que en el articulado del Código Civil contemplaba la posibilidad del que se apartaba injustificadamente de las negociaciones y que atendiendo al principio de autonomía de las partes se excluyó. No obstante, a nuestro entender lo indicado por la exposición de motivo no incluye al que actúa de mala fe.



Hay que recordar que de acuerdo con el artículo VIX del Título preliminar del Código Civil los jueces no deben dejar de impartir justicia por la existencia de vacío, teniéndose que integrar con los principios generales del derecho.

Lo antes mencionado, no quita nuestra intención de recomendar la modificación de la normativa para que se regule este tipo de casos. Además, es importante evaluar qué criterios tener en cuenta para evaluar cómo se vulnera la buena fe y que tipo de expectativas frustradas conllevan a la indemnización.

Como señalaron varios de los autores citados, debe analizarse el avance de las negociaciones y la seriedad de sus comunicaciones o documentos que se cursan y además la confianza razonable en el otro de cerrarse un contrato. En este análisis se contemplaría el aspecto subjetivo de la buena fe.

Ahora bien, compartimos con los autores que no solo se tiene que evaluar si se frustra injustificadamente ya que las partes tiene libertad para negociar o no sin tener que hacer constar su posición, sino que es importante medir la seriedad de las partes y si estos actúan con buena fe.

Esto se demuestra al evaluar la confianza generada al avanzar las negociaciones ya que en un proceso de negociación inicia sin expectativas de cierre, sin embargo, las partes pueden generar dicha confianza.

Para evaluar el nivel de confianza y la conducta del que frustra es necesario tener en cuenta la dimensión subjetiva, es decir el conocimiento de que la otra está teniendo las mismas expectativas de las que se tiene respecto del cierre o no del contrato.

Sobre el tratamiento del daño y nexos causal se desarrollará a continuación.

### **3.4 Daño:**

Analizados los supuestos que generan conductas generadoras de responsabilidad precontractual, debemos analizar qué tipo de daños se presentan en dichas conductas.

Al respecto, la doctrina es pacífica al señalar que los daños ocasionados son distintos a los referidos en la responsabilidad contractual y extracontractual; sin embargo, existe cierto debate al considerar si en este tipo de responsabilidad se resarcen los intereses positivos y/o negativos.

Roppo define al interés negativo de la siguiente manera:

En la responsabilidad precontractual, el daño resarcible cubre el denominado interés negativo. Es llamado así porque se lo identifica con el interés a no iniciar una tratativa como la que ha expuesto al sujeto a sufrir las incorrecciones de la contraparte y dado que iniciar esa tratativa ha gravado al sujeto con gastos inútiles y le ha hecho perder otras ocasiones de negocios. Se le distingue del interés positivo, que es interés a la ejecución del contrato válidamente celebrado y a la adquisición de las correspondientes ganancias. Al contrario ... el interés negativo no comprende de la pérdida de las ganancias que el contrato habría producido si la tratativa no hubiera sido turbada por las incorrecciones. (Roppo, 2001, págs. 190,191)

En otras palabras, los intereses negativos corresponden a los costos de transacción, es decir, todos los gastos realizados para poder celebrar el contrato, gastos como para obtener información del bien en registros públicos, en un contrato de compraventa, o los gastos del abogado que elabora el contrato, entre otros que aumentan conforme van avanzando las negociaciones.

Además, señala Roppo:

Cuando el daño, deriva de la falta de celebración del contrato con la incorrecta contraparte, no son resarcidas las ganancias que ese contrato habría producido, porque ese contrato no fue celebrado ... Deben resarcirse gastos hechos por una tratativa revelada inútil (gastos por viajes, proyectos, asesorías, test de factibilidad, etc.); debe resarcirse el tiempo perdido; debe resarcirse la pérdida de ocasiones alternativas de negocios, que no han cultivado por la confianza puesta en la celebración de ese contrato. Todo eso debe ser aprobado por el actor en responsabilidad. Cuando el daño deriva de la celebración de un contrato inválido o ineficaz, vale predominantemente el mismo razonamiento (pero a los gastos de la tratativa inútil se agregarán los gastos inútilmente realizados en vista de la ejecución. (Roppo, 2001, pág. 191)

Como señala el autor dependiendo de la hipótesis de la conducta daños podemos evaluar qué tipo de daños pueden indemnizar ya que es distinto una frustración de la negociación, que un contrato celebrado nulo. En estos últimos casos no solo se indemnizará los costos de transacción, sino los gastos realizados en la ejecución del mismo hasta donde se haya realizado.

Ahora bien, en el caso de un contrato válido y eficaz pero inconveniente, de acuerdo con Roppo:

Cuando el daño deriva de la celebración de un contrato válido y eficaz pero inconveniente, el resarcimiento cubre todo el saldo de conveniencia: si el dolo incidente o la ausencia de información han impulsado al sujeto a un contrato que le da 100, mientras sin esas incorrecciones él habría contratado bajo condiciones capaces de darle 120, su resarcimiento es 20. (Roppo, 2001, pág. 191)

Cabe señalar, de conformidad con Escobar Lino y Guevara Porlles:

La responsabilidad precontractual no tutela el interés en el cumplimiento común llamado interés positivo, sino de cara contraria protege un interés negativo que involucra alguno de los siguientes intereses: interés en no verse envuelto en tratativas inútiles, interés en no celebrar contratos inválidos o ineficaces e interés en no sufrir presiones o engaños de cara a la celebración del contrato...El único que se resarce el interés positivo es en el dolo incidental por el cual se indemniza como si hubiera contratado sin el dolo, porque el daño surge en la etapa precontractual. (Escobar Lino, 2016, pp. 195-196)

Asimismo, agregan las autoras:

El resarcimiento del llamado interés negativo abarca los costos de contrataciones, gastos efectuados por una de las partes o para cumplir o hacerse cargo de la prestación, los daños sufridos a consecuencia de procurar la prestación, el daño por pérdida de operación o colocación, entre otros y debe deducirse los recuperados reutilizados reutilización o venta de los bienes a fin de prevenir el enriquecimiento ilícito de la parte perjudicada. (Escobar Lino, 2016, p. 196)

Ahora bien, una vez determinado que tipo de daño se indemniza, veremos la cuantía. Al respecto, de acuerdo con Luis Bardales Sicuas:

Siempre se ha tenido la duda de si el monto del resarcimiento por daño al interés negativo puede ser mayor al que corresponda por daño al interés positivo y la respuesta, sin duda es afirmativa; pues si bien la dicotomía interés negativo-interés positivo limita los conceptos por los cuales se repara, de ninguna manera interviene en el quantum de los mismos, los cuales por supuesto dependen en cada caso concreto. (Bardales Sicuas, 2017, p. 147)

En orden a la extensión del resarcimiento en la responsabilidad precontractual, corresponde atender, específicamente, a los límites emergentes de la necesaria distinción entre el daño al interés negativo (o daño a la confianza, y el interés positivo) de cumplimiento.

Por otro lado, en el Common Law, se considera los siguientes daños correspondientes al interés negativo: expectation damages (daños a las expectativas) y los reliance damages (daños a la confianza). Con respecto a los daños a la confianza Bullard explica:

Los daños a la confianza buscan colocar a la contraparte perjudicada en la situación en la que estaría si la promesa nunca se hubiera formulado. Así limita el resarcimiento a los gastos que hubiera efectuado la persona en la confianza en que la promesa se iba a ejecutar. (Bullard, 2010, pág. 451)

Por otro lado, Ramírez Izaguirre define al interés negativo de la siguiente manera:

El interés contractual negativo es el daño que ha de ser resarcido como consecuencia de la esterilidad de una negociación. La doctrina alemana lo ha considerado como daños a la confianza, es decir, como daños causados por la violación de la fe de una persona en seriedad y honestidad de otra. Comprende desde luego, los gastos y desembolsos llevados a cabo en vista de ejecución del contrato proyectado. En cambio, parece que no debe comprender la pérdida de oferta más favorables que en dicho tiempo hubieran sido formulados. (Ramírez Izaguirre, 2017, p. 170)

En Colombia, La Corte Suprema De Justicia Colombiana en la sentencia de 23 de noviembre de 1989 MP José Alejandro Bonivento Fernández sobre daños indemnizable se señaló lo siguiente:

Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo- exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados, sino que vendrá dada por el interés negativo o de confianza, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en el curso normal de la negociación no se interrumpiría, por el primero de aquellos conceptos- daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de a otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectadas- ´pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o el cumplimiento que como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio valido y

perfecto sino de la pérdida que significa que quien por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto que le habría reportado ventaja. (Oviedo Alvan, 2011, pág. 331)

Como se puede apreciar, a diferencia de lo ocurrido en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual, los daños acá son distintos, hecho por el cual justificaría la existencia, como ya se explicó anteriormente, de un tipo de responsabilidad distinto.

Consideramos que estos daños correspondientes al interés negativo se deben contemplar en un artículo distinto al referido para los daños contractuales y de responsabilidad extracontractual. Tanto la cuantía y los daños correspondientes al interés negativo deben ser analizados caso por caso.

### **3.5 Nexo Causal**

Debe recordarse, que habiendo una conducta atípica o antijurídica producto de una hipótesis de responsabilidad precontractual y existiendo daños en una de las partes, no basta para generarse responsabilidad. Esto es porque debe existir un nexo causal entre la conducta dañosa y el daño.

Sobre el particular debe advertirse que el tratamiento de dicho presupuesto depende del tipo de responsabilidad, por lo que es bien importante el definir qué tipo de responsabilidad debe aplicarse en este tipo de casos.

Si nos inclinamos a la tesis contractualista, el régimen de responsabilidad se basaría en los artículos 1314 y siguientes siendo en el caso del nexo causal acoger la teoría de la causa inmediata conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil que establece que “El resarcimiento por la inexecución de a obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño ... en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.”

Por otro lado, de tratarse del régimen de responsabilidad extracontractual se regirá bajo los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, debiéndose optar por la teoría de causa adecuada de conformidad con el artículo 1985 del presente cuerpo sustantivo “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del*

*daño... debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.”*

Al respecto de acuerdo con Escobar Lino y Guevara Porlles: *“En la responsabilidad precontractual se resarce el interés negativo, por tanto, el demandante deberá acreditar causalidad entre el hecho dañino y la afectación de su patrimonio”* (Escobar Lino, 2016, p. 201)

Para tal fin, debe considerarse lo señalado por Stiglitz:

Se distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas y causales. Y en la responsabilidad precontractual, se responde hasta por las mediatas si medió culpa, e incluso por las causales si existió dolo. Nunca se responden por las remotas, que no tienen con el hecho ilícito, nexo adecuado de causalidad. (Stiglitz, 2010, p. 174)

En otras palabras, el autor considera que en estos casos se aplica la teoría de la causalidad adecuada correspondiente a la responsabilidad extracontractual. Además de ello, deben verificarse en este caso la existencia de fracturas causales las mismas son el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de tercero y la imprudencia de la víctima.

Sobre el primer supuesto, Stiglitz señala *“El caso fortuito o fuerza mayor, hipótesis caracterizada por la imprevisibilidad, inevitabilidad, estrenuidad, insuperabilidad y actualidad, en que el daño proviene de una causa ajena a la acción del agente que se pretende responsabilizar.”* (Stiglitz, 2010, p. 174)

En el caso de del caso de la imprudencia de la víctima, Escobar Lino y Guevara Porlles explican lo siguiente:

Se debe dejar asentado que quien alega el perjuicio debe acreditar la buena fe subjetiva y debe demostrar su ausencia de culpa. El perjudicado debe estar en la capacidad de demostrar que él no tenía posibilidades de poder conocer las razones de la invalidez del contrato, o en su defecto, que la confianza en la celebración definitiva del contrato tenía un sustento sólido. (Escobar Lino, 2016, p. 198)

Por ejemplo, en los casos de dolo omisivo no solo basta demuestra la mala fe de la parte que no comunicó determinada situación o vicio que incurra en error a la parte, ni tampoco es suficiente que aquella tenga el deber de comunicar tal error, sino además se debe verificar que la parte afectada haya actuado con la diligencia del caso.

Asimismo, tampoco se cumple el nexo causal y existe un hecho de un tercero que perjudique la celebración del contrato, o su validez o eficacia.

## 6 FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Las dos variantes en que se manifiesta la culpabilidad, esto es, la culpa stricto sensu y el dolo son aptas para justificar la atribución de responsabilidad precontractual, por frustración injusta de las tratativas.

De la misma forma, como se mencionó en el apartado anterior el tratamiento del factor de atribución depende del régimen de responsabilidad que se adopte.

En el caso del régimen de inexecución de obligaciones el tratamiento de factor de atribución es recogido por los artículos 1314, 1318, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil Peruano los mismos que establecen que para existir responsabilidad quien no cumplir con las obligaciones debe actuar con dolo o culpa.

Al respecto, debe señalarse que en el caso de la culpa dicho articulado difiere la culpa en una leve y grave presumiéndose la culpa leve. Dicha diferencia es importante para establecer los daños, ya que, en caso de culpa leve solo se resarcen los daños predecibles y en caso de dolo o culpa grave o inexcusable se responde por todos los daños.

Por otro lado, en caso del régimen de responsabilidad extracontractual existen dos tipos de factores de atribución: el subjetivo y el objetivo. El primero exige la presencia de culpa la misma se mide por la diligencia del infractor cuyo criterio se basa en un estándar llamado “Buen Padre De Familia”; en caso de la responsabilidad objetiva la norma establece en qué casos al adecuarse a la figura establecida por ley implicaría responsabilidad sin evaluarse la existencia de diligencia.

De acuerdo con Ihering:

La culpa in contrayendo es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato). El mismo grado de diligencia se debe prestar en el periodo de formación del contrato que en el periodo de ejecución. (De La Puente y Lavalle, 2011, págs. 362)

Debe considerarse que en la teoría de Ihering:

El fundamento de la acción de indemnización de perjuicios sería un criterio de imputación de responsabilidad que conocemos como culpa. Ihering es incisivo en decir que no es culpa extracontractual, porque ella adquiere relevancia solamente al ocasionarse cierto tipo de daños: a las personas o a las cosas... por ello afirmó, el fundamento está sí en culpa, pero que al darse con ocasión de la celebración de un contrato tiene naturaleza contractual y sigue las reglas de esta en su integridad. (Salgado Ramírez, 2015, pág. 500)

Sin embargo, esta teoría genera ciertas dudas como lo señala Salgado Ramírez:

¿Pero qué culpa tiene quien encargó los tabacos o quien hizo uso del telégrafo en los daños que experimenta el receptor? ... por culpa entendemos una valorización en términos negativos, a título de reproche, de un comportamiento. Así lo entendían los romanos, así se entiende actualmente. < sin embargo> Ihering ... no parece entender la culpa como un mero reproche del comportamiento, a pesar de que esfuerce algunas veces en reprochar el comportamiento de que trata. Ihering concibe dentro de la culpa algo que para nosotros no lo es. Es verdad, nuestro autor se inspiró en la responsabilidad por vicios ocultos del edicto de los Ediles Curules, en virtud de la cual el vendedor estaba sometido a los remedios edilicios, no solamente si sabía del vicio del objeto, sino porque estaba en condiciones de poder saber de tal vicio. (Salgado Ramírez, 2015, págs. 501-502)

Sobre el particular explica Salgado Ramírez:

En términos prácticos lo que hizo fue crear una obligación de garantía en favor de la contraparte quien contrata, asegurar a su contraparte que está en condiciones (personales) de hacerlo, que lo que promete es posible y que el medio seleccionado para expresar su consentimiento es idóneo. Mas puede quedarse corto Ihering con el argumento del edicto de los –curules en que se inspiran que puede ser aplicado a las dos primeras cuestiones (el poder saber sobre las condiciones personales y el deber de saber de la existencia de lo que se promete) ¿pero también a la tercera? Ihering reprochaba que se acudiera a un mecanismo inseguro como el telégrafo.? ¿acaso no puede el receptor juzgar también lo inadecuado del medio utilizado? Esta tercera, es pura responsabilidad objetiva por el hecho de otro, aunque quiera reprochar una conducta al remitente... esto se reconoce la doctrina, que habla entonces de una llamada culpa objetivada de Ihering”. (Salgado Ramírez, 2015, págs. 502-503)

Por otro lado, Faggella consideró como factor de atribución el tipo objetivo:

Faggella tiende asimismo a la objetivación de la responsabilidad incontraendo, pues estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas, adelantando de manera irracional lo que podría haber sido el normal disenso de las partes. Por ello el fundamento del autor no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes, ya sea de manera expresa o tácita- para entablar negociaciones. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 153)

Para Faggella de acuerdo con Cortés:



El fundamento legal de la responsabilidad precontractual es la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y este puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca (Cortés Pérez, 2013, pág. 322)

Sobre el particular, el fundamento de responsabilidad para Faggella:

No se encuentra en la culpa, como sostenía Jhering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y este puede existir sin que haya dolo o negligencia; basta aun separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca. (Escobar Lino, 2016, pág. 183)

Esta concepción no fue revisada por Saleilles, quien conforme señala Cárdenas Manrique:

Valoriza plenamente la relevancia jurídica del tramo negociador previo a la oferta, fundiéndolo en uno solo con el ulterior. Dice encontrar una base económica a partir del cual podrá clasificarse arbitrario o no el apartamiento en materia precontractual y funda la responsabilidad en garantía legal y la equidad, que conviven con el dolo y la culpa como factores de atribución. (Cárdenas Manrique, 2017, p. 153)

En la jurisprudencia francesa se tiene el siguiente caso:

En la causa Network Management Group c. Soc. Alizée, culminada con sentencia de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, del 18 de junio de 2002, 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 actividad redes y telecomunicación de Alizée. El 8 de abril la primera entidad emite una carta de intención. El empleo de este documento es común en la negociación de los contratos internacionales y de las grandes empresas francesas. 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 restructuración, el cual se inicia, judicialmente el 22 de mayo. Siete días después, Network Management Grupo 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 por ruptura tardía y culposa de las tratativas, (Leysser León, 2007)

Debe señalarse que:

En su decisivo fallo, la, la court de Cassatio desestima el recurso de network management Group. Se señala, a propósito, que las tratativas pueden interrumpirse libremente si lo decide una de las partes, a menos que tenga lugar un perjuicio atribuible a la culpa del renunciante. En relación con este punto, los magistrados juzgaron como culpa el pleno conocimiento que el representante de Network Management lo comprobaba el hecho de que el abandono de los planes de inversión se produjera no bien tuvo conocimiento el procedimiento de restructuración. Por 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 perdida de la oportunidad de entablar conversaciones con otra empresa interesada en negociar con ella.” (Leysser León, 2007)

Podemos observar que la mencionada corte para analizar la culpa ha utilizado los conceptos de diligencia y buena fe subjetiva ya que establece que se debe analizar el conocimiento del representante.

Por otro lado, para Escobar Lino y Guevara Porlles:

La responsabilidad precontractual corresponde al primer periodo o etapa de iter contractual, es decir, a los tratos preliminares o tratativas precontractuales. Esta etapa está ligada de deberes primordiales de información, protección y confidencialidad, los cuales obligan a las partes a seguir ciertos estándares jurídicos fundados en la buena fe y con diligencia de ambas para evitar o perjuicios (Escobar Lino, 2016, p. 200)

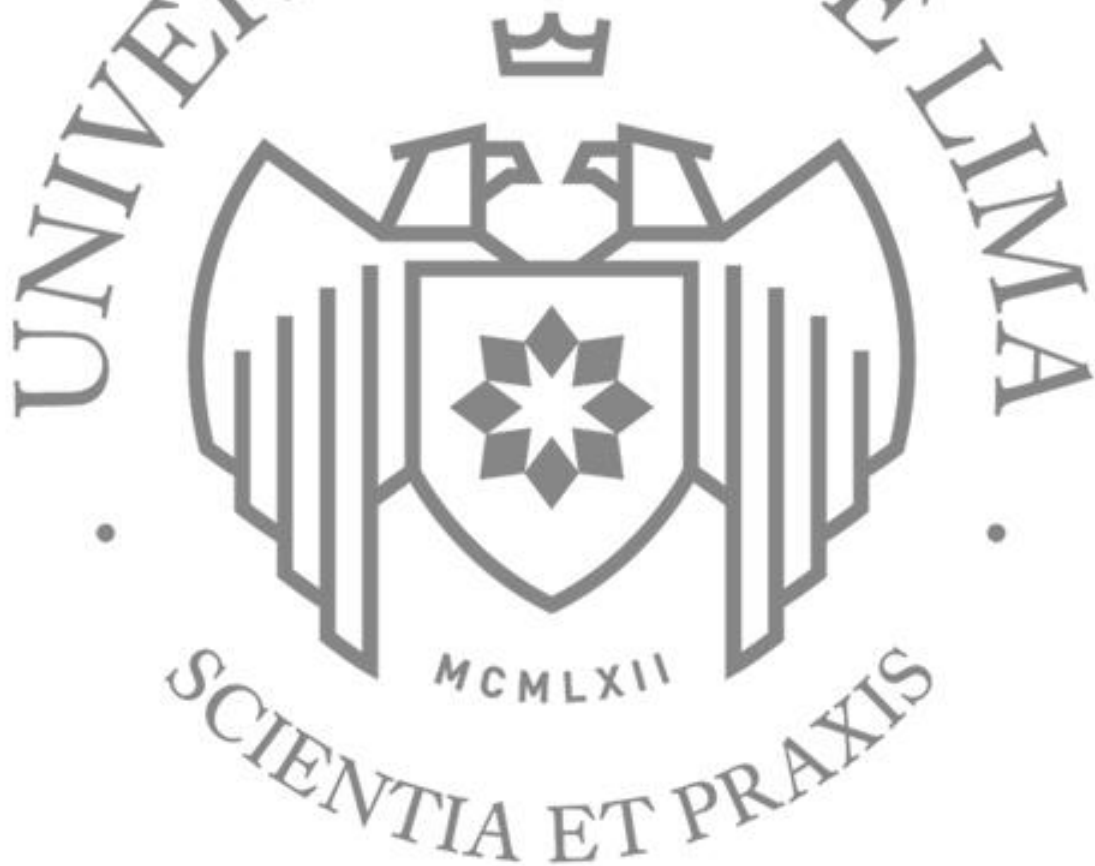
Al respecto, cabe señalar que ambos conceptos son distintos. Espinoza refiere las semejanzas y diferencias entre la buena fe y la diligencia las siguientes:

A) Tanto la buena fe como la diligencia son estándares de comportamiento... en el ámbito de aplicación de la Buena fe excede el comportamiento de las partes dando una relación jurídica. La diligencia se limita a esta. B) Ambos estándares de comportamiento son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación ya delimitada por las partes. C) Cuando se habla de diligencia como límite de la buena fe, se hace alusión dolo al escenario en el cual la creencia de un sujeto puede ser calificada como buena fe subjetiva. D) La buena fe dado su carácter de principio poliédrico (que asume diversas manifestaciones) también puede servir para evaluar el comportamiento diligente. E) La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial. (Espinoza, 2002, p. 1009)

Considero que el factor de atribución podría diferir al supuesto de responsabilidad precontractual; sin embargo, considero que lo más adecuado es utilizar el criterio de buena fe.

Si utilizamos el régimen de responsabilidad contractual en estos casos el factor de atribución sería el de dolo, culpa inexcusable o culpa leve. En cambio, si se mide según el régimen de responsabilidad extracontractual, se adecuaría al artículo 1969 del Código Civil, es decir, responsabilidad subjetiva aplicándose el criterio de buen padre de familia que en este caso los alcances lo determinarían el principio de buena fe.

En el caso de considerarse como un régimen distinto, consideramos que el factor de atribución más adecuado es el de buena fe subjetiva y el dolo.



## CONCLUSIONES

- **Conclusión Primera:** Existen tres razones primordiales que actualmente hace complicado establecer un régimen de responsabilidad precontractual propiamente dicho sin recurrir a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual:
  - a. En primer lugar, no está muy claro el criterio para interpretar desde qué momento se puede considerar que se ha celebrado el contrato, ni tampoco cómo entender lo manifestado por las partes en la celebración del contrato. No obstante, existe dentro de la doctrina mayoritaria una inclinación por la teoría de la declaración, existe a lo largo de la legislación que se recogen las otras teorías. Además, la teoría de la declaración no es precisa para aplicarse en todos los casos de responsabilidad precontractual.
  - b. La legislación no define que se entiende por buena fe y sus alcances y como se relaciona con el derecho a la libertad de contratación.
  - c. La legislación se encuentra encasillada en dos tipos de responsabilidad de acuerdo a la clasificación clásica es decir considerarlo contractual o extracontractual y si no es contractual es extracontractual. Siendo este último régimen un cajón de sastre.
- **Conclusión Segunda:** Un factor importante para hablar de la etapa precontractual es definir en qué momento se ha celebrado un contrato. Este punto no es muy claro, al respecto muchos confunden la celebración del contrato como la firma de éste en documento formal, llámese contrato privado, una minuta notarial, una escritura o la inscripción en registros públicos.

Cabe indicar que, el código señala que un contrato es celebrado con el consentimiento expreso o tácito de las partes debiéndose estar de acuerdo en todas las estipulaciones de este.

Asimismo, es necesario considerar que para entender el consentimiento de las partes en un contrato y/o interpretar lo acordado por las partes, la tesis adecuada es la de la confianza; sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que nuestro Código Civil recoge la teoría de la declaración.

- **Conclusión Tercera** La buena fe contractual es un principio basado en deberes de conducta que deben regir las partes buscando la lealtad, así como el respeto de la otra parte. Este principio se basa en criterios de conducta que alcanzan todas las etapas del contrato y que según dicha etapa generan distintos niveles.

En la etapa de negociación las partes tienen el deber de ser leales y honestos no intentar engañar a la contraparte (que actúa racional y razonablemente) debiéndose cumplir con el deber de información, claridad, solidaridad, entre otros

En la etapa de Celebración del contrato de buena fe supone que se adopte las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente impugnado y también que exista en cada parte una verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete.

En la etapa de Ejecución del contrato o cumplir las partes deben cooperarse de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables.”

Lo antes señalado obedece a un aspecto objetivo del principio de buena fe entendido a un estándar de conductas que deben seguir las partes buscando la lealtad entre ellas y proteger su derecho a la libertad a contratar. Cabe señalar que este principio también recoge un aspecto subjetivo el mismo que obliga a las partes a tener conciencia de no generar expectativas distintas a la de sus verdaderas intenciones.

- **Conclusión Cuarta** En cuanto al régimen de responsabilidad que debe regirse en los casos de vulneración de los deberes de buena fe, tendría que ser el de responsabilidad precontractual propiamente dicho, debido a lo siguiente:

a. Considerar que en una negociación por el simple hecho de respetar con deberes mínimos de buena fe no quiere decir que exista una relación contractual por haber un contacto social y que, si bien las partes deben respetarse, en esta etapa prima la libertad contractual. El desconocerse dicho derecho desincentivaría la existencia de negociaciones.

b. No se puede descartar totalmente la existencia de un contrato ya que existen situaciones grises las cuales puede existir un caso contractual o no, y procesalmente impediría analizarse si un juez dicha figura de considerar una demanda de

responsabilidad contractual es precontractual ya que existiría incompatibilidad entre ambos tipos. Distinto sería crear un tipo intermedio.

c. Además, pese a no existir contrato los deberes entre las partes son inherentes a la realización de las negociaciones y no se trataría de una vulneración de una norma o un principio genérico.

d. Además, el análisis de los presupuestos a realizar son distintos al realizado en la responsabilidad contractual y extracontractual. Es verdad que al igual que dichas figuras es necesario analizarse la tipicidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución; sin embargo, lo que se ve es distinto.

- **Conclusión Quinta:** Entre los casos de vulneración de dichos deberes tenemos:
  - a. La frustración de injustificada y de mala fe de las negociaciones.
  - b. Celebración de contrato invalido o ineficaz de mala fe.
  - c. Celebración de contrato por dolo.
  - d. Celebración de contrato valido en la cual una de las partes de mala fe obtiene ventajas en perjuicio de la otra.
- **Conclusión Sexta:** Para analizar un caso de responsabilidad precontractual se debe considerar los siguientes presupuestos:
  - a. Tipicidad o antijuricidad: Vulneración al principio de buena fe y actuación de mala fe. Para esto se debe considerar los deberes de buena fe vulnerados en las hipótesis de responsabilidad, el momento y grado de negociación y el conocimiento de las partes respecto de la confianza generada. Este análisis varío dependiendo que tipo de hipótesis se cuenta.
  - b. Daños: Me adhiero a la doctrina mayoritaria que considera que los daños solicitados son los intereses negativos.
  - c. Nexo causal: En caso de la frustración en las negociaciones se tendría que ver la causa inmediata, y en los demás casos causa adecuada. Asimismo, es necesario verificarse la existencia de alguna fractura causal en especial la existencia de buena fe e imprudencia de la parte afectada.
  - d. Factor de atribución. Mala fe o dolo. En este caso se refiere a la buena fe subjetiva.
- **Conclusión Séptima:** Considerando que se ha planteado cómo debería mejorarse la legislación para facilitar el análisis de los casos de responsabilidad en la etapa precontractual, se debe considerar que pese a los vacíos y ante la existencia del principio de buena fe y su desarrollo doctrinal y de conformidad con la norma IX del Título

Preliminar del Código Civil los jueces si pueden, recibir, analizar y conceder demandas de responsabilidad precontractual siendo el régimen actual más factible el extracontractual



## RECOMENDACIONES

A continuación, indicamos las siguientes recomendaciones:

- Es necesario modificar el artículo 1362 del Código Civil y desarrollar en qué medida se aplica el principio de buena fe contractual. El artículo quedaría redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 1362 del Código Civil Los contratos deben negociarse, Celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe manteniendo una conducta de lealtad, confianza y colaboración entre las partes.*

*Son deberes derivados del principio de buena fe el deber de lealtad, corrección, colaboración, información, claridad, seriedad, custodia, confidencialidad entre otros. “*

- No solo basta contar con una mejor de regulación del principio de buena fe sino contar con los mecanismos de responsabilidad y consecuencias en caso no cumplir con dichos deberes y en qué casos aplicarlos.
- Al respecto es necesario contar con un artículo referido a las conductas de incumplimiento que en mi opinión serían las siguientes:
  - a. Frustración injustificada en las negociaciones de una de las partes de mala fe.
  - b. Dolo
  - c. Celebración de contrato inválido o ineficaz por la vulneración del principio de buena fe de una de las partes.
  - d. Ineficacia por defectos en los poderes, o abuso de poder o representación sin poder.
  - e. Celebración de contratos válidos donde una de las partes de mala obtiene una posición más beneficiosa en detrimento de la otra de buena fe.

- Modificar el artículo 1354 del Código Civil colocando como límite además que no sea contrario a la ley, que no se vulnere el principio de buena fe. Quedando la redacción de la siguiente manera:

**“Artículo 1354:** *Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no se vulnere el principio de buena fe y no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*



- Con respecto al supuesto de la celebración de contratos inválidos, ineficaces, con dolo y por defecto, carecía o abuso en los poderes, debe ser además recogidos en el artículo que regula las responsabilidades, en la parte 1 del libro de fuente de obligaciones además del libro de acto jurídico.
- Se recomienda modificar el artículo 207 del Código Civil quedando redactado de la siguiente manera:

**Artículo 207** *“La anulación del acto por error no da lugar a indemnización por parte de quien comete el error. Con respecto a la otra parte que tenía conocimiento es de aplicación los artículos 210,211 y 212.”*

- Modificar el Artículo 210 del Código Civil de lo siguiente manera:

**Artículo 210** *“El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él. En ambos casos el afectado puede solicitar indemnización por daños y perjuicios.”*

- Modificar el artículo 222 del Código Civil de acuerdo a lo siguiente:

**Artículo 222** *“El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley. Además de la nulidad la parte afectada que de buena fe y diligentemente no conocía la existencia del vicio puede solicitar indemnización siempre que la otra parte haya actuado de mala fe u omitido la existencia de dicho vicio.”*

- Crear el régimen de responsabilidad precontractual el mismo se contemplaría en la sección de contratos en general del Libro De Fuente De Obligaciones. Los artículos respectivos serían los siguientes:

**“De La Responsabilidad Precontractual:**

**Artículo 1362 A:** *Responderá una indemnización por daños y perjuicios la parte contratante o negociante que en al momento de las negociaciones e incumpliendo las nomas de buena fe contenidas en el artículo 1362 del Código Civil realice las siguientes conductas: a) Frustre injustificada en las negociaciones de una de las partes de mala fe habiéndose generado en la otra*

*parte la confianza de celebrar el contrato. B) Se haya celebrado un contrato valido celebrado con dolo, dolo omisivo o dolo incidental; C) Celebración de contrato invalido o ineficaz por la vulneración del principio de buena fe de una de las partes.”*

**Artículo 1362 B:** *La parte negociante o contratante que, actuando de buena fe y de manera diligente, ha sido afectada por una conducta indicada el artículo anterior podrá solicitar la indemnización de los intereses negativos perjudicados.*

*En los casos indicados en el inciso a del artículo 1362 A: solo se indemnizarán los daños ocasionados de manera directa a la conducta realizada. En los demás casos se seguirá la regla de la causalidad adecuada.”*



## REFERENCIAS

- Acedo, Á. (2011). *Derecho de Contratos*. Madrid: Dykinson.
- Arias-Shereiber, M. (1985). *Exegesis Del Código Civil peruano de 1984*.
- Avendaño, J. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Juridica.
- Barbosa, E. (2013). la oferta del contrato. En *Homenaje a Manuel de la puente y Lavalle*. Lima: Instituto peruano de Arbitraje.
- Bardales Sicuas, L. (2017). Comentario a la casación n| 4407-2015-Piura Sobre la responsabilidad precontractual ne caso de desistimiento de las tratativas. *Gaceta Civil & Procesal Civil* .
- Beltrán Pacheco, J. (2004). Reserva de Estipulaciones. En Varios, *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bolaños Velarde, V. (2004). Compromiso de contratar. En Varios, *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Juridica.
- Brizzio, C. (2013). Las Negociaciones Preliminares y la Formación del Contrato. En R. M. Delia, *Homenaje a Manuel De La Puente y Lavalle* (págs. 346-361). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Bullard, A. (2010). Cuando la Gente Se Equivoca. La Asimetría y los defectos de información en la contratación. En A. Bullard, *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.
- Cabanellas de Torres, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cárdenas Manrique, C. (2017). Las Tratativas precontractuale y la culpa incontractando. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Castillo Freire, M. (2010). Concepto y Formación del Contrato. *Observatorio de derecho civil*.
- Castillo Freyre, M. (2004). Conocimiento y contratación entre ausentes. En Varios, *Código Civil Comentado*. lima: Gaceta Juridica.
- Chan Arellano, A. (2011). *Estamos saliendo. Sobr ela buena fe en la etapa de tratativas*. Recuperado el 13 de Diciembre de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12051/12618>
- Chang Hernandez, G. (2017). Responsabilidad civil en las tratativas contractuales: culpa in contractando, antijuricidad y regimen aplicable. *Gaceta civil & Responsabilidad Civil*.
- Chanmé Orbe, r. (2014). *Diccionario juridico moderno*. Lima: Lex& Iuris.

- Cienfuegos Falcón, M. (2016). Revalorando la Cláusula General de Buena Fe. *Actualidad Civil*.
- Cieza Mora, J. (2014). El Error en el Código Civil. La posibilidad de una modificación legislativa. En M. Torres Carsco, *Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica SA.
- Cifuentes, S. (1986). *negocio Jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- Cortez Pérez, C. D. (2013). La responsabilidad Pre Contractual. En Varios, *Los Contratos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- De La Puente y Lavalle, M. (2004). El principio de Consensualismo. En Varios, *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- De La Puente y Lavalle, M. (2011). *El contrato en general*. Lima: Palestra.
- De los Mozos, J. L. (2001). Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato. En varios, *Estudios de Responsabilidad civil en homenaje a Roberto Lopez Cabaña*. Madrid: Dikinsson.
- De Trazegnies Granda, F. (2007). Desacralizando la Buena Fe en el Derecho. *Advocatus 17*.
- Diez Picazo, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil*. Madrid: Civitas.
- Escobar Lino, M. E. (2016). La responsabilidad Precontractual, fundamentos y régimen de aplicación según la normativa civil peruana. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Escobar Rozas, F. (2004). Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. *Themis*, 154.
- Escobar, F. (2009). Revindicando el sentido común. alegato a favor de derogar la regulación de la invitación a ofrecer en el Código Civil. *Advocatus*, 493-515.
- Espinoza, J. (2002). *Derecho de Responsabilidad civil*. Lima.
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Acto Jurídico Negocial*. Lima: Rodhas.
- Espinoza, J. (2013). El principio de Buena Fe. En Varios, *Homenaje a Manuel de La Puente y Lavalle*. Lima: Instituto de Arbitraje.
- Estigarribia Bieber, M. L. (2005). La buena fe implicancias actuales en las relaciones negociales. En varios, *Contratos*.
- Farnsworth, E. A. (2004). Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares; fair Dealing y Fracaso en las Negociaciones. *Themis*, 85.
- Fernandez Cruz, G. (1987). La buena Fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. *Derecho Pucp 41*.

- Geldres Campos, R. (2017). La Responsabilidad Precontractual. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Guevara Porlles, k. R. (2017). Antijuricidad en el daño ocasionado en las tratativas. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Haro Seijas, J. J. (2002). ¿Podría no hacer negocios conmigo? sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe? *Advocatus*, 125.
- Leysser León, H. (2007). La buena fe en la negociación de los contratos. apuntes compasraticos sobre ela articulo 1362 del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. En H. Leysser León, *La responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Leysser León, H. (2017). Actualidad de Jhering La responsabilidad Precontractual por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular. En H. Leysser León, *La Responsabilidad Civil*. Lima: Pacifico Editores.
- Lohmann, G. (1994). *El Negocio Juridico*. Lima: Grijley.
- Moreno More, C. (2017). ¿Las responsabilidad precontractual...llega a la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Moreyra Garcíá-Sayán, F. (2005). *El Acto Juridico Segun el Código Civil Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Lima.
- Mosset Iturraspe, J. (2006). *responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Rubisal culsoni Editores.
- Ojeda Guillén, L. (2009). *La responsabilidad Precontractual en e código civil peruano*.
- Opazo Barrientos, R. (25 de 11 de 2018). *Fundamentos de los deberes precontractuales en las tratativas*. Obtenido de Derecho y perspectiva: <http://derechoyperspectiva.es/fundamento-de-los-deberes-contractuales-en-las-tratativas-preliminares/>
- Ordoqui Castilla, G. (2015). *La Buena Fe Constructual*. Lima: Legales Ediciones.
- Oviedo Alvan, J. (2011). Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. *Rae Jurisprudencia*.
- Pérez Gallardo, L. (2004). Buena fe y Comun intención de las partes. En V. autores, *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pretel Alonzo, E. (2017). La Responsabilidad precontractual: analisis historico y comparado sobre el innecesario ( pero insistente) esfuerzo de contractualizarla bajo el escudo del " contacto social". *Gaceta Civil* .
- Priori Posada, G. (2003). Representación Directa Sin Poder. En Varios, *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.

- RAE. (1992). *Diccionario de La Real Academia Española*. Madrid: Real Academia Española.
- Ramírez Izaguirre, L. (2017). Tropiezos en la Formación del Contrato: Ruptura de las Tratativas y el Enfroque de la Responsabilidad Aplicable. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Revoredo, Delia. (2015). *Exposición de Motivos*. Lima: Tomson Reuters.
- Roppo, V. (2001). *El Contrato*.
- Salgado Ramirez, C. (2015). Breve Introducción a la Responsabilidad Precontractual en la Teoría de Rudolf Von Jhering. En C. Moreno More, *La Responsabilidad Civil*. Lima: Legales Ediciones.
- Stiglitz, R. (2010). *Contratos Civiles y Mercantiles*. Buenos Aires: La Ley.
- Taboada Córdova, L. (2006). ¿Ha optado el Código Civil Peruano por el voluntarismo? En L. Taboada Córdova, *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Acto Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley.
- Torres Manrique, F. (2010). Responsabilidad Precontractual. En Varios, *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*. Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
- Torres Vazquez, A. (2015). *Acto Jurídico*. Lima: Instituto Pacífico.
- Torres Vazquez, a. (2016). *Teoría General del Contrato*. Lima: Pacifico Editores.
- V Pleno Casatorio, Cas. 3189-2012-Lima (Sala Civil Permanente 2012).
- Veltrán Pacheco, J. (2010). Que modificar del Código Civil Peruano de 1984. *Actualidad Jurídica*.
- Vidal Ramirez, F. (2016). *El Acto Jurídico*. Lima: Pacifico Editores.
- Zaavedra velazco, R. (2009). *Responsabilidad Civil Contemporanea*. Lima.