



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil
precontractual en el ordenamiento jurídico peruano**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Ursula María Alberca Salas

Asesor(es):
Dra. Patricia Anahí Lescano Fera

Piura, octubre de 2019



Aprobación

Tesis titulada “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil precontractual en el ordenamiento jurídico peruano” presentada por el bachiller Ursula María Alberca Salas en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Patricia Anahí Lescano Feria.

Directora de tesis





Dedicatoria

Le dedico este trabajo de investigación a mi madre, Zorelinda, a mi padre, William y a mi abuelita María, quienes creen en mis metas y sueños, y me motivan a alcanzarlos.





Agradecimiento

En este espacio quiero agradecer primero a Dios, por los medios brindados para realizar la presente investigación y por ser la luz que siempre me acompaña y guía. Asimismo, agradecer a mis padres, familiares y amigos por su apoyo constante en este camino de aprendizaje. Y a mi Directora Dra. Patricia Anahí Lescano Fera, por su tiempo y orientación en la elaboración de mi tesis.





Resumen Analítico-Informativo

Título de la tesis: La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil precontractual en el ordenamiento jurídico peruano

Nombre de la autora: Ursula María Alberca Salas.

Asesor(es): **Dra. Patricia Anahí Lescano Feria.**

Tipo: Tesis.

Título que opta: **Abogada.**

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, Octubre de 2019.

Palabras claves: Responsabilidad precontractual / Culpa in contrahendo / Tratos preliminares / Buena fe / Naturaleza jurídica / Responsabilidad extracontractual / Daños indemnizables.

Introducción: En la etapa precontractual, las partes deciden iniciar tratos preliminares, en los cuales se discuten las condiciones y cláusulas del futuro contrato y prima la libertad para contratar, por la cual, las partes no están obligadas a celebrar el contrato. Sin embargo, si llegado el momento de cerrar los tratos preliminares y celebrar el contrato, una de las partes rompe las negociaciones y causa daños a la otra parte, surgirá o no responsabilidad civil y qué tipo de responsabilidad se configuraría.

Metodología: Método analítico.

Resultados: La presente investigación evalúa una serie de instituciones, categorías y principios jurídicos que informan el ordenamiento jurídico, y que contribuyen a determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, con el fin de brindar seguridad jurídica a los futuros contratantes, sin limitar la libertad para contratar que prima en la etapa previa a la celebración del contrato, y otorgando protección jurídica a la parte perjudicada por los daños causados en esta etapa.

Conclusiones: La responsabilidad civil precontractual se produce por los daños ocasionados en la etapa previa a la celebración del contrato. Para determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, es necesario tener en cuenta que una figura importante en esta etapa son los tratos preliminares, los cuales no son obligatorios y no crean una verdadera relación jurídica. No obstante, la interacción de las partes para negociar, es decir, los tratos preliminares constituyen un hecho, que se convierte en hecho jurídico cuando la ruptura de las negociaciones sin una justa causa produce un daño en la otra parte. Esto último implica que en la etapa precontractual, los futuros celebrantes del contrato deben actuar de acuerdo a la buena fe objetiva, con el fin de no convertir esta etapa en fuente de daños. En ese sentido, la ruptura injustificada constituirá un acto ilícito, que tiene como consecuencia jurídica la obligación de indemnizar los daños causados. De esta manera, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil precontractual es extracontractual.

Fecha de elaboración del resumen: 01 de octubre de 2019

Analytical-Informative Summary

Title of the thesis: The legal nature of pre-contractual liability in the Peruvian legal system

Author's name: Ursula María Alberca Salas.

Advisor (s): **Dr. Patricia Anahí Lescano Feria.**

Type: Thesis.

Title you choose: **Lawyer.**

University of Piura. Law School.

Piura, October 2019.

Keywords: Pre-contractual liability / Blame in contrahendo / Preliminary treatment / Bona fides / Legal nature / Non-contractual liability / Compensable damages.

Introduction: In the pre-contractual phase, the parties decide to start preliminary deals, which conditions and clauses of the future contract are discussed and the freedom of contract is the principal element, it means that the parties are not obligated to subscribe the contract. However, if it is time to close the preliminary deals, in order to conclude the contract, but one of the parties breaks the negotiations, as a consequence, causes damage to the other party, the liability would be applied or not and what type of liability would be set.

Methodology: Analytical method.

Results: This investigation evaluates many institutions, categories and legal principles of the legal system, and that contribute to determine the legal nature of pre-contractual liability, in order to provide legal security to future contracts like this, without limitations to the freedom of contract and giving legal protection to the party who receive the torts.

Conclusions: The pre-contractual liability is caused by the torts in the previous phase of the subscription of the contract. So that, it is necessary to understand the huge importance of the preliminary treatments, which is not something that obligate the parties or create a true legal relationship. Nevertheless, the interaction of the parties to negotiate, it means the preliminary deals, becomes a legal fact when the breakdown of negotiations without any justification, causes damage to the other party. This implies that in the pre-contractual phase, the future parties must act according to objective of bona fides, in order not to turn this phase into a source of torts. In that sense, the unjustified rupture will be an illegal act, which has as legal consequence the obligation to compensate the torts caused. Finally, it can be affirmed that the legal nature of pre-contractual liability is extra-contractual.

Summary preparation date: October 1st, 2019.

Índice

Introducción	1
Capítulo 1 La culpa in contrahendo, una mirada a los orígenes de la responsabilidad precontractual	3
1. Antecedentes de la responsabilidad precontractual: <i>culpa in contrahendo</i> , origen y evolución.	3
2. Definición y supuestos.	11
Capítulo 2 Tratos preliminares como etapa de la formación del contrato	15
1. La formación del contrato: etapas	15
1.1. La generación del contrato	17
1.2. El perfeccionamiento del contrato	21
1.3. La consumación del contrato	24
2. Naturaleza de los tratos preliminares	25
3. Principios que rigen la formación del contrato	27
Capítulo 3 La Buena Fe en la etapa negocial	31
1. Definición y aspectos de la buena fe	31
2. La buena fe en la etapa negocial	38
3. Deberes secundarios de conducta	45
4. La aparente tensión entre los principios de libertad para contratar y la buena fe objetiva	50
5. Regulación de la buena fe en la etapa precontractual. Antecedentes en el Código Civil peruano	52
Capítulo 4 La responsabilidad precontractual	57
1. Teorías sobre la responsabilidad precontractual	57
1.1. Teoría contractual	57

1.2. Teoría extracontractual	60
1.3. Teoría autónoma	64
2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual: ¿extracontractual o contractual?.....	65
3. Los daños indemnizables. Interés negativo y/o interés positivo.....	67
Capítulo 5 Tratamiento jurídico de la responsabilidad precontractual en el Derecho comparado	71
1. Ordenamientos jurídicos a favor de la responsabilidad contractual. Alemania, Grecia y Portugal	71
2. Ordenamiento jurídicos a favor de la responsabilidad extracontractual. Francia e Italia.....	74
3. Una mirada al <i>common law</i> , con especial referencia a Estados Unidos	79
Conclusiones	85
Índice de Resoluciones y Jurisprudencia.....	87
Referencias Bibliográficas.....	89

Introducción

En el Derecho hay instituciones que a pesar de ser analizadas por la doctrina y/o jurisprudencia, aún son objeto de debate en algunos de sus aspectos. Éste es el caso de la responsabilidad precontractual, pues no existe un criterio unánime acerca de su naturaleza jurídica, su fundamento y los daños susceptibles de indemnización bajo esta responsabilidad.

La etapa precontractual, como fase previa a la celebración de un contrato, tiene una gran importancia ya que en ésta se discuten las bases del futuro contrato y prima el ejercicio de la libertad para contratar, pero qué pasaría si llegado el momento de cerrar las tratativas y, por ende, perfeccionar el contrato, una de las partes decide no hacerlo, mientras que la otra tenía la esperanza de que ese contrato se llegue a perfeccionar ¿Existirá responsabilidad civil en este caso? Si existiese, ¿cuál es su fundamento si aún no se ha perfeccionado el contrato? ¿Qué tipo de responsabilidad se configuraría? Son estas interrogantes, y otras más, las que han dado lugar a la presente investigación y, por ello, se ha desarrollado su estudio a lo largo de cinco capítulos.

En el primer capítulo se presenta, de manera general, la *culpa in contrahendo* como antecedente de la responsabilidad precontractual, así como su evolución y los supuestos que comprende, con el fin de entender las controversias en torno a esta responsabilidad.

En el segundo capítulo se estudia las etapas del contrato y, en especial, la figura de los tratos preliminares y su naturaleza, la cual ayudará a determinar si genera o no una relación jurídica en la etapa precontractual y así contribuir a esclarecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Además, se señalan los principios que rigen esta etapa, entre los cuales se encuentran la libertad para contratar y la buena fe, principios que aparentemente se contraponen, cuestión que será dilucidada en el capítulo tercero.

En el tercer capítulo se aborda la buena fe como principio general del derecho, su definición y aspectos, así como su incidencia en materia contractual, con el objetivo de precisar qué aspecto de la buena fe se presenta en la etapa previa a la celebración del contrato. Asimismo, se analiza el artículo 1362 del Código Civil peruano y sus antecedentes, con el propósito de establecer el papel de la buena fe en la responsabilidad precontractual.

El cuarto capítulo presenta las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual y sus argumentos, para luego determinar la naturaleza y el fundamento normativo de esta institución en el ordenamiento jurídico peruano, así como dilucidar la discusión en cuanto a qué daños deben ser indemnizables en la responsabilidad precontractual.

Por último, en el quinto capítulo se analiza el derecho comparado, con la finalidad de determinar cómo está regulada esta institución jurídica en algunos ordenamientos jurídicos que forman parte de los sistemas del *civil law* y *common law*.

Como se observa, el estudio de la responsabilidad precontractual resulta ser de gran interés jurídico y más en un mundo contemporáneo donde antes de cerrar contratos, sobre todo los complejos, las partes meditan más, se preparan y se toman su tiempo para pensar en la viabilidad de aquel negocio jurídico de contenido patrimonial, negocio que quizá para alguna de las partes será el negocio de su vida y, que de no perfeccionarse, puede llegar a causarle graves daños, daños que de alguna manera deben ser indemnizados.



Capítulo 1

La culpa in contrahendo, una mirada a los orígenes de la responsabilidad precontractual

La *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual, como se denominó posteriormente, es una figura jurídica que aún se discute, pues pese a que ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, no existe uniformidad en cuanto a su naturaleza, fundamento y los daños que ocasiona la realización de determinados actos en la etapa de formación del contrato; aspectos que serán analizados en los siguientes apartados.

En este primer capítulo se examinará de modo general la *culpa in contrahendo* como antecedente de la responsabilidad precontractual así como su definición y los supuestos que engloba, con la finalidad de conocer los orígenes y dilucidar las controversias que genera esta responsabilidad.

1. Antecedentes de la responsabilidad precontractual: culpa in contrahendo, origen y evolución.

Hasta antes de la mitad del siglo XIX, la doctrina no se había preocupado por estudiar la responsabilidad civil producida en la etapa de formación del contrato; no obstante, en el siglo XVIII, POTHIER hacía referencia a la presencia del deber de información en las negociaciones previas de un contrato, como una obligación emanada del principio de buena fe¹. Sin embargo, es a partir de 1860, con la publicación de la monografía de JHERING titulada “*Culpa in contrahendo, oder Schandensatz bei nichtigen oder nicht zum perfecton gelangten vertragen*”², que la doctrina empieza a pronunciarse sobre la materia.

La doctrina de JHERING tiene sus fundamentos en el Código Civil prusiano y en el Derecho Romano. Al respecto, MEDINA ALCOZ señala que “el profesor alemán puso de manifiesto que su construcción no era del todo original, porque el Código Civil prusiano de 1794 estatúa, para la fase preparatoria, los mismos deberes que en la fase de cumplimiento en su parágrafo 248.1.5 (...); y porque el Código Civil austriaco de 1811 también contemplaba la

¹ Cfr. CORTEZ PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual”, *Los contratos, consecuencias de su incumplimiento*. TORRES CARRASCO, M. (Coord.), Gaceta Civil & Procesal civil, Lima, 2013, p. 320.

² Publicada en la revista *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, Tomo 4, por la editorial Gehlen, Bad Homburg, Berlín, en 1860. Cuyo título traducido en español es “*Culpa in contrahendo, o de resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse*”. Al tratarse de una obra importante en la materia, fue traducida en varios idiomas como el italiano Federico Prochi, *Della Culpa in contrahendo ossia del resarcimento del danno nei contratti non giunti a perfezione*, Jovene Editore, Madrid, 2005.

obligación a indemnizar por actos en la fase preparatoria del contrato en los párrafos 866, 248, 878 y 869”³.

En cuanto al derecho romano, el autor encuentra el sustento de su teoría, en la venta de *res extra commercium* y de herencia inexistente. La primera figura está regulada en el libro tercero, título XXIII, numeral 5 de las Instituciones de Justiniano, que establece: “El que compra a sabiendas objetos sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, (...) una basílica, ejecuta un acto nulo. Pero sí (sic), engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos o privados, tendrá la acción de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, con el fin de obtener de esta manera la indemnización del interés que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo”⁴.

En otras palabras, el vendedor no le comunicaba al comprador la imposibilidad de la enajenación por tratarse de un objeto inexistente o encontrarse fuera del comercio de los hombres, y éste contrataba creyendo que existía o se trataba de una *res intra commercium*⁵. En base a esto, JHERING concluye que “teniendo en cuenta el tenor literal de las fuentes que recitan: quien haya vendido una herencia inexistente o una *res extra commercium* es responsable (...) independientemente de su conocimiento o no del hecho”⁶; y además, tiene la obligación de resarcir los daños causados.

Con el fin de explicar la conclusión arribada por JHERING y tras analizar el régimen de las acciones en el derecho romano, ALONSO PÉREZ expone que la parte perjudicada no podía ejercer la *actio doli*, por ser “utilizaba únicamente frente a conductas intencionales o engañosas”⁷; es decir, se requería la presencia de un elemento intencional. De modo que, era empleada por el contratante, víctima de dolo o fraude, con el fin de obtener una indemnización.

Asimismo, tampoco era posible aplicar la *actio legis Aquiliae*, pues a través de esta acción, se buscaba indemnizar dos tipos de daños⁸. El primer daño, era la muerte de un esclavo, un cuadrúpedo o siervo ajeno; de manera que, quien mataba injustamente a algunos de ellos debía pagar al dueño el valor máximo de la cosa durante el último año. El segundo

³ *Responsabilidad Precontractual*, Casa Editorial Forum, Lima, 2006, p. 45.

⁴ ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*. Segunda Edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 214.

⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2007, p. 315.

⁶ “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *Jhering Jahrbücher*, 1860. El ensayo fue traducido del alemán al italiano por Federico Procchi, *Della Culpa in contrahendo ossia del resarcimiento del danno nei contratti non giunti a perfezione*, Jovene Editore, Madrid, 2005, p. 29.

⁷ “La responsabilidad precontractual”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario.*, Núm. 485, Julio – Agosto 1971, p. 897.

⁸ Ídem.

daño, eran aquellos derivados de las acciones de quemar, romper o hacer pedazos un bien, cuya sanción era el pago del valor más alto de la cosa dañada, en el plazo de 30 días⁹.

En ese mismo sentido, DÍEZ-PICAZO explica que el comprador de buena fe perjudicado disponía de una acción contractual o *actio empti*, mediante la cual solicitaba el equivalente de la prestación incumplida, como indemnización del interés que tenía de celebrar el contrato¹⁰. En otras palabras, ni la *actio doli* ni la *actio legis Aquiliae* indemnizaban los daños ocasionados por la venta de res *extra commercium* o de herencia inexistente, pero sí la *actio empti*. En suma, JHERING se sirve de estas fuentes legislativas y romanas para determinar la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual.

Por otro lado, con el fin de explicar su teoría, JHERING plantea varios ejemplos como “el caso de una persona que le pide a un amigo que compre ¼ de caja de puros; pero el amigo se confunde y le pide al comerciante 4 cajas de puros o que se le encarga, por telegrama, vender acciones, pero por error en la transmisión del telegrama, se indica comprar; o, (...) que solicitó el envío de 100 libras de un producto determinado y que al confundir el signo de libra con el del quintal, recibió una cantidad muy superior a la pedida”¹¹.

El autor señala que en estos casos, los contratos son nulos por adolecer de un error; pero, también se pregunta si “¿la parte que ha cometido el error no responde de algún modo frente a la otra por los gastos ocasionados a esta por su propia culpa?”¹²; es decir, sostiene que no basta con una declaración de nulidad –como en el derecho romano– sino que es necesaria una acción resarcitoria¹³. Asimismo, considera que el error que invalida el acto y genera los gastos en los cuales incurre la parte perjudicada, es causado por la culpa de una de las partes.

En ese sentido, JHERING concluye que esta culpa se comete en ocasión de un proyecto de relación contractual, es decir se produce en la etapa de formación del contrato; puesto que, los daños que sufre una de las partes, se generan en base a la celebración y ejecución de una oferta propuesta en esta fase¹⁴. De ahí que, denomina a su teoría *culpa in contrahendo*; ya que, ésta surge en el periodo previo a la celebración del contrato.

⁹ Cfr. D’ORS., *Elementos de derecho privado romano*, Quinta Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Navarra, 2014, p. 214.

¹⁰ El autor señala que “el contratante de buena fe perjudicado disponía de una acción contractual, la *actio empti*, contra quien conocía las circunstancias que imposibilitaban la validez del contrato para reclamarle el *id quod interest*” (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, 2007, p. 315.)

¹¹ “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 29.

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ Cfr. VON JHERING, R., “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴ El autor concluye que “la culpa se comete en ocasión de un proyecto de relación contractual. Una de las partes ha sufrido un daño en razón de la ejecución de un negocio propuesto por la otra y perfeccionado sobre la base de

En ese sentido, el autor analiza el periodo precontractual a partir de la emisión de la oferta, pues para él, ésta es el primer paso hacia el contrato y, por ende, con ella empieza la obligación de actuar con *diligencia in contrahendo*. Este deber no solo se presenta en esta etapa sino también en las relaciones contractuales perfeccionadas; es decir, en la ejecución del contrato.

Asimismo, la inobservancia de esta diligencia genera culpa y la obligación de resarcir los daños, tal como lo afirma JHERING, al señalar que, “si la oferta es revocada antes de la aceptación, no habrá espacio para una demanda resarcitoria, (...). Quien confiando en la oferta, (...) antes de aceptarla, comete la imprudencia (...), de adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para la ejecución del contrato, (...) él mismo está en culpa, porque debía esperar la posibilidad de la revocación de la oferta”¹⁵.

Situación diferente se presenta si “las medidas que él ha adoptado a este efecto vienen a menos por una revocación de la oferta, hecha en tiempo útil; pero no fue (...) informado, él puede hacer asumir las condiciones perjudiciales al adversario que lo ha empujado a realizar tal actividad”¹⁶; de modo que, la no comunicación del acto de revocación o la efectuada a destiempo, genera la obligación de indemnizar.

Sobre la base de lo antes planteado, JHERING sostiene la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo*. Para defender esta postura, argumenta que las fuentes romanas tutelaban la venta de *res extra commercium* a través de la vía contractual, ya que el contratante perjudicado podía ejercer la acción de compra, sustentada en que si bien el objeto se encontraba fuera de comercio, éste no era inexistente; de manera que, obtenía una indemnización en base al interés que tenía de celebrar el contrato.

Además, el autor señala que “la *culpa in contrahendo* no es otra cosa sino la culpa contractual orientada en una dirección especial”¹⁷; es decir, la culpa que se presenta en el periodo precontractual es la misma que se encuentra en las relaciones contractuales, ya que considera que la obligación de la diligencia, cuya inobservancia genera la culpa, también debe ser observada desde el momento de la emisión de la oferta.

Asimismo, cabe mencionar que JHERING, al estudiar los casos de los contratos nulos por error, establece una relación entre la culpa y la nulidad, en tanto que ésta última “designa

las condiciones aparentes. Por esta vía he llegado a una delimitación del campo de acción de la culpa, vale decir la culpa en la conclusión de los contratos: culpa in contrahendo” (VON JHERING, R., “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 15).

¹⁵ “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, pp. 87 y 89.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ VON JHERING, R., “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 105.

ausencia, no de todos, sino de algunos efectos. El fin de todo contrato es el cumplimiento, (...). Si (...), este efecto se considera excluido, (...) lo llamamos nulo (...). Pero ello, no impide en absoluto que el contrato pueda producir obligaciones de otro tipo, (...) por ejemplo la restitución de la cosa entregada, de las arras, o el resarcimiento de los daños”¹⁸.

De modo que, tal como lo explica DÍEZ-PICAZO, la parte que “incurría en la culpa susceptible de provocar la nulidad del contrato, debía indemnizar a la contraparte los daños sufridos, (...) el perjudicado de esa culpa dispone de una acción de resarcimiento que tiene una base y un carácter estrictamente contractual. El fundamento de tal reparación, es el propio contrato, porque, éste, a pesar de su nulidad, produce sus efectos”¹⁹.

En ese sentido, para JHERING, el vínculo existente entre la culpa y nulidad es una relación de causa y efecto; puesto que, la *culpa in contrahendo* será la causante del error esencial que genera la nulidad del contrato. En otras palabras, priva a éste del fin al cual va dirigido, que es el cumplimiento de una prestación. Sin embargo, ello no implica que otros efectos, como el deber de indemnizar los daños, queden excluidos; es decir, la obligación de indemnizar no es incompatible con la invalidez.

Por otra parte, en cuanto a los daños susceptibles de reparación, JHERING sostiene una división entre interés positivo y negativo. Para ello, expone el siguiente ejemplo: “cuando un mensajero ha ordenado, por error, 10 cajas de puros en vez de 1/10, el primer interés consiste en la ganancia que el vendedor habría realizado en 10 cajas y el segundo en el reembolso de los gastos de embalaje y expedición”²⁰.

En este caso, el autor sostiene que el interés positivo consiste en la ganancia que el vendedor habría realizado en 10 cajas, pues considera que dichas utilidades son el beneficio que el acreedor espera obtener como resultado del cumplimiento de un contrato. De manera que, el daño al interés positivo se produce ante el incumplimiento de un contrato perfeccionado; es decir, tiene su fundamento en la validez del mismo.

Del mismo modo, señala que el interés negativo consiste en el reembolso de los gastos de embalaje y expedición, en que incurre el vendedor en base a la celebración de un aparente contrato, posteriormente declarado nulo por culpa de una de las partes. En ese sentido, para JHERING, el interés negativo puede estar determinado por la nulidad del contrato o la no conclusión del mismo. Además, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante,

¹⁸ “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, 2007, p. 316.

²⁰ “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *op. cit.*, p. 35.

pues considera que la pérdida de oportunidades alternativas de negocios, también deben ser indemnizadas.

En suma, el aporte de este autor es elaborar la doctrina de la *culpa in contrahendo*, entendida como aquella que se presenta en el periodo previo a la conclusión del contrato, en el cual, una de las partes sufre un daño producto de la acción culposa de la otra parte²¹. Asimismo, esta culpa tiene una naturaleza contractual y comporta la obligación de indemnizar tanto los daños efectivamente producidos como las oportunidades perdidas de celebrar otros contratos.

Por otro lado, BREBBIA resume la investigación de JHERING en seis puntos²². Primero, señala que “la culpa in contrahendo es de naturaleza contractual”. Segundo, que “el deber de diligencia es el mismo en el periodo de formación del contrato como en el periodo de ejecución del mismo”. Tercero, que “los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros”. Cuarto, “la acción se trasmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la acción fundada en la culpa contractual”. Y por último, “para que pueda haber culpa in contrahendo, tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato no originan responsabilidad civil”.

Por su parte, DÍEZ- PICAZO expresa que la formulación de JHERING “no era sino una ficción, porque por un lado el contrato era declarado nulo como *lex privata* reglamentadora de los respectivos intereses de las partes, y, por otro, paradójicamente, era considerado la fuente de la responsabilidad”²³. En otras palabras, la teoría de JHERING sostiene que el contrato declarado nulo es la fuente de la responsabilidad, a pesar que dicho contrato se entiende como no celebrado y por lo tanto, no rige como ley entre las partes²⁴.

Esta crítica conlleva, a que, posteriormente, la doctrina considere que esta responsabilidad no podía fundarse en un incumplimiento contractual puesto que, no existía un contrato válido que incumplir; y como consecuencia, se busque otros fundamentos a dicha responsabilidad²⁵.

La doctrina de JHERING fue acogida por diversos sectores de la doctrina, hasta que en 1906, FAGGELLA escribe el trabajo titulado “De los periodos precontractuales y de su

²¹ Cfr. CORTEZ PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 320.

²² BREBBIA, R., *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1987, p. 51.

²³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Cuarta edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 274.

²⁴ La expresión “ley entre las partes” hace referencia al carácter vinculante del contenido del contrato, es decir que los pactos, cláusulas o condiciones establecidas en él, son de obligatorio cumplimiento entre las partes.

²⁵ Cfr. MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.*, p. 46.

verdadera y exacta construcción científica”; convirtiéndose en el primero en denominar responsabilidad precontractual a aquella generada en la etapa de formación del contrato²⁶.

Asimismo, precisa que la extensión del periodo precontractual, se divide en dos etapas: la primera, comprende las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta; mientras que la segunda empieza con la emisión de oferta y finaliza con la formación del contrato o con la interrupción de los tratos preliminares de manera definitiva²⁷.

De este modo, la principal contribución de FAGGELLA es la incorporación de la etapa de las tratativas, en la cual las partes conversan, intercambian ideas, establecen cláusulas, condiciones y pactos²⁸. Cabe señalar que esta fase no fue considerada por Jhering, quien restringe el periodo precontractual al momento de la emisión de la oferta.

Para FAGGELLA, tanto la etapa de las tratativas como aquella que empieza con la oferta poseen valor jurídico, pues los hechos realizados durante ambas fases, son susceptibles de generar efectos jurídicos²⁹. Esto debido a que, en el periodo precontractual, las partes pueden llegar a ciertos acuerdos, que si bien no son obligatorios, tampoco se trata de simples proyectos; de manera que, se generan relaciones más concretas, pues los futuros celebrantes se apartan de las conversaciones cotidianas e ingresan en el campo de acción del derecho. No obstante, varía la intensidad del vínculo existente en ambas etapas; es decir, el nexo entre los celebrantes se estrecha más en la segunda etapa³⁰.

Respecto al fundamento de la responsabilidad precontractual, FAGGELLA sostiene que es “la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y éste puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca”³¹; a diferencia de JHERING, para quien el fundamento se encuentra en la culpa.

Antes de hacer referencia a los daños susceptibles de reparación, el autor señala que las partes, al entrar en negociaciones, pueden o no establecer convenciones especiales sobre el resarcimiento de los posibles perjuicios. Si éstas existen, y se produce la ruptura de las conversaciones, la responsabilidad se determinará según las reglas establecidas en ellas. En el supuesto que dichos acuerdos no existan, es necesario determinar las razones que originan el

²⁶ Cfr. OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, Montivensa Editora, Lima, 2009, p. 56.

²⁷ Cfr. BREBBIA, R., *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 52.

²⁸ Cfr. OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, op. cit., p. 56.

²⁹ Ídem.

³⁰ Cfr. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, Analecta Editorial, Madrid, 1932, p. 86.

³¹ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Quinta edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 81.

rompimiento de las negociaciones, con el fin de establecer si se debe indemnizar o no a la parte perjudicada³².

En ese sentido, si la ruptura tiene una causa objetiva, es decir, “si una de las partes recibe una oferta más ventajosa de un tercero o con mayores probabilidades de éxito, más amplias garantías de ejecución”³³, no se deberá indemnizar; de esta manera, se excluye el lucro cesante. En cambio, “si las conversaciones se rompen por razones distintas de las objetivas, nace una responsabilidad, que permite el reembolso de gastos efectuados”³⁴.

En cuanto a los gastos reembolsables son aquellos que se efectúan con el interés de celebrar el contrato o negocio proyectado. No obstante, están excluidos “los trabajos efectuados antes que las partes entablen negociaciones (...), como ocurre, con los planos, proyectos y cosas construídas (sic) para servir de modelo, en los contratos que una persona realice normalmente por su profesión (...)”³⁵, y los gastos que ejecute una persona en su propio interés, al especular sobre los beneficios que podría recibir de la celebración del contrato.

En conclusión, el autor considera que el resarcimiento solo debe ser por los gastos reales efectuados con el propósito de celebrar el contrato, y no por las ganancias dejadas de percibir; es decir, no incluye el lucro cesante, como sí lo hace JHERING.

Posteriormente, en 1907, SALEILLES publica la investigación titulada “*De la responsabilité précontractuelle*”, en la cual explica que el fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en “el retiro intempestivo del acuerdo expreso o tácito entre las partes al entablar las negociaciones”³⁶, coincidiendo con el planteamiento de FAGGELLA.

Asimismo, agrega que las partes al iniciar negociaciones tienen la obligación de actuar conforme a la equidad comercial y a la buena fe; es decir, el retiro intempestivo de las tratativas se produce cuando las partes vulneran los usos establecidos por la equidad comercial³⁷. Cabe mencionar que respecto al resarcimiento, SALEILLES concuerda con FAGGELLA, pues considera que solo se deben indemnizar los gastos realizados como consecuencia del inicio de las tratativas.

Por otro lado, tras analizar los orígenes y evolución de la *culpa in contrahendo*, DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que “la doctrina se ha dividido, inclinándose unos autores por

³² Cfr. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, op. cit., pp. 86 y 87.

³³ Cfr. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, op. cit., p. 87.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Cfr. MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 309.

³⁷ Ídem.

considerar que la responsabilidad precontractual tiene un carácter contractual, siguiendo la tesis de Jhering; mientras que otros le otorgan un carácter extracontractual a dicha responsabilidad”³⁸. Sin embargo, la discusión sigue presente y se centra en el tipo de responsabilidad aplicable ante los daños sufridos en la etapa de formación del contrato. Este análisis se realizará más adelante.

2. Definición y supuestos.

Como se mencionó en el apartado anterior, JHERING denomina *culpa in contrahendo* a aquella que se presenta en el periodo previo a la conclusión del contrato, en el cual, una de las partes sufre un daño producto de la acción de la otra³⁹; generándose la obligación de resarcirlo, cuyo fundamento se encuentra en el propio contrato.

Al respecto, DÍEZ- PICAZO señala que “la *culpa in contrahendo* de la que Jhering hablaba, era la derivada de la nulidad del contrato, especialmente de la nulidad por error, cuando ésta se produce (...), por una disposición de la ley y una de las partes ha sido culpable de la causa de nulidad”⁴⁰. Posteriormente, con los aportes de FAGGELLA, diversos autores definen esta figura, de diferentes maneras.

Así, MESSINEO la define como la culpa surgida en el curso de las negociaciones contractuales, las cuales “obligan (...) cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (...), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, o sea, el interés contractual negativo”⁴¹.

Por su parte, VINAIXA MIQUEL señala que la “responsabilidad precontractual nace de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares a la celebración de un contrato”⁴². En ese sentido, FAGGELLA sostiene que “las partes tienen el derecho de interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se produce un daño”⁴³.

Por otro lado, para CABANILLAS SÁNCHEZ la responsabilidad precontractual hace referencia “a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el

³⁸ *El Contrato en General*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 364.

³⁹ Cfr. CORTEZ PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁰ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, 2007, p. 316.

⁴¹ *Doctrina general del contrato*, *op. cit.*, p. 309.

⁴² VINAIXA MIQUEL, M., “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 13, 2002, p. 980, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291368>, (consulta: 02 de mayo de 2019).

⁴³ Cfr. MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, *op. cit.*, p. 309.

periodo de formación del contrato”⁴⁴; de manera que, será responsable aquel que en la fase de tratos preliminares realice una conducta contraria a los imperativos de la buena fe⁴⁵.

En ese mismo sentido, MEDINA ALCOZ señala que la *culpa in contrahendo* incorporó en sí misma la culpa como factor de imputación, sin que ésta fuese objeto de un análisis crítico, y si bien no cabe duda que si el futuro celebrante actúa con culpa o dolo y causa un daño, será responsable; sin embargo, “la presencia de la culpa no es condición necesaria de la responsabilidad civil precontractual”⁴⁶.

Para la autora, es más adecuado hablar de *diligentia in contrahendo*, pues considera que “la responsabilidad precontractual nace (...) de la vulneración de la buena fe -en el sentido objetivo-, (...) que tiene lugar cuando el precontrayente infringe el deber de corrección y coherencia que le es exigible durante la fase preparatoria del contrato”⁴⁷.

En conclusión, se puede apreciar que tanto la definición como el fundamento de la *culpa in contrahendo* han ido evolucionando, ya que algunos de estos autores afirman que el sustento no se encuentra en la culpa sino en la buena fe en su aspecto objetivo. No obstante, un punto en común es la extensión del periodo precontractual, pues consideran que comprende no solo el momento de la emisión de la oferta sino también los tratos preliminares. Asimismo, concuerdan en que un supuesto importante de esta responsabilidad es la ruptura injustificada de las negociaciones, y como consecuencia, se genera la obligación de reparar los daños.

De otro lado, en relación a los supuestos, la responsabilidad precontractual comprende unos supuestos heterogéneos, que requieren un tratamiento diferenciado. Al respecto, DÍEZ-PICAZO señala que el primero de ellos es la existencia de un contrato nulo, cuya causa de nulidad es imputable a una de las partes, quien conocía del obstáculo contrario a la validez y no se lo comunica a la otra parte, vulnerándose el deber de proporcionar información⁴⁸. Esta hipótesis es la más clásica y tiene su origen en la investigación de Jhering.

Asimismo, éste también se aplica cuando la parte hubiera podido conocer el hecho generador de invalidez, si hubiera actuado con la debida diligencia⁴⁹. De esta manera, se empieza a fundar la responsabilidad precontractual en la infracción de los deberes de buena fe.

⁴⁴ “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1995, p. 748.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 21.

⁴⁷ Ibídem, pp. 21 y 22.

⁴⁸ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 320.

⁴⁹ Ídem.

El segundo supuesto, sucede cuando las partes han llegado a un pacto verbal, que por disposición de la norma, del acuerdo entre éstas o de los usos debe constar por escrito; sin embargo, una de las partes retrocede en su decisión de contratar antes de suscribir el documento. Cabe mencionar, que si bien este disentimiento es lícito, se deben indemnizar los daños ocasionados a raíz de la confianza originada por este pacto verbal.

DÍEZ-PICAZO expone que el siguiente supuesto de responsabilidad precontractual ocurre en “las negociaciones iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato (...), sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibles negociaciones”⁵⁰. Asimismo, señala que este en caso, no cabe duda de la existencia del deber de resarcir, pues la conducta de una de las partes ocasiona un daño en la esfera de libertad del otro celebrante.

En cuarto lugar, se presenta el caso de las lesiones físicas o en la propiedad causadas, a raíz de negociaciones contractuales. Se trata de los daños en la integridad física de uno de los contratantes, producto de accidentes sufridos en la etapa de formación del contrato; incumpléndose así, los deberes de protección. Este supuesto fue incluido a raíz del caso de linóleo, en el cual versa sobre el litigio entre el dueño de un almacén y la una señora, quien ingresó con su hijo al establecimiento para comprar un linóleo, y mientras era atendida por un dependiente, un rollo de linóleo cayó sobre la señora, produciéndole lesiones⁵¹.

Respecto a este caso, el Tribunal Supremo alemán señaló que “existía una relación jurídica preparatoria de la compra similar a la contractual, creadora de un deber de cuidado. (...) Esta relación (...) tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercaderías. Por esto el daño causado por la conducta del dependiente debía enjuiciarse según el artículo 278 BGB”⁵²; es decir, se incurría en responsabilidad por el incumplimiento de una obligación contractual aplicada al periodo precontractual. Sin embargo, para DÍEZ-PICAZO, se trataría de un supuesto de responsabilidad aquiliana⁵³.

Por último, se encuentra “la ruptura injustificada de las negociaciones iniciadas y proseguidas de buena fe”⁵⁴, que debe cumplir los siguientes requisitos: la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato, el carácter injusto de la ruptura de las

⁵⁰ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit., 2007, p. 320.*

⁵¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit., 2007, pp. 317 y 320.*

⁵² Cfr. CABANILLAS-SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y laboral*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 25 y 26.

⁵³ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit., p. 321.*

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit., 2007, p. 321.*

negociaciones, la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y la relación entre el daño y la confianza generada⁵⁵.

Por otro lado, BLASCO GASCÓ sintetiza los anteriores supuestos en dos grupos. El primero, hace referencia a la quiebra del *iter* formativo contractual por voluntad de uno de los sujetos, o no conclusión del contrato. A su vez, éste comprende dos supuestos, la ruptura injustificada de los tratos preliminares y la negativa de las partes a observar la forma establecida por el ordenamiento jurídico para el negocio jurídico. El segundo grupo, atañe a la quiebra de la relación contractual por causa de nulidad o anulabilidad previamente conocida por una de las partes⁵⁶.

No obstante, para este autor, la responsabilidad surgida de este segundo grupo guarda relación con los efectos propios del contrato nulo o anulable, regulados por el Código Civil; y por tanto, sujeta a una responsabilidad contractual en cuanto a la prueba de la culpa, el alcance de la indemnización y el plazo de prescripción⁵⁷.

BLASCO GASCÓ apoya su tesis en lo señalado por PUIG I FERRIOL, para quien “la conclusión de un contrato ineficaz no se debe configurar, a falta de una disposición concreta (...), como un posible supuesto de *culpa in contrahendo*”⁵⁸. Y como consecuencia, señala que las causas de nulidad y anulabilidad del contrato quedan fuera del ámbito de la *culpa in contrahendo*, y los únicos supuestos genuinos de responsabilidad precontractual son los comprendidos en la quiebra del *iter* formativo contractual por voluntad de uno de los sujetos⁵⁹.

A efectos prácticos de esta investigación, se dará énfasis al quinto supuesto señalado por DÍEZ-PICAZO, es decir la ruptura injustificada de las negociaciones iniciadas y proseguidas de buena fe; por ello, en el siguiente capítulo se estudiará los tratos preliminares, con la finalidad de establecer el tipo de relación que se genera en este periodo, lo que ayudará a determinar la naturaleza de la responsabilidad precontractual.

⁵⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, pp. 322 y 323.

⁵⁶ Cfr. *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, Tirant lo Blanch Editora, Valencia, 2017, p. 74.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ PUIG I FERRIOL, L., *Manuel de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997-1998, p. 557.

⁵⁹ Cfr. BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 74.

Capítulo 2

Tratos preliminares como etapa de la formación del contrato

A lo largo de la historia, el hombre ha entablado diferentes tipos de relaciones con sus semejantes. Relaciones familiares, amicales, políticas y patrimoniales.

A efectos de esta investigación, la relación que interesa es la de tipo consensual y patrimonial, en la cual los particulares manifiestan libremente su voluntad de crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial. En el último de los términos, lo que las partes desean es celebrar un contrato.

El contrato se ha constituido como uno de los instrumentos más usados por el hombre para la satisfacción de sus necesidades. A través de un acuerdo previo, se logra el intercambio de bienes o servicios.

Este negocio jurídico, como expresión máxima de la voluntad de las partes, tiene una etapa de formación, otra de celebración y finalmente de ejecución. El estudio de dichas etapas, y en particular de la fase previa a la celebración del contrato, ha adquirido trascendencia no solo por el dinamismo del tráfico jurídico en cuanto a la creación de nuevos acuerdos y figuras contractuales como parte de la autonomía de la voluntad de las partes, sino también por el papel que desempeña en la interpretación del contrato y la responsabilidad civil que se puede generar en esta etapa.

1. La formación del contrato: etapas

Antes de desarrollar las etapas del contrato, es conveniente tener en cuenta su concepto. El Código Civil peruano regula esta institución jurídica en el artículo 1351 a tenor del cual se expresa que: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Con base en este artículo, DE LA PUENTE Y LAVALLE define el contrato como el “acto jurídico plurilateral y patrimonial”⁶⁰, y destaca tres características del mismo. La primera, ser un acto jurídico entendido como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho; la segunda, ser plurilateral puesto que, para su formación se requiere la concurrencia de las voluntades de una o más partes; y por último, resalta su naturaleza patrimonial, es decir crea una relación susceptible de valoración económica⁶¹.

⁶⁰ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 33.

⁶¹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El Contrato en General, op. cit.*, p. 33.

El autor también señala que la razón de ser del contrato como acto jurídico es crear una relación jurídica patrimonial. Tras alcanzar dicho propósito, el contrato deja de existir; y solo subsiste la relación jurídica nacida del mismo, que es lo que obliga a las partes y debe ser objeto de cumplimiento⁶².

De esta manera, se distingue el contrato de los efectos que se generan a partir de su celebración; es decir, de la relación obligatoria generada entre las partes. Se trata de dos fenómenos distintos pero complementarios a la vez, pues el contrato es fuente de obligaciones, mientras que la relación jurídica creada por éste constituye las obligaciones⁶³.

En este punto de la investigación, luego definir el contrato, se pasará a precisar las etapas del *iter negocial*. Al respecto, DÍEZ-PICAZO afirma que la doctrina clásica distingue tres fases en el contrato: la generación, el perfeccionamiento y la consumación. Sin embargo, precisa que más que tres etapas, existen solo dos, separadas por el momento de la celebración del contrato. Así, la primera es anterior a este punto y se denomina fase de preparación o formación del contrato; mientras que la segunda es posterior a la celebración del mismo, y será la etapa de ejecución⁶⁴.

A pesar de ello, el autor desarrolla cada una de las etapas del contrato: “La fase de generación comprende -se dice- los preliminares o el proceso interno de formación del contrato. Se trata de un periodo preparatorio, que da como resultado una serie de actos, de los cuales surge el consentimiento contractual. La llamada fase de la perfección viene determinada por el cruce o encuentro de voluntades de las partes y constituye por tanto el nacimiento del contrato a la vida jurídica. Por último, la fase de consumación comprende el periodo de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es lo mismo, la realización o efectividad (...) de las prestaciones derivadas de tal contrato”⁶⁵.

Asimismo, es importante señalar que en muchos contratos se puede diferenciar las distintas etapas antes mencionadas. No obstante, existen otros contratos, en los cuales se sigue el proceso de formación instantánea o no es posible identificar de manera clara el momento en que se generó cada uno de ellas. Sin embargo, a efectos de esta investigación, es conveniente seguir la estructura del artículo 1362 del Código Civil peruano que establece: “Los contratos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse según las reglas de buena fe y común intención de las partes”, con la finalidad de explicar las etapas del contrato y tener un amplio panorama del *iter negocial*.

⁶² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p. 36.

⁶³ Cfr. OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, op. cit., p.66.

⁶⁴ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 309.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 309.

1.1. La generación del contrato. La generación del contrato, también denominada etapa precontractual o preparatoria, presenta un concepto restrictivo y uno general. Respecto al primero, se señala que la fase precontractual será “aquel período de mayor o menor duración inmediatamente anterior al nacimiento del contrato, siendo irrelevante su carácter meramente instrumental o definitivo frente al contrato definitivo”⁶⁶. Por otro lado, la noción general o amplia precisa que dicha etapa “abarca el período temporal comprendido desde el instante en que se realiza el primer acto precontractual hasta el momento en que se produzca el nacimiento del contrato definitivo”⁶⁷. Esta definición se abordará en esta investigación.

La importancia de la fase precontractual se puede resumir en cuatro razones: la primera de ella es el ejercicio de la libertad para contratar, pues las partes la ejercitan, al decidir si celebran o no el contrato; todo ello como manifestación de su autonomía privada. La segunda razón es la vigencia del deber de buena fe en esta etapa. La tercera es la responsabilidad denominada precontractual en que pueden incurrir los sujetos en esta fase, por la cual se deberán indemnizar los daños ocasionados a la parte afectada. Por último, la importancia de esta etapa también radica en la función que desempeña en la interpretación del futuro contrato.

La doctrina en su mayoría concuerda que el proceso constitutivo o de formación del contrato, de acuerdo a su duración, puede ser de dos tipos: instantánea o sucesiva. Los contratos de formación instantánea son “aquellos cuya fase precontractual se reduce al inmediato intercambio de la oferta y la aceptación contractuales”⁶⁸; es decir, la aceptación sigue inmediatamente a la oferta, existiendo solo el intervalo de tiempo suficiente para que se produzca la respuesta afirmativa o negativa a la oferta.

Asimismo, DÍEZ-PICAZO afirma que los contratos de formación instantánea, son aquellos que no requieren de una discusión previa, sino que son producto de un solo acto de los otorgantes, como sucede en las operaciones económicas estandarizadas o en los contratos de adhesión, en los cuales los espacios de negociación se han reducido, y los consumidores sólo tienen la opción de decidir si lo celebran o no, si aceptan o rechazan en su totalidad las cláusulas predeterminadas por la parte más fuerte, encontrándose impedidos de negociar dichas estipulaciones⁶⁹. De esta manera, en este tipo de contratos no existe una fase previa de tratativas.

⁶⁶ MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*. Pamplona, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 30.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁹ Cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 309 y 310.

En el ordenamiento jurídico peruano, el contrato de adhesión se encuentra regulado en el artículo 1390 del Código Civil peruano que prescribe: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocadas en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”; del cual se desprende que este tipo de contratos no tienen una fase previa de tratativas, lo que influye en el contenido del contrato pues solo una de las partes se encargará de redactarlo previamente. No obstante, aunque no hay negociación, se trata de un contrato válido, pues al existir oferta y aceptación, el consentimiento está presente.

En contraste con lo anterior, PIEDECASAS señala que en los contratos de adhesión, no se puede hablar de una etapa de tratativas propiamente dicha, entendida como un período de tiempo largo, sino de unas “tratativas simplificadas, que comienzan con una oferta o propuesta y se agotan en la aceptación”⁷⁰.

En ese mismo sentido, OJEDA GUILLÉN afirma que “la toma de decisiones previa a la celebración de cualquier tipo de contrato implicará necesariamente una actividad preliminar, ya sea que las partes efectúen propuestas y contrapuestas que serán materia de discusión y análisis, o ya sea que se trate de contratos predispuestos, en los cuales necesariamente habrá un oferta previa sobre la cual deberá optarse por su aceptación o no (...), por lo que su sola existencia antes de la celebración del contrato definitivo nos lleva a afirmar la existencia de la etapa preliminar a su consumación”⁷¹.

De este modo, el autor señala que es posible hablar de una fase de tratativas en ambos tipos de formación de contratos. Sin embargo, en la contratación en masa, por razones de necesidad del tráfico o de celeridad del mercado, no es posible negociar con cada uno de los consumidores, lo que conlleva la utilización de formularios redactados unilateralmente de manera previa, que incluyen condiciones generales de contratación; y como consecuencia, se prescinden de los tratos preliminares.

Por otro lado, en los contratos de formación sucesiva o progresiva, se suele producir una mayor dilatación en la formación del consentimiento, pues éste no se forma instantáneamente. La formulación de la oferta está precedida por tratos o negociaciones, más o menos prolongadas, a través de las cuales las partes analizan cuál será el contenido del futuro contrato así como la conveniencia de llegar a concluirlo⁷².

⁷⁰ *Responsabilidad Precontractual*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 113.

⁷¹ *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, *op. cit.*, p. 79.

⁷² Cfr. MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 308.

Asimismo, en este tipo de contratos, debido al relevante interés económico que presentan, los futuros celebrantes necesitan un período de tiempo para obtener mayor información o discutir las condiciones en relación al contrato⁷³; se trata de un período en el cual los tratantes –ya que aún no son partes– buscan conocerse, con la finalidad de identificar las posibles condiciones, objetivas y subjetivas, que implicarían celebrar un contrato⁷⁴.

Al respecto, MENÉNDEZ MATO sostiene que resulta más adecuado y preciso el uso de la expresión *ex intervallo temporis* en lugar del término formación sucesiva, puesto que se identifica con aquellos contratos que requieren para su nacimiento una fase precontractual dilatada en el tiempo, es decir, un periodo más o menos prolongado en la cual las partes discuten las posibles condiciones del futuro contrato⁷⁵.

Por su parte, DE LA PUENTE Y LAVALLE presenta un escenario parecido, al señalar que en este tipo de contratación, las partes inician conversaciones o tratos preliminares, en los cuales realizan cálculos, analizan las posibilidades y futuros problemas, proponen cambios, con la finalidad de decidir si celebrar o no el contrato⁷⁶. Además, DÍEZ-PICAZO añade que no solo los tratantes pueden participar en las tratativas, sino también otras personas que las auxilian o que coadyuvan con ellas a la consecución de la finalidad perseguida⁷⁷, es decir, al perfeccionamiento de un futuro contrato.

A partir de lo antes expuesto, cabe resaltar la figura de los tratos preliminares, también denominados negociaciones previas o preparatorias del contrato⁷⁸. Son entendidos como los primeros acercamientos de los interesados en celebrar el contrato⁷⁹; se trata de un “tiempo, corto o largo, durante el cual los tratantes buscan ponerse de acuerdo, superar las diferencias, acordar sobre calidades y precios, garantías y responsabilidades”⁸⁰. En otras palabras, en dicho periodo se realizan conversaciones y actividades orientadas a establecer minuciosamente tanto las cláusulas como los derechos y obligaciones de los futuros celebrantes.

DÍEZ-PICAZO define los tratos preliminares como “los actos que los interesados y sus auxiliares llevan cabo con el fin de elaborar, discutir y concretar el contrato”⁸¹; además,

⁷³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 310.

⁷⁴ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *Contratos: estudios, análisis y tendencias*, CORDOVA SCHAEFER, J. (Ed.), Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011, p. 312.

⁷⁵ Cfr. *La oferta contractual*, op. cit., pp. 39 y 40.

⁷⁶ Cfr. *El Contrato en General*, op. cit., p. 350.

⁷⁷ Cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 310.

⁷⁸ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, op. cit., 1998, p. 84.

⁷⁹ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, op. cit., p. 311.

⁸⁰ MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M., *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 33.

⁸¹ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 311.

señala que pueden consistir tanto en “conversaciones o negociaciones como en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores”⁸². En ese mismo sentido, BLASCO GASCÓ los define como “el conjunto de conversaciones, privanzas, estudios o negociaciones que entablan los sujetos con la voluntad de alcanzar un futuro acuerdo contractual, sin la obligación contractual de concluir o perfeccionarlo, sino a actuar con corrección, lealtad y buena fe”⁸³.

Asimismo, MENÉNDEZ MATO señala que el origen de los tratos preliminares se encuentra en “una propuesta realizada por un sujeto a otro que la acepta, cuyo contenido consiste en una proposición no de conclusión, sino de diálogo, de negociación –sin fuerza vinculante– acerca de un futuro eventual contrato”⁸⁴. Además, establece un símil, al comparar los tratos preliminares con una oferta previa, pero cuyo fin no es la celebración de un contrato sino iniciar conversaciones de carácter no vinculante⁸⁵.

De las nociones mencionadas anteriormente, se aprecia que los tratos preliminares presentan dos notas características. La primera de ellas, es que éstos están dirigidos a la consecución de un contrato, aunque al iniciarlos, no se está ante uno; sin embargo, ello no significa que tales tratos sean jurídicamente irrelevantes.

El segundo rasgo es la no obligatoriedad de los tratos preliminares; es decir, no exigen alcanzar un acuerdo ni celebrar un contrato. Esta característica permite que las partes pueden conversar o discutir acerca de los términos y condiciones jurídicas y/o económicas del acuerdo, sin que ello evidencie que se encuentran obligadas o vinculadas a manifestar la voluntad de celebrar el contrato. No obstante, ante la ruptura injustificada de las negociaciones que genere un daño, surgirá la obligación de indemnizarlo, lo cual será explicado en el tercer capítulo.

Respecto al rasgo de la no obligatoriedad, ALBALADEJO GARCÍA sostiene que “los tratos no constriñen a celebrar el contrato y puede ponérseles fin sin haberlo concluido”⁸⁶. Asimismo, MESSINEO señala que “las negociaciones no son vinculatorias, en el sentido que el resultado de ellas no es todavía un contrato sino un esquema meramente hipotético que llegará a ser contrato, (...); por lo tanto las negociaciones no obligan”⁸⁷; es decir, los tratos preliminares no crean una relación jurídica que vincule a los tratantes. Es necesario mencionar

⁸² *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 311.

⁸³ *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 67.

⁸⁴ *La oferta contractual*, op. cit., p. 85.

⁸⁵ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, op. cit., p. 85.

⁸⁶ *Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1975, p. 317.

⁸⁷ *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, op. cit., p. 309.

que las notas características antes mencionadas ayudarán a determinar la naturaleza de los tratos preliminares que será desarrollada el siguiente apartado.

Otro aspecto de los tratos preliminares son las funciones que desempeñan. La primera de ellas es plantear las bases para que los futuros celebrantes expresen la real y efectiva voluntad de quedar obligados a celebrar el contrato. La segunda función se manifiesta en la etapa de ejecución, pues una vez perfeccionado el contrato, los tratos preliminares adquieren transcendencia como criterio de interpretación del mismo.

Cabe mencionar que los tratos preliminares no son los únicos actos precontractuales que se presentan en esta etapa. También se encuentran la oferta y la aceptación consideradas como actos independientes, el contrato preparatorio u otros actos cuya finalidad sea el nacimiento de un contrato definitivo; cada uno de éstos con una naturaleza distinta⁸⁸.

1.2. El perfeccionamiento del contrato. Antes de señalar en qué consiste el perfeccionamiento del contrato, es conveniente dilucidar acerca de la oferta y la aceptación, no solo como elementos que deben concurrir para que se produzca el perfeccionamiento, sino también como actos precontractuales valorados de modo independiente. El Código Civil peruano regula la oferta y la aceptación desde el artículo 1374 hasta el 1388, y aunque el código no define ambas figuras, la doctrina sí lo hace.

Para DE LA PUENTE Y LAVALLE, la oferta se define como “la propuesta que hace una (o más) parte a otra (o más) parte para la celebración de un contrato, en término tales que para que éste quede celebrado basta con que el (o los) destinatario la acepte”⁸⁹.

Del mismo modo, DÍEZ-PICAZO concibe la oferta como “la declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de que éste quedará formado si recae la aceptación”⁹⁰; por ello, para que la oferta sea considerada como válida debe cumplir ciertos requisitos: ser completa, seria, recepticia, conocida, y además, requiere la determinación o identificación del oferente.

En resumen, la oferta es la propuesta de contratar que se dirige a una persona determinada con la que se desea pactar y que obliga al oferente; es una declaración de voluntad unilateral, recepticia y expresa. MESSINEO lo reafirma al señalar que “la oferta no es negocio (...)”

⁸⁸ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, op. cit., p. 35.

⁸⁹ *Estudio del Contrato Privado*, op. cit., p. 172.

⁹⁰ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., p. 330.

jurídico unilateral, es una declaración unilateral de voluntad”⁹¹; es decir, no se trata de un negocio jurídico, puesto que por sí sola no produce efectos, necesita de la aceptación para generar un contrato.

Respecto a la naturaleza jurídica de la oferta contractual, a diferencia de la doctrina mayoritaria, algunos autores postulan la tesis de la autonomía de la oferta, la cual sostiene que la oferta es un negocio jurídico unilateral; es decir, se trataría de “un negocio que produce el efecto al atribuir al destinatario un derecho –un derecho potestativo- consistente en perfeccionar mediante la aceptación”⁹².

Sin embargo, DÍEZ-PICAZO señala que no se toma en cuenta que “la perfección del contrato no se produce porque el aceptante haya adquirido, desde la emisión de la oferta, un derecho subjetivo al contrato. La aceptación no es un acto de ejercicio de un derecho, sino un acto de autonomía privada y de ejercicio de la capacidad de obrar”⁹³. Por el contrario, el perfeccionamiento se produce cuando la aceptación concurre con la oferta.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la naturaleza jurídica de la oferta contractual es “una declaración de voluntad unilateral destinada a integrarse en un contrato”⁹⁴. A través de ésta, el oferente manifiesta la voluntad de formalizar el contrato; es decir, expresa una verdadera intención de quedar obligado o vinculado contractualmente mediante la aceptación, sin que posteriormente, sea necesario una nueva declaración de voluntad. En otras palabras, en la oferta existe una genuina, efectiva y seria voluntad de contratar, y no una simple voluntad negocial⁹⁵.

Asimismo, es importante tratar la oferta como acto precontractual, la cual, al igual que todos los actos precontractuales, presenta dos requisitos importantes: referirse a un futuro contrato y conectar a dos partes. Sin embargo, a diferencia de los demás actos, la oferta puede constituirse como el primer acto precontractual en caso de no ser precedida por negociaciones previas o tratos preliminares.

A su vez, la oferta es una actuación necesaria para el nacimiento del contrato, pues no solo contiene una auténtica voluntad de contratar sino que, además, al ser un acto a iniciativa de una de las partes, su proceso de formación le corresponde exclusivamente al oferente; a

⁹¹ *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones, *op. cit.*, p. 312.

⁹² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, *op. cit.*, p. 331.

⁹³ *Ibidem*, p. 311.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 331.

⁹⁵ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, *op. cit.*, p. 51.

diferencia de los otros actos precontractuales, que necesitan de ambas partes para su nacimiento⁹⁶.

Por otro lado, respecto a la aceptación, MESSINEO la concibe como declaración de voluntad que emite el destinatario dirigida al oferente comunicándole la total conformidad con los términos de la oferta⁹⁷. Del mismo modo, DÍEZ-PICAZO la define como “aquella preparación o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta”⁹⁸. Dicha aceptación puede exteriorizarse no solo de manera expresa sino también tácitamente; es decir, a través de actos o “comportamientos concluyentes, e incluso por medio del silencio, cuando el destinatario tuviese la obligación de contestar a la propuesta realizada, entendiéndose en caso contrario aceptada”⁹⁹.

En síntesis, se trata de una declaración de voluntad unilateral, recepticia, que al igual que la oferta debe cumplir unos requisitos: ser congruente con la oferta, tener la intención de contratar, ser oportuna, y ser recepticia; es decir, estar dirigida al oferente. Una vez conocida la aceptación, produce sus efectos; de tal manera, que la oferta y la aceptación constituyen presupuestos necesarios para producir el perfeccionamiento del contrato.

En cuanto al perfeccionamiento, DE LA PUENTE Y LAVALLE indica que “la etapa de las tratativas termina con la formulación de la oferta, lo que da lugar a la iniciación de la segunda etapa, que es la celebración del contrato. Esta etapa comprende desde la declaración de la oferta por el oferente hasta el conocimiento por éste de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato, incluyéndose en la etapa las posibilidades de la retractación de la oferta, la contraoferta y la retracción de la aceptación”¹⁰⁰.

En ese sentido, el Código Civil peruano regula esta etapa en el artículo 1373 que a tenor establece: “El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”; de acuerdo con ello, el perfeccionamiento del contrato es el cruce de voluntades entre la oferta y la aceptación, y como consecuencia, se genera una relación jurídica obligatoria.

Por otro lado, una cuestión importante a dilucidar, con base en lo explicado anteriormente sobre los tratos preliminares y la oferta, es el orden en que se presentan ambas figuras; es decir, si los tratos preliminares son anteriores a la oferta o viceversa. Al respecto existen dos posturas: la primera sostiene que la oferta no inaugura una fase contractual nueva sino que se

⁹⁶ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, op. cit., p. 51.

⁹⁷ Cfr. *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones, op. cit., p. 322.

⁹⁸ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 331.

⁹⁹ MENÉNDEZ MATO, J., *La oferta contractual*, op. cit., p. 48.

¹⁰⁰ *Estudio del Contrato Privado*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983, p. 373.

encuentra comprendida en los tratos preliminares; autores como ALONSO PÉREZ¹⁰¹ y GARCÍA RUBIO¹⁰² defienden esta postura. En cambio, MORENO QUESADA¹⁰³, concibe que los tratos preliminares empiezan con la oferta.

FAGGELLA precisa que la etapa precontractual se divide en dos subetapas: la primera comprende las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta; mientras que la segunda etapa empieza con la emisión de oferta y finaliza con la formación del contrato o con la interrupción de los tratos de manera definitiva¹⁰⁴.

No obstante, esto último no parece del todo acertado, pues si bien sí existen dos etapas dentro del periodo precontractual, la primera empieza con los tratos preliminares y culmina con la emisión de la oferta o la ruptura de los mismos, y la segunda etapa comienza con la emisión de la oferta y termina con la celebración del contrato; asimismo, ésta incluye la retractación de la oferta, la no aceptación y su retractación, figuras que tienen una regulación diferente a los tratos preliminares.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, reafirma lo anterior, al sostener que “la opinión más difundida es que las tratativas terminan en el momento en que se formula la oferta”¹⁰⁵. De esta manera, se distingue el orden en que se presentan ambas figuras. En la mayoría de los casos, previamente a la oferta, los tratantes han entablado negociaciones, en las cuales discuten cláusulas o condiciones que se incorporarán luego en un contrato definitivo; sin que dichas tratativas constituyan una oferta formal y definitiva. En otras palabras, los tratos preliminares preceden a la oferta en la mayoría de los supuestos.

1.3. La consumación del contrato. Respecto a esta fase, DÍEZ-PICAZO señala que “comprende el periodo de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es lo mismo, la realización o efectividad (...) de las prestaciones derivadas del contrato”¹⁰⁶. Es decir, la ejecución del contrato es la etapa final del mismo, en la cual las partes llevan a cabo las prestaciones.

Por ejemplo, en el contrato de compraventa, entre las obligaciones que el vendedor debe realizar como parte de la ejecución del contrato, se encuentran transferir la propiedad del bien, así como custodiarlo y conservarlo, entregar el título y documentos, recibir el precio y por último, las obligaciones de saneamiento. Por su parte, el comprador tiene las obligaciones de

¹⁰¹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 863.

¹⁰² GARCÍA RUBIO, M., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 64.

¹⁰³ MORENO QUESADA, B., “La oferta del contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, 1956, p. 120.

¹⁰⁴ Cfr. BREBBIA, R., *Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁵ *El Contrato en General*, *op. cit.*, p. 350.

¹⁰⁶ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, *op. cit.*, 1996, p. 309.

cancelar el precio, recibir el bien, y pagar los impuestos, cargas o tasas relacionadas con el mismo.

Cabe señalar que esta etapa no será tratada a profundidad puesto que el objeto de la presente investigación es la responsabilidad precontractual; es decir, aquella que se configura en la etapa previa a la celebración del contrato. Además, el incumplimiento de las prestaciones derivadas de la etapa de ejecución del contrato, generan responsabilidad contractual, no precontractual.

2. Naturaleza de los tratos preliminares

Como se puede ver en líneas anteriores, se ha explicado el concepto de los tratos preliminares, así como la definición y naturaleza jurídica de la oferta. Respecto a ello, es conveniente resaltar que la oferta no se identifica con los tratos preliminares sino que, se trata de una propuesta contractual, de una declaración de voluntad unilateral, recepticia. Puesto que, a pesar de necesitar de la aceptación para generar el negocio jurídico y producir efectos jurídicos, la oferta expresa la voluntad del oferente de quedar obligado a formalizar el contrato con el solo consentimiento del destinatario.

En cuanto a los tratos preliminares, DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que “las tratativas son los tanteos preliminares en que los tratantes, sin haber llegado a tomar la decisión de contratar, tienen la intención de hacerlo si es que el negocio sobre el cual recaen conviene a sus intereses. Pero precisamente como no existe aún decisión de contratar, los tratantes desean estar en situación de libertad para adoptar su posición definitiva. La formación de la oferta y el conocimiento de ésta por el destinatario dan lugar a que ésta libertad se pierda, pues con la aceptación de la misma se dará lugar a la celebración del contrato”¹⁰⁷.

A partir de ello, se puede apreciar que entre los tratos preliminares y la oferta existe una diferencia en cuanto a la libertad con que actúan las futuras partes. En los primeros, los tratantes pueden llegar a celebrar o no un futuro contrato, así como abandonar las negociaciones en cualquier momento. En cambio, en la oferta, el nivel de libertad del oferente disminuye en relación al existente en los tratos preliminares, pues al emitir la propuesta, manifiesta la voluntad de celebrar el contrato con la sola aceptación del destinatario. De modo que, las partes podrán retirarse de las negociaciones en cualquier momento y no, cuando se ha emitido la oferta, pues en ese momento el oferente queda obligado a celebrar el contrato,

¹⁰⁷ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 350.

salvo que la oferta sea revocable. En otras palabras, en los tratos preliminares no existe la obligación de celebrar el contrato, en la oferta sí.

Por otro lado, es necesario señalar que esta investigación se centrará en los tratos preliminares ya que el principal supuesto de la responsabilidad precontractual es la ruptura injustificada de las tratativas. En ese sentido, antes de examinar la naturaleza jurídica de los tratos preliminares, es importante recordar lo mencionado líneas arriba: los tratos preliminares se aperturan por iniciativa de las partes a entrar en conversaciones, y culminan con la emisión de la oferta o el disentimiento de continuar con los mismos. Asimismo, uno de los principios que rige la etapa precontractual es la libertad para contratar, por el cual, aunque las partes entablen negociaciones, no se encuentran obligadas a celebrar un acuerdo y pueden retirarse libremente de las mismas en cualquier momento¹⁰⁸.

Bajo este escenario, DE LA PUENTE Y LAVALLE indica que “de acuerdo con (...) el Código Civil peruano, las obligaciones patrimoniales solo surgen de las fuentes taxativamente enumeradas en el Libro VII de dicho código, entre las cuales, si bien se encuentra el contrato, no están comprendidas las tratativas. Estas son solo una etapa del iter formativo del contrato, que pueden conducir o no a la celebración del mismo, (...) constituyen únicamente un camino hacia la constitución de una fuente de las obligaciones. Ello determina que, (...) el iniciar las tratativas no crea un vínculo obligacional entre los tratantes”¹⁰⁹.

En esa misma línea, DÍEZ-PICAZO señala que entre las partes no se crea una verdadera relación jurídica originada de la voluntad de iniciar los tratos preliminares, puesto que éstos no constituyen *per se* ningún acto jurídico, al no derivar de ellos efectos jurídicos de manera inmediata¹¹⁰. En conclusión, los tratos preliminares no crean una relación jurídica generadora de derechos y obligaciones entre los tratantes.

Por otro lado, cabe mencionar que si bien DÍEZ-PICAZO sostiene que en los tratos preliminares existe una relación social entre las partes¹¹¹. Esta relación se definiría como la interacción entre dos o más personas, denominadas tratantes o futuras partes, durante la etapa previa a la celebración del contrato.

En ese sentido, los tratos preliminares si bien no crean una relación jurídica, no son en sí mismos jurídicamente irrelevantes; ya que esta interacción o acercamiento entre los tratantes se produce de manera voluntaria con el fin de conocerse e identificar las condiciones jurídicas y económicas que implicarían la celebración de un contrato.

¹⁰⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 311.

¹⁰⁹ *El Contrato en General*, op. cit., p. 355.

¹¹⁰ Cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 311.

¹¹¹ Ídem.

Asimismo, porque en principio los tratos preliminares constituyen un hecho, entendido como acontecimiento humano¹¹²; pues existe un acercamiento entre los tratantes. Sin embargo, este hecho se convierte en un hecho jurídico cuando se produce la ruptura injustificada de los tratos, que genere daños a una de las futuras partes, ya que surge como consecuencia jurídica la obligación de indemnizar dichos daños.

De ahí que, las tratativas se realicen bajo los parámetros fijados por el deber de buena fe, el cual establece que las partes deben actuar de manera leal y correcta para prevenir posibles perjuicios que generen la obligación de indemnizar dichos daños. El deber de buena fe se traduce en diversas conductas como suministrar determinada información, protección y confidencialidad, las cuales serán desarrolladas en el siguiente capítulo.

3. Principios que rigen la formación del contrato

En la etapa de formación de un contrato, rigen unos principios o directrices, que los futuros celebrantes deben tener en cuenta al iniciar negociaciones, con el fin de realizar sus actuaciones con la debida diligencia, sin causar un daño o perjuicio a la otra parte. Antes de determinar cuáles son dichos principios, es importante tener presente su concepto.

Aunque los términos para referirse a esta figura suelen ser muchos, entre ellos: principios del derecho, ideas directrices, pensamientos jurídicos generales, norma general, criterios de orientación; dicho término siempre da la idea de precedencia, es decir orientado al orden, así como de procedencia, entendido como el origen de algo.

PUIG PEÑA los define como “aquellos criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, (...) condensados en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente, y que tiene eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo”¹¹³. Por su parte, ARCE Y FLORES-VALDÉS precisa que son “ideas fundamentales sobre la organización jurídica (...), cumplen una función interpretativa y supletoria respecto al ordenamiento jurídico”¹¹⁴.

En conclusión, los principios presentan los siguientes rasgos definitorios: su carácter general o universal, su formalización se produce normalmente mediante máximas, aunque no cualquier aforismo es un principio, y lo más importante, tienen vigencia independientemente de su inclusión en normas, así como sirven de sustento al ordenamiento jurídico.

¹¹² TORRES VÁSQUEZ señala que “se llama hecho a cualquier acontecimiento natural o humano”. (TORRES VÁSQUEZ, A., *Acto Jurídico*, vol. I, Quinta edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 37).

¹¹³ “Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial”, *Revista de Derecho Privado*, t. XL. Madrid, 1956, p. 58.

¹¹⁴ *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 64 y 79.

Entre los principios que rigen la etapa precontractual, se encuentran: la libertad para contratar y la buena fe. Respecto al primero, se trata de una manifestación de la autonomía privada al igual que lo es la libertad contractual; es decir, son “una forma de exteriorización de la autonomía privada cuyo contenido es la conformación autodeterminada de las relaciones jurídicas según la voluntad de los interesados”¹¹⁵.

No obstante, cada uno de estos principios, abarcan distintos aspectos. Así, la libertad para contratar comprende una dimensión objetiva y otra subjetiva. La primera dimensión se refiere a la facultad de decidir si se contrata o no, si se emprende o no una relación contractual; en cambio, el aspecto subjetivo se trata de “la facultad para celebrar el contrato con la persona que se desea”¹¹⁶.

Por su parte, la libertad contractual es aquella facultad que permite a las partes establecer la configuración interna del contrato¹¹⁷. De modo que, los aspectos que comprende este principio son: la libertad para crear nuevos tipos contractuales o combinar los existentes, para determinar la forma del contrato, así como la libertad de modificarlo o dejarlo sin efecto¹¹⁸.

A efectos de esta investigación, interesa la libertad para contratar en su aspecto extrínseco u objetivo, entendido como “la libertad de celebrar uno o más contratos o negarse a la iniciativa proveniente de otro sujeto a contratar”¹¹⁹, puesto que ninguna persona puede estar impedida de contratar, salvo mandato judicial o disposición legal en contrario, ni tampoco puede ser forzada a contratar.

De este modo, al aplicar el principio de la libertad para contratar en la etapa de generación del contrato, el contenido de éste será el siguiente: nadie estará obligado a contratar por el solo hecho de haber iniciado tratos preliminares o negociaciones con una posible futura contraparte.

Otro principio presente en la etapa precontractual es el de buena fe; que si bien, será desarrollado a detalle en el siguiente capítulo, es conveniente dar unos alcances debido a su importancia como principio general del derecho, y en especial del derecho privado, al intervenir en el “desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de obligaciones”¹²⁰, como un modelo de conducta social en la relación del hombre con sus semejantes.

¹¹⁵ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 206.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 217.

¹¹⁷ La libertad contractual entendida como la posibilidad de establecer el contenido y la forma del contrato, sin que ello contravenga el orden público y las buenas costumbres.

¹¹⁸ Cfr. REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

¹¹⁹ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, *op. cit.*, p. 216.

¹²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, *op. cit.*, p. 61.

Respecto a su definición, no existe un concepto uniforme, pues se suele definir como “la ausencia del dolo o mala fe; la voluntad sincera, leal y fiel; la obligación de obrar como hombre honrado y consiente”¹²¹. Así, por ejemplo, para ESPINOZA ESPINOZA, la buena fe es “un modelo de comportamiento al que deben de ajustarse los comportamientos individuales”¹²².

Asimismo, la doctrina señala que la buena fe presenta dos aspectos: subjetivo y objetivo. El primero es la creencia o convicción de obrar conforme a derecho; mientras que el segundo, implica un estándar jurídico o conjunto de reglas objetivas que deben seguir las partes, y que se materializan en deberes de conductas. A través de estos dos aspectos se hace referencia a la buena fe-creencia y buena fe-lealtad, respectivamente.

El ordenamiento jurídico peruano regula este principio en el artículo 1362 del Código Civil, que establece: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de buena fe y común intención de las partes”. De esta manera, se incluye el deber de observar la buena fe no solo en la etapa de perfección y ejecución del contrato, sino también en los tratos preliminares, lo cual supone “una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas”¹²³; es decir, actuar con lealtad y corrección.

Por otro parte, MOSSET ITURRASPE y PIEDECASAS incluyen como principio, el deber genérico de no dañar a otro, el cual genera la obligación de reparar el daño causado, que comprende todo aquel perjuicio susceptible de valoración económica que afecte a la persona, sus derechos y patrimonio. Además, sostienen que lo incluyen como una acción para proteger a las víctimas, pues se trata de un deber más amplio, y anterior al nacimiento de una relación contractual¹²⁴.

Asimismo, un principio que se encuentra presente implícitamente en esta etapa precontractual, es el de confianza, entendido como el principio general del derecho con un gran contenido ético y de aplicación en el ámbito interindividual. Además, tiene una especial relevancia en las relaciones jurídicas patrimoniales; puesto que, atribuye a las partes que intervienen en el tráfico jurídico, el deber de honrar las expectativas creadas, en tanto sean

¹²¹ OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, op. cit., p. 135

¹²² *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 232.

¹²³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, op. cit., 1996, p. 61.

¹²⁴ Cfr. *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 33.

legítimas y cuenten con sustento, ya sea en la etapa previa de formación del contrato, o en la de ejecución del mismo¹²⁵.



¹²⁵ Cfr. REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 376.

Capítulo 3

La Buena Fe en la etapa negocial

En el presente capítulo se examinará la buena fe como principio general del derecho y su incidencia en materia de contratos, en especial en la etapa precontractual. Aunado a ello, se analizará el artículo 1362 del Código Civil, con la finalidad de determinar qué aspecto de la buena fe resulta aplicable a la mencionada etapa en el ordenamiento jurídico peruano.

1. Definición y aspectos de la buena fe

El estudio de la buena fe nos remite al derecho romano, donde esta institución jurídica se encuentra estrechamente vinculada con la *fides* y *bona fides*. El término latín *fides* significa lealtad, propiamente, lealtad a la palabra dada¹²⁶. Para CICERÓN, es muy probable que *fides* haya tomado su nombre del término *fiat*, cuyo significado en español es fidelidad, y consiste en hacer lo que se ha prometido e implica firmeza y veracidad de las palabras y contratos. En ese sentido, al celebrar un contrato, se establecen deberes y derechos entre las partes; de manera que, al ejecutarlo, las partes tienen que actuar con justicia, es decir dar a cada uno lo suyo, lo cual implica hacer lo que se ha prometido en el contrato. Por ello, el autor sostiene la existencia de una relación entre buena fe y justicia¹²⁷.

Por su parte, SCHULZ señala que en la antigua Roma, *fides* se define como ser de palabra o tener palabra; de manera que, para este autor, es la “sujeción a la palabra dada, el sentirse ligado a la propia declaración”¹²⁸. En esa misma línea, BETTI sostiene que “la palabra *fides* indica todo aquello con lo que se puede contar con seguridad, una esperanza firme respecto de un acontecer, el sentirse obligado por la palabra empeñada, vinculado por la propia declaración, experimentando eso mismo respecto de otros”¹²⁹.

Asimismo, precisa que *fides* hace referencia a la fe como “una cualidad que se puede atribuir a algo que nos es digno de creencia como pueden ser unos documentos o la actuación de una persona”¹³⁰. De modo que, se puede llegar a sostener que *fides* es “un vínculo moral fundado en la palabra o en el comportamiento y la dignidad personal y abarcaba tanto los aspectos de seguridad y credibilidad de una persona como la confianza generada en esa

¹²⁶ Cfr. D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, op. cit., p. 66.

¹²⁷ Cfr. *Los oficios*, Sociedad Española de Librería, Madrid, 1928, p. 1.7.23.

¹²⁸ *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990, p. 243.

¹²⁹ *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 76.

¹³⁰ Ídem.

creencia”¹³¹. En otras palabras, alude a la relación basada en la confianza o creencia que se cumplirá una expectativa generada por la conducta o palabras de una determinada persona.

Para D’ORS, la *fides* es “la idea central del pensamiento jurídico y político de Roma”¹³²; es decir, es la virtud que predomina en la vida social romana; puesto que, se manifiesta en diversos ámbitos de ésta como el religioso a través de la *fides deorum* que es la protección que otorgan los dioses al pueblo, estableciéndose un vínculo entre ambos. Asimismo, se encuentra presente no solo en las relaciones de Roma con otros pueblos –por medio de la *fides* romana que significa la firmeza de Roma con sus aliados–, sino también en las relaciones entre los ciudadanos, por ejemplo la *fides patroni* –que alude a la firmeza del patrón con sus propios clientes– o la *fides tutoris* –referida a la firmeza del tutor con su pupilo¹³³.

De la misma forma, en el ámbito jurídico, la *fides* se convierte en la virtud que da sentido y dirección no solo al *ius civile*, es decir el derecho que regulaba las relaciones entre los ciudadanos romanos, sino también al *ius gentium*, que nace con la expansión territorial y comercial de Roma y se aplicaba a las relaciones entre extranjeros y romanos. De manera que, al ser el principal sustento de estas relaciones, la *fides* llegaba donde no alcanzaba la fuerza vinculante de la forma, constituyéndose en el fundamento de todas las obligaciones no formales¹³⁴.

No obstante, recién en el *ius gentium*, la *fides* adquiere la valoración ética de *bona*; la cual “expresa una relación fiduciaria generalizada y abriga un concepto objetivo de fe, una corrección mercantil que regía en el mundo del comercio”¹³⁵. De este modo, reafirma que la *bona fides* surge con el comercio, como un estándar susceptible de ser exigido en el tráfico jurídico y, en especial, en las relaciones contractuales.

Cabe señalar que son instituciones del *ius gentium*: la *stipulatio* y los contratos consensuales. La primera “es la forma más ordinaria de crear obligaciones unilaterales entre un acreedor y deudor, y consiste en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa, de manera que, el estipulante se hace acreedor, y el prominente se hace deudor”¹³⁶. Por su parte, en los contratos consensuales, las obligaciones surgen del simple convenio de los contratantes, sin ningún requisito de forma¹³⁷; es decir, basta el consentimiento de las partes para el perfeccionamiento

¹³¹ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 489.

¹³² *Elementos de derecho privado romano*, op. cit., p. 66.

¹³³ Cfr. D’ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, op. cit., 2014, p 66.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 491.

¹³⁶ D’ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, op. cit., 2014, p. 511.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 550.

de éstos. De manera que, debido a la ausencia de formalidad, la *fides* actuará como criterio de interpretación del contenido de estos contratos y de la responsabilidad de las partes en su ejecución¹³⁸.

Asimismo, otro argumento que refuerza la importancia de la buena fe en las relaciones contractuales es la distinción entre las acciones de derecho estricto y de buena fe, según den lugar o no a un *iudicium bonae fidei*; es decir, el juicio donde el funcionario encargado de decir el derecho entre romanos y extranjeros tenía en cuenta la buena fe de las partes al momento de emitir su decisión¹³⁹.

En ese sentido, las primeras acciones son aquellas derivadas de obligaciones unilaterales como la *stipulatio*, que competen a un acreedor contra un deudor. En cambio, las segundas surgen de los contratos consensuales y aluden a obligaciones bilaterales recíprocas. Además, al tener un régimen más flexible, facultan al juez a juzgar *ex bona fide*; es decir, el criterio de buena fe le permite estimar con mayor flexibilidad la responsabilidad del demandado y el interés del demandante, para lo cual puede tener en cuenta la pérdida patrimonial sufrida por culpa del demandado, y los incrementos que hubiera podido obtener si éste último hubiese cumplido a tiempo; con el fin de establecer la condena pecuniaria del demandado¹⁴⁰.

De acuerdo a lo mencionado, se puede concluir que la *bona fides* se manifiesta en los contratos consensuales y en las acciones de buena fe derivadas de éstos, como una especie de *fides* propia de este tipo de obligaciones. Al respecto, D'ORS sostiene que la *fides* identificada como lealtad a la palabra dada, es distinta de la *bona fides* contractual, pues ésta última implica la consideración de una reciprocidad¹⁴¹; es decir, implica una relación donde las partes se deben recíprocamente lealtad con el fin de cumplir con lo pactado en el contrato.

En suma, tal como lo afirma BETTI, “el sentido que posee la *fides* y la *bona fides* en el derecho romano, ya sea como fidelidad a un acuerdo ya concluido, o como compromiso en el cumplimiento de una expectativa ajena, asumiendo entonces el carácter de fidelidad y de deber de cooperación”¹⁴², repercute en la manera como se entiende en la actualidad la buena fe contractual y su proyección en los tratos preliminares así como en la celebración, ejecución e interpretación del contrato.

Por otro lado, como se sostuvo en el capítulo anterior, el concepto de buena fe no es unitario; puesto que, son varios los autores que han intentado definirla y, por ello, es posible

¹³⁸ Cfr. REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 491.

¹³⁹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de derecho romano*, Décima Edición, trad. por J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1952, p. 30.

¹⁴⁰ Cfr. D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, op. cit., pp. 545, 547 y 549.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 545.

¹⁴² *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 77.

encontrar distintas definiciones de este término. Así, por ejemplo, para ESPINOZA ESPINOZA, la buena fe es “un modelo de comportamiento al que deben de ajustarse los comportamientos individuales”¹⁴³; mientras que para otros es “la ausencia del dolo o mala fe; la voluntad sincera, leal y fiel; la obligación de obrar como hombre honrado y consiente”¹⁴⁴. Asimismo, se cuestiona si se trata de una noción única de buena fe con dos aspectos o de dos clases con naturalezas distintas.

En cuanto a la diversidad de sus definiciones, es importante señalar que éstas tienen en común resaltar el origen ético de la buena fe. Esto último se ve reforzado por la remisión hecha anteriormente a los antecedentes romanos, en los cuales se aprecia que los términos *fides* y *bona fides* aluden a la lealtad a la palabra dada y a la honorabilidad y honradez respectivamente. Además, porque ello evidencia que tanto en esa época como en la actualidad, la sociedad tiene unos criterios morales que son recepcionados e instrumentalizados por el derecho convirtiéndolos en figuras jurídicas, como es el caso de la buena fe.

Al respecto, FERREIRA RUBIO señala que la buena fe “es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha dicho tal como es, sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico”¹⁴⁵. En ese mismo sentido, BETTI sostiene que “cuando la ley menciona la buena fe, alude a un concepto y a un criterio valorativo que no es creado por el derecho sino que éste lo asume de la conciencia (...) ética, de la sociedad a la que se dirige”¹⁴⁶.

En otras palabras, la buena fe no es creación del derecho sino la adecuación de un principio inherente al comportamiento de los hombres en todas las relaciones que entable con sus semejantes; de modo que, su contenido se encuentra preestablecido por la ética. En ese sentido, se puede sostener que la buena fe es un principio fundamental producto de presupuestos de orden ético como la honestidad, la probidad, fe en la palabra empañada, la confianza, la honorabilidad, la lealtad del comportamiento, entre otros; convirtiéndose, así, en instrumento de moralización del derecho.

Asimismo, la buena fe ha sido incorporada por el derecho, pues implica criterios éticos importantes en las relaciones humanas, las cuales son instrumentos para una buena

¹⁴³ *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁴ OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano, op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁵ *La buena fe*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984, p. 80.

¹⁴⁶ *Teoría general de las obligaciones, op. cit.*, p. 66.

convivencia¹⁴⁷. Además, su regulación permite al ordenamiento jurídico evitar causar daños a los demás y, así, garantizar la justicia y mantener la paz social.

Por otro lado, se cuestiona si se trata de una noción única de buena fe con dos sentidos o de dos instituciones distintas e independientes, cuya única conexión es el nombre. Esto último se apoya en los distintos términos empleados para referirse a la buena fe por parte del Derecho germánico. Puesto que, utilizan la palabra *guter glauben* para aludir al aspecto subjetivo, es decir, la creencia o ignorancia; mientras que la frase *treu und glauben* hace referencia al sentido objetivo, entendido como regla de comportamiento leal entre los contratantes¹⁴⁸.

No obstante, la doctrina en su mayoría concuerda que ésta se ha concretado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo. En relación a ello, DE LA PUENTE Y LAVALLE señala de manera general, que el primero hace referencia a “la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, (...) y se le llama buena fe-creencia”¹⁴⁹; en cambio, en el segundo, “la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto, denominándose buena fe-lealtad”¹⁵⁰.

Respecto a la buena fe subjetiva, es conveniente exponer algunas definiciones. Así, MORELLO la define como “un estado psicológico que el marco jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir, para lo cual se verificará la determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención del participante”¹⁵¹.

Por su parte, PUIG BRUTAU considera que “es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, (...), de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico”¹⁵². En ese mismo sentido, DE LOS MOZOS sostiene que ésta “se funda en la convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas, de no haber realizado una injusticia”¹⁵³.

En virtud de ello, DE LA PUENTE Y LAVALLE no solo señala que las anteriores definiciones presentan como elemento común, concebir la buena fe subjetiva como un estado psicológico; sino también, sostiene que ésta se caracteriza por ser “una creencia personal del sujeto

¹⁴⁷ Cfr. BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸ Cfr. REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 498.

¹⁴⁹ *El Contrato en General*, op. cit., p. 332.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ *Ineficacia y frustración del contrato*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1975, p. 20.

¹⁵² *Introducción al Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 415.

¹⁵³ *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 32.

respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético”¹⁵⁴. Además, esta creencia no solo es subjetiva sino también razonada, pues el individuo ha apreciado todos los elementos de juicio que se encuentran a su alcance; y como consecuencia dicha apreciación es producto de su diligencia, es decir, de la búsqueda razonable de dichos elementos¹⁵⁵.

Otra característica es que esa “creencia, (...) determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar”¹⁵⁶; de manera que, se excluye el dolo o culpa. Por ende, el derecho otorga un trato beneficioso a ese comportamiento.

En síntesis, la buena fe subjetiva se puede definir como la convicción o creencia del sujeto de actuar conforme a derecho y, como consecuencia, éste otorga efectos jurídicos a la actuación basada en esa creencia. Asimismo, tal como lo afirma REZZÓNICO, si bien la buena fe implica un estado psicológico, también presenta un elemento ético, concebido como honestidad, probidad y rectitud; es decir, este estado estará acompañado de una actitud moral del sujeto, la cual muchas veces no es notoria pero existe¹⁵⁷.

En cuanto a la buena fe objetiva, PUIG BRUTAU sostiene que se trata de un criterio de valoración objetiva que permite juzgar si la conducta de una persona se ajusta a las reglas admitidas sobre lo que es recto y honesto; es un standard o prototipo de conducta, basado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales¹⁵⁸. En esa misma línea, FERREIRA RUBIO dice “es la conducta en el obrar, proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarlo”¹⁵⁹.

Por su parte, DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que “se trata de un deber de conducta impuesta al sujeto, con un contenido eminentemente ético”; e implica la tutela legítima de los intereses propios sin que se afecte los ajenos. Asimismo, sostiene que la aplicación del principio de buena fe, en su sentido objetivo, se realiza a través de la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, es decir un modelo de conducta social media, que tiene en cuenta el contexto social en el que se desenvuelve el individuo¹⁶⁰.

¹⁵⁴ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 335.

¹⁵⁵ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General, op. cit.*, p. 335

¹⁵⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General, op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁷ Cfr. *Principios fundamentales de los contratos, op. cit.*, pp. 513 y 514.

¹⁵⁸ Cfr. *Introducción al Derecho civil, op. cit.*, p. 415.

¹⁵⁹ *La buena fe, op. cit.*, p. 88.

¹⁶⁰ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 338.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la buena fe objetiva es el deber de obrar de manera leal y correcta¹⁶¹; es un criterio objetivo de conducta que un sujeto debe seguir. De manera que, tal como lo afirma MESSINEO, el aspecto objetivo de la buena fe conlleva una valoración ética, ya que implica que el comportamiento del hombre en las relaciones con sus semejantes, sea dirigido por la lealtad, probidad y corrección¹⁶².

Asimismo, tras analizar los conceptos de ambos aspectos, DE LA PUENTE Y LAVALLE concluye que se tratan de dos instituciones que protegen situaciones distintas y funcionan de manera independiente y, por ende, tienen distintas naturalezas; puesto que, en el sentido subjetivo “se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el (...) objetivo, de la aplicación de una regla impersonal de conducta”¹⁶³.

Por otro lado, también sostiene que lo común en ambos casos, es “el juzgamiento de una conducta, (...) determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió”¹⁶⁴. Es decir, la evaluación de una conducta con base en criterios éticos, ya que alude a una actuación honrada del sujeto. Sin embargo, considera que esta raíz común no es suficiente para sostener la existencia de una concepción unitaria de buena fe, pues como se ha señalado anteriormente, el autor considera que son instituciones distintas.

Asimismo, alega la existencia de otras instituciones como el abuso del derecho y las buenas costumbres, cuyo fundamento también es la moral y, que al igual que la buena fe, se manifiestan en las diversas ramas del derecho; por ello, –dice el autor– no se podría sostener que la incorporación de la moral en el derecho se llama buena fe¹⁶⁵. En otras palabras, sostiene que la moral no es fundamento exclusivo de la buena fe y, por ende, no tendría sentido calificarlo como un criterio propio y unificador de ambos aspectos.

No obstante, lo concluido por el autor evidencia que si bien la buena fe no es la única manifestación de la moral en el derecho; ello no impide que estos dos aspectos posean un elemento en común, que es la evaluación de una conducta con base en criterios éticos, ya que el autor alude a una actuación honrada del sujeto. Esto último parece ser acertado, pues en ambos casos, la buena fe se exterioriza por medio de una conducta que revela la posición moral de una persona respecto a una determinada situación. Así, en el aspecto subjetivo, la

¹⁶¹ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 314.

¹⁶² El autor sostiene que la buena fe objetiva significa “lealtad de conducta en las relaciones con otros sujetos, a lo que se une una valoración de orden ético”. (MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. por S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 22).

¹⁶³ *El Contrato en General*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, *op. cit.*, p. 340.

creencia de actuar conforme a derecho va acompañada de una postura moral propia del sujeto, mientras que en el objetivo, la conducta debe adecuarse a unos criterios éticos o prototipo de comportamiento social. De acuerdo con ello, se puede sostener que ambos sentidos tienen como base un fundamento ético, del cual no pueden prescindir; confirmándose, así, que “la buena fe es una, y (...) la posibilidad de armonizar ambas concepciones, aludiéndose a un fondo ético común”¹⁶⁶.

En ese sentido, cabe señalar que desde un punto de vista ético-social, este fundamento común implica que la buena fe como concepto general hace referencia al comportamiento del hombre de bien, entendido de manera inequívoca como quien “actúa de buena fe (...) dice la verdad y cumple con la palabra empeñada, (...) no induce a otros a engaño, no promete más de lo que sabe que podrá cumplir y, en general, quien no daña consiente y voluntariamente el derecho ajeno”¹⁶⁷; lo cual confirma que la buena fe se asienta sobre valores éticos.

De lo expuesto anteriormente, se entiende que la buena fe “no es un puro elemento de un hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus relaciones”¹⁶⁸. En otras palabras, tal como afirma BETTI, la buena fe es un principio concerniente a las diversas relaciones jurídicas de los particulares, es un deber que las complementa y de imprescindible valoración por el juez¹⁶⁹.

En suma, la buena fe es un principio general del derecho, extraído de la ética de la sociedad y, como consecuencia, admite criterios positivos inherentes a la conducta humana, los cuales deben ser seguidos por las partes en sus relaciones.

2. La buena fe en la etapa negocial

La buena fe como principio general del derecho, es una norma cuya aplicación se irradia de manera transversal a todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, PLA RODRÍGUEZ sostiene que “puede haber principios que sirvan simultáneamente para esta disciplina jurídica y para otras. Lo que debe ser exclusivo es el elenco en su conjunto (...), aunque cada uno de los principios que integren ese elenco sirvan para más de una disciplina”¹⁷⁰. De modo que, la

¹⁶⁶ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., pp. 515 y 516.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 516.

¹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “Prólogo”, *El principio de buena fe*. Civitas, Madrid, 1986, p. 11.

¹⁶⁹ El autor señala que la buena fe es “un principio relativo a las diferentes relaciones particulares de derecho para complementarlas y contribuir a su aplicación”. (BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 68.)

¹⁷⁰ *Los principios del derecho de trabajo*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 301.

buena fe es un principio ético jurídico presente en varias ramas del derecho, no es exclusivo de una determinada materia.

En ese sentido, la buena fe se encuentra presente, por ejemplo, en los Derechos reales a través del artículo 914 del Código Civil peruano que presume la buena fe del poseedor, salvo que se pruebe lo contrario y, además, agrega que esta presunción “no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona”. Sin embargo, no es el único, también se encuentran los artículos 906 referido a posesión ilegítima de buena fe y, el 907 que regula la duración de la posesión señalada en el artículo anterior. Asimismo, la buena fe se manifiesta en el derecho de familia a través del artículo 284, que regula la figura del matrimonio putativo; es decir, aquel que ha sido declarado inválido pero produce efecto respecto de los cónyuges e hijos si fue contraído de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

En el caso del derecho de contratos, la buena fe se encuentra en la base misma de las relaciones contractuales. Así, GARCÍA MAYNEZ describe la influencia de ésta en materia de contractual como “la sujeción de la conducta de los contratantes a los principios de rectitud y honradez establecidos por la moral vigente”¹⁷¹. En otras palabras, las partes intervinientes en el contrato, deberán actuar de conformidad con la buena fe en cada una de las etapas del mismo.

De esta manera, la buena fe contribuye a la consecución de la finalidad del contrato, que es satisfacer los intereses de cada uno de los contratantes, a través del cumplimiento de las prestaciones establecidas en cuanto son el reflejo de la voluntad común de las partes. Asimismo, actúa como un criterio de valoración de las conductas de las partes, que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar la responsabilidad civil contractual o extracontractual de uno de los contratantes, o al interpretar el contrato.

En ese sentido, el artículo 168 de Código Civil peruano refuerza lo dicho en el párrafo anterior, al establecer que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”; dado que, la relación entre acto jurídico y negocio jurídico es de género y especie y, al ser el contrato la clase más importante de éste último, la buena fe como criterio de interpretación también se predica del contrato.

Asimismo, cabe señalar que en materia contractual existen otros conceptos que se encuentran unidos y vinculados estrechamente a la buena fe como, por ejemplo, el principio de confianza, el deber de cooperación y el de corrección. Así, el primero es un principio general del derecho con un gran contenido ético y de aplicación en el ámbito interindividual.

¹⁷¹ *Filosofía del derecho*, Sexta edición, Porrúa, México, 1951, p. 94.

Además, tiene una especial relevancia en las relaciones jurídicas patrimoniales; puesto que, atribuye a las partes que intervienen en el tráfico jurídico, el deber de honrar o no defraudar las expectativas creadas en el otro, en tanto sean legítimas y cuenten con sustento, ya sea en la etapa previa de formación del contrato, como en la celebración y ejecución del mismo¹⁷².

En ese sentido, es conveniente señalar que este principio se encuentra presente en los diferentes supuestos de responsabilidad precontractual mencionados en el primer capítulo. Así, por ejemplo, en el caso que el contrato sea nulo, se advierte que la parte perjudicada confió en la celebración de un contrato válido; y en la ruptura injustificada de las tratativas, el tratante confió en que el contrato llegaría a celebrarse. Sin embargo, no se trata de cualquier confianza, ésta tiene unas características explicadas de mejor manera en este último supuesto, ya que uno de sus requisitos es la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato. De este modo, se hace alusión al principio en cuestión.

Este requisito implica que la confianza generada sea legítima, razonable y objetiva¹⁷³; por ello, para que ésta se produzca, se requiere la observación de dos factores, “el estado en que las conversaciones se encuentran y los comportamientos adoptados en ellas por las partes”¹⁷⁴. Respecto al primero, se puede sostener que es necesario que las conversaciones no sean meros acercamientos, sino que hayan experimentado un desarrollo y se encuentren avanzadas.

En cuanto al segundo factor, se tendrá en cuenta que la conducta de las partes esté dirigida por la buena fe objetiva; de manera que, una de ellas haya confiado en la posibilidad de celebrar el contrato, después de observar el comportamiento de la otra parte¹⁷⁵. En base a lo anterior, se puede sostener que el papel de la buena fe es orientar la conducta de las partes, que generarán la confianza en el otro tratante.

Respecto al deber de cooperación, “es un elemento inmanente a la relación, obliga a los contratantes también a un recíproco apoyo. Esa cooperación (...) ha de servir no solo para alcanzar la finalidad particular de los interesados sino la meta misma del contrato”¹⁷⁶. Es decir, implica una ayuda mutua entre los contratantes, dirigida a la consecución de sus propios intereses así como de la finalidad del contrato; esto es, el cumplimiento de las prestaciones establecidas previamente de común acuerdo.

No obstante, esta acción de cooperar no solo se manifiesta en la etapa de ejecución del contrato, sino también en el periodo precontractual; ya que en éste se requiere la cooperación

¹⁷² Cfr. REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 376.

¹⁷³ Cfr. BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 69.

¹⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 323.

¹⁷⁵ Cfr. BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 69.

¹⁷⁶ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., pp. 475 y 476.

de ambas partes para lograr la materialización del contrato; es decir, la celebración del mismo, sin que ello implique sacrificar los propios intereses. De esta manera, se evidencia que el principio de buena fe orienta el deber de cooperación.

Por su parte, el deber de corrección es uno de los diversos comportamientos que deben seguir los contratantes y, que complementa y refuerza el principio de buena fe; ya que consiste en “un comportamiento escrupuloso, particularmente serio, diligente, y caracterizado por un alto sentido de responsabilidad”¹⁷⁷; así como, en “abstenerse de toda injerencia indebida en la esfera jurídica ajena, para evitar un daño a la contraparte”¹⁷⁸.

De modo que, este deber coadyuva a la buena fe, a guiar la conducta de las partes hacia la meta establecida por ellas mismas; la cual, en la etapa precontractual, consiste en que los tratantes se conozcan y aproximen sus intereses con el fin de llegar a celebrar un contrato. Asimismo, en la etapa de ejecución, puede ayudar a valorar las actuaciones de los contratantes; es decir, que no solo estén dirigidas por la buena fe sino inspiradas en el respeto de los intereses ajenos; por eso, excluye toda forma de dañar a otros.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, resulta evidente que la buena fe se encuentra presente en cada una de las etapas del contrato, tal como se regula en el artículo 1362 del Código Civil peruano, al establecer que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Ahora bien, a efectos de esta investigación, conviene determinar qué aspecto de la buena fe se manifiesta en el periodo precontractual.

Al respecto, existen diferentes posturas en la doctrina, como resultado del análisis de la buena fe en el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942, que dispone que “Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe”; el cual influyó en la redacción del artículo 1362 del ordenamiento jurídico peruano, como se explicará más adelante.

En relación al artículo italiano, MESSINEO comenta que éste “conduce a pensar que esté en juego la buena fe en sentido objetivo, quedando excluida la referencia al estado de ignorancia de una situación, (...), o sea la buena fe en sentido subjetivo. Se presenta, pues, conforme a la noción de la buena fe objetiva, la observancia de la lealtad de conducta hacia la contraparte; (...) es así que la inobservancia de ella expone al sujeto a responsabilidad, por el daño causado a la contraparte”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos*, op. cit., p. 505.

¹⁷⁸ BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 68.

¹⁷⁹ *Doctrina general del contrato*, op. cit., p. 301.

En esa misma línea, GIUSEPPE MONATERI señala que la buena fe admite dos acepciones, una subjetiva y otra objetiva. Ésta última, entendida como “límite a la autonomía negocial de las partes; una acepción que se presenta (...) en materia de contratos (...), y que impone a las partes el respeto a los principios de lealtad, solidaridad y seriedad en la fase precontractual. El concepto de buena fe contemplado en el artículo 1337 (del Código Civil italiano) está comprendido en la segunda acepción, e indica el deber de lealtad que tienen las partes en el desenvolvimiento de las tratativas”¹⁸⁰. En otras palabras, el autor sostiene que el mencionado artículo alude a la buena fe objetiva.

Asimismo, agrega que “en el ámbito de la *culpa in contrahendo*, (...), la jurisprudencia considera que es innecesario determinar de forma específica el comportamiento subjetivo de mala fe; sería suficiente que la conducta de una de las partes resulte disconforme con el deber de lealtad que debe imperar en las tratativas precontractuales”¹⁸¹.

Por su parte, TRABUCCHI resalta la importancia la buena fe como guía del comportamiento de las partes, en los tratos preliminares. Además, concluye que “el artículo 1337 (del Código Civil italiano) constituye una norma específica, como aplicación del principio general de corrección y lealtad en los negocios, informador del espíritu de buena fe imperante en todo el campo obligacional”¹⁸². En virtud de lo antes expuesto, se puede concluir que estos autores comparten la postura de la doctrina mayoritaria, la cual sostiene que la buena fe que debe observarse en la etapa precontractual es la objetiva; esto es, que las conductas de los tratantes sean dirigidas por determinados valores éticos como la lealtad, corrección, compromiso.

Por el contrario, otro sector alega que en este periodo impera la buena fe subjetiva. Puesto que, sostienen que el artículo 1337 del Código Civil italiano debe entenderse como la calificación subjetiva de la infracción de los deberes de conducta que las partes se deben recíprocamente, por el hecho no de ser parte sino un tercero titular de derechos que pueden verse vulnerados por el actuar de la contraparte, al entablar tratos preliminares¹⁸³. Así, para SPOTA, este aspecto de buena fe debe dirigir todo el contrato incluyendo la etapa precontractual, pese a que no se llegue a concretar el mismo¹⁸⁴.

¹⁸⁰ “La Responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942-2002)*, trad. del italiano por Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2004, p. 534.

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. del italiano por Luis Martínez Calderrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 176.

¹⁸³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p 354.

¹⁸⁴ El autor sostiene que es “la buena fe-creencia la que está en juego, directiva ésta que no sólo ha de referirse a la concertación del contrato, sino aun a sus etapas preliminares, se llegue o no a esa relación contractual” (SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, vol. I, Ediciones Delpalma, Buenos Aires, 1975, p. 317).

No obstante, un sector minoritario de la doctrina, entre ellos BREBBIA, considera que al ser “la buena fe-creencia la convicción razonada y diligente que debe orientar la conducta de los precontratantes y la buena fe-lealtad la obligación a observar la conducta que la probidad impone”¹⁸⁵; se requiere la concurrencia de ambos aspectos en la etapa precontractual.

Por su parte, respecto a la buena fe exigida en el artículo 1362 del Código Civil peruano, cabe señalar que DE LA PUENTE Y LAVALLE, se inclina por el sentido objetivo, al señalar que “la conducta exigible a los tratantes (...), debe ajustarse según el standard jurídico del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponda a las circunstancias del tiempo y del lugar (lo que excluye la intención de causar daño), con el propósito razonable de llegar a celebrar el contrato que se proponen pero sin llegar a pedirseles que proteja los intereses de su adversario”¹⁸⁶.

Sin embargo, también refiere que en el supuesto de ruptura injustificada de las tratativas, el comportamiento de uno de los contratantes orientado por la buena fe objetiva, genera una confianza razonable en el otro sujeto, lo cual alude a la buena fe subjetiva; de manera que, ésta es el resultado de la anterior. Para llegar a esa conclusión, el autor sostiene que en el caso que no exista coincidencia entre la voluntad interna y la exteriorizada, se debe considerar como preponderante la teoría de la confianza, según la cual deberá prevalecer ésta última sobre la primera. Argumenta que el destinatario de la declaración, ha confiado razonablemente sobre la seriedad y objetividad de la misma; y que “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 del contrato, permite al destinatario dar valor como declaración de voluntad a lo que se le presenta verosímilmente como tal”¹⁸⁷.

Asimismo, expresa que el artículo 1362 acoge la teoría de la confianza a través de la buena fe-creencia, al establecer que los contratos se deben celebrar de buena fe. Puesto que, para él, dicha teoría permite recurrir a la apariencia, a lo que se presenta razonablemente como real, en los casos que no sea posible determinar las voluntades internas, cuyo concurso crea la voluntad común, y da paso, a la celebración del contrato¹⁸⁸. En otras palabras, según el

¹⁸⁵ *Responsabilidad Precontractual, op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁶ *El Contrato en General, op. cit.*, pp. 356 y 357.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 112.

¹⁸⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE expone que “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 se ofrece a nuestro entendimiento, para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza, que precisamente autoriza a los sujetos a dar como cierto a lo que presenta visos razonables de realidad. Obsérvese que, dado que la teoría de la confianza busca dar valor a la voluntad común, tratando de encontrarla en lo que las apariencias indican, el artículo 1362 del Código Civil, que admite dicha teoría a través de la buena fe creencia,

autor, en caso de discrepancia en la formación del consentimiento, se deberá aplicar la teoría de la confianza ya que el contratante ha creído de buena fe en la validez de la declaración de la otra parte. De esta manera, subsume en ella, la observancia obligatoria de la buena fe en su sentido subjetivo.

No obstante, lo dicho por el autor puede ser objeto de crítica, ya que para resolver el supuesto del que parte, se debe recurrir a lo establecido por el Código Civil peruano en los artículos 168 que a tenor dice “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe” y, el 1361 que dispone que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”. En ese sentido, tras realizar una interpretación sistemática de los mismos, se puede sostener que el Código Civil peruano parte de la teoría de la declaración, pues tanto el artículo 168 y 1361 sostienen que lo importante es lo que hayan declarado expresamente las partes; de modo que, la declaración de voluntad coincida con la voluntad común de las partes. No obstante, para no ser rígida su aplicación, se arriba a la teoría de la voluntad, la cual se manifiesta en el hecho que quien niega la coincidencia entre la voluntad interna y externa, debe probarla.

Asimismo, es necesario señalar que de la teoría mencionada por el autor, tal y como éste la describe, se puede apreciar que la confianza a la que alude, es aquella que parte de atender a las apariencias, lo que se manifiesta racionalmente como real; es decir, se debe observar la realidad para determinarla. Esto último parece poder predicarse de cualquier tipo de relación. Sin embargo, en materia de contratos, además de observar la realidad, que en el caso del periodo precontractual es verificar el estado en que se encuentran las conversaciones; se debe tener en cuenta que la confianza exigible en materia de contratos, tiene que ser legítima, razonable, objetiva y generada por actos, conductas o expresiones de uno de los tratantes, que estén orientadas por la buena fe objetiva.

Por otro lado, de acuerdo a las ideas expuestas, se considera que en la etapa precontractual se manifiesta la buena fe objetiva, la cual, tal como afirma BETTI al estudiar el artículo 1337 del Código Civil italiano, “no es la exigida en el activo cumplimiento de la expectativa ajena, una vez que la obligación ha quedado establecida”¹⁸⁹. Es decir, la buena fe exigida en la fase

coincide con la presunción contenida en el segundo párrafo del artículo 1361, que concede a la declaración una apariencia de responder a la voluntad común”. (*El Contrato en General, op. cit.*, p. 118).

¹⁸⁹ *Teoría general de las obligaciones, op. cit.*, p. 88.

precontractual no es la misma que en la contractual, pues en la primera el contrato aún no se ha celebrado, no existe una relación jurídica y, por ende, no surge una obligación.

En ese sentido, se concluye que en la etapa precontractual, la buena fe objetiva no surge como obligación sino como un deber de lealtad y corrección, el cual implica que la conducta de los tratantes –ya que aún no son deudor y acreedor– no puede ser aquella que solo se preocupe de colaborar con la contraparte descuidando sus propios intereses sino aquella en la que tutele éstos y, a la vez, respete los de la otra parte, con el objetivo de no instrumentalizar la fase precontractual para engañar mediante de la disfrazada intención de perseguir los mismos fines¹⁹⁰.

Por ello, el deber de buena fe comporta no solo conductas de no hacer emanadas del principio de no dañar como “abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte”¹⁹¹; sino también, positivas como informar o “expresar con claridad (...) el verdadero estado de las cosas, desengañándola de eventuales errores (...)”¹⁹². Es decir, este deber es acompañado por otros comportamientos denominados deberes secundarios de la conducta.

Finalmente, se puede sostener que en la vida real los participantes del tráfico jurídico esperan que el periodo precontractual se desarrolle bajo parámetros de lealtad, corrección, cooperación y confianza, desarrollados en líneas anteriores. En ese sentido, y conforme al sustento ético de la buena fe, la importancia de ésta en su aspecto objetivo radica en orientar la conducta de los tratantes durante esta etapa, con el fin de no constituir la en fuente de daños y posterior responsabilidad, así como, de ser posible, la consecución de la celebración del contrato.

3. Deberes secundarios de conducta

De acuerdo a lo sostenido en párrafos anteriores, la buena fe que se debe observar en la etapa precontractual es la objetiva, la cual surge como un deber de lealtad y corrección, que a su vez se traduce en diversas conductas, mencionadas anteriormente. Sin embargo, en algunos casos se encuentra acompañada por otros, denominados deberes secundarios de conducta. A estos últimos se refiere BREBBIA, al señalar que “los cánones de lealtad y probidad, que constituyen la esencia de la buena fe, se traducen en una serie de deberes (...) que los

¹⁹⁰ Cfr. MICCIO, R., *I diritti di crédito – Il contratto*, U.T.E.T., Torino, 1977, p. 108.

¹⁹¹ BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 88.

¹⁹² Ídem.

precontratantes deben observar (...), tales como la colaboración recíproca, la reserva o secreto, la conservación o custodia y el abstenerse de realizar actos antifuncionales”¹⁹³.

En ese sentido, DÍEZ-PICAZO sostiene que en la etapa precontractual, deben observarse el deber de negociar de buena fe, de suministrar información, de protección y de confidencialidad¹⁹⁴. Por su parte, CUADRADO-PÉREZ confirma los anteriores, aunque agrega el deber de protección y conservación y el de no abandonar las negociaciones sin justa causa¹⁹⁵. Mientras que, DE LA PUENTE Y LAVALLE expone que los más importantes son el de información, de claridad, de secreto y de custodia¹⁹⁶. A efectos de esta investigación, se tratará los siguientes: el de información, de secreto y el de no abandonar las negociaciones sin justa causa.

En cuanto al deber de información, implica que los tratantes deben mantenerse recíprocamente informados acerca de todas las circunstancias, de tipo objetivas y subjetivas, que rodean el futuro negocio objeto de tratativas; con la finalidad de disponer de varios elementos de juicio que les ayude al momento de decidir si celebran o no el contrato¹⁹⁷.

Por ese motivo, es importante que la información suministrada sea cierta o que corresponda al conocimiento que la parte suministrante pueda poseer sobre ello¹⁹⁸. Asimismo, que los futuros celebrantes procuren que la información intercambiada sea inteligible y no se preste a una mala interpretación¹⁹⁹. De manera que, este deber se encuentra relacionado con el de claridad.

En consecuencia, para DE LA PUENTE Y LAVALLE, deberán ser comunicados “aquellos aspectos relacionados con (...) el negocio, que no puedan ser reconocidos 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”²⁰⁰. Sin embargo, dicho autor considera que este deber no implica que uno de los tratantes se encuentra comprometido a comunicar aquellos datos concernientes a su condición económica, que podrían disminuir su poder de negociación.

¹⁹³ *Responsabilidad Precontractual, op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁴ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, 2007, p. 311.

¹⁹⁵ Cfr. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, VERDERA Y TULLES, Evelio (Dir.), Studia Albornotiana, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pp. 48 y 50.

¹⁹⁶ Cfr. *El Contrato en General, op. cit.*, pp. 357, 358 y 359.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 357 y 358.

¹⁹⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, 2007, p. 312.

¹⁹⁹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General, op. cit.*, p. 358.

²⁰⁰ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 358.

Por otro lado, además, de lo expuesto anteriormente, es necesario considerar que la obtención de la información se puede dar de dos maneras: la primera supone que cada parte debe buscarla por sus propios medios; es decir, tiene el deber de autoinformarse; en cambio, la segunda consiste en que uno de los tratantes la proporciona a raíz de la solicitud efectuada por el otro²⁰¹. No obstante, existen situaciones en las cuales una de las partes se encuentra en desventaja frente a la otra respecto a la obtención de información por sí misma, como en el caso de los consumidores; por ello, la ley le impone al empresario el deber de información.

En ese sentido, antes de exponer acerca de los contratos de consumo, es necesario hablar de un fenómeno contractual denominado contratación en masa, el cual surgió debido a la necesidad de comercializar bienes y servicios de forma masiva, y como consecuencia se creó un instrumento que ayudará a ese fin; es decir, un contrato homogéneo y con contenido preestablecido por una de las partes. De esta manera, surgen las cláusulas generales de contratación, los contratos de consumo y los de adhesión; estos últimos entendidos como aquellos donde una de las partes sólo tienen la opción de decidir si lo celebran o no, si aceptan o rechazan en su totalidad las cláusulas determinadas por la parte más fuerte, encontrándose impedida de negociar dichas estipulaciones²⁰².

Ahora bien, los contratos de consumo se encuentran regulados en el ordenamiento peruano, en el primer párrafo del artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece: “El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”. Asimismo, lo característico de esta figura jurídica y la razón por la cual se protege al consumidor se encuentra en la asimetría informativa; puesto que, “una categoría de agentes económicos -los proveedores- se encuentra en una posición ventajosa frente a la otra -los consumidores o usuarios- como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia a su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo. Quien conduce un proceso productivo y/ o de comercialización de bienes y servicios cuenta con la posibilidad de adquirir y utilizar de mejor manera información relevante y con ello, eventualmente, obtener una ventaja que podría ser utilizada en contravención a la Ley”²⁰³; y en contra de los consumidores.

²⁰¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 312.

²⁰² *Ibíd.*, pp. 309 y 310.

²⁰³ Resolución N° OS5-96-TDC de fecha 13 de noviembre de 1996; recaída en el Expediente No 005-96-CPC; emitida por la Sala de Defensa de la competencia de Indecopi.

En otras palabras, la asimetría informativa se puede entender como una característica del intercambio comercial por la cual uno de los agentes económicos, es decir el proveedor posee una mayor cantidad y calidad de información acerca de los productos y servicios que brinda en el mercado y son adquiridos por los consumidores; y como consecuencia, conseguir una ventaja en la negociación y celebración del acuerdo en contra del consumidor. Por tal razón, se justifica la introducción del deber de información, como parte de la protección que el ordenamiento jurídico brinda al consumidor.

Así, el inciso 1 del artículo 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor regula el mencionado deber de la siguiente manera: “El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. Asimismo, el inciso 2 del mismo artículo dispone que “La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en castellano”; es decir, establece las características que debe poseer la información suministrada por el empresario, lo cual concuerda con lo expuesto líneas arriba.

En ese sentido, se puede concluir que en la etapa precontractual, el deber de información implica que el empresario brinde la información necesaria que permita al consumidor decidir si adquiere o no el producto o servicio que éste ofrece. De manera que, la finalidad de este deber es ayudar a los tratantes a conocer con exactitud el bien objeto del futuro contrato y, con ello, a adoptar una decisión.

Respecto al deber de secreto o también denominado de confidencialidad, puede ser definido de dos formas, como el deber de “guardar reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión de los tratos previos se haya conocido del otro”²⁰⁴; o “la obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos a causa, y no simplemente con ocasión, de las tratativas, y cuya difusión puede ser perjudicial para la contraparte”²⁰⁵.

En ese sentido, se puede concluir que esta última definición es la más adecuada, pues este deber implica no revelar información concerniente a hechos, características referidas al futuro negocio objeto de las tratativas. Asimismo, es necesario señalar que éste no tiene un carácter general, por ello, la información adquirirá la característica de confidencial cuando una de las partes así lo declare expresamente o se deduzca de forma explícita o tácita de las

²⁰⁴ CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, op. cit., pp. 48.

²⁰⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p. 358.

circunstancias de caso, y en consecuencia dicha información no podrá ser divulgada a terceros ni utilizada en beneficio propio.

Por último, el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa implica que los tratantes no desistan de continuar con las tratativas, salvo que cuenten con una razón justificante. Esto último guarda relación con uno de los supuestos de responsabilidad precontractual; pues para que se produzca la ruptura injustificada de los tratos preliminares es necesario que la causa sea injusta o producto de la arbitraria voluntad de uno de los tratantes. Asimismo, para determinar qué supuestos dan lugar a una ruptura injustificada, la doctrina considera conveniente establecerlos desde un sentido positivo; es decir, qué casos pueden ser considerados como una causa justa; ya que se trata de un concepto indeterminado que requiere concreción.

En ese sentido, para DÍEZ-PICAZO son causas justificadas del rompimiento de las tratativas, las circunstancias sobrevenidas que impiden a los tratantes llegar a celebrar el contrato, como, por ejemplo, la enfermedad de uno de ellos acontecida luego de iniciadas las negociaciones; la existencia de una mejor oferta de negocio, la cual debe ser comunicada al otro tratante a fin que decida si le es posible ajustar su propuesta a dicho ofrecimiento o mejorarlo; y el rechazo de una solicitud efectuada por una de las futuras partes para la revisión y posterior redacción de una cláusula ambigua²⁰⁶.

Por su parte, BLASCO GASCÓ concuerda con DÍEZ PICAZO al señalar que son causas justas, “los hechos sobrevenidos que inciden en el resultado final del contrato (...), como drásticas oscilaciones de la moneda o del mercado, grave depreciación del bien objeto de tratativas”²⁰⁷; es decir, alude aquellos supuestos que frustran el perfeccionamiento del contrato. Además, incluye como motivo justificante, la imposibilidad de llegar a un acuerdo, así como el conocimiento de alguna causa de ineficacia, nulidad, anulabilidad o de rescisión del mismo, como lo es la pérdida del objeto o la falta de capacidad de uno de los tratantes²⁰⁸.

En suma, los deberes antes mencionados así como el de buena fe en la etapa precontractual, se encuentran relacionados no solo con la ruptura de tratativas sino también con otros supuestos de responsabilidad precontractual. Así, por ejemplo, la falta de información podría conducir a una de las partes a incurrir en un error o vicio de la voluntad que posteriormente afecte a la validez del contrato; configurándose la nulidad del mismo.

²⁰⁶ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 323.

²⁰⁷ BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., pp. 70 y 71.

²⁰⁸ Ídem.

4. La aparente tensión entre los principios de libertad para contratar y la buena fe objetiva

Antes de desarrollar este punto, es necesario referirse al Derecho comparado. Así, por ejemplo, en los países de *common law* no se reconoce el deber general de la buena fe en la fase precontractual; por el contrario, se aplican otros mecanismos o figuras jurídicas que conducen a resultados muy parecidos a los obtenidos de aplicarse el referido principio, como se explicará en el último capítulo. En cambio, en aquellos ordenamientos jurídicos del sistema continental o *civil law* como Italia, España, entre otros, se plantean problemas respecto al contenido valorativo que posee la buena fe, el cual se ha desarrollado en los primeros apartados de este capítulo; así como, a su aparente oposición con el principio de libertad para contratar.

La problemática en cuestión consiste en la aparente tensión entre dos principios; puesto que, por un lado, la doctrina en su mayoría sostiene que por la libertad para contratar, los tratantes no están obligados a celebrar el contrato y, por lo tanto, pueden retirarse de las negociaciones en cualquier momento, sin incurrir en responsabilidad; por otro, algunos partidarios de la teoría contractualista consideran que en la etapa precontractual, la buena fe es una obligación que las partes deben cumplir, cuyo quebrantamiento genera responsabilidad²⁰⁹.

No obstante, esto no se debe entender como la oposición de un modelo contractual de cooperación basado en la buena fe y la colaboración entre las partes frente a uno caracterizado por el antagonismo de las partes, en el cual éstas velan solo por sus propios intereses. Por el contrario, se trata de armonizar ambos principios dentro del ordenamiento jurídico.

Para resolver esta cuestión, se deberá partir de premisas anteriores. La primera es que en la etapa precontractual no existe una verdadera relación jurídica entre las partes, es recién con la celebración del contrato que se crea dicha relación generadora de derechos y obligaciones entre éstas. Esto se relaciona con una característica de los tratos preliminares, pues a pesar de que se encuentran orientados a la celebración de un contrato, al iniciarlos, no se está ante uno, ya que no existe un vínculo jurídico en la etapa precontractual.

Cabe señalar que la buena fe objetiva no se contrapone a la naturaleza de los tratos preliminares, puesto que, si bien las partes deben actuar de acuerdo a la buena fe objetiva en

²⁰⁹ Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, pp. 904, 919 y 920.

la etapa precontractual, ello no significa que el acercamiento de los tratantes para negociar, se convierta en un vínculo jurídico, tal como lo afirma MICCIO²¹⁰.

Asimismo, otra característica de los tratos preliminares es su no obligatoriedad; es decir, los tratantes no se encuentran forzados a llegar a un acuerdo ni a celebrar el contrato; debido a que en este periodo, rige el principio de libertad para contratar.

En ese sentido, tal como se explicó en el segundo capítulo, el principio de libertad para contratar comprende dos dimensiones, la objetiva hace referencia a la facultad o “libertad de celebrar uno o más contratos o negarse a la iniciativa proveniente de otro sujeto a contratar”²¹¹; mientras que la subjetiva alude a “la facultad para celebrar el contrato con la persona que se desea”²¹². A efectos del presente análisis, interesa el aspecto objetivo; de modo que, al aplicar su contenido en esta etapa, se tendrá como resultado que nadie estará obligado a contratar por el solo hecho de haber iniciado tratos preliminares o negociaciones con una posible futura contraparte.

Por otro lado, la buena fe objetiva surge en la etapa precontractual como un deber de lealtad y corrección, el cual implica que la conducta de los tratantes está dirigida no solo a tutelar sus intereses sino a respetar los del otro tratante. Además, comporta conductas de hacer y no hacer, estas últimas relacionadas con el principio general de no dañar.

De esta manera, al armonizar la libertad para contratar con la buena fe objetiva, se obtiene como resultado, que los tratantes no están obligados a celebrar el contrato por el solo hecho de entablar tratos preliminares con otro tratante, y podrán retirarse de las negociaciones; no obstante, la ruptura de las tratativas deberá ser por una causa justa, de modo que, no será injusta cuando las partes hayan actuado de acuerdo a la buena fe objetiva. Así, por ejemplo, si uno de los tratantes no comunica la existencia de algún vicio que ocasione una posterior nulidad, el otro se podrá retirar de las negociaciones, con justa causa.

Por otro lado, conforme a lo expuesto en el segundo capítulo, los tratantes, en la etapa precontractual, velan por sus intereses y no necesariamente por los ajenos; sin embargo, en los intereses propios de cada uno de los tratantes se puede incluir la consecución de la celebración del contrato. Por ello es que los tratos preliminares se encuentran dirigidos a ese propósito, el cual es compartido por la buena fe, aunque de manera mediata; puesto que, debido a la incidencia de ésta en las negociaciones, los tratantes actuarán de acuerdo a la buena fe. De

²¹⁰ El autor señala que “es errado decir que con el sujetamiento de una relación social al imperativo de la buena fe, la relación se transforma automáticamente en un vínculo obligatorio”. (MICCIO, R., *I diritti di crédito – II contratto, op. cit.*, p. 100).

²¹¹ REZZÓNICO, J., *Principios fundamentales de los contratos, op. cit.*, p. 216.

²¹² *Ibidem*, p. 217.

manera que, deben respetar los intereses del otro, es decir realizar conductas de hacer y no hacer con el fin de no dañar a la futura contraparte; y a la vez tutelar los propios, pues ambos tendrán como interés lograr la celebración del contrato.

De acuerdo con las ideas expuestas, se puede concluir que no existe una contraposición entre ambos principios. Asimismo, si bien en muchos países la buena fe solo se aplica en las etapas de celebración y ejecución el contrato, también debe estar presente en la fase previa a la celebración de mismo; puesto que, orienta la conducta de las partes de acuerdo a criterios de lealtad y corrección, con el fin de no convertir esta etapa en fuente de daños y, de ser posible, llegar a un acuerdo. De esta manera, la libertad para contratar en armonía con la buena fe permite alcanzar un contrato justo y la no generación de responsabilidad derivada de los daños que se pueden producir en esta etapa.

5. Regulación de la buena fe en la etapa precontractual. Antecedentes en el Código Civil peruano

A propósito del análisis de la buena fe en el Código Civil peruano, es conveniente señalar que esta institución jurídica como principio general del derecho se manifiesta en diversos artículos del Código Civil. En ese sentido, SCHULZ sostiene que éste contiene 34 artículos, en los cuales se hace mención a la buena fe, distribuidos en los libros concernientes a los derechos de acto jurídico, familia, sucesiones, reales, obligaciones²¹³. Así, por ejemplo, el artículo 941 que regula la edificación de buena fe en terreno ajeno y, el 666 que dispone que el poseedor de buena fe que enajena un bien hereditario se encuentra obligado a restituir su precio al heredero.

No obstante, a efectos de esta investigación, al artículo materia de análisis es el 1362 que a tenor dice “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Puesto que, no solo se encuentra ubicado en el Libro VII sección primera, referida al contrato en general; sino que además, regula la aplicación de la buena fe en las etapas del contrato, en especial la de negociación, objeto del presente estudio.

Por ello, se explicará a grandes rasgos, el proceso de reforma que dio origen al Código Civil peruano de 1984, para luego poner énfasis en la formación del mencionado artículo, con el fin de entender el sentido que se le debe atribuir. De manera que, ello permita determinar si se puede considerar ese artículo como fundamento legal de la responsabilidad precontractual.

²¹³ Cfr. SCHULZ CIÑOVSKY, A., *Índice alfabético de materias del Código Civil*, Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1987, p. 16.

El proceso de reforma del Código Civil de 1936, se inició el 1 de marzo de 1965, con la constitución de la Comisión para el estudio y revisión de mencionado código, mediante Decreto Supremo²¹⁴. El encargo de revisar lo concerniente a la parte de contratos del mencionado código, recayó únicamente en ARIAS-SCHREIBER PEZET²¹⁵; quien en 1977 expuso ante la Comisión Reformadora, su Ponencia original y sus diversas modificaciones que se apreciaron en la presentación de las cinco ponencias sustitutorias de la original y en el Anteproyecto definitivo. Este último fue agregado al Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora, el cual fue enviado a la Comisión Revisora, quien lo modificó y elaboró un segundo proyecto, que tras su promulgación en 1984, se convirtió en el Código Civil peruano vigente²¹⁶.

Respecto al proceso de formación del artículo 1362 del Código Civil, cabe remitirse a los artículos 5 y 10 de la Ponencia original, los cuales tenían la siguiente redacción:

“Artículo 5.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

Artículo 10.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe. La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada”²¹⁷.

DE LA PUENTE Y LAVALLE explica que el primer artículo se refería a dos situaciones distintas: la primera hacía referencia a que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ello; y la segunda, que éstos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Este último sentido fue objeto de crítica, al considerarse que la buena fe era importante no solo en la ejecución sino también en la celebración del contrato²¹⁸.

Y como consecuencia, la primera ponencia sustitutoria no solo modificó la redacción del artículo 5, al suprimir la frase “deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común

²¹⁴ La Comisión para el estudio y revisión del Código Civil de 1936, también llamada reformadora, estaba conformada por Félix Navarro Irvine, Jorge Eugenio Castañeda, Jorge Vega García y Max Arias-Schreiber Pezet. (Cfr. OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, op. cit., pp. 119 y 120).

²¹⁵ En un principio el referido encargo fue encomendado a Max Arias-Schreiber Pezet y Vega García; sin embargo, tras el fallecimiento de Vega García en 1973, Arias-Schreiber Pezet se encargó de la revisión de la parte de contratos. (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p. 21)

²¹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., pp. 21 y 22.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 327.

²¹⁸ Cfr. *El Contrato en General*, op. cit., pp. 331 y 312.

intención de las partes”²¹⁹; sino también agregó un nuevo artículo que regulaba la buena fe. De manera que, en esta primera y en la segunda ponencia sustitutoria, los artículos 5 y 10 fueron modificados en cuanto a su numeración y contenido, que a tenor señala:

“Artículo 6.- Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

Artículo 14.- La ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren”²²⁰.

Posteriormente, en la tercera, cuarta y quinta ponencia sustitutoria, el artículo 6 conservó la misma redacción; sin embargo, se le asignó el número 15. Asimismo, se introdujeron algunos cambios en el artículo 14, el cual volvió a su formulación original, pero primero fue separado en dos artículos y luego éstos fueron unificados de la siguiente manera:

“Artículo 11.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe. La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada.

Artículo 15.- los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe”²²¹.

En la presentación del Primer Proyecto ante la Comisión Reformadora, el artículo 11 no fue modificado, asignándole el número 1380; en tanto, al artículo 15, se le consignó el número 1384 y se le agregó la frase “con salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho”. No obstante, el Anteproyecto de la Comisión Revisora solo modificó el artículo 1380, con una denotación negativa, redactándolo de la siguiente manera:

“Artículo 1380.- Quien de mala fe rompe las negociaciones previas a un contrato está obligado a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada”²²².

Por último, el segundo Proyecto eliminó el artículo 1380. Asimismo, agregó al artículo 1384 la palabra negociarse y retiró la frase “con salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho”; de manera que, el mencionado artículo tuvo la siguiente redacción: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, constituyéndose así el artículo 1362 del actual Código Civil.

Cabe mencionar que la elaboración del Código Civil peruano se vio influenciada por otros ordenamientos jurídicos como el italiano a través del artículo 1337 del *Codice Civile* de 1942

²¹⁹ Cabe señalar que el artículo 5 con su nueva redacción: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo”, y tras un ligero cambio, se convirtió en el actual artículo 1361° del Código Civil peruano. (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General, op. cit.*, pp. 331 y 332).

²²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General, op. cit.*, p. 328.

²²¹ Ídem.

²²² Ídem.

que dispone que “Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe”; el cual, a su vez, influyó en la reforma del Código Civil argentino de 1968, cuyo actual artículo 1198 primer párrafo establece que “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Y aunque, el artículo 1337 del Código Civil italiano podría ser considerado como un antecedente del artículo 1362 del Código Civil peruano; resulta evidente que la redacción de éste último es más semejante a la del artículo 1198 del Código Civil argentino, y no a la fuente original, es decir, el artículo 1337 del Código Civil italiano.

Tras haber observado el proceso de elaboración del artículo 1362, se analizará el sentido de éste. DE LA PUENTE Y LAVALLE, señala que las sucesivas modificaciones del artículo 1384 no estaban referidas a la buena fe sino a la ruptura de las negociaciones. Por lo tanto, para el autor, este artículo es “una solución de compromiso, que sin admitir abiertamente que la ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren, permita indirectamente, y con mayor flexibilidad, sancionar a quien negocia de mala fe”²²³.

No obstante, se pueden formular algunas críticas a lo expuesto por el autor, en base a los tipos de interpretación. La primera se relaciona con una interpretación histórica, a través de la cual se analizan los antecedentes históricos de la norma. En ese sentido, es conveniente recurrir a lo manifestado por ARIAS-SCHREIBER PEZET: “debe ponerse énfasis que la buena fe (...) tiene que existir no solo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de su negociación o tratativas. Nosotros fuimos partidarios de que se consignara una regla conforme a la cual la ruptura injustificada de la negociación permitiese a quien sufriera sus consecuencias exigir el resarcimiento de los daños y de los gastos realizados. Empero fue criterio de la Comisión Revisora no incorporar un precepto de esta naturaleza (sic), pese a que existen dos parecidos en la legislación comparada (...) en los artículos 1337 del Código Civil italiano y 465 del Código Civil boliviano”²²⁴.

De modo que, tanto de lo manifestado por ARIAS-SCHREIBER PEZET como de la Ponencia original y sustitutorias, así como del Anteproyecto, se puede deducir que el autor de las mismas es quien pretendió “regular legislativamente la etapa previa al contrato en la cual los interesados están negociando sin ofertas ni compromiso de voluntad y los alcances de la

²²³ *El Contrato en General, op. cit.*, p. 329.

²²⁴ *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*, t. I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, p. 117.

responsabilidad precontractual”²²⁵. Sin embargo, también precisa que fue la Comisión Revisora quien decidió suprimir el artículo 1380 del segundo Proyecto, por considerar que al incorporar la responsabilidad precontractual en el Código Civil, se limitaría la libertad para contratar presente en el periodo de tratativas.

En otras palabras, al analizar los antecedentes del mencionado artículo, se puede concluir que es el autor de las Ponencias quien quiso regular la responsabilidad precontractual a diferencia del legislador, cuya voluntad fue excluir al artículo 1380 referido a dicha responsabilidad, pues regularla significaría introducir un obstáculo a la libertad para contratar que rige esta etapa. De modo que, este artículo, al no ser promulgado en esos términos, nunca existió para el derecho.

Por otro lado, el legislador optó por incluir en el tenor del artículo 1384 la aplicación del principio de buena fe en las negociaciones; y como consecuencia, la redacción del mismo –y del actual artículo 1362 del Código Civil– es la siguiente: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. En ese sentido, como resultado de una interpretación literal del mencionado artículo, se entiende que tanto la etapa de negociación, celebración y ejecución del contrato, deben llevarse a cabo según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Asimismo, realizar una interpretación extensiva de la norma es atribuir un sentido más amplio a la norma interpretada del que resulta a primera vista de las palabras empleadas. Sin embargo, efectuar este tipo de interpretación del artículo 1362 significaría extraer de la norma aquello que no brota de sus signos lingüísticos. En ese sentido, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la norma no hace referencia a la ruptura de las negociaciones o a los daños ocasionados en esta etapa precontractual, ni tampoco a la naturaleza de la responsabilidad que éstos pueden producir, lo cual se determinará en el siguiente capítulo.

Por el contrario, la finalidad del artículo 1362 es regular el deber de las partes o tratantes de actuar de acuerdo a la buena fe en la celebración y ejecución del contrato como la negociación del mismo. Asimismo, cabe señalar que en la etapa precontractual se manifiesta la buena fe objetiva y su incorporación al ordenamiento jurídico se puede traducir como la aceptación de criterios éticos de valoración de la conducta; de manera que, su aplicación se sustenta jurídica y éticamente.

²²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p. 329.

Capítulo 4

La responsabilidad precontractual

En el presente capítulo se analizarán las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual así como sus principales argumentos, con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica y fundamento normativo de esta responsabilidad en el ordenamiento peruano y los daños susceptibles de indemnización.

1. Teorías sobre la responsabilidad precontractual

Después de la aparición de la teoría de la *culpa in contrahendo* introducida por JHERING, la doctrina se ha preocupado por estudiar los supuestos que dan origen a la responsabilidad precontractual con el fin de determinar su naturaleza jurídica, y fundamento normativo. Así, algunos autores consideran que se trata de una responsabilidad extracontractual, otros sostienen que es contractual, mientras que un sector minoritario propone una responsabilidad autónoma; teorías que se explicarán a continuación.

1.1. Teoría contractual. La teoría contractual tiene su fundamento más antiguo en lo que JHERING denomina la *culpa in contrahendo*, la cual es aquella que se presenta en el periodo previo a la conclusión del contrato, es decir, en la emisión de la oferta, y es susceptible de producir la nulidad del contrato. De manera que, si una de las partes incurre en esta culpa, tiene la obligación de indemnizar los daños causados a la otra; ya que éstos se generan en base a la celebración y ejecución de la oferta. En ese sentido, el autor sostenía que la naturaleza de esta responsabilidad era contractual pues el fundamento de esta reparación se encontraba en el contrato que, a pesar de ser declarado nulo, produce el efecto de indemnizar.

Como se expuso en el primer capítulo, esta teoría fue objeto de crítica por parte de DÍEZ-PICAZO, quien sostiene que es difícil aplicarla a aquellos casos en los cuales aún no se ha celebrado el contrato, ya que ésta fue desarrollada a partir de los contratos nulos. Además, agrega que esta teoría obligaba a recurrir a una ficción, pues el contrato, a pesar de ser declarado nulo, se constituía en fuente de responsabilidad²²⁶.

Así, la doctrina consideró que esta responsabilidad no podía fundarse en la *culpa in contrahendo* y decide buscar otros fundamentos como, por ejemplo, la tesis del contrato tácito. Según la cual, el inicio de las tratativas implica la existencia de un acuerdo tácito de

²²⁶ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 1993, p. 274.

voluntades entre los tratantes, cuya finalidad no solo es explorar la posibilidad de perfeccionar un contrato sino también asumir deberes de corrección, de información y de colaboración, que se derivan del acuerdo. De manera que, la inobservancia de éstos genera responsabilidad contractual, aun cuando el contrato final no llegue a celebrarse, pues se ha incumplido el acuerdo tácito²²⁷.

Sin embargo, esta teoría también es criticada por DÍEZ-PICAZO, quien considera que este acuerdo tácito, al igual que la mayoría de figuras que poseen la calificación de tácitas, era una ficción²²⁸.

Por otro lado, un fundamento parecido al anterior, aunque con mayor aceptación por doctrina alemana es la existencia de una relación jurídica precontractual nacida del contacto social. Al respecto, DÍEZ-PICAZO señala que “el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos”²²⁹.

En otras palabras, se trata de un contacto social que aparta la posibilidad de calificar a los participantes de los tratos preliminares, como personas extrañas o sin ninguna relación²³⁰. En ese sentido, la relación surgida de este contacto se puede definir como la interacción entre dos o más personas, denominadas tratantes o futuras partes, durante la etapa precontractual; de manera que, de producirse daños en dicho periodo, por quebrantar la confianza de la otra parte, se generará la obligación de indemnizar. De este modo, se buscó la contractualización de la responsabilidad precontractual.

Por otra parte, determinado sector de la doctrina considera que el fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en la buena fe, la cual puede ser entendida como un deber o una obligación. Así, por ejemplo, para MEDINA ALCOZ, se trata de un deber; pues señala que “la responsabilidad precontractual nace (...) de la vulneración de la buena fe —en el sentido objetivo—, (...) que tiene lugar cuando el precontrayente infringe el deber de corrección y coherencia que le es exigible durante la fase preparatoria del contrato”²³¹.

Asimismo, alega que esta responsabilidad al igual que la contractual “tienen su fuente en el incumplimiento de un deber que, si en ésta se concreta en el de realizar la prestación, en aquella se localiza en el de actuar de buena fe; deberes que, en ambos casos, se dan en la

²²⁷ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, op. cit., p. 365.

²²⁸ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 1993, p. 319.

²²⁹ *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 1993, p. 319.

²³⁰ Cfr. OJEDA GUILLÉN, L., *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, op. cit., p. 92.

²³¹ *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., pp. 21 y 22.

esfera de quienes se conocen, bien entre quienes se encuentran vinculados por un contrato, bien (...) por la buena fe que debe presidir las negociaciones previas”²³². En otras palabras, la autora considera que tanto la responsabilidad precontractual como la contractual deberían ser incluidas dentro de un criterio más amplio denominado responsabilidad entre conocidos cuya fuente es el incumplimiento de un deber, el de buena fe y el de realizar la prestación debida, respectivamente²³³. Sin embargo, es conveniente señalar que el perfeccionamiento de un contrato crea obligaciones entre las partes y no precisamente deberes como lo expone la autora.

En contraste con lo anterior, la buena fe puede ser considerada como una obligación. Al respecto, DE CUPIS, luego de analizar del artículo 1337 del Código Civil italiano señala que “la iniciación de tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento acorde a la buena fe. (...) El daño producido por el incumplimiento de tal obligación es un daño que recibe la denominación de contractual en tanto y cuanto tal expresión se aplica extensivamente a todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación, bien se derive de un contrato o de otra fuente”²³⁴.

Dicho de otro modo, el autor alega que el entablar tratos preliminares crea un vínculo jurídico entre los tratantes, que genera una relación obligatoria, cuya principal obligación es actuar de acuerdo a la buena fe; de manera que, su incumplimiento produce un daño. De esta manera, la naturaleza de responsabilidad generada en la etapa previa a la celebración del contrato es contractual por tratarse del incumplimiento de una obligación.

En esa misma línea se manifiesta JORDANO FRAGA, quien sostiene que la responsabilidad contractual no solo se produce por el incumplimiento de las prestaciones debidas sino por los daños causados entre quienes se encuentran relacionados por un vínculo obligatorio. Asimismo, califica a la responsabilidad precontractual como contractual, pues considera que en la negociación del contrato, las partes deben cumplir con la obligación legal de comportarse de acuerdo a la buena fe, cuya violación puede generar daños²³⁵. Es decir, para el autor, estos daños se producen dentro de un vínculo obligatorio entre los tratantes; de esta manera, incluye esta responsabilidad en uno de los supuestos que comprende la responsabilidad contractual. Por ello, propone un concepto amplio de responsabilidad

²³² MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 22.

²³³ *Ibidem*, p. 87.

²³⁴ *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Segunda edición, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 168 y 169.

²³⁵ Cfr. *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 31 y 32.

contractual que comprenda tanto la inejecución de prestaciones como la responsabilidad precontractual y aquella producida por la violación de deberes de protección²³⁶.

De la misma forma, PIZARRO Y VALLESPINOS expresan que “la responsabilidad contractual deviene cuando el comportamiento del sujeto viola (...) una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora. (...) La expresión responsabilidad contractual es muy estrecha para representar el concepto jurídico que nos ocupa, por lo que resulta preferible hablar de una responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional”²³⁷. Es decir, considera que la responsabilidad contractual debería denominarse obligacional; pues así abarcaría otros supuestos como la responsabilidad precontractual, ya que en ésta se vulnera la buena fe constituida como una obligación.

Por último, también se manifiesta PANTALEÓN PRIETO, quien propone “la posibilidad de que la responsabilidad contractual pueda extenderse a todos los casos en que, entre dañado y dañante, exista una relación de ‘contrato social’ (‘tratos preliminares’, ‘responsabilidad precontractual’, ‘relaciones contractuales de hecho’, etc.)”²³⁸. Así como, YZQUIERDO TOLSADA, para quien en un principio la ruptura de las tratativas tiene naturaleza extracontractual; sin embargo, también admite que “la expresión cumplimiento de sus obligaciones puede abarcar a más de una de esas situaciones en que dos personas se encuentran negociando y, por decirlo de algún modo, tiñendo de contractual a un encuentro que no llegará a tener tal carácter (ruptura de tratos preliminares) o que nunca lo ha tenido (responsabilidad derivada de contrato nulo)”²³⁹.

En suma, si bien los mencionados autores proponen un cambio en la denominación de la responsabilidad contractual por el término obligacional, subsumen en ella la responsabilidad precontractual pues consideran a la buena fe y los deberes secundarios de conducta como verdaderas obligaciones específicas en tanto conciernen a los tratantes durante las negociaciones de un contrato; de manera que, su incumplimiento puede producir daños y, como consecuencia, se incurre en responsabilidad contractual.

1.2. Teoría extracontractual. La teoría extracontractual sostiene que la naturaleza de la responsabilidad precontractual es extracontractual. Su principal argumento es la no existencia

²³⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., pp. 31 y 32.

²³⁷ *Instituciones de derecho privado, obligaciones II*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 328.

²³⁸ *Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984: Responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual (contrato de arrendamiento de cosas). Solidaridad entre los civilmente responsables de un daño*, Doctrina del fallo injustificado, CCJC, Núm. 6, septiembre – diciembre de 1984, p. 1876.

²³⁹ *El daño en la responsabilidad civil*, Segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 89.

de un contrato, el cual se constituye en el primer elemento para la configuración de una posterior responsabilidad contractual; ya que, ésta se le atribuye al deudor por un daño causado al acreedor producto de la inejecución de la prestación debida.

En ese sentido, en los supuestos de responsabilidad precontractual no sucede la inejecución de una obligación, ya que los tratos preliminares no crean una relación jurídica entre las partes, de la cual se deriven obligaciones, cuyo incumplimiento sea susceptible de resarcimiento por la vía contractual. De manera que, si durante la etapa precontractual llega a producirse algún daño, el tratante perjudicado podrá exigir la reparación de éste por la vía de la responsabilidad extracontractual²⁴⁰.

Asimismo, esta teoría encuentra su fundamento en la vulneración del principio general *neminem laedere*, o en la existencia de una conducta dolosa o culposa, es decir sujeta a un factor de imputación subjetiva. Respecto al primero –la vulneración del principio general *neminem laedere*–, es conveniente señalar que, tal como se expuso en el segundo capítulo, MOSSET ITURRASPE Y PIEDECASAS incluyen como un principio presente en la etapa precontractual, el deber general de no dañar a otro, cuyo incumplimiento genera la obligación de reparar el daño causado; es decir, todo aquel perjuicio susceptible de valoración económica que afecte a la persona, sus derechos y patrimonio. Además, sostienen que lo introducen como una acción para proteger a las víctimas, pues se trata de un deber más amplio y anterior al nacimiento de una relación contractual²⁴¹.

En ese sentido, VINAIXA MIQUEL sostiene que en caso de producirse algún daño durante las negociaciones, el tratante perjudicado podrá solicitar la reparación de éstos a través de la responsabilidad extracontractual; ya que, el fundamento de estos daños se encuentra en el deber general de no causar daños a otros²⁴².

Por otro lado, este fundamento fue objeto de crítica por parte de BLASCO GASCÓ, para quien considerar que la responsabilidad precontractual se basa en la vulneración de un deber genérico y universal, le resta valor a la responsabilidad contractual; ya que, el contratante incumplidor infringiría este principio pero en el ámbito del contrato. Asimismo, agrega que en

²⁴⁰ Cfr. VINAIXA MIQUEL, M., “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *op. cit.*, p. 980.

²⁴¹ Cfr. *Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.*, p. 33.

²⁴² La autora expresa que “si durante las negociaciones preliminares las partes no han llegado a ningún acuerdo capaz de vincular y de producir efectos, en el caso que se produzcan daños el perjudicado puede exigir su reparación por la vía extracontractual pero no por la vía de la responsabilidad contractual. En este caso los perjuicios tienen su fundamento en el deber genérico o *erga omnes* de no causar daños a nadie, no existiendo por consiguiente otra alternativa que la de calificar el daño como perjuicio extracontractual”. (VINAIXA MIQUEL, M., “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *op. cit.*, p. 980).

las tratativas no se vulnera el mencionado deber sino la buena fe objetiva, entendida como un comportamiento leal y correcto²⁴³.

No obstante, la teoría extracontractual no niega que las partes deben observar la buena fe objetiva en el periodo precontractual; sin embargo, ello no impide que la naturaleza de la responsabilidad suscitada durante esta etapa sea extracontractual. En ese sentido, CASTÁN TOBEÑAS afirma la existencia del deber de buena fe en esta fase del contrato; de manera que, si uno de los tratantes rompe las negociaciones sin justa causa, se encuentra obligado a reparar los daños en base a los principios generales del Derecho, presentes en algunas normas del Código Civil español, especialmente del artículo 1902, que regula la responsabilidad extracontractual²⁴⁴.

De igual forma, se manifiesta LASARTE ÁLVAREZ, para quien la naturaleza de la responsabilidad precontractual no se encuentra de manera expresa en la legislación española, pero se puede determinar a partir de los artículos 7.1 del Código Civil español referido al principio general de buena fe y el 1902 del mencionado código que regula la responsabilidad extracontractual²⁴⁵. Asimismo, DE LOS MOZOS quien sostiene que la buena fe presente en la etapa precontractual como un modelo de conducta para los tratantes, debe complementarse con la responsabilidad extracontractual; ya que quien abandona los tratos preliminares sin justo motivo, obra con dolo o culpa²⁴⁶.

En cuanto al segundo fundamento –la existencia de una conducta dolosa o culposa–, De COSSÍO Y CORRAL señala que “cuando culposa o dolosamente se infieren a otro perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado, o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento”²⁴⁷. Además, sostiene que “esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: nos encontramos ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana, derivada de un hecho ilícito.”²⁴⁸.

En ese mismo sentido, ALBADALEJO GARCÍA sostiene que en el derecho español “carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es solo

²⁴³ Cfr. *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 77.

²⁴⁴ Cfr. *Derecho civil español común y formal. Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general*, t. III, Séptima edición, Reus, Madrid, 1951, pp. 383 y 384.

²⁴⁵ Cfr. *Principios de Derecho civil. Contratos*, t. III, Sexta edición, Trivium, Madrid, 2001, p. 94.

²⁴⁶ Cfr. “Responsabilidad en los tratos preliminares del contrato”, *Estudios Responsabilidad Civil en Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo y YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coord.), Madrid y Buenos Aries, 2001, p. 80.

²⁴⁷ *Instituciones de Derecho Civil. Parte General, obligaciones y contratos*, t. I, Civitas, Madrid, 1988, p. 398.

²⁴⁸ Ídem.

un caso más de culpa extracontractual, a regirse por el artículo 1902 C.c.”²⁴⁹; pues considera que si bien los tratos preliminares no obligan a las partes a celebrar un contrato, sí se debe indemnizar a la otra parte por los daños ocasionados, en caso no exista una causa justa para el abandono, de modo que, la ruptura constituiría un acto ilícito²⁵⁰. Así también, para CARRASCO PERERA y CABANILLAS SÁNCHEZ el supuesto señalado por ALBALADEJO, debe regirse por la responsabilidad extracontractual²⁵¹.

En síntesis, para estos autores regular la responsabilidad precontractual como extracontractual permite que los futuros contratantes no desistan de iniciar tratos preliminares por temor a incurrir en una responsabilidad contractual, pues no existe una relación jurídica de la cual se derive una obligación, ya que aún no se ha celebrado el contrato.

Por otro lado, existe una postura particular sostenida por MORENO QUEZADA, quien sostiene que existe un derecho a abandonar las negociaciones, cuyo ejercicio autoriza a la partes a retirarse de las tratativas; no obstante, si este abandono o desistimiento se realiza de forma arbitraria o sin justa causa, cuando se esperaba razonablemente la celebración del contrato, se producirá un uso abusivo del derecho, y a partir de ello, llega a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil español, que regula la responsabilidad extracontractual²⁵². De esta manera, para el autor, el fundamento de la responsabilidad precontractual es la doctrina del abuso del derecho.

En ese sentido parece manifestarse GARCÍA RUBIO, para quien la responsabilidad precontractual se origina en el abuso del derecho a abandonar las negociaciones, el cual requiere de los siguientes requisitos para configurarse: el uso de manera unilateral, abrupta y arbitraria del derecho antes mencionado, el daño a un interés no protegido por una norma específica así como el carácter injusto del perjuicio²⁵³.

No obstante, esta tesis también es cuestionada por la doctrina. Así, DÍEZ-PICAZO, alega que el retirarse de las tratativas no es un derecho subjetivo, cuyo ejercicio extralimitado pueda llegar a constituir un abuso, sino que se trata de una manifestación de la libertad para contratar²⁵⁴.

²⁴⁹ *Derecho Civil, Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 378 y 380.

²⁵⁰ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil, Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 378 y 38.

²⁵¹ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Comentarios al artículo 1.101 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. I, ALBALADEJO Manuel (Dir.), Edersa, Madrid, 1989, p. 429; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1995, pp. 747-788.

²⁵² Cfr. *La oferta del contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual. Doctrina, legislación, comentarios y Jurisprudencia*, Colección Nereo, Barcelona, 1963, p. 45.

²⁵³ Cfr. *La responsabilidad precontractual en el derecho español, op. cit.*, pp. 130-134.

²⁵⁴ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, p. 319.

1.3. Teoría autónoma. Esta última teoría sostiene que la responsabilidad precontractual no se puede calificar como contractual o extracontractual; puesto que, no se basa en la inejecución de obligaciones ni en la violación de principio *neminem laedere*. Por el contrario, señala que esta responsabilidad posee características propias que la diferencian de las anteriores teorías; de esta manera, proponen la elaboración conceptual de un tercer género de responsabilidad civil así como su regulación específica²⁵⁵.

Entre los autores que comparten esta teoría se encuentra BREBBIA, quien señala que en el ordenamiento jurídico argentino se puede concluir que “la culpa *in contrahendo* se encuentra regida por las normas atinentes a la culpa extracontractual o aquiliana (...). Ello no significa, empero, que la culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres intrínsecos propios que la individualicen de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos”²⁵⁶.

En esa misma línea, se manifiesta ALONSO PÉREZ, quien considera que el fundamento de esta responsabilidad es la transgresión de la buena fe *in contrahendo*, la cual se produce mediante un comportamiento desleal, doloso o gravemente culposo, que quebranta la confianza de la otra parte; de manera que, dicha conducta generaría una responsabilidad extracontractual regulada por el artículo 1902 del Código Civil español. Sin embargo, también señala que a pesar de lo anterior, es conveniente una reforma que configure autónomamente esta responsabilidad²⁵⁷.

Por otro lado, de lo manifestado por este autor, MEDINA ALCOZ considera que no se refiere a una responsabilidad extracontractual sino contractual²⁵⁸; puesto que, la violación de la buena fe *in contrahendo*, presente en la etapa precontractual, posee un contenido idéntico a la exigida para los contratos en el artículo 1258 Código Civil español²⁵⁹.

Cabe señalar que esta teoría trata una cuestión de *lege ferenda*, al proponer la creación de una nueva especie de responsabilidad, pues en la actualidad carece de regulación específica. Sin embargo, en contra de esta postura, se encuentra DE LOS MOZOS, quien sostiene que la “configuración de la responsabilidad como un *tertium genus* no tiene buena presentación, ni siquiera si tuviera apoyatura legal, y no teniéndola no puede admitirse en modo alguno”²⁶⁰.

²⁵⁵ Cfr. MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., pp. 57, 58, 66 y 68.

²⁵⁶ *Responsabilidad precontractual. Evolución de la doctrina. Ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el Derecho argentino. Derecho comparado*. Rosario, 1957, pp. 50 y 51.

²⁵⁷ Cfr. “La responsabilidad precontractual”, op. cit., pp. 904 y 919-920

²⁵⁸ Cfr. *Responsabilidad Precontractual*, op. cit., p. 57.

²⁵⁹ Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, op. cit., pp. 904 y 919-920.

²⁶⁰ “Responsabilidad en los tratos preliminares del contrato”, op. cit., pp. 185 y 186.

2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual: ¿extracontractual o contractual?

A propósito del análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico peruano, es conveniente señalar los principales argumentos de las teorías expuestas líneas arriba así como desarrollarlos con ayuda de conceptos estudiados en capítulos anteriores. Así, la teoría extracontractual se sustenta en dos ideas: la no existencia de un contrato en la etapa precontractual así como en la violación del principio general de no dañar al otro; mientras que la teoría contractual se basa en considerar a la buena fe como una obligación específica que deben cumplir los tratantes en la negociación de un contrato, cuyo incumplimiento genera responsabilidad contractual.

En ese sentido, la teoría extracontractual sostiene que no puede haber responsabilidad contractual si no existe un contrato, el cual es un elemento necesario para la configuración de dicha responsabilidad, ya que ésta se produce por la inexecución de una prestación. Sin embargo, BLASCO GASCÓ expresa que éste es un argumento tautológico, pues de lo que se trata es de determinar si el inicio de los tratos preliminares produce o no un vínculo obligatorio entre los tratantes en cuanto deben comportarse según la buena fe²⁶¹.

Ante ello, cabe señalar que, tal como se expuso en el segundo capítulo, los tratos preliminares no obligan a los tratantes a celebrar un contrato²⁶². Asimismo, tampoco crean una verdadera relación jurídica entre éstos; es recién con la celebración del contrato que se crea dicha relación, de la cual nacen derechos y obligaciones entre las partes. En ese sentido, SANTOS BRIZ sostiene que “el periodo preparatorio del contrato no crea por sí solo vinculación jurídica alguna en tanto no se llegue a la perfección del contrato”²⁶³.

Por lo tanto, no se puede forzar la naturaleza de una institución jurídica, en este caso la de los tratos preliminares, para sostener algo contrario a dicha naturaleza, es decir que éstos crean una relación jurídica, cuando en realidad no son vinculatorios, tal como lo afirma MESSINEO²⁶⁴.

Por otro lado, la teoría contractual argumenta que la buena fe es una obligación específica que deben cumplir los tratantes en la negociación de un contrato, cuyo incumplimiento genera responsabilidad contractual. Sin embargo, la buena fe objetiva no es una obligación porque

²⁶¹ Cfr. *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, op. cit., p. 76.

²⁶² Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 317.

²⁶³ *La contratación privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 262.

²⁶⁴ El autor sostiene que “las negociaciones no son vinculatorias, en el sentido que el resultado de ellas no es todavía un contrato sino un esquema meramente hipotético que llegará a ser contrato, (...); por lo tanto las negociaciones no obligan”. (MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, op. cit., p. 309).

como se ha sostenido líneas arriba, los tratos preliminares no crean una relación jurídica de la cual nazcan obligaciones y cuyo incumplimiento sea susceptible de resarcimiento a través de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, tal como se explicó en el capítulo anterior, la buena fe en la etapa precontractual es un deber, el de comportarse de manera leal y correcta, lo que implica que los tratantes no solo tutelan sus propios intereses sino también respetan los intereses del otro. Además, esto se traduce en conductas de hacer y de no hacer, estas últimas emanadas del principio de no dañar.

En ese mismo orden de ideas, se manifiesta MICCIO, quien señala que “es errado decir que con el sujetamiento de una relación social al imperativo de la buena fe, la relación se transforma automáticamente en un vínculo obligatorio”²⁶⁵. Además, agrega que la buena fe objetiva es “una norma de conducta que la ley pone como límite entre lo jurídico y lo antijurídico”²⁶⁶; lo que refuerza lo antes dicho.

De acuerdo con las ideas expuestas, se puede concluir que si la ley establece que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe objetiva, la ruptura injustificada de los tratos preliminares, producto de la inobservancia del deber de buena fe objetiva, que cause un daño al otro tratante, constituye un comportamiento ilícito; de manera que, los perjuicios ocasionados deberán ser indemnizados a través de la responsabilidad extracontractual; con lo cual, se concuerda con lo expuesto anteriormente por ALBALADEJO²⁶⁷.

Ahora bien, respecto al ordenamiento jurídico peruano, es conveniente recordar las conclusiones del análisis realizado en el capítulo anterior al artículo 1362 del Código Civil peruano, el cual establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”; es decir, se trata de una norma que regula el deber de las partes o tratantes de actuar de acuerdo a la buena fe en la celebración y ejecución del contrato como en la negociación del mismo.

Asimismo, tras realizar una interpretación histórica, literal y no extensiva de la norma, se concluyó que ésta no hace ninguna alusión a la ruptura de las negociaciones o a los daños ocasionados en esta etapa precontractual, ni tampoco a la naturaleza de la responsabilidad que éstos pueden producir; puesto que, fue voluntad del legislador no regular este tipo de

²⁶⁵ *I diritti di crédito – Il contratto, op. cit.*, p. 100.

²⁶⁶ Ídem.

²⁶⁷ El autor sostiene que en el derecho español “carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es solo un caso más de culpa extracontractual, a regirse por el artículo 1902 C.c.”. Asimismo, considera que si bien los tratos preliminares no obligan a las partes a celebrar un contrato, sí se debe indemnizar a la otra parte por los daños ocasionados, en caso no exista una causa justa para el abandono; de manera que, la ruptura injustificada constituiría un acto ilícito. (ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 378 y 380.)

responsabilidad, porque de lo contrario, se limitaría el principio de libertad para contratar que rige esta etapa.

En ese sentido, el artículo 1362 del Código Civil peruano únicamente regula el deber de actuar conforme a la buena fe objetiva durante la etapa precontractual. De manera que, el rompimiento de las tratativas sin causa justa que produzca daños será un acto ilícito y deberá ser resarcido por la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1969 del Código Civil peruano, que a tenor dice: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor”; en ese caso, el autor del daño producido en la negociación del contrato deberá probar que no actuó con dolo o culpa, sino de acuerdo a la buena fe objetiva.

3. Los daños indemnizables. Interés negativo y/o interés positivo

En relación a los daños susceptibles de indemnización en materia de responsabilidad precontractual, es conveniente diferenciar entre el interés positivo y el negativo. Respecto al primero, puede ser definido de dos formas, como “el interés que tiene el acreedor en que la obligación se cumpla bien y fielmente”²⁶⁸; o “el interés (...) que tiene el contratante en el cumplimiento del contrato, de tal manera que el resarcimiento de este interés comprende todo el daño sufrido por él en razón de la inejecución de obligaciones sobre las que versa el contrato”²⁶⁹.

En ese sentido, de las definiciones anteriores, se puede evidenciar que este interés alude al cumplimiento de una obligación derivada de la celebración de un contrato, e incluye el daño emergente y lucro cesante. Por este motivo, la doctrina considera que no se debe indemnizar el interés positivo; es decir, los beneficios que uno de los tratantes hubiera obtenido de haberse perfeccionado el contrato. Por el contrario, ha determinado que en el caso de la responsabilidad precontractual, el interés vulnerado es el negativo; de manera que, el daño indemnizable deberá ser aquel producido casualmente por alguno de los supuestos de responsabilidad precontractual como la ruptura de los tratos preliminares sin justa causa, la nulidad del contrato o la negativa de una de las partes a observar la forma establecida por el ordenamiento jurídico para el negocio jurídico, cuando ya existía un acuerdo verbal entre éstas.

Respecto al interés negativo, BORDA sostiene que “el interés negativo consiste en aquellos daños que resultan de un contrato frustrado; en otras palabras, se trata de los daños que no

²⁶⁸ VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán por W. Roces, Reus, Madrid, 1934, p. 60.

²⁶⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en General*, *op. cit.*, p. 372.

hubiera sufrido el deudor de no haber celebrado el contrato y de no haber confiado en él; tal por ejemplo, (...) los perjuicios sufridos por confiar en la validez del contrato”²⁷⁰. Asimismo, OVIEDO ALBÁN señala que este interés consiste en “la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo”²⁷¹.

En otras palabras, los autores consideran que el daño al interés negativo se produce porque uno de los tratantes confió en la celebración del contrato que no llegó a celebrarse o que posteriormente fue declarado nulo. No obstante, existe una discusión acerca si este interés incluye únicamente el daño emergente o también el lucro cesante. Sin embargo, antes de analizar esta cuestión, es necesario exponer en qué consiste el daño emergente y lucro cesante.

Al respecto, DE TRAZEGNIES GRANDA sostiene que “la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida. (...) El daño emergente es siempre un empobrecimiento”²⁷². En cuanto al lucro cesante, manifiesta que “comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino”²⁷³. En esa misma línea, VICENTE DOMINGO señala que “el daño emergente (...) es el que se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño. (...) Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados y (...), conectados causalmente con el hecho dañoso”²⁷⁴. Asimismo, agrega que el lucro cesante es “la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo”²⁷⁵.

Ahora bien, después de esta aproximación a los conceptos de ambos daños patrimoniales, se analizará la controversia acerca de si el interés negativo solo incluye el daño emergente o también el lucro cesante, con el fin de determinar cuál de estos dos daños comprende la responsabilidad precontractual.

En ese sentido, las posturas de JHERING y FAGGELLA reflejan las diversas posiciones respecto al asunto en cuestión. Así, de acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo, JHERING considera que el interés negativo está determinado por la nulidad del contrato o la no

²⁷⁰ *Manual de obligaciones*, Undécima edición, Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 97.

²⁷¹ “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 330.

²⁷² *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Octava edición corregida y aumentada, Ara Editores, Lima, 2016, p. 34.

²⁷³ *Ibidem*, p. 35.

²⁷⁴ “El daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS Fernando (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 268.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 270.

conclusión del mismo, y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, pues la pérdida de oportunidades alternativas de negocios también deben ser indemnizadas. En cambio, FAGGELLA sostiene que solo deben ser reembolsados los gastos que se efectúan con el interés de celebrar el contrato o negocio proyectado; por ende, excluye aquellos trabajos realizados por las partes antes de entablar negociaciones como, por ejemplo, planos, proyectos y cosas construidas con el fin de ser modelos, en los contratos que una de ellas realice normalmente a causa de su profesión²⁷⁶. Es decir, el autor excluye el lucro cesante, postura contraria a la de JHERING.

Por otro lado, DE LA PUENTE Y LAVALLE sostiene que “la indemnización del interés negativo comprende tanto el daño emergente (el perjuicio efectivo sufrido por la no celebración del contrato al que se refieren las tratativas) como el lucro cesante (las ventajas que se habrían podido obtener si no hubieran desechado otras oportunidades)”²⁷⁷. Para APARICIO, además del daño emergente, también se debe indemnizar el lucro cesante entendido como “las ganancias que se habrían obtenido con la ejecución del contrato”²⁷⁸.

De lo dicho, se puede evidenciar que no existe discusión acerca de la aceptación del daño emergente, entendido como los gastos en los cuales ha incurrido uno de los tratantes en confianza de un contrato que no llegó a celebrarse o que fue declarado nulo. Cabe señalar que la confianza generada debe cumplir unos requisitos mencionados en el capítulo anterior, es decir, que sea legítima, razonable, objetiva y producto de actos, conductas o expresiones que el otro tratante realice de acuerdo a la buena fe objetiva.

Respecto al lucro cesante, algunos de los autores antes mencionados lo incluyen como daño indemnizable y señalan que son las ganancias dejadas de percibir por el tratante que rechazó otras oportunidades alternativas de negocios, por confiar en la celebración del contrato o en su validez. En ese sentido, con base en esta definición y en el hecho que una de las causas justificante de la ruptura de las tratativas es la existencia de una mejor oferta de negocio, la cual debe ser comunicada a la otra parte a fin que decida si le es posible ajustar su propuesta a dicho ofrecimiento o mejorarlo, se puede sostener que no se debe incluir el lucro cesante. Puesto que, el comunicar al otro tratante la existencia de una mejor oferta y darle la oportunidad de decidir si se ajusta o no a dicha propuesta, evidencia que quien comunica la oferta sí cuenta con la posibilidad de evaluar otras opciones de negocio, la conveniencia de éstas y, decidir si continúa o no con las tratativas. De manera que, si la otra parte no puede

²⁷⁶ Cfr. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, op. cit., p. 87.

²⁷⁷ *El Contrato en General*, op. cit., p 372.

²⁷⁸ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, op. cit., pp. 330 y 331.

mejorar dicha oferta, la parte que comunicó podrá retirarse de las negociaciones con justa causa, sin generar un daño a la otra parte y, de ser posible, llegar a celebrar la oferta de un mejor negocio, propuesta por un tercero.

Asimismo, es conveniente señalar que de acuerdo a la definición de lucro cesante dada por DE TRAZEGNIES GRANDA y a “la condición esencial –también para el lucro esencial– de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquéllas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino”²⁷⁹; las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del daño producido por la ruptura de las tratativas, serán aquellas que se hubiesen obtenido con la celebración del contrato y no las dejadas de obtener por la pérdida de otras oportunidades de negocios, lo cual refuerza lo antes dicho. Sin embargo, indemnizar los beneficios que el tratante afectado hubiese obtenido con la celebración del contrato y posterior ejecución de las obligaciones, implicaría resarcir el interés positivo, como si los tratantes hubiesen celebrado el negocio jurídico, lo cual no podrá ser aplicable a los supuestos de responsabilidad precontractual.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que en la responsabilidad precontractual el interés negativo solo comprenderá el daño emergente, excluyéndose el lucro cesante; es decir, se deberá indemnizar los gastos realmente efectuados con el propósito de celebrar el contrato. Asimismo no se deben incluir los gastos de publicidad efectuados por las partes, ya que a través de este medio se proponen los contratos²⁸⁰; así como, aquellos trabajos realizados por las partes antes de entablar negociaciones como planos, proyectos y cosas construidas que fungen de modelos en los contratos que realicen a causa de su profesión. Esto último no impide que los planos o proyectos que las partes decidan elaborar una vez iniciadas las tratativas, con el propósito de celebrar el contrato, puedan ser indemnizados; ya que la elaboración de dichos planos se da una vez iniciados los tratos preliminares y no en un momento anterior.

²⁷⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 35.

²⁸⁰ Cfr. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, op. cit., p. 16.

Capítulo 5

Tratamiento jurídico de la responsabilidad precontractual en el Derecho comparado

En el presente capítulo se analizará la regulación de la responsabilidad precontractual en los ordenamientos jurídicos de algunos países integrantes de los sistemas continental y anglosajón, con el fin de determinar qué postura han adoptado respecto a la naturaleza jurídica de la figura objeto de la presente investigación.

1. Ordenamientos jurídicos a favor de la responsabilidad contractual. Alemania, Grecia y Portugal

La doctrina de la *culpa in contrahendo* formulada por JHERING influyó en el ordenamiento jurídico alemán aunque no fue reconocida de manera expresa; pues el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) –Código Civil alemán– de 1900 recogió algunas ideas de esta doctrina para regular determinadas situaciones referidas a supuestos de invalidez del contrato. Así, por ejemplo, ordena la indemnización de los daños y perjuicios no solo cuando se trate de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, regulado en el § 122, sino también en los casos de contratos nulos por imposibilidad originaria de la prestación, la cual era conocida o debía ser conocida por una de las partes, tal como lo dispone los § 307 y 309²⁸¹.

Asimismo, otro ejemplo de la influencia de la *culpa in contrahendo* se encuentra en el primer párrafo del § 179, el cual establece que aquel que celebra un contrato en calidad de representante y carece de poder de representación, se encuentra obligado a cumplirlo o resarcir los daños si el representado no rectifica los actos realizados por el primero. Sin embargo, para resolver alguna controversia sobre responsabilidad en las tratativas, se debía recurrir al § 242 que dispone que “El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico”²⁸². Esto se debía a que, tal como lo afirma ASÚA GONZÁLEZ, la *culpa in contrahendo* es una

²⁸¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 316.

²⁸² Cfr. LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *THEMIS - Revista de Derecho*, Núm. 49, 2004, p. 138, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8571>, (consulta: 05 de agosto de 2019).

institución sustentada en una costumbre jurídica, por cual será responsable aquel que realice una conducta contraria a la buena fe en sentido objetivo, en la etapa precontractual²⁸³.

Posteriormente, la responsabilidad precontractual adquirió mayor importancia a nivel jurisprudencial a raíz del caso de linóleo presentado ante el Tribunal Supremo alemán en 1911. Éste versa sobre la controversia entre el dueño de un almacén y una señora, quien ingresó al local comercial para comprar un linóleo, y mientras era atendida por un trabajador, uno de los rollos de este material cayó sobre la señora, causándole lesiones²⁸⁴.

Al respecto, se podría pensar que la relación contractual no llegó a perfeccionarse y, por tanto, no habría responsabilidad por parte del dueño del almacén; sin embargo, el Tribunal alemán señaló que “existía una relación jurídica preparatoria de la compra similar a la contractual, creadora de un deber de cuidado (...) con respeto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación (...) tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercaderías. Por esto el daño causado por la conducta del dependiente debía enjuiciarse según el artículo 278 BGB”²⁸⁵. En otras palabras, el Tribunal determinó que la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual al sostener la existencia de la mencionada relación preparatoria de compra, pese a que el contrato no llegó a celebrarse; además, agregó que los daños ocasionados en la etapa de tratativas no solo pueden ser patrimoniales sino también físicos. De esta manera, somete esta responsabilidad a normas propias del ámbito contractual.

Asimismo, en la sentencia del 11 de mayo de 1979, el Tribunal Federal de Justicia alemán definió la *culpa in contrahendo* como una costumbre reconocida por todos, cuyo desarrollo jurisprudencial parte de la existencia de una laguna normativa en el Código Civil alemán²⁸⁶. Al respecto, ASÚA GONZÁLEZ afirma que esta laguna normativa se produce debido a que la responsabilidad contractual se genera por la imposibilidad sobrevenida de una prestación; mientras que en los casos de responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos, el § 823 dispone que la obligación de resarcir los daños ocasionados solo procede cuando se ha lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud o los bienes de una persona; es decir, se trata de una lista taxativa de bienes jurídicos. De manera que, los daños producidos

²⁸³ Cfr. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p. 291.

²⁸⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., 2007, p. 320.

²⁸⁵ Cfr. CABANILLAS-SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y laboral*, op. cit., pp. 25 y 26.

²⁸⁶ Cfr. LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, op. cit., p. 138.

por la responsabilidad precontractual no se encontraban regulados en esta norma ni en la referida a responsabilidad contractual²⁸⁷.

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia se vieron obligadas a buscar un fundamento para la responsabilidad producida en el periodo precontractual; de manera que, determinaron que el inicio de las tratativas, crea una relación jurídica obligatoria, de la cual surgen deberes de conductas que las partes deben cumplir²⁸⁸. Como resultado, esta figura se incorporó en la reforma del Código Civil alemán de 1896, a través de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del 11 de octubre de 2001, que entró en vigor desde el 01 de enero de 2002; de modo que, se modificaron algunos artículos del BGB, lo que supuso la codificación de una institución explicada principalmente por la jurisprudencia²⁸⁹.

En ese sentido, la responsabilidad precontractual en el BGB se encuentra regulada en el § 241 segundo párrafo, referido a los deberes que nacen de una relación obligatoria, dispone que “por el contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”²⁹⁰. Así como en el § 311 segundo párrafo numeral uno, el cual establece que una relación obligatoria con deberes, a la que alude el § 242, “surgen también mediante el inicio de las negociaciones contractuales; la preparación de un contrato en la que una de las partes, a la vista de una eventual relación comercial, proporciona a la otra la posibilidad de producir efectos sobre sus derechos, bienes o intereses, o le confía estos últimos; o, similares contratos comerciales”²⁹¹.

En otras palabras, se puede sostener que el nuevo Código Civil alemán reconoce que el inicio de las negociaciones o tratativas generan una relación obligatoria que impone deberes a las partes, cuyo incumplimiento puede generar daños a la otra parte, que deberán ser indemnizados, conforme el § 208.1 del BGB²⁹²; con el fin de restablecer la situación al estado en que se encontraba antes de producirse la negociación. De esta manera, este ordenamiento jurídico se inclina por considerar que la naturaleza de la responsabilidad es contractual, pues

²⁸⁷ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p. 37.

²⁸⁸ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, J., “La responsabilidad civil precontractual”, *op. cit.*, p. 104.

²⁸⁹ Cfr. LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 139.

²⁹⁰ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 327.

²⁹¹ VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, ROGE VIDE, Carlos y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), Reus, Madrid, 2012, p. 28.
https://books.google.com.pe/books?id=fnWKAqAAQBAJ&pg=PA34&dq=artículo+227+del+Código+Civil+portugues+de+1966,&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiC3snMI_kAhXjt1kKHd21DzkQ6AEIKDAA#v=onepage&q=artículo%20227%20del%20Código%20Civil%20portugues%20de%201966%2C&f=false, (consulta: 20 de agosto de 2019).

²⁹² Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 327.

le otorga la calificación de relación obligatoria a una etapa anterior a la celebración del contrato, con la cual nace una verdadera relación jurídica.

Cabe señalar que entre los países que comparten la postura de Alemania, se encuentran Grecia y Portugal. Así, el Código Civil griego de 1946 hace referencia a la responsabilidad precontractual en el artículo 197 y en el primer párrafo del 198, de los cuales se desprende que en la negociación del contrato, la parte que ocasione un daño a la otra, de manera culposa, tendrá la obligación de reparar los perjuicios causados, aun cuando no se llegue a un acuerdo²⁹³.

Por su parte, el Código Civil portugués de 1867 no regulaba esta responsabilidad a diferencia del Código Civil de 1966, que en su artículo 227: “Culpa en la formación de los contratos” dispone que “quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los preliminares como en su formación, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte”²⁹⁴. De esta manera, se introduce la figura de la responsabilidad precontractual sancionada en base al factor de atribución subjetivo; es decir, por la actuación dolosa o culposa de uno de los tratantes, aunque consideran como norma de conducta las reglas de la buena fe.

2. Ordenamiento jurídicos a favor de la responsabilidad extracontractual. Francia e Italia

Entre los países de sistema continental que adoptan la teoría extracontractual, explicada en el capítulo anterior, destacan Francia e Italia; cada uno con una manera particular de regular dicha postura. Así, el ordenamiento jurídico francés no regula expresamente la responsabilidad precontractual; pues el Código Civil francés, a través de numeral 3 del artículo 1134, establece que la etapa de ejecución del contrato debe llevarse a cabo conforme a la buena fe, sin hacer ninguna referencia a la fase de negociación o tratativas.

Sin embargo, la ruptura injustificada de tratativas ha sido objeto de estudio y reconocimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia; de modo que, para sancionarla se debe recurrir a los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés que regulan la obligación de indemnización de todo daño ocasionado por dolo o culpa. En ese sentido, esta figura jurídica es calificada como un acto ilícito, generadora de responsabilidad extracontractual, donde la parte perjudicada deberá probar la culpa de la otra parte que rompió las

²⁹³ Cfr. LEYSSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 140.

²⁹⁴ VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, *op. cit.*, p. 34. Cfr. Ídem.

negociaciones²⁹⁵. A diferencia del ordenamiento jurídico peruano, donde el artículo 1969 del Código Civil establece que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor”; de modo que, al aplicarlo a la etapa precontractual, la parte responsable del daño producido en este periodo, deberá probar que no actuó con dolo o culpa; lo cual resulta más justo para el tratante perjudicado.

Asimismo, es conveniente señalar que respecto a los daños indemnizables, el ordenamiento jurídico francés considera que la pérdida de la posibilidad de obtener futuras ganancias se deberá indemnizar cuando se pruebe la existencia de una posibilidad razonable y legítima. Para ello, es necesario evaluar el estado en que se encuentran las tratativas, con el fin de determinar si las utilidades dejadas de percibir a causa de la ruptura de las tratativas deben ser incluidas en el cálculo de del daño.

En ese sentido, se puede evidenciar que existe un contraste entre la postura asumida por el sistema jurídico francés y el planteamiento sostenido en el capítulo anterior, en relación a los daños indemnizables. Puesto que, éste último no incluye como daños las ganancias que se pueden haber obtenido de un futuro contrato, ya que ello incluiría las expectativas de la celebración del mismo; pero sí, los gastos basados en la confianza objetiva, legítima y razonable y realizados con el fin de conseguir un acuerdo.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico italiano se diferencia del francés en dos aspectos: en la regulación de la responsabilidad precontractual y en la no existencia de un criterio unánime respecto a la naturaleza de ésta, por parte de la doctrina y jurisprudencia. Respecto al primer aspecto, el Código Civil italiano de 1865 no regulaba esta figura; sin embargo el de 1942 sí lo hace, a través del artículo 1338 que recoge el conocimiento de las causales de invalidez al establecer que “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”²⁹⁶. De esta manera, se regula uno de los supuestos de esta responsabilidad referido a la existencia de nulidad del contrato.

Asimismo, el artículo 1337 dispone que “las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe”; es decir, que la etapa

²⁹⁵ Cfr. LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁶ LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 141; MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.*, p. 35.

de las tratativas se encuentra regida por un deber de buena fe objetiva, el cual exige que la conducta de las partes sea orientada por la lealtad, corrección y probidad, lo que implica diversos comportamientos como velar por los intereses propios y ajenos, comunicar al otro tratante la existencia de una causal de nulidad del futuro contrato, entre otros. De ahí que, el artículo 1338 antes mencionado regule este último comportamiento.

No obstante, si bien el artículo 1337 del Código Civil italiano, al igual que el 1362 del ordenamiento jurídico peruano, es una norma que regula el comportamiento de los tratantes en la etapa de negociación del contrato; no determina la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Respecto a esto último, no existe un criterio unánime en la jurisprudencia y en la doctrina, incluso dentro de esta última existen diferentes posturas. Así, por ejemplo, un sector doctrinario defiende el carácter contractual a partir de dos fundamentos, el primero se basa en el “incumplimiento de una obligación de diligencia que emana de la relación precontractual”²⁹⁷; puesto que, el artículo 1337 establece un deber específico, entre personas determinadas y no general como el de no dañar a otros, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad contractual.

El segundo argumento consiste en considerar que el artículo 1337 amplía el deber de buena fe a las negociaciones del contrato, estableciéndose así una semejanza entre los deberes precontractuales y los contractuales; de manera que, la naturaleza contractual de los segundos es aplicable a los primeros. Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que la naturaleza de esta responsabilidad es extracontractual, pues consideran que ante la ausencia de normas específicas, la vulneración de los intereses del otro tratante debe ser sancionada por el artículo 2043 de Código Civil italiano, que regula la responsabilidad extracontractual, ya que los artículos 1337 y 1338 son concreciones del principio general del *neminem laedere*²⁹⁸.

Por su parte, la jurisprudencia establece la naturaleza extracontractual de la responsabilidad materia de análisis, pues ésta no se produce por la violación de deberes precontractuales derivados de la buena fe; por el contrario, dicha responsabilidad se genera antes de la celebración del contrato, cuando aún no existe una relación jurídica contractual entre las futuras partes. En ese sentido, las Salas reunidas de la Corte de Casación mediante sentencia N° 749 del 06 de junio de 1976, recaída en el caso Marlin e Soc. imm. Caravella c.

²⁹⁷ GIUSEPPE MONATERI, P., “La Responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, *op. cit.*, p. 525.

²⁹⁸ Cfr. GIUSEPPE MONATERI, P., “La Responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, *op. cit.*, pp. 525, 526 y 527.

Com. Di Roma., se pronunció a favor de naturaleza extracontractual, constituyéndose así en la postura dominante²⁹⁹.

Por otro lado, es conveniente acotar que en el derecho comunitario europeo la responsabilidad precontractual también ha sido objeto de regulación en los Principios de Derecho europeo de contratos³⁰⁰; en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos³⁰¹; y en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

En ese sentido, el primer texto regula en su artículo 1:102, la libertad contractual de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido, conforme a la buena fe. Asimismo, en la sección 3 denominada “Responsabilidad en las negociaciones”, en el artículo 2:301 titulado “Negociaciones contrarias a la buena fe”, se establece que “1. Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. 2. Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. 3. En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”³⁰². De esta manera, se regula la responsabilidad precontractual causada por la ruptura de las tratativas.

De igual forma, el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, en la sección I “Tratos precontractuales” en su artículo 6 regula la responsabilidad precontractual al señalar que las partes tienen libertad para iniciar las negociaciones sin que incurran en responsabilidad por no llegar a un acuerdo o interrumpir los tratos preliminares, a menos que el comportamiento de los tratantes sea contrario a la buena fe objetiva³⁰³. En la misma línea, se manifiestan los

²⁹⁹ Marlin e Soc. imm. Caravella c. Com. Di Roma, Salas reunidas de la Corte de Casación, 6.3.1976, Núm. 749, en *Giust. Civ.*, 1976, I, p. 1671. Cfr. GIUSEPPE MONATERI, P., “La Responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, *op. cit.*, p. 530.

³⁰⁰ Estos principios fueron creados por la Comisión de Derecho europeo de los contratos precedida por Ole Lando.

³⁰¹ Este anteproyecto fue elaborado por la Academia Iusprivatistas Europea de Pavía.

³⁰² Los Principios de Derecho europeo de los contratos, parte I y II, han sido elaborados por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, cuyo presidente fue Ole Lando. La versión original se encuentra en el idioma inglés, titulada *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93. Asimismo, la traducción ha sido revisada por el Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos, p. 2, <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>. (consulta: 13 de agosto de 2019).

³⁰³ El artículo 6° del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos dispone lo siguiente: “Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe. 2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato. 3. Si en el curso de los tratos preliminares han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado. 4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la

Principios de Unidroit, pues a través del artículo 1.7 establece que las partes deben actuar de acuerdo a la buena fe durante todas las etapas del contrato, incluyendo la de negociación o formación del mismo³⁰⁴. Asimismo, el artículo 2.1.15 dispone que la ruptura de tratativas no genera responsabilidad, salvo que uno de los tratantes negocie de mala fe, ingrese o continúe en ellas cuando no tiene el propósito de celebrar el contrato³⁰⁵.

Por otra parte, los textos antes mencionados también hacen referencia a los deberes secundarios de conducta. Así, el deber de información se encuentra regulado en la sección I “Tratos precontractuales” el artículo 7 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, el cual establece que “En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo”³⁰⁶. Así como, en el artículo 3.8 de los Principios de Unidroit, que dispone lo siguiente: “Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”³⁰⁷. En otras palabras, regulan el deber de las partes de informar todas aquellas circunstancias que sean determinantes para celebración del contrato; de modo que, su incumplimiento puede afectar la validez del mismo.

El deber de secreto, también denominado de reserva o confidencialidad, se encuentra regulado en el artículo 8 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, en los siguientes términos: “1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares. 2. La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si

otra parte en la medida de los gastos que ésta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación del contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes”. (MEDINA ALCOZ, M., *Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.*, p. 38).

³⁰⁴ El artículo 1.7. establece que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”. (OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 315).

³⁰⁵ El artículo 2.1.15 de los Principios de Unidroit que a tenor dice: “Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En especial, se considerará mala fe el entrar en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo”. (OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 324).

³⁰⁶ GARCÍA CANTARO, C. *La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos*, trad. libre del autor, p. 10, https://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA, (consulta: 21 de agosto de 2019).

³⁰⁷ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 320.

además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento”³⁰⁸.

Asimismo, este deber es ampliado por los Principios de Unidroit a través del artículo 2.1.16 que dispone 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 en 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”³⁰⁹.

En ese sentido, a partir de los artículos antes mencionados se puede sostener que a diferencia de otros ordenamientos, el derecho comunitario ha regulado la responsabilidad precontractual así como los deberes precontractuales y las consecuencias de su incumplimiento, con el fin de garantizar la mínima protección de los negociantes en la etapa precontractual.

3. Una mirada al *common law*, con especial referencia a Estados Unidos

En materia precontractual, el *common law* no reconoce la existencia de un deber general de buena fe en las negociaciones de un contrato; de ahí que, el inicio de ésta no crea ninguna clase de deber ni obligaciones jurídicas entre las partes. Aunque, en el ordenamiento jurídico estadounidense, el *Uniform Commercial Code* de 1978, *section* 1-203, y el *Restatement (second) of Contracts* de 1981, *section* 205, impone a las partes el deber de buena fe u *obligation of good faith* en la ejecución –*performance*– o cumplimiento –*enforcement*– del contrato, no en las negociaciones³¹⁰.

Ahora bien, es conveniente señalar que, respecto a las reglas que rigen la responsabilidad precontractual, este ordenamiento jurídico se basa principalmente en la aleatoriedad de las tratativas, por la cual, las partes, al entablar negociaciones, asumen bajo su propio riesgo que éstas no culminen con la celebración de un contrato. Asimismo, aceptan las pérdidas que le

³⁰⁸ GARCÍA CANTARO, C. *La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos*, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁹ Cfr. OVIEDO-ALBÁN, J., “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 321.

³¹⁰ Cfr. LEYSER LUGGI, L., “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *op. cit.*, p. 133.

ocasione la ruptura de las tratativas, es decir, los gastos incurridos por la parte perjudicada así como las oportunidades perdidas producto de las negociaciones³¹¹.

Cabe señalar que la razón de calificar a las negociaciones como un proceso aleatorio radica en que la imposición de obligaciones a las partes en esta etapa del contrato, limita la libertad para contratar y, en consecuencia, podría desincentivar la iniciativa de los futuros contratantes de entablar tratativas. De esta manera, se puede sostener que adopta el principio *freedom to contract* o libertad para contratar como fundamento indirecto de la responsabilidad generada en esta etapa.

Sin embargo, lo anteriormente señalado no implica que la responsabilidad precontractual pase inadvertida para los jueces; pues existen otras figuras jurídicas como el enriquecimiento sin causa, la *misrepresentation* y la promesa específica producidas durante las negociaciones; a través de las cuales, la jurisprudencia y la doctrina estudian esta responsabilidad.

Respecto a la figura del enriquecimiento sin causa, “una de las partes en las negociaciones no puede, impunemente, adjudicarse de manera injusta los beneficios obtenidos de éstas para su propio uso”³¹². De hacerlo, se impondrá responsabilidad a la parte que se apropió de dichos provechos; de manera que, se indemnizarán los daños causados a la parte afectada, los cuales versarán sobre la apropiación de una idea revelada o los servicios prestados durante las tratativas, pues se trata de un aumento patrimonial indebido como resultado de las negociaciones.

Así, el primer supuesto objeto de indemnización consiste en la apropiación indebida de una idea expuesta por una de las partes durante las tratativas; de modo que, la otra parte responsable de divulgarla y/o utilizarla en su favor, deberá resarcir los daños en base a los beneficios que ganó por la idea apropiada o divulgada³¹³. Los casos más comunes en que se suele aplicar este tipo de restitución son los secretos comerciales y derechos de propiedad, entendidos estos últimos como ideas novedosas y concretas; así como, la violación de una relación confidencial entre el empleador y empleado, en la cual no es necesario establecer que la idea está siendo revelada bajo un acuerdo expreso de confidencialidad, como sí sucede en los dos casos anteriores.

El segundo supuesto se refiere a la prestación de servicios durante las negociaciones frustradas. En principio, la parte perjudicada, es decir aquella que prestó los servicios, no

³¹¹ Cfr. ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *THEMIS - Revista de Derecho*, Núm. 49, 2004, p. 83, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8569>, (consulta: 24 de agosto de 2019).

³¹² ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 89.

³¹³ Ídem.

podrá reclamar una indemnización; puesto que, en base a la aleatoriedad de las tratativas, el valor de los servicios prestados y las pérdidas originadas, pueden ser considerados como un riesgo propio de las tratativas, que las partes deben asumir. Además, porque se considera que los esfuerzos que realizan los futuros contratantes son hechos con el objetivo de conseguir la celebración de un contrato y, con ello, alcanzar sus propios intereses³¹⁴.

No obstante, en el caso *Hill vs. Waxberg*, resuelto en 1956 por el Noveno Circuito, Hill solicitó la ayuda Waxberg, un constructor, para la planificación de un proyecto para la construcción de un edificio, bajo la premisa que de obtener el financiamiento de la empresa FHA, sería contratado en la obra. Sin embargo, tras conseguir el financiamiento de FHA, Hill y Waxberg no llegaron a un acuerdo y, como consecuencia Hill contrató a otra persona para realizar la obra, y Waxberg demandó a Hill por el valor de los servicios prestados así como por los gastos incurridos³¹⁵.

Sobre éste, la corte determinó que Waxberg debía ser indemnizado en base al valor del beneficio adquirido por Hill; pero consideró como argumento “la naturaleza de los contratos implícitos en los hechos, cuando uno presta servicios a solicitud de otro con la expectativa de pago y en el proceso confiere a un beneficio al otro”³¹⁶. Asimismo, manifestó que “no hace diferencia alguna si el pago esperado es un pago inmediato al contado o en forma de ganancia derivada de un contrato”³¹⁷.

En otras palabras, se puede sostener que en este caso, la Corte consideró que las negociaciones deberían ser apreciadas como un contrato implícito surgido de los hechos, pues la prestación de servicios supone como contraprestación una retribución económica. De manera que, se atribuyó responsabilidad precontractual a la parte que se benefició con éstos y que debe restituirlos. En ese sentido, el *Restatement (Second) of Restitution* § 6.2 reafirma lo antes señalado al sostener que es posible la indemnización en este tipo de casos si el comportamiento del demandado es irracional y los gastos no pueden ser considerados como parte del riesgo que debe éste asumir al entablar negociaciones; lo cual concuerda con la aleatoriedad de las mismas³¹⁸.

³¹⁴ Cfr. ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 90.

³¹⁵ 237 F.2d 936 (9th Cir. 1956) El Caso *Hill vs. Waxberg* fue resuelto por el United States Court of Appeals, Ninth Circuit, el 26 de octubre de 1956, <https://casetext.com/case/hill-v-waxberg>, (consulta: 27 de agosto de 2019).

³¹⁶ ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 91.

³¹⁷ Ídem.

³¹⁸ Ídem.

Con relación a la segunda figura, *misrepresentation*, ésta consiste en que una parte representa fraudulentamente sus intenciones de alcanzar un acuerdo cuando en realidad no tiene intenciones de concretarlo; de modo que, la parte afectada podrá accionar contra ella por agravios o *tort*. Asimismo, el daño a resarcir comprenderá las pérdidas originadas en la confianza que la parte afectada depositó en la otra³¹⁹. Así, por ejemplo, un caso particular fue el de *Markov vs. ABC Transfer & Storage CO*, en el cual un arrendador de unos almacenes manifestó al arrendatario su intención de renovar el contrato; al mismo tiempo que negociaba con un tercero su venta, con la finalidad de asegurar que los almacenes se encontraran ocupados, mientras se realizaban las negociaciones de la venta. De modo que, si éstas fracasaban, aún contaría con la renovación del arrendamiento. No obstante, el arrendador notificó al arrendatario, con pocas semanas de antelación, para que desocupara los almacenes; por ello, el arrendatario demandó al arrendador por *misrepresentation*³²⁰.

Al respecto, la Corte Suprema del estado de Washington calificó como *misrepresentation*, “la promesa hecha sin cuidado o sin importar si será cumplida”³²¹; de modo que, el arrendador que había prometido, de manera fraudulenta, renovar el contrato de arrendamiento y negociar el monto de la renta, habría incurrido en responsabilidad precontractual. Y como consecuencia, la medida del daño indemnizable al arrendatario incluyó las pérdidas causada por la confianza que depositó en el arrendador; es decir, la mudanza a otro local y las ganancias dejadas de percibir por la pérdida del principal cliente³²².

En ese sentido, ALLAN FARNSWORTH sostiene, en base al razonamiento de la corte, que la *misrepresentation* es aplicable cuando una de las partes entabla negociaciones sin ninguna intención de celebrar un contrato, aun cuando la representación fraudulenta no sea manifiesta. Asimismo agrega, que esta figura también se puede aplicar en el caso que una de las partes no comunica su cambio de decisión respecto a la intención de continuar con las negociaciones³²³.

Por último, respecto a la figura *promissory estoppel* o también denominada promesa específica, ésta se encuentra regulada en el *Restatement (Second) of Contract*, sección 90. Se

³¹⁹ ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 92.

³²⁰ 76 Wash. 2d 388, 457 P2d 535. El Caso *Markov vs. ABC Transfer & Storage Co.* fue resuelto por la Suprema Corte de Washington, el 17 de julio de 1969, <https://www.courtlistener.com/opinion/1170009/markov-v-abc-transfer-storage-co/>, (consulta: 29 de agosto de 2019).

³²¹ ALLAN FARNSWORTH, E., “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 92.

³²² 76 Wash. 2d 388, 457 P2d 535. El Caso *Markov vs. ABC Transfer & Storage Co.* fue resuelto por la Suprema Corte de Washington, el 17 de julio de 1969, <https://www.courtlistener.com/opinion/1170009/markov-v-abc-transfer-storage-co/>, (consulta: 29 de agosto de 2019).

³²³ Cfr. “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 92.

trata de la promesa realizada por una de las partes a otra, durante las negociaciones, con el fin que ésta última decida involucrarse en el negocio. Asimismo, en cuanto a los daños indemnizables, la parte perjudicada puede solicitar el resarcimiento por pérdida de la confianza, que podrá incluir las oportunidades frustradas. Sin embargo, según ALLAN FARNSWORTH son pocos los casos de responsabilidad precontractual basados en esta figura, debido a que la carga de la prueba recae en los demandantes, quienes deben probar que la promesa fue formulada, así como la existencia de motivos razonables para confiar en ésta³²⁴.

Ahora bien, a partir de los alcances generales de estas tres figuras, se pueden establecer diferencias en cuanto a la medida del daño, pues en el enriquecimiento sin causa, la indemnización se mide en base al interés de las partes en la restitución³²⁵; lo cual implica que la parte responsable debe devolver los beneficios recibidos por la idea apropiada o los servicios prestados. De manera que, la parte perjudicada sea colocada en la situación en la que se encontraba antes de la afectación. No obstante, la carga de la prueba recae en el demandante, quien debe probar que los servicios prestados constituyen un beneficio real para el responsable, lo cual no sucede en los contratos implícitos surgidos de los hechos, tal como se aprecia en el caso de Hill vs. Waxberg.

Finalmente, en las figuras de la *misrepresentation* y la promesa específica, la medida del resarcimiento se basa en el interés de la confianza; por el cual se indemniza los *reliance damages*, es decir los gastos efectuados en base a la confianza depositada en la conducta de la parte que realiza la promesa o representa fraudulentamente sus intenciones. Sin embargo, no se suele incluir las oportunidades perdidas de celebrar otros negocios, salvo que la parte perjudicada acredite la existencia de éstas, con lo cual se protege el derecho de la parte afectada a ser indemnizada por los daños ocasionados.

³²⁴ Cfr. “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *op. cit.*, p. 94.

³²⁵ Cfr. POLINSKY señala que “el resarcimiento de los *restitution damages* -o daños por restitución- es uno de los resultados del remedio de la acción de daños”. (POLINSKY, M., *Introducción al análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 40 y 41).



Conclusiones

Primera. La *culpa in contrahendo* –doctrina elaborada por JHERING– es aquella que se presenta en el periodo previo a la conclusión del contrato, es decir, en la emisión de la oferta, y es susceptible de producir la nulidad del contrato; de manera que, si una de las partes incurre en esta culpa, debe indemnizar los daños ocasionados a la otra. En ese sentido, para el autor, la naturaleza de esta culpa es contractual ya que el fundamento de la reparación se encuentra en el contrato que, pese a ser nulo, produce la obligación de indemnizar.

Segunda. La responsabilidad precontractual es una institución jurídica derivada de los daños producidos en la etapa previa a la celebración del contrato. Una figura resaltante en este periodo son los tratos preliminares, los cuales no crean una relación jurídica o vínculo obligatorio entre los tratantes. Sin embargo, dichos tratos no son jurídicamente irrelevantes ya que este acercamiento de las partes para negociar constituye un hecho, que se convierte en un hecho jurídico cuando la ruptura injustificada de aquellos produzca daños a uno de los tratantes.

Tercera. La buena fe presenta dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero se puede definir como la creencia de actuar conforme a derecho y, como consecuencia, éste otorga efectos jurídicos a la actuación de un individuo basada en esa creencia. En cambio, el aspecto objetivo es el deber de obrar de manera leal y correcta, es un criterio de conducta o comportamiento que un sujeto debe seguir en sus relaciones.

Cuarta. La presencia de la buena fe en la etapa precontractual se manifiesta a través de su aspecto objetivo, pero no se trata de una obligación, pues en esta etapa no existe una verdadera relación jurídica; sino que surge como un deber de obrar con lealtad y corrección, es decir, que la conducta de las partes debe ser aquella que tutele sus intereses y respete los ajenos. Esto implica la realización de conductas de hacer y de no hacer como abstenerse de toda forma de dañar al otro tratante, derivadas del principio *neminem laedere*.

Quinta. Es importante resaltar que la presencia de la buena fe en la etapa precontractual no es incompatible con el principio de la libertad para contratar, pues si los tratantes no se encuentran obligados a celebrar un contrato por el solo hecho de iniciar tratos preliminares, y

podrán retirarse de las negociaciones; no obstante, la ruptura o el retiro de las tratativas deberá ser por una causa justa, lo que implica que las partes hayan actuado de acuerdo a la buena fe objetiva. De manera que, la armonía entre estos dos principios garantiza que las negociaciones se desarrollen de manera justa.

Sexta. La presente investigación determina que la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual, ya que la frustración de un contrato que no llegó a celebrarse o que posteriormente fue declarado nulo –lo cual incluye los supuestos de ruptura injustificada de las tratativas, la nulidad de un contrato y la negativa de uno de las partes a cumplir con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para el negocio jurídico, cuando existía un acuerdo verbal previo entre los tratantes–, que cause un daño a uno de los tratantes, constituirá un acto ilícito, y debe ser indemnizado por la vía extracontractual.

Séptima. El interés vulnerado en la responsabilidad precontractual es el negativo, es decir aquellos daños producidos por la frustración de un contrato que no se celebró o fue declarado nulo. En ese sentido, en la responsabilidad precontractual se debe indemnizar el daño emergente, que son los gastos efectivamente realizados con el propósito de celebrar el contrato; excluyéndose el lucro cesante ya que las ganancias dejadas de percibir por la pérdida de otras oportunidades alternativas de negocio no constituyen un daño cierto susceptible de resarcimiento.

Índice de Resoluciones y Jurisprudencia

Resolución peruana

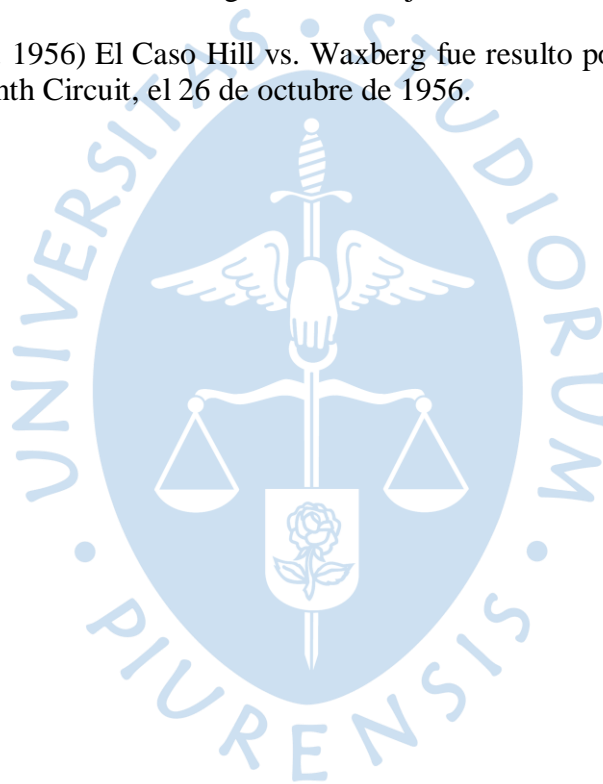
Resolución N° OS5-96-TDC de fecha 13 de noviembre de 1996; recaída en el Expediente No 005-96-CPC; emitida por la Sala de Defensa de la competencia de Indecopi.

Jurisprudencia extranjera

Marlin e Soc. imm. Caravella c. Com. Di Roma, Salas reunidas de la Corte de Casación, 6.3.1976, n 749, en *Guist. Civ.*, 1976, I, p. 1671.

76 Wash. 2d 388, 457 P2d 535. El Caso Markov vs. ABC Transfer & Storage Co. fue resuelto por la Suprema Corte de Washington, el 17 de julio de 1969.

237 F.2d 936 (9th Cir. 1956) El Caso Hill vs. Waxberg fue resultado por el United States Court of Appeals, Ninth Circuit, el 26 de octubre de 1956.





Referencias Bibliográficas

Libros y revistas

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1975.
- *Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, t. II, Doceava edición, Edisofer, Barcelona, 2004.
- ALLAN FARNSWORTH, Edward, “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *THEMIS - Revista de Derecho*, Núm. 49, 2004, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8569>, (consulta: 24 de agosto de 2019).
- ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”, *Revista critica de Derecho Inmobiliario.*, Núm. 485, Julio – Agosto 1971.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Décima Edición, trad. por J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1952.
- ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*, t. I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, Tirant lo Blanch Editora, Valencia, 2017.
- BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1987.
- *Responsabilidad precontractual. Evolución de la doctrina. Ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el Derecho argentino. Derecho comparado*. Rosario, 1957.
- BORDA, Guillermo, *Manual de obligaciones*, Undécima edición, Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Quinta edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1995.
- *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y laboral*, Civitas, Madrid, 2000.

- CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentarios al artículo 1.101 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. I, ALBALADEJO Manuel (Dir.), Edersa, Madrid, 1989.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y formal. Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general*, t. III, Séptima edición, Reus, Madrid, 1951.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Los oficios*, Sociedad Española de Librería, Madrid, 1928.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, VERDERA Y TULLES, Evelio (Dir.), Studia Albornotiana, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.
- CORTEZ PÉREZ, Cesar Daniel, “La responsabilidad precontractual”, *Los contratos, consecuencias de su incumplimiento*. TORRES CARRASCO, M. (Coord.), Gaceta Civil & Procesal civil, Lima, 2013.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General, obligaciones y contratos*, t. I, Civitas, Madrid, 1988.
- DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Segunda edición, Bosch, Barcelona, 1975.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- *Estudio del Contrato Privado*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983.
- DE LOS MOZOS, J., *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.
- “Responsabilidad en los tratos preliminares del contrato”, *Estudios Responsabilidad Civil en Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo y YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coord.), Madrid y Buenos Aries, 2001.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Octava edición corregida y aumentada, Ara Editores, Lima, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. t. I, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2007.
- D’Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Quinta Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Navarra, 2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- “La responsabilidad civil precontractual”, *Los contratos, consecuencias de su incumplimiento*, TORRES CARRASCO, M. (Coord.), Gaceta Civil & Procesal civil, Lima, 2013.

FERREIRA RUBIO, Delia, *La buena fe*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984.

GARCÍA CANTERO, C. La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos, trad. del autor, p. 10, https://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA, (consulta: 21 de agosto de 2019).

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Sexta edición, Porrúa, México, 1951.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GIUSEPPE MONATERI, Pier, “La Responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942-2002)*, Segunda edición, trad. del italiano por Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2004.

HILSENRAD, Arthur, *Las obligaciones precontractuales*, Analecta Editorial, Madrid, 1932.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil. Contratos*, t. III, Sexta edición, Trivium, Madrid, 2001.

LEYSSER LUGGI, León, “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presupuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual”, *THEMIS - Revista de Derecho*, Núm. 49, 2004, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8571>, (consulta: 05 de agosto de 2019).

MEDINA ALCOZ, María, *Responsabilidad Precontractual*, Casa Editorial Forum, Lima, 2006.

MENÉNDEZ MATO, Juan, *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986.

- *Doctrina general del contrato*, t. I, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986.

- *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, trad. por S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954.

MICCIO, Renato, *I diritti di crédito – Il contratto*, U.T.E.T., Torino, 1977.

MORENO QUESADA, Bernnado, “La oferta del contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, 1956.

- *La oferta del contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual. Doctrina, legislación, comentarios y Jurisprudencia*, Colección Nereo, Barcelona, 1963.

MORELLO, Augusto Mario, *Ineficacia y frustración del contrato*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1975.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, *Responsabilidad Precontractual*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006.
- OJEDA GUILLÉN, Luis, *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*, Montivensa Editora, Lima, 2009.
- ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Segunda Edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- OVIEDO-ALBÁN, Jorge, “Tratos Preliminares y responsabilidad precontractual”, *Contratos: estudios, análisis y tendencias*, CORDOVA SCHAEFER, J. (Ed.), Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando., *Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984: Responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual (contrato de arrendamiento de cosas). Solidaridad entre los civilmente responsables de un daño*, Doctrina del fallo injustificado, CCJC, Núm. 6, septiembre – diciembre de 1984.
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, *Instituciones de derecho privado, obligaciones II*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho de trabajo*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- POLINSKY, Mitchell., *Introducción al análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.
- PUIG BRUTAU, José, *Introducción al Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981.
- PUIG PEÑA, Federico, “Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial”, *Revista de Derecho Privado*, t. XL. Madrid, 1956.
- PUIG I FERRIOL, Luis, *Manuel de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997-1998.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966.
- SCHULZ CIÑOVSKY, Antonio, *Índice alfabético de materias del Código Civil*, Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1987.
- SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990.
- SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, vol. I, Quinta edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. del italiano por Luis Martínez Calderrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

VALÉS DUQUE, Pablo, *La responsabilidad precontractual*, ROGE VIDE, Carlos y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), Reus, Madrid, 2012, p. 28. https://books.google.com.pe/books?id=fnWKAqAAQBAJ&pg=PA34&dq=artículo+27+del+Código+Civil+portugues+de+1966,&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiC3snMl_kAhXjt1kKHd21DzkQ6AEIKDAA#v=onepage&q=artículo%20227%20del%20Código%20Civil%20portugues%20de%201966%2C&f=false, (consulta: 20 de agosto de 2019).

VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS Fernando (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2006.

VINAIXA MIQUEL, Mónica, “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 13, 2002, p. 980, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=291368>, (consulta: 02 de mayo de 2019).

VON JHERING, Rudolf, “Culpa in contrahendo, oder Shadensersatz bei nichtigen oder nicht zura perfektion gelangten Verträgen”, *Jhering Jahrbücher*, 1860. El ensayo fue traducido del alemán al italiano por Federico Procchi, *Della Culpa in contrahendo ossia del resarcimiento del danno nei contratti non giunti a perfezione*, Jovene Editore, Madrid, 2005.

VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán por W. Roces, Reus, Madrid, 1934.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *El daño en la responsabilidad civil*, Segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1993.

