

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA
INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES, A PARTIR DE
LA DEFICIENCIA NORMATIVA DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO
CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

AUTOR: Bach. Ronald Horacio Costilla Díaz

ASESORA: Dra. Betsy Sucety Cardenas Garcia



Trujillo – Perú

2017

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA
INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES, A PARTIR DE
LA DEFICIENCIA NORMATIVA DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO
CIVIL PERUANO”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

AUTOR: Bach. Ronald Horacio Costilla Díaz

ASESORA: Dra. Betsy Sucety Cardenas Garcia



Trujillo – Perú

2017

DEDICATORIA

Dedico este nuevo esfuerzo a mi madre, por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, por su incondicional amor, apoyo y sacrificio perfectamente mantenido a través del tiempo. Gracias por darme una carrera para mi futuro, todo esto te lo debo a tí.

A mi tía, a quien quiero como una madre, por compartir momentos significativos conmigo y por estar siempre dispuesta a escucharme y ayudarme en cualquier momento.

A mi familia, mil palabras no bastarían para agradecerles su apoyo, comprensión y consejos en los momentos más difíciles... gracias por creer en mí.

A una gran persona que conocí en los últimos semestres de mi carrera, y me deslumbra con su gran amor y apoyo incondicional... Te Amo.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la fortaleza necesaria para seguir adelante y enfrentar las adversidades sin perder nunca la fe, ni desfallecer en el intento.

A mi dilecta asesora de Tesis, Dra. Betsy Cardenas García, por sus sabios y amables consejos en cada una de las etapas metodológicas de este trabajo, sin los cuales no hubiera sabido ponerle el punto final.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

De mi mayor consideración:

Ronald Horacio Costilla Díaz, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta casa superior de estudios, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Facultad de Derecho, tengo el grato honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación denominado: **“Necesidad de regular la responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, a partir de la deficiencia normativa del Art. 1362 del Código Civil Peruano”**, el cual ha sido desarrollado siguiendo los lineamientos metodológicos aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Agradezco la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

.....
Bach. Ronald Horacio Costilla Díaz

RESUMEN

La Tesis que hemos denominado “**Necesidad de regular la Responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, a partir de la deficiencia normativa del Art. 1362 del Código Civil Peruano**”, se orienta a determinar los fundamentos y elementos jurídicos necesarios que nos permitan proponer una regulación jurídica eficiente de esta importante figura, con el objeto de contar con una institución plenamente reconocida a nivel de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, la formulación de nuestro Problema fue el siguiente: **¿EN QUÉ MEDIDA ES NECESARIO REGULAR LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CON LA FINALIDAD DE SUPERAR LA DEFICIENCIA NORMATIVA A NIVEL DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO CIVIL, RESPECTO DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES?**

En aplicación de los métodos lógicos y jurídicos, y considerando los fundamentos expuestos en los resultados, la jurisprudencia, la legislación comparada y entrevistas, se ha logrado concluir que resulta conveniente introducir en nuestro ordenamiento civil una reformulación legal que permita el no dejar desprovista de acción para solicitar una indemnización por aquellos daños y perjuicios que padece uno de los tratantes por el actuar de su contraparte que vulnera el principio de buena fe y lealtad, apartándose éste injustificadamente de las negociaciones, generándole una defraudación de las exceptivas fundadas en la celebración de un negocio jurídico.

Palabras claves:

Responsabilidad precontractual, tratos preliminares, deficiencia normativa, ruptura injustificada, resarcimiento de daños.

ABSTRACT

The Thesis that we have called "**Need to regulate pre-contractual liability as a result of the unjustified rupture of preliminary treatment, from the regulatory deficiency of Article 1362 of the Peruvian Civil Code**", is directed to the determination to substantiate the necessary legal elements to propose the legal regulation of this important legal figure, in order to have a fully recognized institution at the level of our legal system.

In this sense, the formulation of our Problem was the following: **TO WHAT EXTENT IS IT NECESSARY TO REGULATE THE FIGURE OF THE PRECONTRACTUAL RESPONSIBILITY WITH THE PURPOSE OF OVERCOMING THE NORMATIVE DEFICIENCY AT THE LEVEL OF ART. 1362 OF THE CIVIL CODE, REGARDING THE RECOVERY OF DAMAGES CAUSED AS A RESULT OF THE UNJUSTIFIED BREAKDOWN OF PRELIMINARY TREATMENTS?**

In application of the logical and legal methods, and considering the fundamentals exposed in the results, jurisprudence, comparative legislation and interviews, it has been concluded that it is convenient to introduce in our civil order a legal reform that does not allow to leave devoid of action for request compensation for those damages suffered by one of the traffickers by the action of its counterpart who violates the principle of good faith and loyalty, unjustifiably leaving the negotiations, generating a fraud of exceptions based on the conclusion of a business legal.

Keywords:

Pre-contractual liability, preliminary treatment, regulatory deficiency, unjustified rupture, compensation for damages.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--------------------------|------|
| CARÁTULA | I |
| CONTRACARÁTULA | II |
| DEDICATORIA..... | III |
| AGRADECIMIENTO..... | IV |
| PRESENTACIÓN | V |
| RESUMEN | VI |
| ABSTRACT | VII |
| TABLA DE CONTENIDO | VIII |

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

| | |
|--|----|
| 1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA..... | 15 |
| 1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA..... | 19 |
| 1.3. OBJETIVOS..... | 20 |
| 1.3.1. GENERAL..... | 20 |
| 1.3.2. ESPECÍFICO..... | 20 |
| 1.4. JUSTIFICACIÓN..... | 21 |
| 1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN..... | 22 |

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO

| | |
|---|----|
| 1. CONCEPTO..... | 26 |
| 2. CARACTERISITCAS GENERALRES DEL CONTRATO..... | 27 |
| 3. ELEMENTOS DEL CONTRATO..... | 29 |
| 3.1. ELEMENTOS ESENCIALES..... | 29 |

| | |
|---|----|
| 3.2. ELEMENTOS NATURALES..... | 30 |
| 3.3. ELEMENTOS ACCIDENTALES..... | 30 |
| 4. EL ITER NEGOCIAL..... | 31 |
| 4.1 LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO..... | 31 |
| 4.3 LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO..... | 33 |
| 4.3 LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO..... | 35 |
| 5. LAS TRATATIVAS ANTES DE LA OFERTA..... | 36 |
| 6. APRECIACIONES DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL..... | 37 |

SUBCAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

| | |
|---|----|
| 1. DEFINICIÓN..... | 40 |
| 2. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL..... | 41 |
| 2.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL..... | 42 |
| 2.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL..... | 42 |
| 3. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL..... | 43 |
| 4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS..... | 45 |
| 4.1 LA ANTIJURIDAD..... | 46 |
| 4.2 EL DAÑO CAUSADO..... | 47 |
| 4.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD..... | 49 |
| 4.4 FACTOR DE ATRIBUCIÓN..... | 49 |

SUBCAPÍTULO III

TRATOS PRELIMINARES

| | |
|---|----|
| 1. IMPORTANCIA DE LOS TRATOS PRELIMINARES..... | 51 |
| 2. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LOS TRATOS PRELIMINARES..... | 52 |
| 3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS TRATOS PRELIMANRES..... | 54 |
| 4. ALCANCES SOBRE LOS TRATOS PRELIMINARES A NIVEL DEL ARTÍCULO 1362 DEL CODIGO CIVIL | 57 |

| | | |
|-----|---|----|
| 5. | ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS TRATOS PRELIMINARES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL..... | 58 |
| 6. | INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL COMPORTAMIENTO DE LOS TRATANTES..... | 61 |
| 6.1 | BUENA FE SUBJETIVA O BUENA FE CREENCIA | 62 |
| 6.2 | BUENA FE OBJETIVA O BUENA FE LEALTAD | 63 |
| 6.3 | REGLAS DE LA BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL..... | 64 |
| 7. | DEBERES GENERALES Y ESPECIFICOS DE CONDUCTA DE LOS TRATANTES DERIVADOS DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE..... | 67 |
| 7.1 | DEBER DE LEALTAD..... | 70 |
| 7.2 | DEBER DE INFORMACIÓN..... | 71 |
| 7.3 | DEBER DE CONFIDENCIALIDAD O SECRETO..... | 73 |
| 7.4 | DEBER DE CLARIDAD..... | 75 |
| 7.5 | DEBER DE CUSTODIA Y CUIDADO..... | 75 |
| 7.6 | DEBER DE CORRECCIÓN..... | 78 |

SUBACAPITULO IV

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADO DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS

| | | |
|-----|---|-----|
| 1. | NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL..... | 81 |
| 1.1 | LA DOCTRINA DEL TERTIUM GENUS Y ABUSO DEL DERECHO..... | 82 |
| 1.2 | LA DOCTRINA EXTRA CONTRACTULISTA..... | 86 |
| 1.3 | LA DOCTRINA CONTRACTUALISTA..... | 88 |
| 2. | PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA..... | 91 |
| 2.1 | CONFIANZA RAZONABLE..... | 91 |
| 2.2 | RUPTURA INTEMPESTIVA O INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS..... | 100 |
| 2.3 | DAÑO EN EL PATRIMONIO..... | 106 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 2.4 | RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO EN EL PATRIMONIO Y LA CONFIANZA RAZONABLE..... | 111 |
| 2.5 | FACTOR DE ATRIBUCIÓN..... | 114 |
| 3. | PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN..... | 123 |
| 4. | DIFERENCIACIÓN CON LOS ACUERDOS PREPARATORIOS..... | 124 |

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

| | | |
|------|---|-----|
| 3.1. | HIPÓTESIS..... | 129 |
| 3.2. | VARIABLES..... | 129 |
| 3.3. | TIPO DE ESTUDIO..... | 129 |
| 3.4. | DISEÑO DE ESTUDIO..... | 130 |
| 3.5. | POBLACIÓN Y MUESTRA..... | 131 |
| 3.6. | MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN..... | 131 |
| 3.7. | TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN..... | 134 |
| 3.8. | MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS..... | 136 |

CAPÍTULO IV PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

| | | |
|-------------------------|-------------------------------------|-----|
| SUBCAPÍTULO I: | FUNDAMENTOS JURÍDICOS | 139 |
| SUBCAPÍTULO II: | RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS..... | 148 |
| SUBCAPÍTULO III: | LEGISLACIÓN COMPARADA | 164 |
| SUBCAPÍTULO IV: | ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA | 177 |
| SUBCAPÍTULO V: | PROPUESTA LEGISLATIVA | 191 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| CONCLUSIONES..... | 194 |
| RECOMENDACIONES..... | 198 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 200 |

ANEXOS

Anexo 01: Cuestionario.

Anexo 02: Casación N° 4407-2015-Piura.

ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS

CUADROS:

| | |
|--|-----|
| Cuadro Nro. 01: Evaluación de la regulación del Art. 1362, del Código Civil Peruano..... | 148 |
| Cuadro Nro. 02: Indemnización como consecuencia del daño ocasionado a uno de los contratantes..... | 151 |
| Cuadro Nro. 03: Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares..... | 154 |
| Cuadro Nro. 04: Elementos y contenidos de la indemnización..... | 157 |
| Cuadro Nro. 05: Requisitos de procedencia para el resarcimiento de los daños..... | 160 |

GRÁFICOS:

| | |
|---|-----|
| Gráfico Nro. 01: Evaluación de la regulación del Art. 1362, de Código Civil Peruano..... | 149 |
| Gráfico Nro. 02: Indemnización como consecuencia del daño ocasionado a uno de los contratantes..... | 152 |
| Gráfico Nro. 03: Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares..... | 155 |
| Gráfico Nro. 04: Elementos y contenido de la indemnización..... | 158 |
| Grupo Nro. 05: Requisitos de procedencia para el resarcimiento de los daños..... | 161 |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En la presente investigación se abordará la determinación de fundamentar los elementos jurídicos pertinentes con miras a proponer una eficiente regulación jurídica de la responsabilidad precontractual, como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, a partir de la deficiencia normativa del Art. 1362, del Código Civil Peruano, con el objeto de contar con una figura jurídica plenamente reconocida y eficaz a nivel de nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad, es bien sabido que la dinámica contractual en el plano jurídico, es una de las ramas del Derecho que más cambios ha presentado en el devenir de los años, debido que sus agentes han encontrado nuevas formas de acercamiento y negociación respecto a sus intereses (PALMA GANDI, 2013).

La doctrina es coincidente al delimitar las tres etapas por las cuales un contrato debe pasar para llegar a concretarse. Así, el *iter contractual* “registra las fases de negociación, celebración y ejecución, o como también podría denominarse precontractual, contractual, y postcontractual” (SIERRALTA RÍOS, 2009).

La primera de estas etapas es la que nos interesa a efectos de determinar un marco regulatorio, pues ésta fase es la que delimita la forma de actuación de los tratantes antes de que el contrato llegue a celebrarse. Es en las tratativas preliminares donde se produce el intercambio de información, se realizan cálculos, se valoran posibilidades, se desarrollan posibles problemas, se delimitan puntos de diferencia, y los tratantes van formándose una idea acerca de la verdadera naturaleza y alcances reales del negocio que pretenden realizar, y que les permita tomar una acertada deliberación de llevarlo adelante o no (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2003).

En ésta etapa, si bien los precontrayentes no se encuentran unidos por una verdadera relación jurídica en sentido estricto, sino más bien por una relación de contacto social, no quiere decir ello que no estén obligados al cumplimiento de ciertos deberes de comportamiento, como el de actuar correctamente con la otra parte que está negociando, observando las pautas que configura el principio de la buena fe y los deberes específicos de conducta que este principio impone a las partes y a las que se encuentran compelidas a cumplir, como el deber de información, de veracidad, de confidencialidad, de no negociar con terceros, de protección y otros comportamientos tendentes a evitar algún perjuicio a la otra parte (DIEZ PICASO, 1999).

Como se puede observar, el objeto de la fase preparatoria consiste en remover aquellos obstáculos que impidan el acercamiento de las posiciones de los negociantes con la finalidad de concretar el acuerdo o contrato previsto; para ello los tratantes se amparan en unos de los estribos básicos sobre el que se sustenta el derecho de la contratación como es el principio de la autonomía privada, por el que las partes son libres de no seguir negociando; y es que, durante esta etapa preparatoria, “los intervinientes tratan, pero no contratan”, o en otras palabras, hay *tractus* pero no *contractus*. (MEDINA ALCOZ, 2005)

En la segunda fase del *iter contractual*, conocida como la celebración, comprende el momento de la declaración de la oferta hasta su conocimiento y aceptación por el destinatario, con el fin de dar lugar a la celebración definitiva del contrato. Por último, en la ejecución contractual las partes han llegado a un acuerdo conforme a sus intereses por lo que, de acuerdo a la figura jurídica de naturaleza contractual, se determinan el convenio en salvaguarda a sus voluntades, con los derechos y obligaciones que la ley establece (GOMEZ ANGARITA, 1989).

Estas tres fases o estadios en la formación del contrato que se encuentran plenamente identificadas por la doctrina en general, en la práctica generan un sin número de problemas jurídicos en lo que concierne a las tratativas

antes de la formación del contrato, y que no siempre los tribunales de justicia pueden resolver con claridad. De pronto por ello es que nuestro actual Código Civil quiso evitarse mayores contratiempos disponiendo en su Art. 1362:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes”.

Bajo este contexto, nos anima la investigación del tema referido a las tratativas preliminares o negociaciones preparatorias que, como hemos dicho ,si bien no constituyen aun actos jurídicos —pero están en camino a serlo—, no es factible negar su importancia como institución jurídica, pues éstas se realizan con pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y es en mérito a tales tratativas, que los sujetos asumen deberes de comportamiento, los cuales ya hemos hecho referencia, y que nuestro Código Civil Peruano no reconoce eficientemente, lo que lleva a algunos especialistas a sostener que estamos ante una insuficiencia normativa en la regulación de la figura jurídica que venimos comentando.

Ahora bien, como regla general las tratativas al no ser obligatorias, dejan con absoluta libertad a los tratantes para poder alejarse de ellas en cualquier momento. Sin perjuicio de ello, debemos entender que la responsabilidad que estamos proponiendo, no se genera por el hecho de no celebrar el contrato; sino por la forma de accionar de uno de los tratantes que genere en el otro una confianza razonable en la inminente celebración de un contrato y uno de ellos (el que generó la razonable confianza) se aparte intempestivamente y sin justificación alguna de las negociaciones, ocasionando con ello daños al tratante que ha confiado, pues éste ha realizado gastos y acciones que a la larga resultarán inútiles e injustificadas.

Con un par de ejemplos podemos ilustrar mejor el panorama de la Responsabilidad Precontractual objeto de la presente investigación, y que en buena medida abona en la necesidad de contar con una regulación

específica a nivel de nuestro ordenamiento civil. Veamos cada uno de los ejemplos.

Uno. Los representantes de distintas empresas nacionales acuerdan reunirse para negociar la venta de sus acciones a favor de una empresa extranjera que recién ingresa al país. Se inician las negociaciones preliminares, posibles acuerdos futuros, proveedores y alianzas, sin embargo, se acerca la fecha de la reunión y la mayoría de empresas convocadas se inhibe de seguir participando sin mayor explicación, a pesar que la empresa convocante ha sufragado una serie de gastos e inversiones con miras a su nueva etapa de operaciones en el país.

Dos. De acuerdo a tratativas y conversaciones verbales asumidos entre un reconocido actor y un productor teatral, se produce una convicción sobre la presentación del artista en un determinado lugar y fecha, lo cual origina que el productor invierta su dinero en publicidad, logística para el evento, alquiler de local para la presentación e incluso las preventas de entradas para el espectáculo. Sin embargo, llegado el día del acontecimiento, el artista no se presenta, insinuando el no haber firmado documento alguno que le puede obligar a presentarse.

En ambos ejemplos podemos observar que una de las partes abandona injustificadamente las negociaciones, frustrando con ese actuar, la celebración de un contrato final. Al estar aún dentro de la etapa de negociaciones o tratativas – puesto que aún no se ha celebrado el contrato– la doctrina ha denominado a estos casos como responsabilidad precontractual y ésta se generaría por los daños ocasionados debido a la no celebración del contrato, siempre y cuando el reclamante pruebe que la conducta de su contraparte fue desleal y le inspiró una confianza verdadera que haya tomado la decisión de realizar una serie de gastos y acciones (pérdida de tiempo y capital invertido) que deberán ser resarcidas o reembolsadas, así como las consecuencias por el daño emergente y lucro cesante.

Sin embargo, en la doctrina existe un desacuerdo respecto al tipo de responsabilidad aplicable tomando en cuenta si existe o no contrato en la fase preliminar, y en todo caso, cuál es el régimen que se debe observar para los efectos de una reparación por los daños y perjuicios ocasionados. Esta situación se debe a la carencia de normas específicas que regulen los aspectos peculiares de la Responsabilidad Civil Precontractual, pues de acuerdo con el sistema adoptado por nuestro Código Civil, las obligaciones patrimoniales solo surgen de las fuentes plenamente identificadas en el Libro VII de dicho código, entre las cuales, si bien se encuentra el contrato, no están comprendidas las tratativas.

Evidentemente nuestros legisladores no le dieron la importancia que merece, a diferencia de los proyectos de modificación del Código Civil de 1936, en donde el maestro Max Arias-Schreiber advirtió la necesidad de regular esta figura de manera más holgada, pero finalmente se aprobó este único artículo que regula de forma muy escueta el tema de las tratativas (Art. 1362), dejando de lado la naturaleza del daño, la forma de su resarcimiento o indemnización, los deberes generales y específicos de conducta y hasta su plazo prescriptorio, que son temas acuciantes que ya han sido admitidos por otros ordenamientos jurídicos en función a los intereses que se ponen en juego a partir de la complejidad de las nuevas formas contratación del mundo globalizado; por lo que planteamos la necesidad de regular jurídicamente esta figura en nuestro Código Civil vigente.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿EN QUÉ MEDIDA ES NECESARIO REGULAR LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CON LA FINALIDAD DE SUPERAR LA DEFICIENCIA NORMATIVA A NIVEL DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, RESPECTO DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES?

1.3. OBJETIVOS:

1.3.1 OBJETIVO GENERAL:

Determinar la necesidad de regular la Responsabilidad precontractual con la finalidad de superar la deficiencia normativa a nivel del Art. 1362, del Código Civil respecto del resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- 1.3.2.1. Conocer los aspectos generales de la contratación en la doctrina y legislación nacional con el fin de precisar los derechos y obligaciones que se derivan para cada una de las partes intervinientes en el iter contractual.
- 1.3.2.2. Investigar los fundamentos, naturaleza y características más importantes de las tratativas precontractuales, así como los diversos supuestos jurídicos que se generan en las primeras etapas de una relación contractual.
- 1.3.2.3. Identificar la deficiencia normativa respecto de la responsabilidad precontractual, así como justificar los requisitos de procedencia tales como: la transgresión del deber de buena fe y confianza razonable, al apartamiento injustificado de las negociaciones, la acreditación de un daño en el patrimonio de uno de los tratantes y el factor de atribución.

- 1.3.2.4. Proponer la necesidad de regular eficientemente la figura jurídica de la responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares en nuestro ordenamiento civil peruano.

1.4. JUSTIFICACION:

La presente investigación se justifica en la medida que se hace necesario que el Derecho otorgue a las partes contratantes plena seguridad jurídica no sólo cuando el contrato ya se ha formalizado a partir de la oferta, sino desde las tratativas mismas que constituyen el punto de partida para llegar a la tan ansiada celebración del contrato.

Como hemos manifestado en la realidad problemática, la Responsabilidad Precontractual encuentra su razón de ser en el daño ocasionado a una de las partes por la vulneración del principio de la buena fe y confianza razonable, trayendo consigo la posibilidad que el tratante perjudicado por el actuar de su contraparte, pueda reclamar una indemnización por los gastos irrogados en su precelebración.

Considero que se trata de una figura que debemos conocer, analizar e interpretar desde su actual consideración en el Código Civil, hasta sus verdaderos y reales alcances, porque definitivamente la realidad de las cosas no podemos encontrar la coherencia y claridad necesaria que posibilite la comprensión y la aplicación de esta importante institución jurídica.

No deja de sorprender como a una figura tan importante como la responsabilidad precontractual no se le haya dado mayor cabida dentro de nuestro ordenamiento, más que, aparentemente, un solo artículo (Art. 1362º) de los más de dos mil que lo conforman, dado que la mayoría especialistas consideran que este cuerpo normativo no contiene una regulación suficiente para proteger a los partes intervinientes en una

relación precontractual, por lo que en el presente trabajo abordaremos este punto a fin de precisar no sólo la importancia de reconocer su eficiente regulación jurídica, sino los presupuestos o elementos para que se configure este tipo de responsabilidad, así como también su verdadera naturaleza jurídica y las posiciones doctrinarias al respecto.

Por todos estos motivos, la presente investigación queda plenamente justificada a fin de ofrecer a las partes y al Derecho mismo una propuesta coherente en torno a la Responsabilidad Precontractual.

1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

En esta parte de nuestra investigación nos referiremos a los diversos estudios que se han presentado en relación al tema de la Responsabilidad Precontractual que nos ocupa:

En cuanto a los antecedentes respecto de nuestro tema de investigación, podemos mencionar los siguientes:

- **OJEDA GUILLÉN, Luis F. (2014)**, en su Tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho Civil- PUCP, denominada **“La Culpa In Contrahendo y la Responsabilidad Precontractual en el Código Civil”**, afirma que después de muchos años de vigencia del diseño de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento peruano, es momento de revisar sus principales postulados con el fin de ofrecer un esquema práctico a los operadores jurídicos, no solo a partir de su propia configuración conceptual, sino incluso en los términos o caracteres de lo que debe entenderse por responsabilidad precontractual, dado que al no estar puntualmente regulado a nivel del Código Civil, ha traído consigo una disparidad de posiciones a nivel de la dogmática de la especialidad, provocando por ello una inhibición de la jurisprudencia al abordar este tema, con todo lo que ello implica para el tema en cuestión. A juicio del autor, la responsabilidad civil debe ser manejada de forma diferenciada,

teniendo en cuenta sus dos fuentes: la responsabilidad contractual y la extracontractual, descartando con ello, la teoría monista de la responsabilidad civil.

- **SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. (2013).** En su artículo titulado **“Responsabilidad Precontractual por ruptura injustificada de negociaciones- Análisis de una Jurisprudencia- Chile”** (En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372_013000100012), observamos que se comenta una jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, donde una vez más la doctrina jurídica sirve de elemento fundamental para el reconocimiento de la responsabilidad precontractual, pues en dicha sentencia se enuncian las principales directrices de esta institución jurídica. Admite *prima face*, su autor, que el sustantivo desarrollo a nivel de la doctrina en materia de responsabilidad precontractual, ha dado pie para que la propia jurisprudencia recoja criterios que nunca antes se habían ventilado en los tribunales, a pesar de ser una cuestión que con alguna frecuencia se venía presentando en el intercambio contractual de ese país. De tal claridad es la sentencia de marras, que uno de sus considerandos, por ejemplo, enfatiza que, frente al desconocimiento de la confianza en la contraparte, la pretensión indemnizatoria faculta que el juzgador contemple la situación en que la parte afectada se encontraría de no haberse producido los actos ilícitos que la configuran, que a la postre redondean la afectación de la confianza depositada, dando pie al juzgador en la admisión y justificación del reclamo.

- **GARCÍA RUBIO, María Paz - OTERO CRESPO, Martha. (2010).** **“La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo”.** Universidad de Santiago de Compostela, Madrid. (En: http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf). Se trata de un ensayo donde las autoras revisan con algún detalle diversas regulaciones europeas en torno a la responsabilidad que se genera por la ruptura injustificada de las negociaciones, lo cual viene a inscribirse en un supuesto clásico de *culpa in contrahendo*. Adicionalmente, distinguen claramente algunos

ordenamientos que reconocen el resarcimiento de un interés negativo derivado de una negociación, de aquellos que privilegian las ganancias que se hubieran podido derivar del contrato frustrado; finalmente, conviene señalar también que el ensayo en cuestión aborda los límites jurídicos que algunas legislaciones contemplan para los diversos estadios de la negociación contractual para dar lugar a una indemnización, desde un punto de partida de la negociación hasta un punto donde ya no es posible la ruptura sin privilegiar un resarcimiento para la parte ofendida, pues el daño ocasionado es reconocido plenamente por la legislación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO

1. CONCEPTO.

Un punto central en el entendimiento de nuestro tema de investigación lo constituye sin lugar a dudas el contrato, en la medida que es el supuesto jurídico de referencia para determinar con posterioridad la necesidad de regular con mejor precisión la Responsabilidad Precontractual en el contexto del Art. 1362, a partir de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Pues bien, en lo que respecta al concepto del contrato, partiremos afirmando que el término 'contrato' es una palabra que se origina en el vocablo latino *contractus* que nombra al convenio o pacto, ya sea oral o escrito, entre partes que aceptan ciertas obligaciones y derechos sobre una materia determinada.

Respecto a la diversidad de definiciones encontradas sobre del contrato, la gran mayoría comparten un eje común: el convenio entre dos o más partes cuya relación versa por un objeto de interés jurídico. Como afirma el profesor De la Puente, "*su finalidad reside en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia*" (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 1998). Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas define el término "*contrato*" como sinónimo de "*convención*" (CABANELLAS, 1996). El contrato, pues, en definitiva, es un acuerdo de voluntades que se manifiesta en común entre dos o más personas (físicas o jurídicas).

En este sentido, tomando elementos de juicio brindados por la doctrina, conceptuamos al contrato como la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tienen por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial.

Nuestro Código Civil, en su Art. 1351, prescribe una definición de contrato, estableciendo los lineamientos generales de esta institución: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes que permite crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO.

A tenor de lo señalado en el punto anterior, el maestro Arias – Schreiber, anota que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial, donde se puede precisar hasta tres características del contrato: *“ que es un acto jurídico (dado que resulta de la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho, que es plurilateral (necesita el concurso de las manifestaciones de voluntades de varias partes, de lo contrario sería únicamente una promesa unilateral) y que es de naturaleza patrimonial (debe tratar sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica) ”* (ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1995).

Bajo esta línea de pensamiento, la doctrina en general admite las siguientes características, en orden a su estructura y aplicación:

- **Unilateral:** cuando los derechos los adquiere una parte y las obligaciones otra, destacándose por ejemplo la donación.
- **Bilateral:** cuando existen obligaciones y derechos recíprocos, que son la gran mayoría de contratos existentes.
- **Gratuito:** cuando los provechos son sólo para una parte y los gravámenes para la otra, siempre que así lo señale el marco legal o se disponga por convenio.
- **Oneroso:** cuando existen provechos y gravámenes recíprocos, tal es el caso de la compra venta.

- **Conmutativo:** cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde un principio.

- **Aleatorio:** cuando las prestaciones no son ciertas ni determinadas, sino que dependen de un acontecimiento incierto o eventual.

- **Principal:** cuando no depende de la existencia de otro para existir, conocido también como autónomo o universal.

- **Accesorio:** cuando depende de otro contrato para existir.

- **Instantáneo:** aquéllos que producen sus efectos en un solo acto.

- **De tracto sucesivo:** los que producen sus efectos a través de determinado tiempo.

- **Consensual en oposición a real:** los que se perfeccionan con el simple consentimiento, sin necesidad de entregar la cosa.

- **Real:** aquéllos en los que es necesaria la entrega de la cosa para su perfeccionamiento.

- **Consensual en oposición a formal:** cuando no requieren que el consentimiento se manifieste a través de determinados medios, sino que queda a la libertad de las partes, sea de manera expresa o tácita.

- **Formal:** cuando la ley exige que el consentimiento se manifieste a través de determinados medios; es decir, por escrito.

- **Nominados:** los que están regulados por el Código Civil y reciben un nombre específico.

- **Innominados**: los que no están expresamente regulados por la ley, pero que seguirán las reglas del contrato al que más se asemejen.

- **Intuiti personae**: cuando se toman en cuenta las cualidades de la persona o el cargo que representa.

- **Genéricos**: cuando no se toman en cuenta las cualidades de la persona.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Este punto nos refiere que si bien un contrato puede estar estructurado de diversas formas, en virtud de la ley o de la voluntad de las partes, resulta necesaria la presencia de ciertos elementos para su validez y aceptación como tal. En general se admite tres tipos de elementos: esenciales, naturales y accidentales. Veamos.

3.1.- ELEMENTOS ESENCIALES.

Como su mismo nombre sugiere, son aquellos sin los cuales el contrato no podría existir o no podría tener validez, subdividiéndose a su vez en esenciales para la existencia del contrato y esenciales para la validez del contrato.

Los elementos esenciales para la existencia del contrato pueden ser: **a) comunes**, es decir, aquellos que deben existir en todos los contratos y, según la doctrina, son: el consentimiento, la causa y el objeto. **b) especiales**, son aquellos que son ineludibles para la existencia de algunos contratos, como, por ejemplo, la formalidad en los contratos solemnes o la entrega de la cosa en los contratos reales. **c) especialísimos**, son aquellos que deben necesariamente existir en cada tipo determinado de contrato, por cuanto es lo que lo caracteriza, por ejemplo, el precio en la compraventa y la renta en el arrendamiento.

Por su lado, los elementos esenciales para la validez del contrato son: la capacidad y el consentimiento. A continuación, precisamos algunos conceptos.

-Capacidad: se subdivide en capacidad de goce (la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos) y capacidad de ejercicio (aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros).

-Consentimiento: el consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

-Objeto: pueden establecerse como objeto de todo contrato a aquellas cosas que sean materia del comercio humano (inclusive las futuras), así como todos los servicios que no contravengan a las leyes, el orden público o las buenas costumbres.

-Causa: en los contratos onerosos (como la compraventa), se entiende por causa, para cada parte contratante, la entrega o promesa de una cosa o servicio por la otra parte en función a su propia liberalidad.

3.2.- ELEMENTOS NATURALES.

Son aquellos que son consecuencias de la celebración de cada contrato o grupo de contratos. Ejemplo: La gratuidad en la donación, y el saneamiento en la compraventa.

3.3.- ELEMENTOS ACCIDENTALES.

Son aquellos que no obstante no existir naturalmente en el contrato, son susceptibles de ser agregados por los contratantes en base al principio de autonomía de la voluntad, para modificar los efectos normales del contrato, pero

sin desnaturalizarlo. Son elementos accidentales, la condición, el plazo y el modo.

4. EL ITER CONTRACTUAL.

Para los efectos de esta investigación conviene conocer e identificar las distintas etapas en la formación del contrato, ello teniendo en cuenta que nuestro tema tiene que ver con una de ellas, nos referimos a aquellos actos previos que voluntariamente conceden las partes. La finalidad entonces de estudiar lo referente al inter contractual, es determinar el momento en que se genera la responsabilidad precontractual.

Se denomina *iter contractual* al recorrido interno que sigue la manifestación de voluntades de los sujetos con el fin de producir efectos jurídicos, en otras palabras, se trata de una fase formativa, cuyo resultado es una sucesión de actos, que darán lugar al consentimiento contractual.

En general, el iter negocial abarca tres etapas: la generación, la perfección y la consumación. En virtud a ello, nuestro Código Civil normativiza *lato sensu* en su Art. 1362 de la siguiente manera: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”, y a partir de ello, se pueden estimar los siguientes factores.

4.1 LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO.

Como es sabido, un contrato no se forma de la noche a la mañana (en algunos casos sí), sino que, para llegar a ello, es necesario un proceso por el que las partes, de forma voluntaria, manifiestan su intención de contratar, inmiscuyéndose en negociaciones preliminares con la finalidad que, si conviene a sus intereses, poder celebrar el trato anhelado. Incluso puede decirse que la formación final de un contrato (en términos de consentimiento) nace del propio

caos, pues a menudo los tratantes no cuentan con un protocolo determinado para acercar sus posiciones.

En buena cuenta, de acuerdo con la dinámica comercial, en especial cuando presenta de por medio un especial interés monetario, viene precedido por tratos o negociaciones que en algunos casos serán prolongadas; y por medio de ellas, los futuros contratantes deliberan el contenido del contrato a concluir y evalúan la conveniencia o no de formalizar el contrato (MESSINEO, 1986).

En ese sentido, Diez Picazo menciona que *“la fase de generación o de gestación comprende – se dice – los preliminares o el proceso interno de formación del contrato. Se trata de un período preparativo, que da como resultado una serie de actos, de los cuales surge el consentimiento contractual”* (DIEZ PICAZO L. , 1996).

El avance de la contratación masiva, generada por el crecimiento capitalista, ha traído consigo nuevas formas contractuales basadas principalmente en la voluntad plena de solo una las partes, y la necesidad de determinados intereses de la otra, tal como se puede apreciar en los llamados “contratos en masa”, lo que para muchos especialistas viene a romper los patrones clásicos en la contratación (VALDERDE DUEÑAS, 2006), al punto de que la única decisión que pueden hacer los consumidores es celebrar o no el contrato, aceptando condiciones establecidas unilateralmente por la parte “más fuerte” y de acuerdo a sus interés, sin tener siquiera la posibilidad de negociar sobre los términos del negocio.

En efecto, estamos siendo testigos del crecimiento e importancia de este tipo de contratos, que la doctrina ha decidido llamar contratación en masa o contratación veloz, cuya principal característica, conforme hemos advertido, radica en que la capacidad de negociar de las partes se ha reducido y solo va quedando vigente la capacidad de elegir.

Si bien es cierto este tipo de contratación, facilita a los grandes empresarios dado que éstos no pueden discutir individualmente cada contrato; sin embargo, cierto

es también que, mediante ellos, tratarán de obtener todas las ventajas posibles, como absolviéndose generalmente de responsabilidades (por ejemplo, obligación de denunciar un siniestro en un plazo corto, so pena de que el asegurado pierda el derecho a la indemnización). Además, *“las cláusulas de este tipo de contratos, habitualmente están redactadas de una manera laberíntica y ambigua, y que solo pueden ser comprendidas por especialistas”* (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 1998).

Como puede observarse, la generación del contrato presenta sus rasgos clásicos en la medida que los actores tienen plena libertad y autonomía para acercar sus intereses; pero no debemos dejar de subrayar que hoy por hoy la dinámica económica sigue influyendo en las prácticas sociales al punto de exigir de parte del Derecho nuevas y más prácticas modalidades de contratación en función ya no tanto a los reales intereses de los individuos sino del propio sistema.

4.2 LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

En este punto contamos ya con una segunda etapa o fase contractual referida al perfeccionamiento mismo del contrato, sobre lo cual cabe hacer la siguiente distinción: sobre la conclusión y el perfeccionamiento del contrato.

En el pensamiento del maestro De la Puente, para la conclusión del contrato deben concurrir necesariamente las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común; es decir, el consentimiento. De tal manera, el contrato quedara concluido cuando el destinatario de la oferta haga suya la declaración contenida en ella, y sea conocida por el oferente; en cambio, el perfeccionamiento del contrato es el momento en que el contrato, una vez concluido, producirá sus efectos, vale decir, regulará, creará, modificará o extinguirá una relación jurídica obligacional.

En cuanto a la oferta y la aceptación, De la Puente señala que *“Se ha visto 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 retractación de la aceptación". (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003)

La oferta, a mejor entendimiento, es el asentimiento inicial de uno de los contratantes o de quien desea serlo, y una vez aceptada por la parte a quien se dirige, y concurren además los requisitos de capacidad, licitud y legalidad, la oferta se transformará en contrato. Ésta va normalmente dirigida a un sujeto concreto (con el que se desea contratar). Sólo es tal la declaración de voluntad que contiene todos los elementos esenciales del contrato (cosa u objeto y causa, además de la determinación de los sujetos implicados, que son quien declara y aquél a quien se dirige), puesto que con la misma el oferente propone un contrato a otra persona. La falta de especificaciones, además de esos elementos esenciales, serán sustituidas por los usos, la publicidad, la buena fe y las normas dispositivas aplicables al caso (BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO, 2003).

Sólo es oferta aquella declaración de voluntad que pueda generar la perfección del contrato con el mero asentimiento de la otra parte contratante (aceptación). Lo que no se produce cuando ese asentimiento va acompañado de alguna variación significativa. Por su parte, la aceptación es precisamente la declaración de voluntad por la que el destinatario de la oferta asiente a la misma. Debe ser actual y sin variaciones con respecto a la oferta. Es actual aquella aceptación que tenga lugar antes de que pierda vigencia o eficacia la oferta. Si contiene variaciones relevantes, no podrá ser considerada como una aceptación, sino como una contraoferta, cuya eficacia para la perfección del contrato dependerá de la aceptación del oferente inicial. Cuando la aceptación recoja alguna variante menor, de escasa importancia, podrá considerarse como tal, dando así lugar a la perfección del contrato (BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, 2005).

4.3 LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Como es sabido, la función de todo contrato es, mediante un acuerdo de declaraciones de voluntad, crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es esta relación jurídica compuesta por derecho y obligaciones de las partes, lo que deberá ejecutarse. Como menciona De La Puente, la llamada ejecución del contrato o también llamada etapa postcontractual es aquella, en la que el contrato ya se celebró y cumplió su objetivo consistente en crear una relación jurídica; por tanto, corresponde a los ex contratantes, ahora convertidos en deudor y acreedor, ejecutar las obligaciones derivadas de esta relación jurídica. (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003)

Es en el instante en que las obligaciones se exigen y se cumplen, cuando se manifiesta la última fase de la vida contractual: la consumación, en la que podemos distinguir dos variedades (BERCOVITZ RODRIGUEZ - CANO, 2003):

- Cuando el contrato hizo nacer obligaciones de las llamadas de tracto único, la consumación y la extinción son la misma cosa.
- Si se trata de prestaciones de tracto sucesivo, el contrato se extinguirá con el cumplimiento de la última; y de la consumación a la extinción vivirá el contrato el último período de su vida.

La etapa de la consumación es en consecuencia la realización del fin por el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es igual, la efectiva realización de las prestaciones que del contrato se derivan (DIEZ PICASO L. , 1996).

Valga mencionar que, no obstante, un contrato haya sido celebrado y se encuentre en ejecución, es factible que se genere o configure una responsabilidad precontractual, por aquellos hechos acaecidos antes de su perfeccionamiento, lo cual da lugar a una serie de responsabilidades que abordaremos en los capítulos posteriores en la presente investigación.

5. LAS TRATATIVAS ANTES DE LA OFERTA.

Este es un punto medular en la gravitación de nuestro trabajo, en la medida que trata sobre aquella fase que de verdad nos interesa y que en propiedad será tratada en apartados subsiguientes. Como mencionamos precedentemente, la contratación masiva es una tendencia que ha adquirido arraigada importancia en tiempos actuales, y en la que por la rapidez con la que se necesitan realizarse las transacciones, se suprimen muchas veces la fase de las tratativas o negociaciones, pasando directamente a la formulación de la oferta y, con la aceptación de ésta, a la celebración del contrato o negocio proyectado.

Sin embargo, así como existen estas contrataciones veloces, también existen transacciones comerciales en las que las partes necesitan obtener una mayor información para decidirse a contratar o no, y con esta finalidad inician conversación o tratos preliminares. *“En estos tratos preliminares, los tratantes hacen cálculos, valoran posibilidades, establecen puntos de diferencia, sugieren variantes y van formándose una perspectiva sobre la naturaleza y verdaderos alcances del negocio, que les permita tomar una decisión de celebrar o no el contrato”.* (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003) Ese espacio de tiempo y los acuerdos a que arriban las partes son las llamadas negociaciones, tratos o tratativas precontractuales.

Debemos dejar claramente establecido que la oferta es un elemento que surge después de las tratativas, y en tal sentido ha expresado Gabrielle Faggella, que en el trámite de las negociaciones hay que distinguir dos momentos: 1) el tiempo durante el cual las partes discuten, preordenan e intercambian ideas, proyectan el contrato, dan forma a las cláusulas, analizan y sintetizan las mismas; y 2) la concreción de la oferta y su aceptación (LOPEZ FIDANZA, 2011).

Los civilistas clásicos tomaron en consideración el segundo de los momentos a los que hemos referido, sin considerar el tiempo anterior que respecta a las tratativas, como si la oferta surgiese inmediatamente y estuviese apartada de ese período de tratos que la antecedió, en donde se idea y elabora el contrato,

denominado por los romanistas "propósito vel conventionem antecedentes" y que en el derecho moderno se conoce como tratativas precontractuales.

En conclusión, ésta institución supone que la oferta propiamente dicha, no necesariamente se presenta de manera apartada, sino que precedentemente, las partes tratantes han tenido un roce o contacto negocial, en donde incluso pueden haber establecido algunos acuerdos, sin que ellas den lugar a la oferta formal y definitiva.

Será por ello que De La Puente señala que: *“La opinión más acertada es que los tratatos finalizan en el momento en que se formula la oferta. Soy partidario de esa posición pues las tratativas son los tanteos preliminares en que los tratantes, sin haber llegado a optar por la decisión de contratar, tienen la intención de hacerlo si es que el negocio es conveniente a sus intereses. Sin embargo, como no existe aún la decisión de contratar, los tratantes quieren estar en situación de libertad para adoptar su posición definitiva. La formulación de la oferta y el conocimiento de ésta por el destinatario, hacen que ésta libertad se pierda, pues con la aceptación de la misma se dará lugar a la celebración del contrato.”* (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 1998)

Debemos precisar además que las tratativas o tratos preliminares, al ser una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes para relacionarse con quienes quieran de acuerdo a sus intereses, se dan con pleno conocimiento de sus consecuencias y, evidentemente, generarán sus propios efectos.

6. APRECIACIONES DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.

Como quiera que nuestro tema se restringe a las disposiciones normativas referidas al cuerpo de los contratos en nuestro Código Civil, se hace necesario puntualizar la carencia o insuficiencia que nuestro ordenamiento dedica a diversos supuestos precontractuales tal como es nuestro tema de estudio, con todo lo que ello comporta para el interés de las partes y su seguridad jurídica.

Frente a ello, se observa que la doctrina sigue manteniendo una discusión en torno a la calificación del tipo de responsabilidad aplicable a partir de los daños y perjuicios que puedan generarse en la formación del contrato, lo cual deja en el aire este y otro inconveniente, al no existir una normatividad eficiente.

Esta situación se debe a la inexistencia de normas específicas que regulen los aspectos peculiares de la Responsabilidad Civil Precontractual, pues de acuerdo con la vía que ha adoptada por nuestro Código Civil vigente, las obligaciones patrimoniales solo surgen de las fuentes tipificadas en el Libro VII de dicho código, entre las cuales, si bien se encuentra el contrato, no están comprendidas las tratativas precontractuales, lo que demuestra un déficit legislativo, ya que los tratos o negociaciones preliminares son una etapa importante del iter formativo del contrato, que influyen en la conducencia o no de la celebración del mismo; de ahí se desprende la necesidad de proponer en el presente trabajo una fórmula jurídica regulatoria que aclare el panorama en esta materia en nuestro ordenamiento civil.

Lo que nos queda claro por ahora es que el legislador de nuestro Código Civil no tuvo en mente disponer un conjunto de reglas contundentes para evitar cualquier resquicio o duda con respecto a la figura materia de estudio. No obstante, es oportuno reconocer que el maestro Max Arias-Schreiber previno la necesidad de regular esta figura más a detalle, sin embargo solo se aprobó este singular artículo que regula de manera insuficiente el tema (Art. 1362), dejando de lado la naturaleza misma del daño, su resarcimiento o indemnización, los deberes generales y específicos de conducta y hasta su plazo de prescripción, que se temas acuciantes que ya han sido admitidos por otros ordenamientos jurídicos extranjeros a los intereses que se ponen en juego a partir de la complejidad de las nuevas formas contratación del mundo globalizado; por lo que planteamos la necesidad de regular jurídicamente esta figura en nuestro Código Civil vigente.

Es por esta razón que sostenemos que nuestra legislación nacional es insuficiente al dedicar un solo artículo (Art. 1362, a la llamada responsabilidad precontractual pues al ser una norma tan amplia y genérica, abre un campo

vastísimo a la interpretación en la que se desempeña mucho más la doctrina que la jurisprudencia, cuando en realidad debería dársele una amplia importancia a su regulación a efectos de delimitar y establecer las pautas que guíen la conducta que deben tener los tratantes en el trascurso que duren las negociaciones, su naturaleza, requisitos y sobre todo la importancia de la incidencia del principio de la buena fe y los deberes secundarios de conducta que se desprenden de este principio y que la doctrina y jurisprudencia foránea reconocen de manera uniforme.

Adicional a lo antes manifestado, lo que buscamos también al sustentar la presente investigación, es el otorgarle una característica preventiva a la responsabilidad civil precontractual en el sentido que, todo aquel que infrinja el deber de buena fe, o quien se comporta indebidamente en las negociaciones, ejerciendo arbitrariamente sus propios derechos, olvidando el interés del otro, y con la intención o conciencia de infligir un perjuicio a su contraparte, incurrirá en responsabilidad precontractual; y por tal, estará obligado a indemnizar los daños ocasionados a su co-tratante producto de su actuar.

SUBCAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. DEFINICIÓN.

La definición que hace la Real Academia es particularmente ilustrativa cuando conceptúa a la 'responsabilidad' como aquella "*Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*" (RAE, 2001). En términos jurídicos, se concibe que la responsabilidad como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra (DIEZ PICASO L. , 1996).

El maestro De Trazegnies, concpetua a la Responsabilidad Civil, como una institución jurídica que funciona como mecanismo de protección de los derechos individuales absolutos, pero sobre todo - dice - nace como un mecanismo destinado a castigar la producción de ciertos actos y conductas moralmente reprobables, no existiendo Responsabilidad, sin mediar culpa, el cual trae a colación el sistema que existió en el siglo XIX (DE TRAZEGNIES GRANDA, 2003).

Luego, agrega, que debido a la emersión de las modernas sociedades y a la industrialización, la Responsabilidad Civil se transformó en un mecanismo cuya función radica, primordialmente, en proveer de ayuda económica a las víctimas de los accidentes, y en tal sentido, lo que persigue la Responsabilidad civil es ante todo el de reparar económicamente un daño. Es decir, cuando una persona padece un daño sin justificación alguna, el derecho busca que el daño ocasionado sea aliviado trasladando esa carga económica a otro u otros individuos, será por ello que diversos autores coinciden en que debe enfatizarse a la reparación de la víctima, antes que el castigo del culpable.

Por otro lado, algunos autores sostienen que la responsabilidad civil importa un deber que, como respuesta adecuada, debe soportar aquel que ha ocasionado un daño, detrimento o perjuicio. Se dice entonces que la responsabilidad civil

confronta a dos sujetos con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; o aquel que padece el perjuicio y el agente generador del mismo.

En el mismo sentido, **VISSER DEL PINO** sostiene que la responsabilidad civil es la obligación que emerge de una persona con la finalidad de reparar un daño o perjuicio causado a otro, producto de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación.

Existen definiciones doctrinarias que consideran a la *culpa* como único factor de atribución; sin embargo, en la actualidad, gracias al avance de la tecnología, la doctrina ha aceptado además otros factores que coexisten con la culpa, entre ellos tenemos al *riesgo* en sus diversas variantes (riesgo adicional, riesgo creado, riesgo beneficio y riesgo empresa) que va ganando terreno en la doctrina y las legislaciones, y a la que se ha denominado responsabilidad objetiva.

Para definir a la responsabilidad civil en este contexto, debemos tener en cuenta que en determinados casos, frente a un daño, no solo tiene el deber de responder su autor, sino también un tercero que presente alguna relación con el autor del daño, frente a estos casos nace entonces la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En base a estas ideas, podemos concluir, junto con el profesor Espinoza Espinoza, que la responsabilidad civil puede ser definida “como *la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación objetiva o subjetiva, de reparar un daño causado a otro por la violación de una obligación convencional o legal, resultante de un hecho propio, ajeno o de las cosas*” (ESPINOZA ESPINOZA, 2010).

2. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

La Responsabilidad Civil en nuestro sistema jurídico se presenta mediante dos modalidades o supuestos, la Responsabilidad Contractual como la Extra-Contractual. Situándonos en la primera de ellas, es la que deviene en la

producción de un daño entre sujetos que tenían un vínculo jurídico obligacional y este incumplimiento es la causa eficiente de la responsabilidad reclamada; mientras la segunda es consecuencia de la producción de un daño diferente a toda relación convencional. Veamos.

2.1. Responsabilidad Contractual.

Como hemos dejado establecido, este tipo de responsabilidad se produce cuando el daño ocasionado es corolario del no cumplimiento de una obligación preliminarmente estipulada por la voluntad de las partes. También se le ha denominado como responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones.

Fernando de Trazegnies señala que *“la responsabilidad civil contractual abarca fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada – o el cumplimiento parcial, tardío o defectuosos (que es una forma de incumplimiento de la prestación) y la mora (que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal un plazo igualmente contratado)”* (DE TRAZEGNIES, 1988). En tal sentido, podemos llegar a establecer que lo busca la responsabilidad contractual, es preservar el razonable interés del acreedor en ver satisfecha su expectativa, en el sentido que éste no puede quedar desamparado ante el quebrantamiento del programa obligacional (OJEDA GUILLEN, 2009).

En conclusión, el soporte de la responsabilidad contractual es proteger la lesión al *id quod interest* del acreedor, es decir, a la pérdida sufrida o a la ganancia dejada de percibir debido al incumplimiento de la prestación a que se compromete el deudor en una relación obligatoria preconstituida.

2.2. Responsabilidad Extracontractual.

En sentido contrario, cuando nos encontremos en aquellas situaciones en donde el daño se produzca sin que medie una relación jurídica obligatoria entre las partes, o existiendo ella, el daño es consecuencia, no del cumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del resultado de una conducta, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

En esta responsabilidad los sujetos no están vinculados especialmente a ninguna regulación particular, sino a cláusula general de no causar un daño a otro y la obligación de reparación surge por el daño inferido por una persona a otra indebidamente, en violación del deber general antes señalado.

3. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Especialmente influenciada por la doctrina italiana, podemos citar las siguientes funciones:

- Reaccionar contra el acto ilícito dañino, con la finalidad de resarcir los daños ocasionados a un sujeto.
- Regresar al estado en el que se encontraba la víctima antes de sufrir el perjuicio.
- Consolidar el poder sancionatorio del Estado.
- Desanimar a cualquiera que intente, sea de manera voluntaria o involuntaria, el cometer actos que perjudiquen a otros sujetos.
- El reparto o distribución de las pérdidas generadas.
- Asignación de costos.

En buena cuenta, estas funciones pueden reducirse a la siguiente afirmación: “*la de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos*” (CALAS ESCALANTE, 2002). Dentro de los costos se distinguen los costos primarios, que son los que se asumen para reducir el número y gravedad de los accidentes; los costos secundarios que son en efecto los costos sociales y los costos terciarios o también denominados administrativos.

Igualmente se ha advertido estas funciones bajo dos interesantes enfoques:

- a) Microsistemático, el cual observa las consecuencias de la responsabilidad civil solo entre el dañante y el dañado.
- b) Macrosistemático, observa las consecuencias ante toda la sociedad dentro del modelo económico que se tome como referencia.

Podemos decir que en la doctrina nacional se distingue la perspectiva primera, donde la responsabilidad tiene una triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; al lado de la circunstancia sistémica o macroeconómica, en la que la responsabilidad civil cumple dos funciones: una de incentivación o desincentivación de actividades, y otra que es preventiva.

Para Espinoza las funciones satisfactorias, de equivalencia y distributiva no son otra cosa que “*maneras distintas de ver una sola o única función; así, si se quiere satisfacer a la víctima, la reparación será (en la medida de lo posible) equivalente al daño causado, lo cual originaría una (re) distribución de los costos del mismo. Cuesta entender, manifiesta el jurista, la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la incentivadora, cuando en realidad la primera se materializa, a través de estas*” (ESPINOZA ESPINOZA, 2010).

Así, las funciones de la responsabilidad civil deben ser vistas a partir de sus protagonistas:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactoria.

- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva.

4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

En cuanto a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil hay que hacer la salvedad que a la fecha existe, a nivel de la doctrina, dos posiciones para abordarlas: desde un punto de vista diferenciado, o, desde un punto de vista unificado. Ambos lados con fundadas razones.

Entre los primeros se señala que las distinciones no son sólo de fondo (responsabilidad contractual y extracontractual) sino que, en nuestro sistema, incluyen diferencias normativas, entre las cuales podemos mencionar:

- El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (art. 2001, 1 y 4).
- En cuanto a la prueba, existe una presunción en la responsabilidad contractual de que el incumplimiento se debe a la culpa leve del deudor (art. 1329); mientras que el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (art. 1330), diferente lo es en la responsabilidad extracontractual, pues el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (art. 1969).
- En lo que respecta al resarcimiento en la responsabilidad contractual, la regla general busca resarcir los daños que sean de efecto inmediato y directo; y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se generó la vinculación obligatoria (art. 1321). En la responsabilidad extracontractual, la indemnización comprenderá los daños que puedan acoplarse o relacionarse con el acto ilícito, de conformidad con la teoría de la “causalidad adecuada” (art. 1985).

- En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y daño moral (art. 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (art. 1985).
- En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (art. 1985).

Entre los que divulgan la unificación de ambos regímenes, bajo el precepto de que ambas responsabilidades presentan elementos y condiciones comunes, es decir una concepción unitaria, encentra como uno de sus exponentes al maestro Taboada Córdova, quien señala elementos comunes de la responsabilidad se contractual o extracontractual (CÓRDOVA, 2003). Veamos.

4.1 LA ANTIJURICIDAD.

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho que una conducta deviene en antijurídica cuando vulnera una norma prohibitiva y también cuando transgrede el sistema jurídico en su totalidad, es decir, la vulneración a aquellos valores o principios sobre los cuales se ha cimentado nuestro sistema jurídico (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003).

Esto ha llevado a considerar a la doctrina que, en el ámbito de la responsabilidad civil no gobierna la regla de la tipicidad en cuanto conductas que pueden generar daños y por ende la obligación legal de indemnizar, sino que aquellas bien pueden estar previstas en supuestos de hecho normativos (típicas) o bien pueden no estar regulados en esquemas legales pero la producción de las mismas contraviene el ordenamiento jurídico (atípicas).

Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, no es aceptada sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se

acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación o del cumplimiento parcial, defectuoso, tardío o moroso. En consecuencia, en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas que se encuentran tipificadas legalmente.

Ello resulta evidente, por cuanto en el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminada las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación, en el ámbito extracontractual por el contrario al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de generar una responsabilidad civil, siempre que se trate de una conducta ilícita que ocasione un daño.

4.2 EL DAÑO CAUSADO.

El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, pues se entiende que ante la ausencia de un daño no habría nada que reparar y/o indemnizar por lo que tampoco devendría en una de responsabilidad civil. Tan importantes es este aspecto del daño producido, que hay quienes denominan la responsabilidad civil como “*derecho de daños*”.

En tal sentido, podemos definir como daño a todo detrimento, lesión, menoscabo, agravio o perjuicio a los intereses de un individuo por el accionar de otro y que el derecho ha considerado merecedor de tutela legal.

Con respecto del daño, la doctrina es coincidente en considerar que puede devenir en dos categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*. En lo que respecta al daño patrimonial se entiende, puede abarcar dos modalidades: el *daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial evidentemente sufrida, y el *lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir. En lo que respecta al

daño extrapatrimonial nuestro Código Civil ha aceptado al *daño moral* y al *daño a la persona*.

Ambas categorías del daño están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias en cuanto a su regulación legal, nuestro sistema jurídico, en lo que respecta al campo extracontractual, ha consagrado legalmente en el art. 1985 el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone nuestro código civil en su artículo 1321. (TABOADA CORDOBA, 2003)

Entre las orbitas de la responsabilidad contractual y extracontractual dentro de la legislación peruana, radica en la ideología de la relación causal aplicable y, por ende el alcance de la reparación debida. En cuanto a la esfera contractual y por aplicación del segundo párrafo del artículo 1321 del citado cuerpo normativo en cuanto reza que la indemnización devenida por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío a defectuoso, concibe tanto el daño emergente como el lucro cesante, siempre y cuando sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, por ell debe advertirse entonces que la misma adhiere a la teoría de la causa próxima o también denominada directa.

Por el contrario, para el supuesto de la indemnización en responsabilidad extracontractual, ésta abarca las consecuencias derivadas de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir para ello una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, haciendo referencia entonces a la causa adecuada o indirecta.

En cuanto a la prueba del daño, es carga del beneficiario de la indemnización demostrar el alcance del daño sufrido, lo cual reviste lógicamente una vital importancia, máxime si se tiene en cuenta que en el ámbito extracontractual siquiera existe un límite al reclamo, o mejor dicho, el reclamo no puede verse limitado en ninguno de los rubros pretendidos.

4.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

La relación de causalidad, es una condición a efectos se configure una responsabilidad civil, debido a que en ausencia de una relación jurídica de causa - efecto entre la conducta típica o atípica y el daño generado en la víctima, no cabría hablar de responsabilidad de ningún tipo. La diferencia en cuanto su formulación legal de nuestro Código radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo art. 1985 la *teoría de la causa adecuada*, mientras que en el contractual en el mismo art. 1321 la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, ambas teorías nos llevan al mismo resultado.

También es cierto que en ambos tipos de responsabilidad civil existen las figuras de la *concausa* y la *fractura causal*, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible a la otra la producción del daño. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente *fractura causal*. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero (TABOADA CORDOBA, 2003).

4.4 FACTORES DE ATRIBUCIÓN.

Finalmente, el último de los requisitos necesarios para la configuración de una responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual, versa sobre el factor de atribución, y será el que determine finalmente a título de que deberá responder por el daño causado una vez que se hayan acreditado los requisitos a los que hemos hecho mención, huelga decir, la antijuricidad, el daño causado y la relación de causalidad. En la responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*, mientras que, en el campo extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la *culpa* y el *riesgo creado*.

En la responsabilidad contractual la culpa se subdivide en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras que en el lado extracontractual existen diversos factores como lo son: 1) El riesgo creado por el uso de bienes peligrosos o actividades riesgosas (Art. 1970 del C.C.), la responsabilidad del dueño de un animal (Art. 1979 del C.C.), por la ruina de un edificio (Art. 1980 del C.C.); 2) La condición de dador de trabajo (Art. 1981 del C.C.); 3) La condición de representante de incapaces (Art. 1975 y 1976 del C.C.); 4) La equidad (Art. 1977 del C.C.), entre otras.

Una diferencia radical entre ambos regímenes recae en la extensión del resarcimiento a partir de la aplicación del grado de culpa, en el caso de las obligaciones contractuales, probando el incumplimiento del deudor (a saber, la relación de causalidad) se presume la culpa leve, más para el supuesto de invocarse dolo o culpa grave del incumplidor, el extremo deberá ser probado por la víctima del suceso dañoso, por ello es que la indemnización en el supuesto alcanzará a los daños previsibles al tiempo en que se contrajo la obligación , y solo si se acredita la culpa grave o dolo el deudor responderá de todas las consecuencias inmediatas y directas, previsibles o no (art. 1321, párrafo segundo).

A *contrario sensu*, en la esfera de la responsabilidad extracontractual, se presume el dolo o la culpa no existe restricción alguna de los daños indemnizables, conforme las disposiciones del Art. 1985 del Código Civil, ello en consecuencia de la presunción del dolo o culpa grave del autor del comportamiento lesivo (Artículo 1969 del C.C.- Indemnización por daño moroso y culposo. Aquel que por dolo o culpa ocasiona un daño a otro se encuentra en la obligación de indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor) quedando en cabeza del mismo acreditar y demostrar que por su parte no hubo culpa ni dolo, a fin de desvirtuar o exonerarse del deber de reparar.

SUBCAPÍTULO III TRATOS PRELIMINARES

1. IMPORTANCIA DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Como se ha manifestado en diversos puntos de nuestra investigación, debido a la importancia que las negociaciones han adquirido en el mundo globalizado, se hace más que necesario enfatizar el tratamiento que el Derecho asigna a la fase preliminar del contrato o negociaciones.

No obstante que jurídicamente nos movemos en una sociedad donde imperan los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación, los tratos preliminares se mantienen vigentes en función a las necesidades y requerimientos de comerciantes y grandes empresarios. Hoy en día, ésta fase es prácticamente ingénita en general a los contratos más importantes en materia civil, comercial o financiera por citar algunos ejemplos.

La negociación técnicamente se concibe como un momento esencial del *iter formativo* del contrato, en cuanto direcciona a iniciar, mantener, proseguir un contacto entre las partes, con miras a fijar algunos puntos que podrían estar en discusión, a solucionar obstáculos que se puedan presentar y, a determinar aquellos que podrían ser las exigencias que las partes determinan e incluso las cláusulas del contrato, tal como lo sostiene el profesor Tamburrino (TAMBURRINO, 1991). Los tratos preliminares o también llamados negociaciones precontractuales constituyen, entonces, un período fundamental en la génesis del contrato, puesto que ellas sirvan para cimentar el contenido y posteriormente la ejecución de las obligaciones que nacen entre las partes.

Para De la Puente y Lavalle: *“en las conversaciones o tratos preliminares, los tratantes realizan cálculos, estudian posibilidades, plantean problemas, en fin, se van generando un criterio sobre la verdadera naturaleza y alcances del negocio, que les permita tomar una decisión sobre llevarlo adelante o no”* (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 1996). Se puede decir entonces que los tratos preliminares son los primeros acercamientos o indagaciones de los eventuales interesados en

celebrar un contrato, quienes se proyectan en preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligados. De ésta forma se colige, además, la gran importancia jurídica del consentimiento y la obligación de cumplir con lo manifestado, en función a que las partes asuman precauciones y reflexiones sobre las responsabilidades que podrían derivarse antes de pronunciarse por la aceptación o no de un contrato.

Se puede apreciar entonces la necesidad e importancia de una regulación jurídica de las tratativas preliminares, puesto que el tráfico jurídico de estos días, evidencia la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos, lo que implica a su vez la protección para quien confía en la honorabilidad ajena. Por tanto, a nuestro juicio, existen sobrados intereses que deben protegerse con independencia que el contrato se celebre o no, lo cual debe merecer la atención del legislador y disponer su regulación o un adecuado tratamiento en nuestro ordenamiento civil.

Es menester señalar, sin embargo, que, a la fecha de realización del presente trabajo, no se ha logrado consolidar una dogmática y por tanto una doctrina unificada en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo frente a sus límites, alcances, naturaleza jurídica y características de esta importante figura. Es por ello, que frente a tan variados criterios que presenta esta amalgama jurídica, se encuentra un campo lo suficientemente atractivo para centrar la investigación en ésta etapa del *iter contractual*, por las razones e importancia expuestas en las líneas precedentes.

2. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Como toda institución que se respeta, intentar una definición sobre la figura que nos convoca no es una tarea fácil. Al respecto nuestra legislación reconoce tres etapas del inter contractual como son: la negociación, celebración y ejecución. La primera fase, que es la que nos interesa para los efectos de este trabajo de investigación, que representa la fase previa a la celebración del contrato, conformada por un periodo de preparación o formativo denominado por la

doctrina como tratativas, negociaciones o conversaciones preliminares. Una vez finalizada ésta etapa, surgirá como resultado una serie de actos, de los cuales surgirá a la postre el consentimiento contractual, tal cual lo reconoce nuestra legislación.

En general, se admite que la delimitación conceptual de los tratos preliminares tiene pocas referencias dentro de la literatura jurídica especializada y, los pocos estudios que han abordado del tema, han sido muy cautos al momento de proponer una verdadera definición, por ello presentaremos las más representativas descripciones por parte de doctrinarios de renombre con el fin de tener una mejor noción al respecto.

Para Díez Pícaso, las tratativas preliminares: *“es aquella fase donde se elabora y determina el contenido de un posible contrato, estando conformada por aquellas acciones o sucesos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de proyectar, deliberar y convenir el contrato”* (DÍEZ PICASO L. , 1970).

Para el catedrático de la Universidad de Salamanca, Alonso Pérez, los tratos preliminares representan: *“Las propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc., que integran la esencia de la fase preliminar con las miras puestas en un contrato diseñado por las partes”* (ALONSO PEREZ M. , 1971).

En sede nacional, Chan Arellano, expresa con claridad lo siguiente: *“Cuando hablamos de tratativas, nos referimos a un proceso complejo, gradual y fragmentado en el que a través de diversas etapas las partes pueden arribar a un acuerdo”*. (CHAN ARELLANO A. , 2011).

Por su lado, Osterling y Rebaza, manifiestan que cuando se habla de tratativas debe inferirse que se refieren *“a la fase durante la cual se discuten y elaboran los términos de un futuro contrato. Por ende, nos encontramos en un período precedente a su perfeccionamiento”* (OSTERLING F. Y., 2009).

Finalmente, el profesor Haro Seijas precisa desde su punto de vista: “(...) *para llegar a un entendimiento en los términos y condiciones que habrán de regir una relación contractual (en el caso de quedar conformada ésta), las partes deben involucrarse en una serie de contactos previos y embarcarse, según fuera el caso, en una duradera etapa de negociaciones o tratativas con miras a configurar el sentido del acuerdo (...)* El contrato es un producto acabado que (...) *constituye el resultado directo de las tratativas que le han precedido*” (HARO SEIJAS, 2002).

En base al análisis de las definiciones precedentes estamos en condiciones de sostener nuestro propio juicio sobre la noción de esta figura jurídica. En orden a ello, concebimos a los tratos preliminares como aquellos tanteos, roces o acercamientos que los precontrayentes llevan a cabo de manera libre y voluntaria, en donde buscan en primera instancia conocerse para poder intercambiar información necesaria y pertinente para que, luego de un análisis lleguen a la conclusión respecto de la conveniencia o no - en función a sus intereses - de celebrar un contrato definitivo. De esta suerte, pues, la fase previa o precontractual es ante todo un estadio preparatorio o preliminar, en donde se busca eliminar aquellos obstáculos o controversias en torno al contenido del posible contrato, sin que por ello se entiendan quedar obligados.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Siendo la naturaleza jurídica la esencia o propósito final de una figura jurídica determinada, conviene precisar cuándo menos de que trata esta ficción de las tratativas o tratos preliminares en orden a determinar su importancia en el contexto precontractual que estamos viendo. Así, desde un punto de vista general, un contrato puede ser visto como un acto de regulación de intereses privados por medio del cual, las partes (o solo una de ellas, en el caso de los negocios con prestación unilateral) establecen sujetar su esfera jurídica de un modo tal que su contraparte pueda obtener la satisfacción de un particular interés propio.

Ya sea que un contrato genere u otro tipo de efectos jurídicos, en la actualidad es indiscutible que la particular regulación de intereses privados contenida en un negocio contractual sólo adquiere relevancia jurídica desde el momento en que el contrato mismo queda formado y nunca antes. Es así que De los Mozos precisa que: *“Los que se ponen en relación para iniciar o proseguir tratos preparatorios con miras a concluir un contrato no están obligados a nada, mientras no lleguen a un acuerdo”* (DE LOS MOZOS, 2001). En resumidas cuentas, hasta que el contrato no quede perfeccionado, las partes tiene plena libertad para disponer la conveniencia (o no) en concluir el negocio propuesto.

En la opinión de Manuel De La Puente, las tratativas son declaraciones de voluntad netamente plurilaterales, en el sentido que se requiere un acuerdo de voluntades para aperturar esta etapa del iter formativo del contrato en donde debe mediar una comunicación recíproca y voluntaria entre los tratantes destinados a dar vida a un contrato. En ese sentido, el alma y razón de ser de las tratativas se traduce en la plena libertad que poseen los tratantes para intercambiar ideas, proyectos y perspectivas, pues de esta manera ellos pueden configurar autónomamente su determinación en contratar. (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003)

Ello se deriva de uno de los pilares básicos en el que sustenta el Derecho de Contratación como lo es el principio de libertad contractual regulado en el inciso 14 del artículo 2° de nuestra Constitución Política, lo que se entiende como la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, tal como lo afirma además el propio Tribunal Constitucional (Exp. N° 4788-2005-PA/TC, fundamento N° 7), bajo el cual los tratos no obligan a contratar a los sujetos.

En efecto, ésta es la regla general vigente en todos los sistemas occidentales de derecho privado y nuestro ordenamiento no se aleja a ello, pues de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, las obligaciones patrimoniales sólo emergen de las fuentes plenamente determinadas en el Libro VII del Código Civil, y si bien es verdad que en este acápite está regulado el contrato, no sucede lo mismo con las tratativas preliminares, pues se considera a éstas como una de las fase del iter formativo del contrato, que pueden encaminar o no a la conclusión del mismo;

por ello se dice entonces que las tratativas “*constituyen sólo un camino hacia la constitución de una fuente de las obligaciones*” (DE LA PUENTE Y LAVALLE M., 2003).

Sin embargo, la doctrina es unánime en considerar que la inobligatoriedad de las tratativas no es absoluta, pues como veremos más adelante, los tratantes quedan sujetos a determinados deberes a los que están compelidas a cumplir. Estevill precisa con total claridad al respecto: “*los sujetos de dichas conversaciones sí que asumen deberes de comportamientos mientras contraen, como el de actuar correctamente en relación a la otra parte interviniente en la negociación, observando las pautas que configuran el principio de la buena fe, cuyo principio además es el ejercicio de otros derechos... (...) la observancia de aquellos otros deberes de información, de confianza, confidencialidad, deber de no negociar con terceros al tiempo y mientras duren las conversaciones preparatorias del negocio, así como de aquellos otros comportamientos tendientes a evitar que cause algún perjuicio a la otra parte*” (ESTEVILL, 1995).

Corolario de lo antes manifestado, debemos tenerse presente, que si bien en la fase de tratos preliminares, los sujetos intervinientes aun no generan una obligación netamente contractual, se intuye que las negociaciones o tratativas han dado lugar a una suerte de **contacto social** en su más amplio sentido o **relación social lato sensu**, que sin lugar a dudas despeja la denominación de sujetos que son “**extraños**” o “**sin relación alguna**”, pues resulta evidente que se ha formado un vínculo, que quizás no sea típico entre ellas. Por eso, es que se puede afirmar que en las tratativas precontractuales la buena fe establece un deber jurídico que invita a la actuación leal y acorde a derecho entre los negociantes, el cual, si bien no posee la jerarquía que otorgan las fuentes de obligaciones convencionales, faculta a las partes —cotratantes— la potestad de exigirlo mutuamente; y conforme daremos cuenta más adelante, el poder ejercer y reclamar derechos ante su transgresión o vulneración.

En atención a ello, Caballero sostiene que el deber jurídico “*se concibe como la necesidad conforme a un ordenamiento jurídico dado, que un determinado comportamiento se adopte o se realice. Consiste en la exigencia que el derecho*

dirige al destinatario de la norma, imponiéndole la observancia, de un determinado comportamiento. Este comportamiento puede consistir en: Dar o entregar algo o en llevar a cabo una determinada conducta o producir un concreto resultado” (CABALLERO, 2008).

4. ALCANCES SOBRE LAS TRATATIVAS PRECONTRACTUALES A NIVEL DEL ARTÍCULO 1362 DEL CÓDIGO CIVIL.

Se constata que, de todo el marco normativo contractual que dispensa nuestro ordenamiento civil sustantivo, tan solo un artículo resulta aplicable en calidad de fundamento legal respecto de la manifestación de la responsabilidad precontractual. Nos referimos al artículo 1362 del Código Civil que taxativamente expresa:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Este artículo, pues, es el único que hace alusión a los deberes que deben observarse en la etapa antecontractual. Siendo objetivos, si hablamos de la etapa de la celebración y ejecución, sin duda alguna nuestro Código Civil ha establecido una gran cantidad de preceptos normativos dedicados a ambos estadios del acontecer contractual, por lo que la incertidumbre que pueda generar una indefinición en el principio de buena fe, no es susceptible de generar soluciones indeseables en estos campos del iter contractual. (MONSALVE CABALLERO, 2008)

Sin embargo, lo propio no ocurre en el escasamente atendido plano de las negociaciones o tratos preliminares, pues como hemos mencionado anteriormente dicha norma constituye la única base normativa a partir de la cual puede constituirse en el derecho peruano la figura de la responsabilidad civil precontractual, lo cual a todas luces resulta insuficiente para organizar sistémicamente los diversos supuestos que se configuran en este estadio negocial.

El precepto normativo al que hacíamos mención, lo encontramos en el Libro VII de nuestro Código Civil, el cual dedica su contenido respecto a las “Fuentes de las Obligaciones”, en el título I, “Disposiciones Generales” de la sección Primera denominada “Contratos en General”. En buena cuenta, en este acápite de nuestro código se establecen y delimitan las pautas a tener en cuenta para la validez de los contratos y los desenlaces derivados de su ejecución; es decir, se regulan todos los aspectos relativos a la vida útil de los contratos (OJEDA GUILLEN, 2009).

Sin embargo, consideramos que hubiera sido determinante el estipular en esta parte del código, una norma que pudiera imponer reglas de conducta y deberes a observarse, no solo en las etapas de celebración y ejecución de un contrato, sino también en la anterior a su celebración; sin embargo, ello no es así, pues como es de apreciarse, en el mencionado texto normativo, el legislador omitió aspectos muy importantes en el tratamiento normativo de esta etapa tales como el tipo de responsabilidad aplicable, las consecuencias que se derivan de la inobservancia del principio de la buena fe, así como su definición, los presupuestos necesarios que puedan originar a una posible indemnización, plazos de prescripción, entre otros.

5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS TRATOS PRELIMINARES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL PERUANO

En este punto damos un vistazo a aquellas iniciativas legales o doctrinarias que manifiestan la intención de amplificar jurídicamente los supuestos de la responsabilidad precontractual o de intentar configurarlo.

Un antecedente muy importante e influenciadora de opiniones y comentarios de reconocidos jurista nacionales en la materia que venimos estudiando, podemos encontrarla en la Comisión para el estudio y revisión del Código de 1936, más conocida como “Comisión Reformadora”, la cual se constituyó a partir del 1 de marzo de 1965, y que tuvo como miembros integradores de ésta (en relación a

las materias de Obligaciones y Contratos) a los juristas Max Arias-Schreiber, Félix Navarro Irvine, Jorge Eugenio Castañeda y Jorge Vega García.

Menciona Max Arias-Schreiber que como antecedentes de dicha norma se tiene al artículo 1328, del C.C. de 1936 (*“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”*) y al artículo 1337, del C.C italiano de 1942 (*“las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”*).

Menciona además que: *“debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención tiene que existir no sólo al momento de la celebración de un contrato 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 las negociaciones 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 (...)”* (ARIAS SCHREIBER, 1995).

Así también en sus comentarios al libro de Contratos, Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003), nos divulga los antecedentes del artículo 1362, y nos da a conocer las propuestas que fueron formuladas en cuanto al tema de la responsabilidad precontractual. Según este autor, los artículos 5 y 10 de la ponencia original 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”.

De la Puente manifiesta que dicha propuesta fue motivo de diversas correcciones, sin embargo, lo que podía rescatarse de las múltiples versiones fue que, en todas ellas, se procuró establecer que el afectado por el rompimiento injustificado de los tratos preliminares obtenía del derecho la facultad de reclamar una indemnización por los daños y gastos en los que hubiere incurrido.

Sin embargo, como hemos podido comprobar, pese a los que idearon los proyectos de reforma del Código de 1936 sugirieron modificaciones y precisiones terminológicas, el texto final no tomó en cuenta las propuestas hechas, sino que simplemente se escogió un camino más conservador y protector de la libertad contractual y se dejó como único enunciado normativo la regla general contenida en el artículo 1362, el mismo que garantiza satisfacción cuando de efectuar un análisis se trata, pues, dada su escueta transcripción, se necesita de la doctrina para elaborar justificaciones que determinen la principal controversia de la responsabilidad por la ruptura de las negociaciones, como la responsabilidad y los daños generados en ésta etapa, nos referimos a su naturaleza contractual o extracontractual.

Ello es pues lamentable, dado que resulta necesario hacer un paréntesis y reconocer que nuestra legislación civil - en su gran mayoría - ha hecho suyas gran número de disposiciones del Código Civil italiano de 1942, introduciéndolas no siempre con un adecuado criterio, y como dice Manuel de la Puente y Lavalle tratando de justificar lo antes expuesto : *“no puedo desconocer la enorme influencia que ha tenido el Código Civil italiano de 1942, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta que es el producto de una avanzada cultura y que, en su conjunto, presenta depurada técnica legislativa”*.

Así se señala en el artículo 1337, del Código Civil italiano que: *“Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe”*. Este dispositivo normativo es el eje sobre el cual gira la teoría de la responsabilidad precontractual en el Derecho Italiano. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, en Italia la

doctrina y jurisprudencia, sí que han influido enormemente para darle tratamiento jurídico a esta importante institución.

6. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL COMPORTAMIENTO DE LOS TRATANTES.

No escapa a nuestra comprensión que, en los tratos preliminares, nos encontramos en una etapa gobernada por la libertad de acción, referida a la libertad de las partes para determinar que es mejor para sus intereses y actuar conforme a ello. Sin embargo, como todo derecho, este no es absoluto, sino que posee límites que precisan respetarse y uno de estos límites está consagrado por el artículo 1362º, de nuestro Código Civil, que recoge como deber esencial de los cotratantes, el de negociar los contratos bajo las reglas de la buena fe.

En general, el legislador contemporáneo acude al principio general de la buena fe como una forma de limitar la autonomía y libertad de las partes que tiene como fin, lograr una contratación conveniente a sus intereses, exigiéndoles mantener una conducta considerada y leal para con los intereses su contraparte, con el objeto que la negociación precontractual no se convierta en una fuente productora de daños. Cualquier vulneración a este deber, genera automáticamente la obligación de reparar los daños ocasionados a los intereses del tratante afectado.

Ahora bien, nuestro ordenamiento civil no contiene definición expresa sobre el concepto de la buena fe y mucho menos sobre cómo debemos aplicar este principio en el contexto de las negociaciones. No obstante, ello, el concepto de buena fe ha sido trabajado de manera repetida por la doctrina civil, veamos algunos referentes:

Diez Picazo al referirse a la buena fe indica lo siguiente: *“(...) es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. Eso quiere decir que (...) los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir,*

entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo de actuar de gentes honestas y no buscando digresiones, confusiones o ambigüedades". (DIEZ PICAZO L. , 1983).

De la misma forma, De la Puente define la buena fe como: "(...) *una adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones. (...) Se dice que la buena fe es la ausencia de dolo o mala fe (BONFANTE), la honesta convicción (WINDSHEID), la honradez (TUHR), la voluntad sincera, leal y fiel (GORPHE), la sinceridad y lealtad (GHESTIN), el deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua, y al límite de amistad y fraternidad (CORNU) (...)*" (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 1996).

Chan Arellano, por su parte, agrega lo siguiente: "(...) *“En buenos términos, actúa de buena fe quien cumple sus promesas, quien tiene presente los efectos de su conducta y la confianza que genera a su contraparte, quien actúa de manera veraz y no intenta inducir a error a su contraparte”*. (CHAN ARELLANO A. , 2011).

Como es de apreciarse, la buena fe es tratada como un estándar de conducta que debe guiar la actuación de las partes, y dicho estándar tiene como premisa la existencia de un deber de lealtad u honestidad entre ellas. Se dice entonces que actúas de buena fe cuando cumples tus promesas, cuando tienes presente los efectos que podría ocasionar tu conducta y la confianza que creas en tu contraparte, cuando actúas de manera veraz y no intentas inducir a error a su adversario.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la doctrina discute si el deber de actuación bajo las reglas de la buena fe se enmarca bajo el concepto subjetivo u objetivo. Veamos:

6.1 BUENA FE SUBJETIVA O BUENA FE CREENCIA.

La buena fe subjetiva o también llamada buena fe creencia es aquella que *“está orientada a evaluar la intención con la que obra un sujeto determinado o la*

creencia con que lo hacen” (PUIG BRUTAU, 1981). Se dice también que “es la convicción psicológica o interna del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular o válida, aunque en realidad no es así, pues existe un error. El sujeto actúa en función a la apariencia de lo externo”. (HARO SEIJAS, 2002)

El sujeto que obra con buena fe subjetiva *“recibe del derecho un tratamiento favorable; por encontrarse en la creencia - nacida de un error excusable - de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata de un estado psicológico que el ordenamiento jurídico valorará a efectos de determinar el tratamiento que el sujeto va a recibir”. (PUIG BRUTAU, 1981).*

Delia Ferreria Rubio, dice que la buena fe *subjetiva “es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma, agregando además que esta buena fe resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso”. (FERREIRA RUBIO, 1984)*

En conclusión, en la buena fe subjetiva se rescata la creencia personal del sujeto de que su actuación es conforme al ordenamiento jurídico, sin embargo, su creencia no es ingenua sino razonada, pues el sujeto ha valorizado los elementos de juicio encontrados a su disposición. En nuestro ordenamiento a manera de ejemplo de la buena fe subjetiva podemos nombrar al adquirente, al poseedor o al cónyuge del bigamo.

6.2 BUENA FE OBJETIVA O BUENA FE LEALTAD.

La buena fe objetiva se expresa a modo de un comportamiento que implica un espíritu de lealtad, calidad, coherencia y fidelidad que debe ser adoptado en las relaciones jurídico – sociales y que por cierto es ajeno a sus creencias personales, por ello algunos doctrinarios la denominan *“buena fe lealtad”*.

Jose Puig Brutau menciona “que en sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es correcto y honesto, agregando que “en este caso de trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio objetivo de valorización, un estándar o prototipo de conducta, fundado en reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales.” (PUIG BRUTAU, 1981).

Diez Picazo por su parte, considera que se denomina buena fe objetiva a aquel estándar jurídico o modelo de conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. (DIEZ-PICASO, 1999)

Para Manuel de La Puente, la buena fe objetiva “se manifiesta básicamente en el cumplimiento del programa obligacional por las partes, las cuales deben actuar de acuerdo a lo que normalmente se espera de ellas: es la lealtad que se deben según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico” (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003).

En conclusión, la buena fe objetiva es un deber de conducta que se impone al sujeto de acuerdo un estándar o prototipo de conducta socialmente aceptada conforme al tipo de negocio que se trate. Estos parámetros de conducta deben ser conforme a la lealtad y corrección fijadas por los usos negociales y el tráfico jurídico.

6.3 REGLAS DE LA BUENA FE EN EL PERIODO PRE- CONTRACTUAL.

Para poder delimitar cuales son las reglas de la buena fe que deben reinar en la fase pre-contractual, entonces es pertinente determinar a cuál de los tipos de buena fe debe orientarse el actuar de los pre contrayentes, pues algunos juristas estiman que debe considerarse a la buena fe creencia como la prevalente en los casos de responsabilidad precontractual y otros señalan más bien la buena fe lealtad.

Asúa Gonzales manifiesta que para determinar si se ha vulnerado el principio general de la buena fe, *“la referencia será las conductas de los sujetos y no sus creencias. Por eso se habla de buena fe en sentido objetivo. Porque la buena fe en sentido objetivo es ajena al sujeto y le impone una serie de pautas de comportamiento o también denominado código de conducta y a diferencia de la buena fe en sentido subjetivo, ésta describe un estado psicológico del sujeto, es decir, la creencia de que actúa en base a su propio derecho o que ignora que esta lesionando un derecho ajeno”* (ASUA GONZALES C. I., 1989).

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

- En los supuestos de la inoponibilidad de derechos a los terceros que adquieren, a título oneroso, un bien transferido por su titular aparente, que, a la larga, resulta involucrado en una causa por simulación (artículo 194º del código civil).
- Los casos del matrimonio invalidado, que produce, conforme a ley, los mismos efectos civiles que un matrimonio válido disuelto mediante divorcio, respecto de los cónyuges e hijos, si fue contraído de buena fe (artículo 284º del código civil).
- El de las normas aplicables en la concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles (artículos 1135º y 1136º del Código Civil).
- O lo dispuesto en el artículo 906º, donde se señala que “la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia u error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

Sin embargo, no debemos confundir estas actuaciones con el artículo 1362º del Código Civil peruano, pues aquí se refiere a comportamientos que deben adoptar determinados sujetos en la “negociación”, la “celebración” y la “ejecución” de los contratos.

En efecto, como mencionamos precedentemente, los tratos preliminares no generan la obligación de celebrar el contrato materia de tratativas (inobligatoriedad de las tratativas) dado que el contrato no se ha concluido aún; sin embargo, y como menciona De La Puente “*ya desde antes de la existencia de una relación obligatoria, las partes – que no son aun deudor ni acreedor, pero que están en camino de serlo - se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. En tal sentido la actitud que se exige aquí podría calificarse como lealtad, dirigida por ejemplo a evitar posibles errores en la negociación, como el poner de manifiesto y con claridad a la otra parte sobre la situación real y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de suspicacia fraudulenta o dolo que pueda inducir a una falsa generación de la voluntad de la otra parte. En tal sentido, y como menciona De La Puente, de las tratativas no surge una obligación en el sentido técnico del concepto, sino un deber de lealtad*”. (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003)

Sobre ello, también Leysser León menciona: “*es como si la buena fe impusiera a los tratantes, en la negociación del contrato, al oferente y al destinatario de la oferta, en la formación del contrato, y a las partes, en la ejecución del contrato, la observancia de distintas conductas (el subrayado es nuestro). En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud, etc.*” (LEON L. , 2008)

Asimismo, en opinión de Osterling Parodi: “*La buena fe actúa como regla de conducta que encauza a la actuación leal del sujeto (...) siendo suficiente que se transgreda el deber de lealtad y confianza razonable para que se configure responsabilidad (...) sin perjuicio de estas consideraciones, es el deber de lealtad y confianza razonable lo que se debe analizar en la conducta del tratante...*”. (OSTERLIG PARODI, 2008)

En buenos términos, deberá considerarse a la buena fe como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, por ello, es que coincido en que el tipo de buena fe reinante en el periodo de las tratativas y que debe ser tomado en cuenta para delimitar la responsabilidad precontractual, debe ser en sentido objetivo, pues ante la dificultad de conocer las voluntades internas; es decir la intención, creencia o estado psicológico de no hacer mal a nadie o no hacer nada ilegítimo, resulta más lógico y factible en la praxis, determinar la forma de actuar (externa) de los precontrayentes; es decir, que estos hayan actuado en base a las reglas de conducta o proceder, basadas en la rectitud, en la lealtad, honestidad, transparencia y diligencia hacia su contraparte.

Podemos concluir entonces que, se comporta con buena fe objetiva la persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros fijados por los usos negociales, lo que implica admitir la existencia de unos modelos estándar de conducta en el tráfico jurídico.

Para fundamentar aún más esta posición, creo conveniente hacer cita a lo expuesto por Manuel De La Puente en su libro *El Contrato en General*, quien menciona que, la conducta exigible a los tratantes para llevar a cabo las tratativas : *“debe valorarse bajo el estándar jurídico del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponda a las circunstancias del tiempo y del lugar (lo que excluye necesariamente la intención de causar daño”* (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003). Con todo lo mencionado, consideramos pues que la buena fe exigida por el artículo 1362 de nuestro código civil para la etapa de la negociación es la buena fe-lealtad, es decir, en sentido objetivo.

7. DEBERES LATERALES O ACCESORIOS DE CONDUCTA EN LAS TRATATIVAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.

Con relación al contenido del principio de la buena fe precontractual, la doctrina en general ha determinado que a partir de éste, surgen otros deberes que deben

observarse desde el primer momento de la formación del contrato, los cuales han sido bautizados como deberes secundarios o laterales de conducta.

La noción de deberes secundarios de conducta surgió a modo de respuesta jurídica, ante ciertos contextos en los cuales el correcto cumplimiento de una obligación exigía, además, ostentar ciertas conductas complementarias. En estos términos, el sujeto deudor de una obligación, no sólo se halla jurídicamente obligado a cumplir una prestación principal o primaria; sino que también debe observar una serie de deberes accesorios o complementarios que resultan necesarios para que el acreedor vea satisfecho su interés.

Estos deberes de conducta tuvieron sus orígenes en interesantes estudios a finales del siglo XIX y principios del siglo XX por la doctrina liderada por la escuela alemana, fundamentando que las partes, desde el momento en que comienzan las negociaciones hasta cuando logran concretar sus acuerdos mediante la manifestación de su voluntad, gozan de un interés común, el cual se fundamenta en arribar a un acuerdo final; por ello, los deberes secundarios de conducta no se presentan exclusivamente en la ejecución del contrato como complemento de las obligaciones contractuales, sino que tales deberes también adquieren gran importancia tanto en la etapa precontractual como en la postcontractual, *“toda vez que; con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa liquidación de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su consumación”* (MORELLO, 1967)

La doctrina moderna sustenta que los deberes secundarios o laterales de conducta en la etapa precontractual, encuentran su fuente en la relación denominada *“contacto social”* que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato. De tal forma que hoy la literatura jurídica germánica habla que todo se resume al significado de una ecuación: *“Relación precontractual = relación de confianza”* (ALONSO PEREZ M. , 1971).

Así también, el profesor DIEZ PICAZO menciona que: *“Por el hecho de relacionarse o entrar en contacto, las partes asumen determinados deberes, que obligan a éstos a comportarse de acuerdo a los cánones que demanda la buena fe y a observar en los tratos, la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes. Los deberes de veracidad y de buena fe pueden tener un alcance muy diverso. Por ejemplo: Veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, el secreto, etc.”.* (DIEZ PICAZO L. , 1996).

La doctrina brasileña por ejemplo, denomina a los deberes secundarios como “deberes laterales”, citando a Marcos Ehrhardt Júnior que opina : *“ los mismos deberes laterales que son exigibles durante todo el iter de la relación obligatoria desde la fase precontractual, cuando la relación jurídica entablada entre las partes y fundamentada en el contacto social aún no presenta deberes de prestación, basándose principalmente en la confianza depositada por los actores en la conducta leal y honesta del otro; pasando por la fase de ejecución y desarrollo del negocio, y subsistiendo incluso después de que esta se extingue por el cumplimiento de los deberes de prestación; ya que es exigible que en la fase postcontractual los actores aseguren la plena utilidad de los derechos adquiridos”* (JUNIOR, 2015).

En tal sentido, como hemos venido observando a lo largo de la presente investigación, nuestro artículo 1362, de nuestro Código Civil prescribe que la buena fe deberá manifestarse no sólo en la ejecución del contrato, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato. Esto quiere decir entonces que la buena fe posee verdadera fuerza jurídica (la cual podemos entenderla como la fuerza suficiente como para imponer un comportamiento positivo y negativo a las partes durante el iter contractual); por ello resulta factible afirmar que las partes - futuros contratantes o tratantes - por el simple el hecho de relacionarse o de entrar en contacto, estarán sujetas al cumplimiento de determinados deberes, quedando obligadas a comportarse *“de acuerdo a los cánones de conducta que determina el principio la buena fe y a la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes”*, (DE LOS MOZOZ, 2001)

Es necesario aclarar, que, en la actualidad, estos deberes de conducta, que en algún momento estuvieron en entre dicho, hoy por hoy gozan del reconocimiento doctrinal y en muchos países (sobre todo europeos) jurisprudencial, por ello es que; poco a poco, han ido adquiriendo su carácter de tipicidad en las diferentes leyes, en especial las que regulan el derecho de consumo.

En conclusión, podemos afirmar entonces que, en relación al contenido del principio de la buena fe precontractual, surgen entonces otros deberes a observarse desde el primer momento de la formación del contrato. El artículo 1362 del Código Civil que impone el deber de negociar según las reglas de la buena fe, determina que han de comportarse con lealtad y corrección en la etapa de las tratativas, lo que su vez, representa una conducta arreglada a estos criterios.

Para su exposición, se trae a colación la clasificación que hace el jurista italiano Massimo Bianca en su libro *Il Contratto*, quien admite que la buena fe precontractual se especifica, inicialmente, en dos fundamentales deberes, uno, el de lealtad y otro, el de corrección. Del primero provienen los deberes de información, confidencialidad y claridad; y del segundo, el deber de cumplimiento de los actos necesarios para la validez y eficacia del contrato. De estos deberes nos ocuparemos a continuación.

7.1 DEBER DE LEALTAD.

Antes de entrar a estudiar los deberes genéricos o secundarios de conducta, los cuales se ha venido haciendo referencia, es imprescindible hacer mención sobre la existencia de un deber básico y, tal vez el más importante que incumbe a los tratantes. Nos referimos al deber de lealtad, cuyo concepto ha sido cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza.

El principio de lealtad, es un principio de acción que guía la actividad contractual a fin que el acuerdo de voluntad sea concluido en condiciones justas y

equilibradas (MONSALVE CABALLERO, 2008). La lealtad consiste entonces en adoptar un comportamiento que no se limite solo a un interés individual sino también a un interés general de una forma justa, ecuánime y equilibrada.

El deber de lealtad, emprende para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, valorando siempre las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar la obligación de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte en el curso de las negociaciones.

La buena fe entonces tiene un aspecto que a nuestro juicio hace exigible la *cooperación*, la cual implica de manera positiva, las actitudes y comportamientos coincidentes al servicio del interés contractual común. Ello quiere decir entonces que, desde la etapa de las tratativas precontractuales, las partes están obligadas a ser transparentes y a presentarle a su contraparte las reales posibilidades de alcanzar la tan anhelada conclusión del contrato, ya que como bien se dijo, a ella no se llega de una forma espontánea, plausible o incluso tranquila; si no que hay que superar toda una gama de obstáculos y de tiempo, lo que sin duda representa circunstancias de valoración económica, por tanto si se actúa de buena fe se tendrá una actitud transparente y constructiva.

7.2 DEBER DE INFORMACIÓN.

El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que, es allí cuando los tratantes buscan recopilar toda información pertinente, que les permitan obtener un fundamento al momento de realizar juicios de valor sobre la conveniencia o no de la celebración de un eventual negocio. Por tanto, en primera instancia lo que les interesa es estar bien informados y en la medida que la información sea suficiente, precisa y concreta, se comenzará a avanzar en la elaboración de eventuales acuerdos contractuales, siendo éste el fundamento dogmático del deber de informar dentro del proceso de formación contractual.

Entonces lo que se busca con este deber es que los tratantes se encuentran compelidos de negociar claramente, de hablar en términos concretos y no abstractos, evitando incurrir o hacer incurrir en falacias y en reticencias.

¿Pero, que comprende realmente este deber? Para Sebastiano Tafaro, informar es: *“enterar, dar noticia de algo o algunas circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer”* (TAFARO, 2003).

En efecto, resulta indispensable la cooperación entre los tratantes, bajo un contexto de corrección y lealtad. Lo anterior resulta bastante más necesario en una época como la actual, en la que se utiliza mucho la contratación en masa y en la que el productor, distribuidor o proveedor, es la parte que tiene un conocimiento especializado del cual carece el consumidor.

Otra interrogante que éste deber plantea es ¿en qué debe consistir la información a transmitir a la otra parte? Para ello resulta de vital importancia estudiar la cualidad de los tratantes, pues esto nos permitirá establecer si existe una igualdad de conocimientos en la rama en que se desarrollan las negociaciones. Por ejemplo, si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio (donde será mayor el grado de diligencia exigible para ambos respecto a los niveles de información que deba tener cada uno, lo que suscita que la información a transmitir será menor), o si por el contrario se da el caso de una relación entre un experto del comercio y un novato, debiéndose en tales circunstancias exigir un mayor flujo y concreción de la información.

Así también resulta de gran importancia el estudiar situaciones que permitan ponderar cuando resulta con mayor importancia, el transmitir o no con mayor detalle la información por parte de los sujetos, ya que no es lo mismo suministrar información cuando se puede observar, probar, experimentar o ensayar el objeto materia de negociación por parte del eventual contratante, que cuando se está frente situaciones en las que las negociaciones se basan en descripciones, muestras o referencias manifestadas en catálogos o cuando dichos

acercamientos se reducen a medios electrónicos donde el contacto de las partes con el objeto por negociar se limita a fotografías o reseñas.

Como es de apreciarse, dicha tarea presenta complejidades considerables, lo que hace que sea necesario el estudio del hecho concreto del que nos pueda exigir en mayor o menor medida, que es lo que se debe o no transmitir, no obstante, frente a la imposibilidad de elaborar una lista detallada de los elementos transmisibles, lo que sí es seguro y enfatizo en ello, es que la información que se brinda debe ser siempre **veraz** y **eficaz**.

A manera de conclusión, es importante resaltar que en el derecho peruano, se puede sostener que este deber se encuentra regulado en el código de protección al consumidor, bajo el cual se busca la protección de la parte más débil de la relación negocial y por tanto, es el proveedor el que debe suministrar toda la información que conoce, pues suele tener mayor y mejor manejo de la información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores, de tal manera que, lo que se busca con ello es corregir la asimetría informativa.

Y ya entrado al plano resarcitorio ¿habrá entonces lugar a indemnización cuando una de las partes, dentro de las negociaciones se percata de actos fraudulentos como ocultar o falsear información relevante? En mi opinión la respuesta es afirmativa pues estamos ante un caso de vulneración a los deberes emanados de la buena fe y, por tanto, habría lugar a reparar el eventual daño producido, de tal forma que si se ha ocultado o entregado una información que no corresponde a la verdad, la víctima tiene abierta la posibilidad de solicitar una indemnización del daño ocasionado.

7.3 DEBER DE CONFIDENCIALIDAD O SECRETO.

Habíamos mencionado anteriormente la importancia del intercambio de información que los tratantes tienden a realizar en las negociaciones con la finalidad de formarse una idea sobre la conveniencia o no de llevar adelante un

negocio. La información es un bien sumamente importante a efectos de poder concluir un negocio con éxito, sin embargo, en muchas ocasiones su adquisición puede representar inversiones bastante considerables en estudios e investigaciones, por ello resulta necesario protegerla.

Para ello la doctrina reconoce también el deber de secreto o también llamado de confidencialidad, el cual consiste en guardar reserva sobre toda la información recabada durante las negociaciones; es decir, cuando una de las partes haya manifestado detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo, nace este deber jurídico, denominado deber de confidencialidad, el cual impone a los contratantes la abstención de divulgar los hechos o informaciones de carácter reservado que hayan sido conocidos a causa de las negociaciones precontractuales, y que de ser divulgados, puedan ocasionar perjuicios para el otro.

Cada día y con más fuerza, se admite en las actuales sociedades la enorme importancia que sus integrantes atribuyen a la posesión de información, de tal forma que, una vez comunicada a terceros, es inminente que se pierde el control absoluto que se poseía sobre la misma. Así también, cualquiera que ha llegado a su conocimiento, podrá disfrutarla en provecho propio o perjudicando a aquel que le pertenecía y a quien muy probablemente le era considerada como su bien más importante.

En los principios de UNIDROIT 2004, está reconocido este deber de confidencialidad en los siguientes términos:

“Artículo 2.1.16. (Deber de confidencialidad):

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la

responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incurrir una compensación basada en el beneficio por la otra parte”.

En conclusión, la obligación de confidencialidad prohíbe a las partes de la negociación, explotar o divulgar las técnicas o secretos u otras informaciones confidenciales obtenidas en razón de las negociaciones interrumpidas, pues el actuar de esta manera es contraria a la buena fe y lealtad negocial y por tanto nace el deber de indemnizar frente a la constatación de un daño o perjuicio.

7.4 DEBER DE CLARIDAD.

Este deber impone a las partes la utilización de un lenguaje que sea susceptible de ser plenamente comprendido por el otro, es decir, que las informaciones intercambiadas por los tratantes sean perfectamente inteligibles, o que no se presten a una mala interpretación. (DE LA PUENTE Y LAVALLE M. , 2003)

Esto quiere decir entonces que, la dificultad en el lenguaje, no debe ser factor que impida la formación de un contrato; no obstante, lo que se busca con este deber es evitar que uno de los contratantes, aprovechándose de la ignorancia de su contrario, logre que se aprueben cláusulas en total desproporción e iniquidad, que redunden en beneficios para uno y en perjuicios para el otro.

7.5 EL DEBER DE CUSTODIA Y CUIDADO.

En las sendas de las negociaciones, ya sea como estrategia de venta o como simple necesidad de conocer las mercancías para su adquisición, conlleva a que las partes acuerden recibirlas, con la finalidad de explorarlas, conocerlas, y verificar así, su conveniencia o no de llevar a delante la realización del futuro contrato, haciendo necesario que dicho contacto material conlleve el deber de preservar la cosa.

La obligación de custodia y cuidado exige entonces que cuando una de las partes en las negociaciones le entregue a la otra para su examen, revisión, experimentación, uso o simple tenencia de cara a la realización del contrato, deberá emplear la diligencia debida en el cuidado de aquellos bienes entregados.

Los deberes de custodia y conservación surgen por lo general cuando una de las partes en los tratos preliminares, ha manifestado su intención de examinar las mercancías o las cosas a contratar antes de comprarlas o cuando son ofrecidas por su contraparte con similar objetivo, práctica muy común, por ejemplo, al momento de adquirir automóviles, donde el eventual comprador realiza cortos paseos en el vehículo que pretende adquirir.

De tal manera, que si existe una pérdida o deterioro de las mercancías a causa de la inobservancia del deber de diligencia (custodia) a quien se le han entregado, estamos ante un comportamiento que contradice a la buena fe, y por ende una defraudación a la confianza comercial depositada en el defraudador.

Con lo que se busca con este deber entonces es la exigencia de tutelar el interés del negociador, de tal manera que se evite el daño o desmejora en el experimento de la cosa entregada. En otros términos, la entrega de la cosa involucrará al que la ha recibido, a conservarla y usarla (en el caso que la contraparte haya consentido tal disposición) con la diligencia del buen padre de familia, y que dichos objetos deben ser devueltos una vez efectuado el examen, o cuando sea exigida su restitución en el caso de no alcanzar la conclusión del acuerdo.

Y es necesario además aclarar que el nivel de diligencia exigible estará supeditado sin duda, a que se le dé el uso normal y permitido de la cosa de acuerdo con el funcionamiento y finalidad para la cual dicho objeto ha sido entregado. Que, en el caso en cuestión, es para facilitar la conclusión del contrato.

7.6 DEBER DE CORRECCIÓN.

Este deber surge de la necesidad de realizar aquellos actos necesarios para asegurar la validez o eficacia del futuro contrato y, surge particularmente de la corrección o salvaguardia que deben mantener las partes durante el desarrollo de las negociaciones.

Su inobservancia se configura cuando una de las partes incumple con aquellos que resultan necesarios para la eficacia del futuro contrato. Por su parte, el derecho comercial (con la aparición del derecho a la competencia), adopta el término como una manifestación actual de la legislación, que regula la competencia desleal y como un principio que gobierna el tráfico económico. En la actualidad las normas sobre la competencia desleal, aunque conservan la denominación por razones históricas, no sólo protegen a los competidores frente a actuaciones poco correctas, sino que con carácter general imponen a quienes participan en el mercado con sus ofertas, la obligación de actuar correctamente para que el sistema competitivo pueda funcionar adecuadamente, y se beneficien así, todos los que en él participan.

Conceptualizando entonces, la corrección se utiliza en la actualidad como un concepto reequilibrante de las prestaciones contractuales tendiente a evitar un abuso que comete un sujeto con su contraparte, y que hace que la conclusión del contrato sea altamente desequilibrante en las prestaciones de cada uno. De acuerdo a tal construcción, el juicio deberá fundarse en las obligaciones que debe asumir cada parte en la formación contractual a fin de apreciar si ellas están de acuerdo a la naturaleza del contrato pretendido, y de las condiciones específicas de acuerdo al tiempo, modo y lugar.

Quiere decir entonces que, la corrección funciona como criterio de proporcionalidad que nos permitirá establecer si con ocasión a las obligaciones que le corresponden a cada una de las partes, se han cumplido o no, y de esta manera poder calificar la ruptura de las negociaciones como justas o no. Es decir, jugará un rol de un instrumento de sanción, huelga decir que después de detentar el desequilibrio, ella nos permitirá ponderar si la actuación de los agentes

intervinientes en el proceso de formación fue acorde o no a las obligaciones que le asiste a cada uno de ellos, y calificar por tanto si hubo o no un exceso u omisión en algún comportamiento.

SUBCAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADO DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS

Continuando con el análisis materia en investigación, nos propondremos analizar uno de los supuestos más trascendentes y hasta cierto punto controvertible de la figura de la responsabilidad precontractual. Nos referimos al retiro injustificado de las negociaciones o tratativas preliminares; sin embargo, es necesario considerar que la doctrina reconoce otro supuesto de responsabilidad precontractual, el cual se presenta cuando, al haberse ya celebrado el contrato, éste resulta invalidado debido a un hecho presente en la fase previa o anterior del perfeccionamiento del contrato y atribuible a alguna de las partes, por haber tenido conocimiento del hecho generador de la causal de dicha invalidez; sin embargo, sólo nos enfocaremos en el primero de ellos.

Sin duda alguna, ha existido una evolución muy marcada sobre la viabilidad de la existencia de daños causados en la etapa de las negociaciones, ello en cuanto se creía que sólo los contratos obligaban, y mientras se estaba en vías de su formación, las partes podían actuar con total libertad. En éstos mismos términos, los primeros italianos que abordaron la materia después de los descubrimientos de FAGELLA, sostenían que no existía daño precontractual, en la medida que concurría una voluntad preordinada cuya voluntad establecía que el contratante era libre o no, de entrar en negociaciones, y por tanto, si se causaba de una u otra forma gastos o perjuicios, éstos debían ser asumidos como gastos naturales del ejercicio negocial. Así mismo, sostenían también que sancionar la ruptura de las negociaciones como casos de responsabilidad precontractual, era reconocer que el que entraba en negociaciones se veía forzosamente abocado a culminarlas la celebración de un contrato, situación totalmente ajena a la esencia de los tratos, ya que su único elemento adjunto es la libertad contractual.

Con el dinamismo que ha adquirido la forma de hacer negocios, se puso en evidencia y más en los años setenta del siglo pasado, que dichas argumentaciones eran insostenibles y que, tanto la legislación como los principios básicos de la economía debían apuntar hacia la eficacia, equidad y

altruismo de las negociaciones; imponiéndose en definitiva estándares de conducta que vendrían respaldados por principios como la buena fe y el fortalecimiento en cuanto a la protección de la parte más débil de las negociaciones, asignándole unas condiciones especiales de comportamiento durante toda el iter contractual.

Actualmente, el posicionamiento jurídico ha cambiado sustancialmente, y en la actualidad se considera, que en la medida que las partes comienzan a remover todos esos obstáculos que surgen normalmente en los primeros acercamientos, y comienza a generarse poco a poco un interés más cercano en la celebración del contrato, sin duda esa libertad con la que las partes se aproximaron, comienza a desaparecer. Con el avance de las negociaciones, los lazos entre los tratantes se hacen cada vez más fuertes y empiezan a considerar cada vez más segura de la realización del contrato.

Es pertinente reiterar que; durante las negociaciones preliminares, la regla general que predomina en ésta, es la autonomía privada, la cual se manifiesta a través de la libertad de contratar que poseen las partes y que genera en ellos la facultad de continuar o retirarse de las negociaciones según su conveniencia, pues no existe ninguna obligación de celebrar un futuro contrato. Sin embargo, si de la interrupción de las negociaciones surge un comportamiento lesivo que contraviene la buena fe, se debe indemnizar. La buena fe constituye entonces un límite a la libertad contractual, y esta resultará lesionada cuando producto de una ruptura injustificada de las negociaciones se generen daños y perjuicios que deberán ser indemnizados.

Así mismo resulta también necesario y de suma trascendencia el determinar el significado de la expresión injustificada. Teniendo en cuenta que la doctrina ha considerado que el rompimiento de las negociaciones no produce responsabilidad por el solo hecho de que éstas se hubiese realizado sin un justo motivo – libertad contractual - sino que, lo que da lugar a la obligación de reparar es que el retiro sea injustificado y esto se alude cuando un comportamiento sea reprochable y haya causado daños a su contraparte, en donde lo censurable no será el retiro de las tratativas, sino la forma como éstas se han dado, habiéndose despertado una confianza razonable en celebrar un futuro contrato con la víctima

del daño, confianza que, por ejemplo, surge una vez que en el desarrollo de las negociaciones las partes hayan logrado acordar los elementos esenciales del proyectado contrato, restando solamente definir detalles accesorios o de menor importancia, hablamos entonces de un estadio avanzado de las negociaciones o tratativas.

El surgimiento de la responsabilidad precontractual por el retiro injustificado de las tratativas no ha sido objeto de consagración expresa en las codificaciones civiles de Latinoamérica y Europa (a excepción de Alemania) , pero a partir de consideraciones jurisprudenciales y doctrinales, los supuestos de hechos que se encuadran dentro de las hipótesis de responsabilidad precontractual en comento, son regulados por las disposiciones que sobre la buena fe precontractual o contractual, según el caso, establezcan estos códigos, ya que este retiro es considerado como una hipótesis de vulneración a la buena fe a observarse en las tratativas.

En el siguiente capítulo, nos ensañaremos en primer lugar a establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, al existir variedad de posturas doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a determinar que reglas de la responsabilidad civil se debe aplicar a efectos de obtener una tutela resarcitoria por los daños ocasionados a uno de los tratantes en al apartamiento injustificado de las negociaciones. Una vez dejado en claro el tipo de responsabilidad aplicable, estableceremos cuáles serán los requisitos de procedencia, así como los criterios de imputabilidad o factor de atribución y los plazos prescriptorios que deberían aplicarse a efectos de poder acudir a la vía judicial y poder reclamar una indemnización producto los daños ocasionados por el apartamiento injustificado de las negociaciones o tratos preliminares.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDADPRECONTRACTUAL.

Hemos considerado necesario abordar este nuevo subcapítulo referido a la responsabilidad que se genera a partir de la ruptura injustificada de las tratativas determinando su naturaleza jurídica, esto es, la esencia misma de la institución,

en la medida que es un punto fundamental para encuadrar los diversos supuestos o elementos que lo configuran.

Al respecto, huelga mencionar que, si bien la doctrina comparada ha decantado algunas posiciones, sus posturas no son del todo uniformes, dado que muchos autores pretenden calificar a la responsabilidad precontractual como una derivación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, considerando para ello que en estos casos simplemente no existe contrato, o si existe, se anuló. No obstante, otros juristas son de la posición de incorporar a la responsabilidad precontractual como supuesto de la responsabilidad contractual, tomando en cuenta el “contacto negocial” que las partes configuran en la etapa del *iter negocial*.

Así mismo, un sector minoritario ha propuesto su naturaleza como un “*tertium genus*” dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, afirmando que se trata de una responsabilidad autónoma o *sui generis*, con todo lo que ello complica el debate en torno a esta figura jurídica.

A continuación, iniciaremos el desarrollo analizando esta última postura con sus correspondientes autores, para luego finalizar con nuestra posición.

1.1 LA DOCTRINA DEL TERTIUM GENUS Y EL ABUSO DEL DERECHO.

Se trata de una posición minoritaria, aunque no insignificante a nivel de la doctrina comparada, cuyo basamento estriba en otorgarle un carácter autónomo por sus rasgos claramente diferenciados, en atención a la aplicación de los regímenes de la responsabilidad contractual o extracontractual a los daños ocasionados durante el periodo precontractual.

En este contexto, un sector del pensamiento jurídico ha optado por referirse a la responsabilidad originada por los daños causados durante la etapa de negociaciones como responsabilidad precontractual, pues si el contrato no llega a perfeccionarse o se considera nulo, la responsabilidad no sería estrictamente

contractual, pero, a la vez, si las partes quisieron acercarse para celebrar un contrato y han expresado su voluntad en ese sentido, es claro que se generan vínculos que no se pueden desconocer y, de esta forma, la situación no se podría enmarcar en una responsabilidad extracontractual propiamente dicha. Sin embargo, los que optan por esta postura no han llegado a establecer una correcta y adecuada regulación para la denominada responsabilidad precontractual, sino por el contrario, terminan encuadrándola y apoyándose en uno de los dos tipos de responsabilidad civil.

Siguiendo esta postura, en la doctrina argentina encontramos a Brebbia, quien señala que la doctrina mayoritaria de su país “ *admite la existencia de una tercera especie de responsabilidad civil a la cual se le asignan rasgos distintos de las otras dos categorías*” señalando además que “ *no existen dudas de que los casos que integran la responsabilidad precontractual, no encuentra cabida en la responsabilidad contractual, toda vez que ésta presupone la existencia de un contrato válido y perfeccionado, y ninguno de estos presupuestos se da en los casos de responsabilidad in contrahendo, los que por definición importan la inexistencia de un vínculo preexistente entre las partes. (...) En consecuencia, no queda otra alternativa que entender que son aplicables supletoriamente a los supuestos de responsabilidad precontractual, los principios de la responsabilidad civil en general, entendidas como sistema único, y de responsabilidad extracontractual en especial*” (BREBBIA, 1987).

De esta manera, podemos observar que Brebbia considera que la responsabilidad precontractual posee características propias y diferenciadas de que le dan una característica autónoma, sin embargo, para determinar la indemnización, considera aplicables las reglas de la responsabilidad aquilana.

En tal sentido, si bien un sector de la doctrina considera a la responsabilidad precontractual, como una figura jurídica de género autónomo, o también denominado *tertium genus*, por nuestra parte, no nos inclinamos por dicha clasificación, pues conforme hemos advertido, no existen razones justificables que amparen una adecuada regulación de la responsabilidad precontractual como una figura independiente y alejada de dos tipos de responsabilidad. Por

ello, y amparándome en la acertada posición de Medina Alcoz, la teoría autonomista por así llamarla, es una teoría que, en nuestro país, solo tendría relevancia de *lege ferenda*, pues de *lege data*, no cabe sostener que la responsabilidad precontractual sea un género autónomo de responsabilidad pues, carente de regulación específica, debe insertarse entonces en uno de nuestros dos sistemas de responsabilidad civil positivizados. (MEDINA ALCOZ, 2005).

Nos quedamos entonces con esta última reflexión ya que nos demuestra que el otorgarle el término de *tertium genus* a la responsabilidad precontractual no es lo más prudente por así decirlo. Debemos precisar que, no obstante, somos de la opinión que, aunque se llame precontractual a la responsabilidad por los daños causados antes del perfeccionamiento del contrato, en el momento de aplicar las normas pertinentes se tendrá que optar por uno u otro régimen de la responsabilidad civil a falta de una normatividad específica en materia precontractual, conforme expondré más adelante.

Otra novedosa denominación doctrinaria a efectos establecer la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad en los también denominados casos por *culpa in contrahendo*, radica en catalogarlo como una extensión de la teoría de abuso del derecho, la cual pasamos a revisar.

El profesor Llambías, otro tratadista argentino, al hacer mención de *la naturaleza de la culpa in contrahendo*, señala que: “*Hay en ese comportamiento un abuso de la libertad de no contratar que es una especie del género del abuso del derecho*”. Y agrega: “*Aunque los negociadores no estén unidos todavía por un contrato, y tengan el derecho de poner fin a las tratativas, deben actuar con lealtad y buena fe; nadie está obligado a contratar, pero si a impedir que la propia conducta irregular cause el daño ajeno*” (LLAMBIAS, 1993).

Como vemos, este autor también inicia desarrollando la denominada teoría de los actos abusivos para finalmente considerar a esta responsabilidad como una de naturaleza aquilana.

Visto esta nueva posición, tampoco considero adecuada el otorgarle esta nomenclatura a su naturaleza jurídica, pues estoy a favor de la postura que tiene al respecto el maestro Fernández Sessarego, quien tratando de definir el abuso del derecho acota: *“El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en un ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño a un interés ajeno, es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentara originariamente en un acto ilícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser un derecho para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el Juez, en un acto que ya no es lícito y con que se incurre, más bien, en la trasgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás”*. (FERNANDEZ SESSAREGO, 1999)

Continúa explicando que: *“Se trataría así del incumplimiento de un deber genérico impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva. O, de no existir un dispositivo expreso en dicho ordenamiento, estaríamos frente a un acto que es contrario a los principios generales del derecho, como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad*. (FERNANDEZ SESSAREGO, 1999)

En este sentido, se puede colegir que, en atención a lo previsto por el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil, ante un caso de abuso de derecho el Juez no tiene la necesidad de recurrir a las normas que regulan la responsabilidad civil, ya que el referido artículo dispone que el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. Así mismo encontramos como herramienta legal al denominado abuso de derecho al artículo 685 del Código Procesal Civil, la cual nos permite el uso de medidas cautelares a efectos de evitar la consumación de un perjuicio irreparable.

Por lo antes mencionado, nuestra normativa civil nos otorga las herramientas necesarias para evitar el abuso del derecho, además como opina en el maestro Sessarego : “ *tratándose del abuso del derecho, no resulta necesario inmiscuirse sobre el dolo o la culpa del agente (ésta no resulta aplicable a quien ejerce un derecho suyo), ya que este tema no debe ubicarse dentro de la regulación de los actos ilícitos sino que, a su entender, constituye un tema propio de la Teoría General del Derecho. Incluso precisa que no es necesario acreditar un daño para pedir la cesación del acto abusivo, tal como está entendido en el artículo pertinente del Código, ya que, citando a Torres Vásquez y Diez Palacios, indica que es posible la presencia de un obrar abusivo, sin que se haya producido un daño efectivo*”. (FERNANDEZ SESSAREGO, 1999).

Desde esta perspectiva, rechazamos también ubicar o enmarcar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual como un abuso del derecho, pues los que están de acuerdo con esta postura, si bien empiezan su discurso señalando o haciendo mención al abuso del derecho en la libertad de contratación, terminan amparándose en las de la responsabilidad aquiliana. En tal sentido, somos partidarios de la existencia de suficientes elementos como para aplicar la responsabilidad contractual a los casos de la *denominada culpa in contrahendo* conforme manifestare más adelante.

1.2 LA DOCTRINA EXTRA CONTRACTUALISTA.

Esta doctrina parte en buena cuenta las manifestaciones negativas que pueden sobrevenir a los acuerdos o pactos que realicen las personas donde de por medio no hay necesariamente un vínculo contractual.

Para quienes siguen esta tendencia jurídica dan por sentado que la responsabilidad precontractual es de carácter extracontractual, afirmando que en base al principio “*alterum non laedere*”, se impone una norma de comportamiento que debe ser adoptado por las partes y el cual es aplicable a todas las relaciones sociales, económicas, jurídicas, y políticas que deben adoptar los hombres en su entorno o convivencia social.

En ese sentido, se halla el criterio de que los tratos preliminares no forman una obligación en sentido técnico, sino una simple relación de hecho que, en ocasiones, la actuación de los deberes universales impuestos a todas las personas y cuya trasgresión, siendo un acto ilícito, ocasiona la responsabilidad extracontractual.

De esta suerte, pues, los seguidores de esta corriente manifiestan que la responsabilidad precontractual se presenta como una manifestación de culpa extracontractual común, pues en las negociaciones no se establece un vínculo contractual también denominado vínculo obligatorio, por ello se debe aplicar entonces las reglas de la responsabilidad aquilana.

En tal sentido, en aquellos países donde no existe una norma concreta sobre la responsabilidad precontractual, la doctrina ha ubicado el daño ocasionado como consecuencia de la ruptura de los tratos preliminares como un evento dañoso protegible por la vía de la responsabilidad aquila o extracontractual. En nuestro sistema jurídico entonces tendríamos que recurrir al artículo 1969^o en virtud del cual: *“aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”*.

Será por ello entonces que De Cossio y Corral señalaban lo siguiente: *“No nos ofrece la menor duda el hecho de 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. Ninguna duda nos ofrece tampoco 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 aquilana, derivada del hecho ilícito (...)”* (COSSIO MARTINEZ, 1988). Sin embargo, a nuestro entender la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual encuentra otro sentido, como veremos continuación.

1.3 LA DOCTRINA CONTRACTUALISTA.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad extracontractual se aplica a los daños ocasionados entre personas desconocidas o ajenas a algún contacto entre ellas. De ahí que la doctrina haya recogido para la responsabilidad extracontractual, el universal principio del deber de no causar o infligir daños a otros o también conocido "*alterum non laedere*".

Pues bien, partiendo de allí, uno podría darse cuenta, del porque la responsabilidad precontractual no podría inmiscuirse o mejor dicho aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual, pues, en definitiva, los casos la responsabilidad precontractual gira en torno al deber genérico de actuar de buena fe y lealtad en todo el proceso negociaciones o tratos preliminares.

Para ello, nos agenciamos de doctrinarios de renombre que consideran que la naturaleza de la responsabilidad precontractual originada por la ruptura injustificada de los tratos primarios posee naturaleza contractual, tal es el caso de Alonso Pérez, al señalar que: "*(...) Por ello, esta responsabilidad no se basa en la violación del genérico alterum non laedere, sino en el quebrantamiento de la lealtad y de la confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en un contacto comercial (...)*" (ALONSO PEREZ M. , 1971).

A lo que queremos llegar entonces es que un aspecto diferenciador radica en que mientras la responsabilidad extracontractual se genera entre personas "desconocidas", tanto la responsabilidad contractual y la precontractual son responsabilidades entre conocidos, en el primer caso unidos por el vínculo obligacional del contrato; en el segundo, unidos por la relación precontractual presidida por el deber jurídico de actuar de buena fe durante los tratos prenegociales.

Asimismo en los casos de responsabilidad precontractual, es factible el poder identificar a los sujetos que incurrir en ella: los contratantes, ello en base a los acercamientos previos que evidencia una relación jurídica especial entre ellos, y bajo esta perspectiva, Díez Picazo manifiesta que: "*cuando las partes inician las conversaciones o negociaciones (tratos preliminares), por el simple hecho de*

relacionarse (“relación social”) o entrar en contacto (“contacto social”), asumen deberes determinados y, en consecuencia, quedan obligados a comportarse de buena y a observar la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes.” (DIEZ-PICASO, 1999).

Es decir, que, ante la vulneración a aquellos deberes de conducta en la fase precontractual, se tiene identificados en quienes repercutirá los efectos de dicha responsabilidad: “los cotratantes”. Solo ellos podrán; en el mejor de los casos, acceder a la tutela resarcitoria y, en el peor de los casos, a quienes alcanzará esa responsabilidad.

Otro aspecto diferencial radica en que, ante la producción de un daño en la responsabilidad extracontractual, si bien el perjudicado está en la posibilidad de exigir un resarcimiento, éste poder nace de la norma legal que tutela el derecho de solicitar el resarcimiento. En cambio, la responsabilidad precontractual, no puede ubicarse en la responsabilidad por acto ilícito, dado que no se trata de la violación de un deber genérico de no dañar, sino de la violación de un deber específico del uno frente al otro, asumido voluntariamente por los tratantes al dar inicio a los tratos preliminares. Esto nos da una acertada visión para acentuar una marcada diferencia entre la aplicación de ambos tipos de responsabilidad civil, a la ruptura injustificada de los tratos preliminares, pues en palabras de De Cupis “... *el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo especial, por lo que solo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjudicado*”. (DE CUPIS, 1975).

Tal y conforme hemos advertido, en aquellas situaciones donde se producen daños por el apartamiento injustificado de las negociaciones, siempre existió entre los agentes o cotratantes una negociación previa, y son éstas negociaciones las que han permitido a la parte perjudicada, generar una confianza razonable y objetiva en la realización un definitivo contrato; por tal motivo queda claro entonces que las partes no son desconocidas, al contrario, están determinados y son plenamente reconocibles, y aquí radica el rasgo diferenciador para desaprobar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual para la figura que venimos comentando.

Un supuesto más, a efectos de descartar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, radica en que en los casos de responsabilidad aquilana, primero se produce el daño y, a partir de ahí nace la relación entre el perjudicado y el perjudicante. Sin embargo, en los casos de responsabilidad precontractual sucede exactamente lo opuesto: primero se relacionan los sujetos, entran en el famoso llamado “contacto negocial”, y luego se produce el daño, el cual debe ser resarcido.

En virtud de todas estas consideraciones expuestas, estamos convencido que en los casos de ruptura injustificada de los tratos preliminares debería aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual.

2. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

Habiendo reflexionado a fondo en torno a la naturaleza de la responsabilidad precontractual, seguidamente determinaremos cuáles son los criterios o presupuestos de procedencia que, al igual que toda responsabilidad civil - sea ésta contractual o extracontractual - deben exigirse a efectos de obtener un resarcimiento como consecuencia de los daños ocasionados por uno de los cotratantes o negociaciones al apartarse intempestivamente o sin justificación alguna de los tratos preliminares, tal cual proponemos en la presente investigación.

Como ya hemos advertido, según lo dispuesto en el artículo 1362^o de nuestro ordenamiento civil, la responsabilidad precontractual se configura cuando se produce la transgresión del deber jurídico que impone la buena fe y también — tal cual lo manifestamos en el capítulo precedente— a los deberes generales o específicos de conducta derivados de este principio.

Resulta importante considerar que no toda ruptura arbitraria o injustificada de las negociaciones será motivo de indemnización, pues si por regla general se indemnizaran todos los gastos en que se incurra a propósito de una negociación,

las partes tendrán incentivos más que suficientes para invertir en gastos aun cuando el estado de las negociaciones no lo justifique, con la certeza y seguridad de que en caso las negociaciones no lleguen a buen puerto, dichos gastos igualmente serían indemnizados.

A partir de ello, nace la siguiente inquietud ¿cuándo será injustificado el retiro y por ende necesario también una indemnización sobre gastos incurridos por la confianza generada en la celebración del contrato? Sugiero entonces que, para dar respuesta a dicha interrogante, debe determinarse no sólo la conducta de quien se retira de las negociaciones, sino, además, la de quien permanece en ellas, ya que la vulneración del deber de negociar de buena fe precisa defraudar las expectativas razonables o confianza generada en la otra parte. En tal sentido, defraudar la confianza razonable será la conducta reprochable y por ende antijurídica, la cual en palabras de Iñigo de la Maza Gazmuri se podrá denominar, según las circunstancias, culpa, dolo, violación de la buena fe, infracción del deber de corrección, abuso del derecho o una mezcla de ellas (DE LA MAZA GAZMURI, 2006).

Es a partir de ahí, donde se dará inicio la obligación de resarcir el daño producido por uno de los tratantes al romper de manera injustificada los tratos preliminares; para ello, hemos tratado de reunir los requisitos que, desde mi punto de vista, deberían constituirse a efectos de obtener tutela por parte del estado a efectos de obtener un resarcimiento y/o indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de la ruptura intempestiva de dichos tratos preliminares. A continuación, sistematizamos estos elementos.

2.1 CONFIANZA RAZONABLE.

Conforme mencionamos precedentemente, no cualquier ruptura o frustración de las negociaciones son susceptibles de generar responsabilidad y por ello una indemnización por los daños sufridos. Para determinar ello, conviene exigir que se haya despertado en uno de los tratantes o negociantes una “confianza” de que el contrato efectivamente se celebraría, cuando en realidad ello no fue así;

en otras palabras: el haber despertado la confianza en la inminente conclusión del mismo.

Dicho ello, debemos tener por entendido que, el rompimiento de los tratos preliminares no deviene en una ilicitud, pues constituye una manifestación de la autonomía privada en su modalidad de libertad de contratación (libertad de contratar). En tal sentido, si bien es cierto que sólo con la celebración del contrato y al generarse un vínculo contractual se puede dejar de lado a esa libertad, no podemos obviar aquel vínculo que generan las negociaciones entre los tratantes en donde se constituye un deber jurídico de actuación leal y conforme a la buena fe que permite a las partes el poder exigirlo recíprocamente y además, ante su vulneración, el poder ejercer derechos. Bajo esos argumentos entonces, no se discute el derecho de retirarse de las tratativas; lo que se discute es bajo qué condiciones el retiro genera obligación de indemnizar el daño causado

Debemos considerar entonces a la confianza razonable como “la piedra angular” del tema materia de investigación, ya que la determinación de si existió o no un justificable motivo para apartarse de las negociaciones, viene determinada por averiguar *ex ante* si existió o no una razonable confianza en la conclusión de un contrato que motivó a uno de los tratantes, en incurrir en gastos o costos de transacción que a las finales resultaron inútiles e innecesarios y que no hubiere realizado de saber que las negociaciones no llegarían a buen puerto, así como también la pérdida de oportunidades de otros negocios.

Pero ¿qué debemos entender por razonable confianza o confianza razonable? Para entender mejor el panorama, propondremos el siguiente ejemplo: Dos grupos de empresas mineras negociaron durante más de un año la compraventa de un conjunto de más veinte predios en la Sierra Central de nuestro país, cuyo valor ascendía a varios millones de dólares. Durante las negociaciones mantuvieron prolongadas y frecuentes conversaciones con la finalidad de determinar la fisonomía del contrato de compraventa, intercambiaron títulos de propiedad, estudios de los mismos, borradores de contratos de promesa de compraventa, llegando incluso a fijar una fecha exacta para la celebración del contrato de promesa de compraventa. El día de la celebración del contrato de

promesa de compraventa, el grupo propietario de los predios comunico al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones porque acaba de vender dichos terrenos a un tercero, quien le había pagado una suma superior al que se convendría en la promesa. Las negociaciones entre el tercero y el grupo vendedor se habían mantenido durante varios meses, sin que se le informara al grupo comprador.

Trataremos el ejemplo mencionado más adelante, pues en primer lugar creo a bien dejar delimitado una característica muy peculiar que sucede la mayoría de veces (casi siempre) en las negociaciones o tratos precontractuales. Nos referimos a la naturaleza adversarial de éstas, pues es bien sabido que cada negociante buscará sacar una mayor ventaja o propio provecho para sus intereses. Manifiesta el jurista chileno De la Maza Gazmuri, que *“el examinar los deberes que impone la buena fe, precisa detenerse en la naturaleza de la relación jurídica y finalidad de las partes. Sobre la naturaleza de la relación jurídica – en el caso de las negociaciones preliminares - lo característico es su naturaleza adversarial, en el sentido que cada parte que ingresa a ellas debe hacerlo entendiendo que su contraparte está para obtener la mayor cantidad de ventajas posibles.”* (DE LA MAZA GAZMURI, 2006).

Con relación a estas conductas, De la Maza Gazmuri apoyándose en el derecho comparado los clasifica en dos escenarios, los sencillos y los complejos. Los primeros se caracterizan porque las conductas simplemente frustran el objetivo de las negociaciones, tal es el caso del tratante que se retira unilateralmente de una negociación en la que ha ingresado sin ninguna intención de vincularse o, bien, ingresando con una genuina duda acerca de si contratar o no, se mantiene en las negociaciones hasta que tiene certeza de que no contratará. Los segundos, en cambio, se caracterizan porque una de las partes crea una apariencia de colaboración más intensa, induciendo a su contraparte a confiar con mayor intensidad, estos casos se presentan cuando las negociaciones se mantiene mientras las dos partes estiman que puede prosperar un contrato, sin embargo en algún momento una de las partes llega a la conclusión de que dicho contrato no le conviene y se retira sea por la presencia de una oferta superior, el

cambio de las condiciones, la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre algún aspecto del contrato, etc.

Los dos escenarios a los que hacemos mención, en la práctica son los casos más comunes producto de una ruptura injustificada en las negociaciones. En tal sentido, lo que se debe proteger en éstas, es la posición de la parte que mantiene su disposición a permanecer en las negociaciones, es decir, la confianza. Lo determinante entonces para reprochar la conducta de uno de los tratantes del retiro de las negociaciones es que traicione la confianza del negociante que estaba dispuesto a proseguir en la negociación, pero dicha confianza debe ser legítima.

La regla entonces será que uno de los negociantes haya creado una apariencia en términos tales que su contraparte pueda confiar razonablemente en que su intención es vincularse contractualmente. Sin embargo, resulta imposible crear una lista con todas aquellas conductas que constituyen creación de una apariencia, sin embargo, es tarea del juzgador prestar atención tanto a la conducta de quien se retira como la de quien permanece de las negociaciones.

En lo que respecta a la del primero, lo que caracteriza su conducta es que constituye una contradicción con sus actos anteriores, en el sentido que defrauda una expectativa que el mismo ha creado, por ello existiría una vulneración del principio de los actos propios.

El origen del principio de los actos propios lo encontramos en la *“maxime venire contra factum proprium non valet”*, que quiere decir, *“a nadie ha de estar permitido ir en contra de sus propios actos”* (PUIG BRUTAU, 1951); y la definición más acertada nos la da Enneccerus quien señala que *“a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”*. (ENNECCERUS, 1950).

De esta manera, si una persona ha creado una situación de confianza, tendrá que responder si defrauda a su contraparte con un comportamiento contradictorio. Por ello menciona Puig Brutau que *“el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia.”* Con justa razón adhiere *“quien ha dado lugar a la situación engañosa, así haya sido sin el propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia.”* (PUIG BRUTAU, 1951)

En lo que respecta a quien tenía disposición de permanecer en las negociaciones, el juez deberá considerar si la apariencia fue suficientemente intensa como para justificar su confianza en que el contrato efectivamente se celebraría. Siguiendo el desarrollo de la doctrina de los actos propios al que hacemos mención, *“es posible sostener que la apariencia será suficientemente intensa en la medida que posea un carácter inequívoco, esto es que releve más allá de toda duda razonable la intención de celebrar el contrato”* (ESPINOZA ESPINOZA, 2010). Esta será entonces la razón que justifique la imposición de responsabilidad producto de la confianza razonable creada en uno de los precontrayentes.

Volviendo nuevamente al ejemplo propuesto líneas arriba, en este caso, desde que las partes quedaron de acuerdo en los términos del contrato de promesa de compraventa, el grupo comprador podía confiar legítimamente en su celebración, especialmente porque las partes habían fijado una fecha. Contra lo anterior podría objetarse que aun cuando no hayan quedado de acuerdo las partes, dicho acuerdo – mientras no sea contrato – quede siempre sujeto a una especie de cláusula *rebus sic stantibus* (si la situación sigue igual) en el sentido de que si aparece una mejor oferta, el grupo vendedor en este caso puede retirarse. En efecto, esto es correcto, puede retirarse; pero la solución del problema no pasa únicamente por considerar la posición de quien se retira, sino de la que quien permanece en ellas confiando en la apariencia creada. Al considerar esta última opción, se llega a la conclusión que ese retiro engendra la obligación de indemnizar.

La buena fe predominante en toda relación contractual, implica la tutela de la confianza que una parte depositó en las negociaciones, proyectos y comunicaciones de planes que le hizo a su contraparte, por ello entonces es que resulta a la larga como un mecanismo de protección de haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretendan instaurar una vinculación jurídica. En las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia, por ello entonces, la confianza a efectos que sea susceptible de tutela “debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean, en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada.” (VALES DUQUE, 2012)

En la doctrina nacional, el catedrático Alfredo Chan Arellano refiriéndose a la confianza suscitada en los tratos preliminares manifiesta que: “(...) *Esta confianza puede haberse generado por manifestaciones expresas o tácitas, (...) los actos desarrollados han generado una confianza razonable que el contrato iba a ser celebrado, y es en base a dicha confianza que la contraparte ha incurrido en gastos, tiempo y dinero. Por lo que, defraudar esta confianza va a implicar responsabilidad para el que interrumpe de manera injustificada las tratativas*”. Será por ello entonces que, al referirse a la buena fe en las tratativas menciona que: “*Se deben proteger las promesas efectuadas por las partes que ha generado confianza razonable. Si bien es cierto que durante la etapa de las tratativas no existe un contrato entre las partes, la conducta desarrollada por éstas, si puede generar una confianza o expectativa razonable cuya falta de cumplimiento puede producir daños*” (CHAN ARELLANO A. , 2011).

Por tanto, en las negociaciones preliminares resulta fundamental que el derecho proteja las expectativas de aquel que ha confiado en situaciones sobrevinientes y legítimamente fundadas en la eminente concreción de un negocio jurídico, en el cual se crea como lo afirma DE COSSIO una cierta conexión y un estado de recíproca confianza que no debería ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato.

Sin duda alguna como mencionamos al inicio del presente subcapítulo, la confianza razonable es un requisito importante a efectos de poder obtener una indemnización por los daños que padece uno de los tratantes; y, para efectos de poder delimitar que verdaderamente existió una razonable confianza en la celebración del contrato, el juez deberá valorar las conductas de los tratantes (tanto del que se aparta, como el que permanece en las negociaciones) resultando claro para poder para demostrar dicha confianza en la práctica judicial, debe necesariamente reconducirse a la fase probatoria; de tal forma que su existencia dependa de la cantidad de elementos o pruebas que le permitan al juez materializar el fundamento dogmático que fundamenten esa confianza suscitada. Al tratar de realizar un listado con todos los supuestos generales en los que se puede decir “se vulnera la confianza suscitada”, se podría devenir en una imprecisión, pues hay que tener en cuenta que esta materia ha sido desde los mismos inicios en los que fue planteada, totalmente dinámica. Sin embargo, apoyándonos en doctrina y jurisprudencia europea (sobre todo Alemania e italiana) nos arriesgamos a hacer una enumeración de los casos o criterios que hay que tener en cuenta para establecer cuando existe una legítima o razonable confianza dentro de las negociaciones:

- 1.- Cuando en las negociaciones o tratos preliminares, las partes hayan llegado a tener en consideración los elementos esenciales del contrato que se proponían concluir o que esperaban estipular.
- 2.- Cuando existe producto de las negociaciones, un acuerdo de voluntades sobre diferentes aspectos del objeto pretendido, faltando solemnidades o acuerdos sobre los elementos esenciales que impiden el nacimiento del contrato.
- 3.- Que las negociaciones se encuentren en un estadio avanzado, por lo general ese sentimiento de confianza se da en aquella fase de conformación definitiva de la oferta.
- 4.- La confianza suscitada puede variar sustancialmente por actuaciones o negociaciones anteriores, lo que en doctrina se conoce como negociaciones

precedentes; ello en el sentido, de que las relaciones contractuales anteriores del mismo tipo entre dos partes de un contrato, genera una expectativa de que éstas contraerán en los mismos términos en los que lo vienen haciendo habitualmente; lo cual sin duda conlleva a las contrapartes a adoptar conductas, que normalmente no realizarían frente a desconocidos o terceros. Por ejemplo, cuando han existido tratos precedentes entre dos partes, en unos mismos negocios y en unas comunes o habituales condiciones, hace que se genere una seguridad y por tanto una fundada confianza entre quienes comienzan una nueva negociación, que seguramente se concluirá el negocio propuesto, de la misma forma como se han hecho secuencialmente los anteriores.

5.- De igual forma existen situaciones que hacen nacer en la contraparte una confianza legítima, como es el caso de los hechos concluyentes del predisponente y la publicidad. Los hechos concluyentes del predisponente, en la doctrina europea, se entienden como aquellos actos, actitudes, hechos que una parte tiene para con la otra; es decir, todas las actitudes y actos de exteriorización. Cuando un empresario se anuncie como titular de una especial política comercial que lo caracteriza y se distingue del resto de empresas que se dedican a la misma actividad, así como el reconocimiento en el medio de un comerciante y de sus condiciones contractuales, sin duda reflejarán mayores expectativas en sus eventuales clientes, que entre aquellos comerciantes, que no poseen dichas calificaciones, haciendo entender a la comunidad en general o la parte con quien directamente ejecuta los tratos, que tanto los servicios o negocios que él realiza siempre se efectúan de una misma forma.

6.- El prestigio ganado en la sociedad por una empresa también juega un rol importante en la confianza que pueda generar a su contraparte en el caso de inmiscuirse en negociaciones, de tal forma que un comerciante reconocido por el medio, por la forma como celebra sus negociaciones, las condiciones en las que ejecuta los mismos, y la seriedad y buen nombre del que goza, influyen en la decisión que pueda tomar su contraparte por inclinarse en hacer negociaciones con ese operador económico y no con

otros, confiando en la experiencia, seriedad y buena reputación de la que goza en el medio. De tal forma que cualquier individuo sentirá una mayor seguridad y confianza al momento de contratar con un experto que goza de experiencia y prestigio que con un simple aprendiz o principiante en algún arte u oficio.

7.- La calificación que se haga del grado de confianza deberá hacerse sobre lo que conforma exclusivamente la relación jurídica precontractual, ya que no podemos desembocar al estudio de las consideraciones internas de los sujetos que negocian, es decir, sus valoraciones intrínsecas, o aquellos proyectos personales o individuales que nunca fueron debatidos dentro del ámbito negocial, puesto que al no ser discutidos ni consecuentemente conocidas estas valoraciones escapan a la esfera de los tratos preliminares y a la relación jurídica precontractual que en su esencia es bilateral.

8.- En muchos casos también será necesario hacer una valoración del grado de profesionalización, experiencia o calificación de las partes en la negociación, del cual dependerá si se acentúan o no las circunstancias, demandando por tanto de un comerciante, una mayor diligencia y cuidado al momento de fundar sus expectativas y confianza en la realización de un negocio que una persona que ocasionalmente inicia tratos preliminares.

No se puede finalizar la actual enumeración sin dejar claro que, para la estimación del grado de confianza en las negociaciones, deberá concentrarse en un análisis y estudio concreto sobre las circunstancias de cada caso en particular y atendiendo porque no, a la dinámica de los sectores del mercado. Sin perjuicio de ello, el juez deberá tener siempre a su disposición un abanico de tipos de comportamiento y de estándares de valoración aceptados socialmente, que le ofrezcan líneas, directrices y criterios orientadores para la búsqueda de la decisión, teniendo como referencia especial, el deber jurídico de actuar bajo las reglas de la buena fe.

Por lo expuesto, para nadie es discutible que las partes durante los tratos previos a la celebración del contrato gozan de su libertad de contratar o no contratar,

pudiendo entonces apartarse de ellas cuando lo crean conveniente; sin embargo, esta posibilidad no sería conforme a derecho cuando uno de los tratantes haya creado una confianza razonable en la otra respecto a que el contrato iba a ser celebrado, por lo que la interrupción de las tratativas sería injustificada, inoportuna y arbitraria, pues todos aquellos recursos valiosos, el esfuerzo y tiempo invertidos por la parte afectada no se verían recompensados. Consecuentemente, se trata de determinar si era de acuerdo con la buena fe: tanto que una de las partes se aparte de las tratativas como el confiar en que la celebración del contrato se realiza, por lo que dejamos establecido entonces que el primer requisito de procedencia es la confianza razonable en la celebración del contrato.

2.2 RUPTURA INTEMPESTIVA O INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS.

Cuando se habla de la ruptura de las negociaciones estamos frente a un abandono a ese acercamiento que tuvieron las partes con ocasión a la celebración de un eventual negocio. Siguiendo ello, la ruptura intempestiva, injustificada, arbitraria, o como también se le ha calificado en la doctrina: privada de “justa causa”, es otro de los requisitos necesarios a efectos de pretender una indemnización y/o resarcimiento de los gastos innecesarios efectuados por uno de los tratantes en el curso de las negociaciones.

En el capítulo anterior mencionamos que los tratos preliminares se caracterizan porque son una fase, en donde las partes se conocen, intercambian ideas, deliberan y discuten sobre la posibilidad y viabilidad de una eventual negociación. Aquí las partes operan bajo el principio de la libertad de contratación y, de acuerdo a sus prioridades, toman la decisión de proseguir o abandonar las negociaciones. Sin embargo, en la medida en que las partes comienzan a superar obstáculos, y los acercamientos comienzan a llevar a las partes a adoptar posiciones comunes, la doctrina, reconoce y acepta que debe existir de por medio una “justa causa” para romper o apartarse de las negociaciones.

Esta afirmación se presenta en la medida en que uno de los tratantes —por su forma de comportarse— genera en la otra, una razonable confianza en la conclusión de un negocio, el cual hace necesario que, para interrumpir o apartarse de los tratos se necesite de una justificada razón, pues en palabras de Alonzo Pérez: *“cualquier excusa o pretexto haciendo referencia a la libertad contractual no han de servirle para justificar una ruptura, la que bien puede calificarse de “caprichosa” o “arbitraria” y con la consecuente producción de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad corrección de su cotratante.”* (ALONSO PEREZ M. , 1971).

En este orden de ideas podemos preguntarnos: ¿Qué debe entenderse entonces por “justa causa” en la ruptura de los tratos preliminares? Al respecto Monsalve Caballero deja en claro que: *“(…) Teniendo en cuenta que es un concepto indeterminado y abstracto, resulta difícil otorgarle una definición precisa, en sede de las negociaciones, pues no puede decirse que en principio existía un vínculo jurídico, por tanto, el problema radica en cuál es el bien jurídico que debe ser tutelado. El problema descende cuando aparece el término confianza, ya que si bien, sus supuestos de existencia también son complejos, una vez resulte evidente e identificable en una de las partes, su reconocimiento o no como justa causa, será una labor un poco más sencilla para el operador jurídico”* (MONSALVE CABALLERO, 2008).

En resumen y como dejamos esclarecido anteriormente, lo que se busca en todo momento es la protección al interés depositado en el momento en el que nace la confianza en que se llevará a cabo el contrato. Una vez alcanzada entre las partes esta confianza, la libertad para romper con las negociaciones se torna cada vez más limitada, quedando supeditada a que exista de por medio una justa causa para que no emerja una responsabilidad o un interés resarcible. A esto, la doctrina holandesa lo conoce como el *punto de no retorno*, en virtud del cual a los tratantes ya no les resulta legítimo retirarse unilateralmente de las negociaciones.

En efecto, podemos citar de manera ilustrativa el caso en el cual A y B inician las tratativas con la intención de renovar el contrato de suministro que los une, no

obstante, ello, B inicia con posterioridad otra serie de conversaciones con C. Tales negociaciones paralelas no son de conocimiento de A, quien confiado en el avanzado estado de las tratativas con B deja de lado otras ofertas, lo cual sucede con el conocimiento de B. Ahora bien, llegados al punto de negociar las últimas cláusulas del contrato con A, B se aparta ya que el día anterior había llegado a un acuerdo con C sobre todas las condiciones requeridas para el contrato de suministro.

Del ejemplo citado debemos hacer las valoraciones sobre la conducencia o no, de la ruptura. En la praxis, las razones más comunes para una terminación legítima (de las negociaciones), van desde consideraciones económicas u ofertas más interesantes, la variación de clausulados contractuales, o tal vez por la excesiva duración de las negociaciones; de modo que el contrato resulta menos beneficioso, y bajo estos preceptos, las partes están en su derecho de retirarse en cualquier momento, por ende, no existe una regla precisa y equitativa, sino sólo soluciones concretas en cada caso, pero sin duda alguna, siempre se debe buscar de por medio que se cumpla o verifique que existió de por medio una justa causa para el apartamiento de las negociaciones.

En tal sentido, lo cierto es que no debemos discutir el derecho de retirarse o no de las tratativas; lo que debe discutirse es bajo qué condiciones el retiro genera obligación de indemnizar el daño causado; por ello, es muy probable que no logremos contemplar toda la gama e infinidad de casos que se presentan en la realidad; no obstante, soy de la opinión que los supuestos de una ruptura justificada o en mejor sentido cuando medien razones que autoricen la ruptura de las negociaciones y que a continuación describo, podrían servir como una suerte de guía de las situaciones específicas que consideramos no dan lugar una indemnización:

- Cuando las tratantes, insisten en mantener cada una sus posiciones, resultando en vano la continuación de las negociaciones y mucho menos llegar a un común acuerdo.

- Cuando uno de los tratantes impone nuevas y más condiciones onerosas, que las que se habían discutido y negociado en los tratos, existiendo un cambio en la propuesta sobre la cual los tratantes no han analizado las conveniencias de llevarlo a delante o no.
- Cuando uno de los tratantes informa, en la fase de redacción del contrato, nuevas pretensiones que no se tenían y que no se habían formulado con anterioridad.
- Cuando en sede de negociaciones, sobreviene una causa externa que impide la realización del negocio, siempre y cuando tal circunstancia sea informada a la contraparte.
- Cuando en las negociaciones, existe un aumento de la prestación producto de nuevas condiciones del mercado, que no eran previsibles.
- Cuando la parte percibe que su contraparte ha actuado o lo hace de una forma dolosa, como puede ser el caso de la venta de un bien ajeno.

En este pequeño listado propuesto, nos encontramos con múltiples situaciones para dar por terminadas las negociaciones no generando con ello, la necesidad de una indemnización o resarcimiento pues de por medio existió una justa causa que justificó ese apartamiento intempestivo; no obstante cuando estamos frente a la excepción (en presencia de un daño), será necesaria una adecuada valoración y ponderación por parte del juez, pues no todos los criterios son indemnizables, ni todos los desembolsos efectuados pueden ser considerados como perjuicios. (MONSALVE CABALLERO, 2008)

En tal sentido, conviene ahora señalar también algunas de la diversidad de situaciones en los cuales, si resultará procedente una indemnización del daño ocasionado producto de una ruptura injustificada de los tratos preliminares, puntualizando además que la siguiente enumeración que se presenta tiene como punto de partida la violación de los principios emanados de la buena fe, la lealtad la corrección, y el normar uso del tráfico y las buenas costumbres, como son:

- Iniciar las negociaciones encontrándose impedido por una incapacidad.
- No ser titular de bien materia de negociación.
- Omitir el deber de información en las negociaciones.
- No comunicar a una de las partes los vicios que se conozcan y puedan viciar su voluntad de llevar adelante las negociaciones.
- Cuando existiendo ya una estructura económica del contrato, una de las partes se aparta de las negociaciones.
- El no informar a la contraparte la revocación del poder.
- La falta o abstención en el cumplimiento de los deberes de secreto o confidencialidad.
- Faltar al deber de custodia y conservación, en especial aquellos bienes que le han sido confiados.
- Prolongar de forma innecesaria las negociaciones.
- Provocar en la contraparte gastos innecesarios en el período de las negociaciones.
- El ocultar que se conducen negociaciones con otras personas (negociaciones paralelas), si informarles la situación, evitando que se formulen propuestas competitivas.
- Iniciar negociaciones sin intención de concluir las.
- La negativa a formalizar un contrato cuando ya se ha llegado a un acuerdo de casi todos los términos contractuales.
- La ruptura brutal o en destiempo, sin razón legítima alguna, cuya responsabilidad es imputable a su autor. En este caso, sin duda el estado avanzado de las negociaciones es un criterio de valoración, para determinar la ruptura como injustificada o no.

Es de anotar que la anterior es sólo una lista enunciativa de los principales y más comunes casos que se presentan, pero si en algún momento las partes en las negociaciones consideran que han sido lesionados sus intereses y si esta en las condiciones de probar la presencia de los tres requisitos originarios conmutativos de generar responsabilidad precontractual (confianza razonable, la ausencia de justa causa de la ruptura y el necesario daño), habrá que entrar a elaborar una ponderación de los derechos enfrentados de todos y cada uno de los elementos que sirven como supuestos para la valoración del caso.

En conclusión, cuando los tratos preliminares llegan a un punto en el que una de las partes, razonable y adecuadamente confía en la celebración del contrato, y la otra se aparta intempestivamente y sin justificación legítima de las mismas, su conducta no sería honesta, correcta, ni adecuada, y por tanto contraria al ordenamiento legal y al tráfico normal al que están avocadas las actuaciones negociales. Sin embargo, no puede asegurarse que todo retiro de las negociaciones, así sea intempestivo o en destiempo de lugar a indemnización, **ya que lo importante es la valoración y ponderación de intereses en conflicto que haga el funcionario jurisdiccional, así como la existencia real y concreta de un perjuicio.**

Para ello, entonces habrá que acudir nuevamente al concepto clave, que no sería otro que el de la buena fe visto desde el punto de vista objetivo, el cual servirá como base para hacer una valoración sobre la motivación justa o no de la terminación o ruptura de los tratos precontractuales. Ello, debido a que es evidente, que las partes durante toda la etapa del *iter formativo* están obligadas a comportarse de acuerdo al estándar que impone la buena fe, y por tanto, la reciprocidad, la lealtad y el normal tráfico de la forma como se hacen los negocios, los que sin duda alguna servirán siempre criterios para una válida y adecuada valoración.

Dicho esto, considero a bien citar a Moreno Quesada, quien opinaba que: *“Es difícil determinar a priori los casos en que se pueda estimar que falta una justa causa para dar por terminadas las conversaciones, habrá entonces, que acudir*

al examen de diferentes criterios determinadores (...), entre ellos, si el que da por terminadas las conversaciones fue el iniciador de las mismas, hacer una adecuada valoración sobre el estado de ellas en relación con lo primitivamente propuesto, de lo que cada uno ha ofrecido anteriormente, de cómo han transcurrido los contactos anteriores, etcétera, en definitiva, deberá dejarse al juez que tras la contemplación de las circunstancias que concurren, determine en cada caso si la ruptura unilateral está suficientemente justificada o por el contrario no aparece una justa causa de desistimiento que pueda eximir de total ulterior responsabilidad” (MORENO QUESADA, 1956)”.

2.3 DAÑO EN EL PATRIMONIO.

El tercer criterio o requisito de procedencia - y fundamental de toda responsabilidad civil - es el daño ocasionado a uno de los tratantes producto de la ruptura intempestiva de los tratos preliminares.

Como es sabido, solo cuando se ocasiona un daño a otro, se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil sujeta a indemnización. Será por ello que; sin ser el único de los elementos de la responsabilidad civil contractual o extra-contractual, se instituye como el fundamental, debido a que existe consenso en la doctrina que, *“en ausencia de daño, no hay nada que reparar o indemnizar, ergo, no existe problema alguno de responsabilidad civil”* (TABOADA CORDOBA, 2003); será por ello entonces que no pocos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil, como el “derecho de daños”.

Por daño debemos entender *“a la lesión de todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación (...) es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedor de tutela legal”.* (TABOADA CORDOBA, 2003).

De acuerdo al tema que nos interesa, emerge la primera inquietud o interrogante ¿Por qué deben indemnizarse los daños producto de una ruptura injustificada de

las negociaciones? Debido a la naturaleza de las negociaciones, las partes pueden invertir horas de trabajo, haciendo inversiones en locaciones, preparando proyectos, contactando peritos, realizando viajes; en fin, toda una gama de actividades que generan valores económicos, y que ante la frustración de la eventual celebración contractual original, nace el deber de resarcir (ALONSO PEREZ M. , 1971).

En tal sentido y teniendo en cuenta la naturaleza de la responsabilidad precontractual, si en el transcurso de las negociaciones, nace una expectativa fundada (confianza) en la realización del contrato y éste no se concluye producto de una ruptura o apartamiento intempestivo de las negociaciones y sin justificación que la motive, se está generando un daño (menoscabo o detrimento) en el patrimonio de uno de los tratantes, producto de ese retiro injustificado, y bajo nuestro criterio, deberán ser indemnizados. Para llegar a ello entonces, resultarán aplicable entonces – tal cual dejamos ya delimitado - las reglas de responsabilidad contractual; por ello, al fijar los criterios preparatorios del daño, nos basaremos en las normas existentes al respecto.

Ahora bien, dejando en claro por qué se configura del deber de indemnizar los daños producto de una ruptura injustificada de las negociaciones, se genera otra interrogante que radica en determinar ¿qué es lo indemnizable?; por un lado, y ¿qué es lo que debe comprender ésta indemnización?

En lo concerniente a la primera, no cabe duda, que uno de los principales aportes que hizo el famoso escritor alemán Von Ihering a la cultura jurídica en el tema de la *culpa in contrahendo*, fue su formulación sobre la resarcibilidad del daño, denominándolo como el interés negativo. Los estudiosos de la responsabilidad precontractual consideran que, *“en los casos de responsabilidad precontractual, los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por las lesiones al interés contractual negativo o también llamado interés de confianza; que es, en definitiva el interés (daño) por la no conclusión o frustración del contrato”* (MEDINA ALCOZ, 2005).

El resarcimiento al interés contractual negativo, pretende situar al dañado en la situación anterior al inicio de las negociaciones. Razón tiene Asúa Gonzales quien refiriéndose al interés negativo expresa: *“si quien inicia la negociación con el conocimiento de que no va a culminarla, se hubiera abstenido de hacerlo, la contraparte no habría accedido a la misma, por lo que ni habría realizado gastos, ni habría descartado otras alternativas”*. (ASUA GONZALES C. , 2003).

Casi con este mismo tenor, don Vincenzo Roppo señala *“en la responsabilidad precontractual, el daño resarcible cubre el denominado interés negativo. Es llamado así porque se lo identifica con el interés a no iniciar una tratativa como la que ha expuesto al sujeto a sufrir las incorrecciones de su contraparte; y, dado que iniciar esa tratativa ha gravado al sujeto con gastos inútiles y le ha hecho perder otras ocasiones de negocios, éstas son las principales voces que lo componen”* (ROPPO, 2009).

A estas alturas, queda claro entonces, que no cabría hablar del “interés contractual positivo” conocido también como “interés de cumplimiento” o “interés de ejecución”, el cual busca colocar al dañado en la situación patrimonial en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido efectivamente, *per se*, implica la existencia de un contrato válido incumplido.

Siendo ello así, resta establecer una respuesta a la segunda de nuestras interrogantes formulada como es: ¿Qué es lo que debe comprender el concepto del interés negativo?

Conforme expresamos precedentemente, los daños son de dos clases: daño patrimonial y daño extrapatrimonial. El primero de ellos, posee dos categorías: el daño emergente considerado como pérdida patrimonial, y el lucro cesante, entendido como la ganancia que el perjudicado deja de percibir. En lo concerniente al daño extrapatrimonial - frecuentemente llamados morales - nuestro actual Código Civil prescribe al daño moral y el daño a la persona, y estos representan los sufrimientos morales o anímicos que padece un sujeto o incluso una persona jurídica cuando se deshonra su reputación.

En los casos de la ruptura de las tratativas es factible encontrarse con ambos tipos de daños, pues el perjudicado aparte de haber sufrido un perjuicio económico, también pueden padecer daños en su esfera no patrimonial como por ejemplo el daño a su imagen o su reputación, como por ejemplo el incumplimiento de los compromisos adquiridos con terceros a causa de la no conclusión de un contrato, que esperaba con toda confianza razonable su celebración y ejecución.

Por ello entonces, bajo nuestra percepción, el resarcimiento del interés negativo estará integrado por dos partidas diferenciadas: los gastos inútilmente efectuados durante las tratativas preliminares (daño emergente) y la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (lucro cesante). El fundamento de lo antes descrito recae en la proposición que quien inicia la negociación, con el conocimiento de que no va a culminarla y se hubiera abstenido de hacerlo, la contraparte no habría accedido a la misma, por lo que ni habría realizado gastos, ni habría descartado otras posibles alternativas.

Sin embargo, existe una discusión doctrinaria en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también debería comprender al lucro cesante. En ese sentido, el criterio más predominante en la doctrina comparada y que por cierto compartimos, es el que se extiende al interés negativo para abarcar tanto el daño emergente (gastos inútiles como por ejemplo gastos por viaje, proyectos, asesorías, test de factibilidad, etc.) como el lucro cesante (pérdida de ocasiones alternativas de negocio o también llamada pérdida de chances), independientemente de la emisión o no de una oferta.

De esta forma, consideramos que el daño al interés negativo comprenderá todos los gastos y pérdidas económicas que uno de los tratantes ha efectuado debido a que se ha formado en su persona, una confianza razonable en la celebración de un contrato. Estos gastos comprenderán toda la inversión generada por tratar de llevar adelante un contrato tales como gastos, proyectos, presupuestos elaborados por una de las partes - lo que comprendería un daño emergente - y toda expectativa frustrada, o mejor dicho pérdidas de chance o posibilidad descartada por uno de los tratante como lo son: las ganancias dejadas de

obtener por no atender otras alternativas y ofertas contractuales o; incluso , ganancias que no obtuvo en su propia actividad comercial por haberse dedicado de lleno a las tratativas que se han visto frustradas.

En conclusión, una vez imputada la responsabilidad precontractual, al que se apartó injustificadamente de las negociaciones, creando una razonable confianza en la conclusión del contrato, deberán resarcir los daños que tengan un nexo causal con la confianza suscitada; y en tal sentido, a efectos de obtener una indemnización se entenderán por daños a las pérdidas de chance consideradas como lucro cesante, y los gastos inútiles efectuados configurados como daño emergente, todo ello dentro del marco a indemnizar el interés negativo.

Con el ejemplo que ilustramos a continuación podríamos dejar en claro todo lo que hemos explicado hasta ahora, a saber:

“Hoffamn inicio negociaciones con Red Owl Stores (un concesionario de supermercado) con el objeto de establecer una franquicia. De acuerdo con lo indicado por Red Owl Stores, Hoffman solo requería la suma de US\$ 18.000.00 con dicho objeto. Confiando en lo declarado por Red Owl Stores, y producto del estadio avanzado de las negociaciones, Hoffman vendió su panadería y realizó gastos para la ejecución del proyecto, tales como la compra del terreno, gastos de mudanza, entre otros. Pese a ello, las negociaciones entre las partes colapsaron debido a que Red Owl Stores le exigió a Hoffman una contribución mayor a los US\$ 18.000.00 antes indicados, y Hoffman se negó a ello” (GUZMAN ALTAMIRANO, 2016).

El daño emergente en este caso, sería el empobrecimiento al que llegó Hoffman por el dinero gastado en inversiones durante las tratativas, el cual no pudo ser recuperado al no efectuarse la celebración del contrato; así como el esfuerzo de renunciar a su panadería. El lucro cesante se manifestará en el impedimento de que Hoffman se enriquezca legítimamente al no celebrar el contrato que le hubiera permitido conseguir beneficios económicos tras establecer la franquicia.

Y porque no incluir aquí también el daño moral, el cual en palabras de Leysser León *“implica la lesión de los sentimientos, de los afectos de la vida y por tanto el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”* (LEYSSER LEON, 2007); en tal sentido en el ejemplo citado el daño moral sería el menoscabo de su estado de ánimo; el cual, antes del apartamiento injustificado de las tratativas por parte de Red Owl Soteres, probablemente estaba contextualizado en la expectativa positiva y optimista de conseguir un beneficio patrimonial con el establecimiento de una franquicia; y adicional a ello, a decir verdad a cualquiera le causaría tristeza que, tras un gran esfuerzo para conseguir los US\$ 18,000.00 (hasta el punto de vender su panadería) y así celebrar un contrato, su contraparte le exija un monto mayor que ya sería muy difícil de alcanzar.

2.4 RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO EN EL PATRIMONIO Y LA CONFIANZA RAZONABLE.

La relación de causalidad es otro de los requisitos a cumplir para la configuración de toda responsabilidad civil, pues *“si no existe una relación jurídica de causa-efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habría responsabilidad de ninguna clase”* (TABOADA CORDOBA, 2003) ; así lo señala Vinicio cuando afirma: *“La acción antijurídica no será punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa”* (VINICIO, 1967).

Nos dice Giuseppe Monateri: *“(…) En tal sentido, la razón de una teoría del nexo causal es aquella tendente a limitar la búsqueda de los responsables sobre los cuales, es de interés para el derecho, que recaiga el peso de la responsabilidad y limitar la búsqueda de las eventuales consecuencias del ilícito que deben ser soportadas por el demandando”* (MONATERI, 2003)

En líneas generales, al hablar de causa, estamos refiriéndonos al conjunto de condiciones o antecedentes que generan; o han generado, un resultado. Por ello

entonces, otro de los presupuestos o requisitos de procedencia para la configuración de una responsabilidad precontractual es la relación causa - efecto entre la conducta antijurídica del agente — situación de crear una razonable confianza a uno de los tratantes en la celebración de un contrato— y el resultado dañoso en la esfera patrimonial de uno de los cotratantes producto de su obrar (daño emergente y/o lucro cesante) y como explicaremos ahora, como consecuencia inmediata de esta ruptura arbitraria.

Si bien es cierto que la doctrina, jurisprudencia y hasta nuestro Código Civil recoge dos teorías causales, huelga decir la teoría de la causa próxima y la teoría de la causalidad adecuada, ¿cuál de ellas deberá aplicarse en la ruptura injustificada de las tratativas preliminares? Pasaremos a analizar brevemente cada una de estas teorías.

- Teoría de la causa próxima:

Para esta teoría, se considerará causa a *“aquella de las diversas condiciones necesarias de una resultado que se halla temporalmente más próxima a éste; pues las otras son simplemente condiciones”* (BUSTAMANTE ALSINA, 1997). Para esta teoría entonces, se considerara causa del resultado dañoso a aquel más próximo a su concurrencia, así mismo, el fundamento de esta teoría se halla en el siguiente pasaje: *“para el derecho resulta una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras, por ello entonces se busca la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontarse a una grado más lejano”* (ESPINOZA ESPINOZA, 2010).

- Teoría de la causa adecuada:

Para esta teoría no es causa cada condición del evento, sino solo la condición “adecuada” o “idónea” para determinarlo.

Así entonces, para establecer cuál es la causa de una daño conforme a esta teoría, *“es necesario formular un juicio de probabilidad; o sea, considerar si*

tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado; y ese juicio de probabilidad, no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto.” (BUSTAMANTE ALSINA, 1997).

Nuestro Código Civil, acoge para la responsabilidad contractual, a la causa próxima, mientras que para la responsabilidad extracontractual o aquilana, se apegan a la teoría de la causalidad adecuada

Para nuestro tema materia de investigación, resulta conveniente adoptar las reglas de la causa próxima y no la adecuada, pues independientemente que ya nuestro código civil haya delimitado a qué tipo de responsabilidad civil deba aplicarse cada teoría; empleando un razonamiento lógico, en la responsabilidad precontractual como mencionamos anteriormente, ya se tiene plenamente identificados a los sujetos - nos referimos a los tratantes - y no sólo ello, sino que también tendremos establecidos la ilicitud de su actuar o conducta antijurídica (mala fe).

Por ello y como menciona la doctrina para la causa próxima o causalidad inmediata se debe tomar en cuenta de entre la diversidad de condiciones presentadas, la que cronológicamente se encuentre más próxima al resultado bajo análisis, es decir, aquella que sea inmediatamente anterior a la producción del daño. En tal sentido, no resulta necesario realizar un juicio *ex ante*, sobre las diversas condiciones que influyen en la generación del suceso dañino, básicamente porque es una sola y como reiteramos, corresponde a la actuación en contra de las reglas de la buena fe y lealtad de uno de los tratantes al haber generado una razonable confianza en la celebración del contrato.

Con este presupuesto cerramos este punto referido a los presupuestos en materia de responsabilidad precontractual.

2.5 EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN.

Teniendo claro, tal como estamos dejando planteado hasta este capítulo; que, para que se constituya la responsabilidad precontractual, es necesario que se haya creado una confianza razonable en uno de los negociantes sobre la concreción del contrato, catalogar la ruptura como injustificada (antijuricidad) vulnerado de esta manera los deberes impuestos por la buena fe y la corrección, resulta necesario además atribuir dichos comportamientos a un agente en concreto, por ello resulta necesario establecer ahora cuál es el factor de atribución.

Para ello es necesario delimitar la definición de imputabilidad en materia de responsabilidad civil, que en palabras de Ballestero *“es entendida como la capacidad de querer y entender un daño por parte de un sujeto de derecho, para tenerlo como su autor, y que exista además la posibilidad de serle reconducido y aceptar las consecuencias desfavorables en cuanto le sean adversas”* (SANTOS BALLESTEROS, 2005). Es decir, no es otra cosa que la aptitud que tiene o puede tener una persona al momento de cometer el hecho ilícito, discerniendo sobre los efectos que se puedan llegar a producir.

Así también; para Espinoza Espinoza, éste elemento contesta la pregunta ¿a título de qué es responsable el autor de un daño?; es decir entonces, que este elemento constituye el fundamento del deber de indemnizar.

En tal sentido, resulta necesario entrar a diferenciar cual debe ser el tratamiento que se le debe dar a una conducta ilícita en la etapa de negociaciones, cuando se actúa con intencionalidad (dolo) o culpa, partiendo del hecho de que; sin duda alguna, éstos son componentes de la teoría de la imputabilidad en general. Luciano Barchi menciona con justa razón: *“(...) la responsabilidad precontractual no supone la obligación de celebrar el contrato. La responsabilidad deriva más bien de inducir dolosa o culposamente a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato”*.

En los casos donde medie dolo.

Es bien sabido que el dolo es la voluntad que tiene un sujeto de ocasionar un daño, por tanto, en los tratos preliminares, existirá dolo en la deliberada y calculada intención por uno de los tratantes de lograr el incumplimiento contractual, provocado deliberadamente una ruptura intempestiva; es decir, ha previsto que el resultado de su actuar se verá manifestada en la frustración injusta del perfeccionamiento del contrato proyectado, y por tanto de producir un daño. Viéndolo de esta manera, con justa razón la doctrina considera que existe un comportamiento doloso cuando el sujeto (tratante) inicie o prosiga con las tratativas con la intención de no concluir el contrato.

Es el caso del agente (tratante) que realiza afirmaciones y conductas que conducen a una apariencia que no corresponden a la realidad; y, tal apariencia puede lograrse a través de una infinidad de medios, como el utilizar declaraciones falsas durante la negociación con la finalidad de hacer creer a su contraparte que en definitiva el contrato se celebrará. De esta manera el agente oculta su verdadera intencionalidad, esto es, que no participará del perfeccionamiento del contrato.

Con ésta conducta mal intencionada, el sujeto se vale del ocultamiento deliberado de la verdad y a la vez realiza explícitamente declaraciones falsas que alimentan la confianza de la contraparte. Incluso a veces, estas conductas pueden tener también como objetivo distraer a su contraparte para que pierda oportunidades de negocios en razón de la confianza, o en muchos casos obtener información relevante acerca de un proyecto o producto, que de otra manera no hubiese podido obtener, con la finalidad de utilizarla para su propio beneficio.

En definitiva, podemos entender como nociones de conducta dolosa en la ruptura injustificada de negociaciones preliminares: la negativa de concluir un contrato real o solemne, la mala fe al iniciar las negociaciones sin intención seria de contratar, o de prolongarlas sin querer concluir las, o no cumplir lo acordado una vez que se ha formado el consentimiento teniendo una intencionalidad clara de

causar daño, e incluso iniciar las negociaciones solo con la finalidad de obtener cierta información relevante para su propio beneficio.

Los casos donde media Culpa.

En la actualidad en lo referente la responsabilidad originada por la ruptura de los tratos preliminares; no sólo se debe tener en cuenta la noción de conductas dolosas; sino que, para cierto sector de la doctrina, también deberá tenerse en consideración a aquellos actos en donde hay lugar la omisión del deber de diligencia; en ese sentido, la culpa también está llamada a ser juzgada.

Una definición aceptada de la culpa indica *“que la culpa o negligencia consiste en que al autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarde la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo”* (VON THUR, 1934).

Similar parecer expone Jorge Eugenio Castañeda cuando apunta que: *“la culpa consiste en la falta de diligencia que denota una persona en el cumplimiento de la obligación o en la ejecución de un hecho. De esta definición, resulta que la culpa puede ser contractual o extracontractual. Esta última recibe también el nombre de culpa aquiliana”*. (CASTAÑEDA, 1957)

Llambías manifiesta que: *“en doctrina, se ha discutido acerca de que si la noción de culpa es única o dual. La respuesta a esta inquietud de la divergencia de concepciones (clásica o dual y unitaria), es la que opta por una vía media: hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. Se trata siempre de una conducta reprochable, porque se han omitido diligencias y precauciones necesarias, pero no hay malicia en el infractor”* (LLAMBIAS, 1993).

Nosotros adoptaremos la dualidad de la culpa, es decir, la culpa contractual y la extracontractual, debido a las notorias diferencias características que posee cada figura, tal cual señala Borda: *“el incumplimiento de las obligaciones (o el incumplimiento deficiente o tardío) puede resultar del propósito deliberado del deudor o bien de su negligencia, de su impericia, de su descuido; en el primer*

caso habrá dolo, en el segundo, culpa. Es lo que se llama culpa contractual o en el cumplimiento de las obligaciones, que puede consistir en una acción o en una omisión. Es preciso distinguir cuidadosamente ésta culpa, de la aquiliana, como se llama a la que constituye un elemento de los cuasidelitos: a) La primera se refiere al cumplimiento de las obligaciones preexistentes, la segunda es una fuente de obligaciones, pues configura el cuasidelito. B) Mediando incumplimiento, se presume la culpa contractual, de modo que quien la invoca no debe probarla; la culpa aquiliana debe probarse por quien la invoca, c) La responsabilidad derivada de la culpa aquilana es integral, en tanto que quien ha incurrido en incumplimiento culpable solo responde de los daños directos.” (BORDA, 1998)

En efecto, la doctrina distingue dos clases de culpa:

- a) Culpa objetiva: en esta clase de culpa, es el ordenamiento el que determina el parámetro del comportamiento del agente y si éste no cumple con ello, pues resulta responsable. También se le denomina *culpa in abstracto*, la cual, se opone a la *culpa in concreto* o subjetiva. Doctrina tradicional francesa advierte que *“apreciar la culpa in concreto es examinar el estado espiritual del agente, averiguar si su conciencia le reprocha algo. Apreciar la culpa in abstracto es preguntarse, sin entrar en semejante averiguación, lo que habría hecho otra persona en las mismas circunstancias, proceder por comparación con la conducta de un tipo abstracto”*. (LEON H. Y., 1960).

Nos dice además Espinoza Espinoza que, la culpa objetiva no debe de confundirse con la responsabilidad objetiva, esta última es ajena al concepto de la culpa. La culpa objetiva se basa en parámetros determinados por la ley (es por ello que recibe dicha calificación). En efecto *“una cosa es exigir la responsabilidad del autor de una daño negando todo examen de su conducta (teoría del riesgo), y otra cosa es no declararlo responsable sino en los casos que otra persona habría obrado de manera distinta (apreciación de la culpa in abstracto)”*. (LEON H. Y., 1960).

- b) La culpa subjetiva: También denominada *culpa in concreto*. Es aquella que se basa en las características personales del agente. En este tipo de culpa se tiene generalmente a atribuir relieve a las cualidades físicas del agente.

Podemos resumir lo hasta aquí expuesto en lo siguiente: “*la culpa es definida en su acepción subjetiva como impericia, negligencia, desatención, etc.; en su acepción objetiva, como violación de leyes o reglamentos*”. (ESPINOZA ESPINOZA, 2010)

En nuestro tema materia de investigación, es decir en la ruptura injustificada de los tratos preliminares, debemos tomar en consideración a la culpa en sentido objetivo, en el sentido que es una regla de conducta a la cual deben atenerse las partes (tratantes) bajo el precepto del artículo 1362° que impone nuestro Código Civil: “las partes deben comportarse de acuerdo a la buena fe (en sentido objetivo) durante la negociación del contrato”.

La mala fe como factor de atribución.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, los factores de atribución son dos: el primero es el factor de atribución subjetivo (Artículo 1969° del C.C.) el cual se construye sobre la culpa del autor en sentido amplio; es decir, tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, lo que a su vez implica que lo que se analiza es el comportamiento del sujeto, ya sea porque debió actuar con precaución o con la diligencia necesaria. Y el segundo factor es, el de atribución objetivo (Artículo 1979° del C.C.) el cual, se construye sobre la noción del riesgo creado derivado de las actividades o bienes riesgosas o peligrosas; en este caso, el sujeto sólo se liberará de responsabilidad si acredita que el daño fue ocasionado por un hecho de fuerza mayor, un hecho determinante de tercero, o por la imprudencia de la propia víctima (Artículo 1972° del C.C.).

Para la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento civil, estamos ante un supuesto de responsabilidad civil subjetiva, cuando el incumplimiento de la

obligación sea imputable al deudor, ya sea por dolo o por negligencia (culpa). Dicha percepción lo encontramos en el artículo 1314° de nuestro Código Civil, el cual prescribe, “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. En tal sentido, bastará en este tipo de casos, acreditar la diligencia con la que actuó el deudor de la obligación, para que se le libere de responsabilidad alguna.

Por otro lado, respecto a la responsabilidad civil objetiva, dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual, el cumplimiento tiene como consecuencia directa la responsabilidad del deudor. Es decir, si el deudor incumple la obligación será necesariamente responsable, salvo que ocurra una causa no imputable, como por ejemplo un hecho de fuerza mayor que impida, objetivamente, la ejecución de la obligación. Así, un ejemplo de lo señalado lo podemos encontrar en el artículo 1315° del Código Civil, el cual establece “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

Como habíamos dejado ya esclarecido, en el caso de la ruptura injustificado de tratos preliminares, es el artículo 1362 del Código Civil el que establece que *los contratos deban negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe*. En ese orden de ideas, es éste articulado el que determina el ámbito objetivo de operatividad de la normativa precontractual de buena fe en el iter contractual.

Es de acuerdo al articulado en mención, que las partes en todo el iter contractual están llamadas a comportarse de acuerdo a la buena fe en sentido objetivo o de corrección; vale decir entonces, que funciona como regla o parámetro de conducta que nuestra legislación establece para el cumplimiento de las partes.

Luciano Barchi señala que: “*la buena fe se especifica en dos fundamentales cánones de conducta. El primero impone la lealtad del comportamiento y el segundo como deber de salvaguardia; es decir, se impone a los sujetos actuar de manera de preservar el interés del otro sujeto dentro del límite en el que ello no importe un apreciable sacrificio*”. (BARCHI VELAOCHAGA, 2015).

La responsabilidad precontractual entonces no supone una obligación de celebrar el contrato, sino que deriva de inducir dolosa o culposamente a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato. Así, el comportamiento doloso se presenta cuando el sujeto inicia o prosigue con las tratativas con el propósito de no concluir el negocio; y será culposo cuando no actué prudentemente e induce a su contraparte a confiar en la conclusión del negocio; es decir, prosigue con las tratativas sin verificar las reales posibilidades o sin tener una predisposición suficiente.

Evidentemente, cualquiera de esas actuaciones, es una vulneración a la buena fe en sentido objetivo, fijado por el parámetro de conducta que la ley impone a las partes bajo el precepto del artículo 1362°. Por ello entonces, el factor de atribución en la ruptura injustificada de los tratos preliminares será la actuación contraria a la buena fe o mejor dicho el actuar de mala fe.

En efecto Roppo señala que: *“el deber de buena fe se descompone en una serie de deberes de conducta cuya violación, en relación a las circunstancias, genera responsabilidad precontractual”*. Al respecto cita también a los deberes de información, y el de no defraudar la confianza sobre el negocio asumida por la contraparte a los cuales hemos hecho referencia en capítulos anteriores. (ROPPO, 2009).

Lo antes expresado, coincide en tanto con lo que establece Monsalve Caballero al exponer: (...) *resulta importante tener bien en claro, que la responsabilidad precontractual se origina, cuando el comportamiento del recedente (el que se aparta de las tratativas), es opuesto o está en contraposición con el precepto de la buena fe, sin importar si se actúa con dolo o culpa. Sin embargo, no se trata, de una hipótesis de responsabilidad objetiva, puesto que aquí lo importante, no es la ruptura de la negociación, sino en el carácter injustificado del accionar, de forma que la hipótesis del ilícito precontractual consiste en el receso injustificado de las negociaciones, que siempre en la práctica, deberá ser reconducido ya sea a un caso de dolo o de culpa. Además, como ya se dijo, el protagonista de la ruptura injustificada será el daño* (MONSALVE CABALLERO, 2008).

Como vemos, para Monsalve lo importante para determinar la responsabilidad en la ruptura injustificada de los tratos preliminares, es el actuar en disconformidad con el precepto de actuación que establece la buena fe, apoyándose en las actuaciones dolosas o culposas. Similar apreciación mantiene Asúa Gonzales cuando expresa que: “(...) de hecho, la no observancia de la buena fe es culpa a efectos de los requisitos de la obligación indemnizatoria.” (ASUA GONZALES C. , 2003)

Así mismo Medina Alcoz expresa que : *“no debe olvidarse que, aunque la doctrina empela con frecuencia la expresión acuñada por el maestro Alemán de responsabilidad por Culpa in Contrahendo, con ella no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta de nivel de diligencia exigible), sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual”* (MEDINA ALCOZ, 2005). Lo que se demuestra con ello es que, en efecto, si en las negociaciones, sea que se actúe con dolo o culpa, se genera de por sí un actuar de mala fe, que es por tanto el factor de atribución que buscamos y que obliga mediante norma imperativa nuestro artículo 1362 de nuestro Código Civil. Siguiendo esta opinión, tenemos al jurista chileno Rosende, quien a la vez se apoya en la opinión de José Luis de los Mozos, y expone que *“se viola la buena fe cuando se actúa dolosa o culposamente”* (ROSENDE ALVAREZ, 1979).

En el ámbito local, Cesar Mores expone: *“En el caso de las tratativas, el ordenamiento atribuye un poder de interferencia a las partes (la autonomía privada), con base en el cual, si es ejercido regularmente, las partes pueden entrar y salir de las tratativas sin responder de sus actos. Sin embargo, si el ejercicio de dicho poder es disfuncional, vale decir, es contrario a la buena fe, el causante del daño deberá responder, no por haber violado culposamente un deber, sino porque su conducta es contraria a otro tipo de criterio de imputación, en específico, a la buena fe”* (MORE, 2016).

La buena fe es la que nos servirá entonces como criterio para determinar si una conducta que causa daño en la etapa de las tratativas es pasible o no de sanción y por ende obligado a una indemnización. Si la conducta en cuestión encaja

dentro de aquellas conductas que el intérprete ha identificado que son disconformes a la buena fe, el peso económico del daño deberá ser trasladado, y al causante del daño.

¿Pero cómo llega entonces a establecer el legislador que una conducta es acorde o no a la buena fe? En nuestro caso, por ejemplo, no se sabe con exactitud qué conducta puede ser subsumida como contraria a la buena fe, precisamente porque no se sabe con exactitud qué significado puede ser atribuido a la buena fe. Los motivos los describe Guastini al señalar que *“esto se debe, en general, a la vaguedad propia del lenguaje, y en especial, a la vaguedad propia de las cláusulas generales, que se caracteriza como una vaguedad socialmente típica o de reenvío, mejor, a su indeterminación”* (GUASTINI, 2017).

Ello implica entonces, una delegación al juzgador para la construcción del supuesto de hecho contenido en la norma; por ello entonces, la doctrina considera que la buena fe debe ser calificada como un concepto que necesita *“integración valorativa”* (D’AMICO, 1989). Esto quiere decir que; el intérprete, en su tarea de construir el supuesto de hecho contenido en la norma, debe efectuar juicios de valor, y estos juicios de valor deberán consistir específicamente en la elección del parámetro de *“juicio o standard”* de conducta que se requiere al efectuar las negociaciones.

Dicho parámetro de juicio puede ser *“interno o externo al derecho”* (VELUZZI, 2010). En nuestro caso, por ejemplo, se puede recurrir a un criterio moral, económico, etc. Supongamos que elegimos el primero de los criterios; en tal sentido, toda conducta que sea moralmente reprochable será contraria a la buena fe (GUASTINI, 2017); consideremos ahora que una conducta moralmente reprochable es la de iniciar tratativas sin tener ninguna intención seria de celebrar el contrato. Como resultado, podríamos llegar a la conclusión de que dicha conducta es contraria a la buena fe. Es así que se puede evidenciar, finalmente, la función que cumple la **buena fe** en la regla de imputabilidad o atribución en la etapa de las negociaciones.

3. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.

Prosiguiendo con el tema objeto de esta investigación, resulta pues conveniente también justificar los plazos de prescripción a los que están supeditados los tratantes, a efectos de ejercitar la acción que permitan reclamar por una indemnización o resarcimiento por los daños ocasionados como consecuencia del rompimiento injustificado de los tratos preliminares.

Conforme hemos explicado oportunamente, no somos de la posición de englobar a la ruptura injustificada de los tratos preliminares ni como un *tertium genus* ni enmarcarla bajo la órbita de la responsabilidad extracontractual; sino que, a ésta debemos aplicarle los criterios de la responsabilidad contractual, por ello nos amparamos - en cuanto a plazos de reclamación – a las reglas correspondientes a la responsabilidad contractual, a efectos de ejercitar este tipo de acciones. Veamos.

Nuestro Código Civil ha determinado que los plazos de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad contractual sean más favorables que el de la responsabilidad extracontractual, lo cual resulta lógico partiendo de la facilidad y alcance con la que cuentan las partes para obtener el alcance de los medios probatorios.

El Artículo 2001 del C.C. ha fijado los plazos prescriptivos para ambas acciones, estableciendo para la responsabilidad contractual un plazo de 10 años (inc. 1) y, para la extracontractual en dos años (inc.4). La justificación para esta diferenciación de tiempo se debe a que se tiene al alcance los medios probatorios que determine la responsabilidad por inexecución de las obligaciones, mientras que, en la responsabilidad extracontractual, es más dificultoso el recabar prontamente todos los medios probatorios para la determinación judicial de los supuestos que hacen viable el resarcimiento.

Conforme a lo ya explicado en el punto anterior, si bien en las tratativas precontractuales no existe aún una relación obligatoria típica, el hecho que se genere un “contacto negocial” en la etapa de formación de un contrato crea

deberes de conducta entre los precontrayentes, que permite obtener un temprano y oportuno acceso a los medios probatorios pertinentes para obtener una indemnización, y ello nos conlleva a aplicar entonces el plazo prescriptivo de la responsabilidad contractual, por ende, y de acuerdo a nuestro código civil, considero que deben aplicarse lo establecido en el numeral 1 del artículo 2001.

Así mismo, este plazo deberá computarse desde el momento de la ruptura o apartamiento sin causa justa de dichas tratativas, porque –como sucede en el incumplimiento de una obligación contractual típica- “ *el tratante infiel también ha incumplido, no con la prestación como en el caso, sino en el deber de lealtad y buena fe hacia su contraparte*” (MONSALVE CABALLERO, 2008).

La dificultad que se presenta es la de establecer el momento de la ruptura, pero podrán servir como referencia todas aquellas referencias que nos permitan fundar que la contraparte no tiene intención alguna de continuar con las negociaciones hasta la conclusión del contrato.

4. DIFERENCIA CON LOS ACUERDOS PREPARATORIOS.

Finalmente, en este subcapítulo, conviene establecer la diferencia existente entre la figura de los tratos preliminares y otros actos jurídicos como los acuerdos preparatorios o también llamados precontratos, pues sus aparentes afinidades con ellos podrían en principio presentar confusiones a los operadores del derecho, tal como lo hemos constatado en algunas lecturas o apreciaciones de autores nacionales.

Los acuerdos preparatorios o también llamados *promesa de contrato* o *pactum in contrahendo*, procede de la doctrina alemana y podemos decir que es el acuerdo entre dos partes por el que una sola de ellas o las dos recíprocamente prometen un futuro contrato, cuyos extremos principales han dejado previsto total o parcialmente (las partes pretenden quedar vinculadas, pero no en ese momento). Al hablar de los contratos preparatorios en nuestra legislación, debemos remontarnos al artículo 1414^o de nuestro Código Civil, el cual expresa:

“Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”.

Ello significa pues, tal como menciona Arias Schreiber que: *“este tipo de contratos son un medio de preparar situaciones jurídicas destinadas a producir consecuencias para un momento posterior, pero dejando ya en pie un compromiso”* (ARIAS SCHREIBER, 1995).

En tal sentido mediante el precontrato o contrato preparatorio, las partes haciendo uso de libertad contractual, se obligan a concluir posteriormente, otro contrato obligatorio, llamado también contrato principal.

Por consiguiente, el precontrato tiene su fundamento en un deber que sería el de concluir un posterior contrato (principal), otorgando a cada una de las partes el derecho a exigir su conclusión y con ello también la potestad a obtener una vez concluido el contrato principal, la prestación convenida en el mismo.

Arias Schreiber describe que *“la funcionalidad de los contratos preparatorios, radica en vincular a las partes o comprometerlas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular”* (ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1995) . Es lo que sucede en la praxis con el contrato preliminar de compraventa, el cual obliga a las partes a celebrar el contrato de compraventa en un futuro.

Teniendo su delimitación conceptual, podemos afirmar que son notorias las diferencias que surgen entre los tratos preliminares y los llamados acuerdos preparatorios.

- En cuanto a la finalidad:

La divergencia más evidente y notoria radica en la intencionalidad de los sujetos en uno y otro caso, pues en los acuerdos preparatorios, existe una voluntad de las partes de quedar obligadas jurídicamente (obligación “de hacer”), mientras

que en los tratos preliminares las partes están discutiendo posibilidades y viabilidades de celebrar en un futuro, un contrato.

- En cuanto a sus efectos:

Otra de las características que se desprenden, es el tratamiento de los acuerdos preparatorios en nuestro sistema jurídicos, ya que se trata de un contrato típico, al estar regulado expresamente en nuestro Código Civil (Art. 1414^o), en tal sentido podemos decir que es autónomo pues posee su propia regulación en cuanto a su características y contenido. Esta autonomía hace que los contratos preparatorios sean exigibles y posea además efectos obligacionales, en cambio en los tratos preliminares, sólo existe un esquema hipotético que llegará a ser contrato cuando las partes presten su consentimiento a cada una de sus cláusulas.

Esta autonomía de los contratos preparatorios, otorga a las partes intervinientes que, ante el incumplimiento de sus estipulaciones (la no celebración del contrato definitivo) puedan exigir judicialmente la celebración del mismo o incluso la resolución del contrato, sin perjuicio de poder demandar además una indemnización por los daños y perjuicios acaecidos, amparados bajo la legislación referente a la inejecución de las obligaciones.

- En cuanto al contenido:

En cuanto su contenido, el contrato preparatorio difiere de los tratos preliminares, en que, en el primero, las partes han convenido en lo sustancial y ello consta en un contrato, mientras que en los tratos aún se está en la búsqueda de una conformidad de pareceres.

En conclusión, podemos sostener con meridiana claridad que la gran diferencia entre ambas figuras estriba en que en los precontratos, las partes han llegado al tan anhelado acuerdo contractual y por ello nos encontraríamos más bien ante

casos típicos de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones; en cambio, en los tratos preliminares las partes todavía están discutiendo la conveniencia o no de la celebración de un futuro negocio, situación que en principio permite a las partes apartarse de las negociaciones sin inferir en la esfera jurídica de su extremo negocial. En ello radica la diferenciación entre estas dos figuras; por tanto, los operadores judiciales no deberíamos de entrar en confusiones, pues la diferencia es notoria y simple de observar, lo cual nos servirá de mucho en el entendimiento de los puntos posteriores de nuestra investigación.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. HIPÓTESIS

“Es necesario regular la Responsabilidad Precontractual con la finalidad de superar la deficiencia normativa a nivel del Art. 1362 del Código Civil, respecto del resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, siempre que se cumplan los requisitos de procedencia tales como: transgresión del deber de buena fe y confianza razonable, la ruptura injustificada de las negociaciones y acreditación de un daño en el patrimonio de uno de los tratantes”.

3.2. VARIABLES:

3.2.1. Variable Independiente.

Regulación de la Responsabilidad precontractual con la finalidad de superar la deficiencia normativa del Art. 1362 del Código Civil.

3.2.2. Variable Dependiente.

- Transgresión del deber de buena fe y confianza razonable.
- Ruptura injustificada de las negociaciones.
- Acreditación de un daño en el patrimonio de uno de los tratantes.

3.3. TIPO DE ESTUDIO.

3.3.1. Por su Profundidad: Explicativa.

Nuestra investigación tiene por su profundidad naturaleza **explicativa**, en la medida que nos hemos propuesto no solo determinar la necesidad de regular la responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, además, formulamos una propuesta legislativa que permita superar la incipiente regulación del Art. 1362 del Código Civil.

3.3.2. Por su Finalidad: Aplicada.

La presente investigación responde a una metodología **aplicada** en tanto desde un primer momento nos preocupamos no solo por establecer los argumentos o razonamientos jurídicos para la regulación de la Responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento civil, sino que en razón a ello, nos propusimos realizar entrevistas a especialistas sobre el tema, analizar resoluciones judiciales y contrastar con la legislación comparada, lo cual le daría a nuestro trabajo un mérito no solo descriptivo o bibliográfico sino especialmente factual o aplicado.

3.4. DISEÑO DE ESTUDIO:

Para el diseño de nuestra hipótesis fue empleado el método cuasi experimental en su versión de **una sola casilla**, cuya representación gráfica es como sigue:



Donde:

M:

- Regulación de la Responsabilidad precontractual con la finalidad de superar la deficiencia normativa del Art. 1362 del Código Civil.

O:

- Transgresión del deber de buena fe y confianza razonable.
- Ruptura injustificada de las negociaciones.
- Acreditación de un daño en el patrimonio de uno de los tratantes.

3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA:

Población.

Nuestra población estuvo constituida por la totalidad de Jueces Especializados Civiles y Docentes Universitarios en materia de Derecho Civil de las diversas universidades públicas y privadas de la ciudad de Trujillo.

Muestra.

Nuestra muestra resultante (aleatoria simple), estuvo conformada por **10 magistrados** del área civil de esta jurisdicción, y **10 docentes universitarios** de UPAO- UNT de acuerdo a las facilidades que tuvimos en el desarrollo del presente trabajo de investigación, quienes absolvieron las preguntas planteadas en el cuestionario.

A) Delimitación:

| TÉCNICAS | UNIDADES DE ANÁLISIS | POBLACIÓN | MUESTRA |
|------------|------------------------------------|-----------|---------|
| ENTREVISTA | Jueces especializados- La Libertad | 10 | 10 |
| | Docentes universitarios UPAO- UNT | 10 | 10 |
| TOTAL | | 20 | 10 |

3.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

A) MÉTODOS LÓGICOS:

➤ **Método Deductivo:**

El método deductivo permite que las verdades particulares contenidas en las verdades universales se vuelvan explícitas. Esto es, que a partir de situaciones generales se lleguen a identificar explicaciones particulares contenidas explícitamente en la situación general. El método fundamental lo aplicaremos a nuestra investigación con la finalidad de llegar a un criterio uniforme que permita determinar los alcances y requisitos para una Responsabilidad Precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

➤ **Método Inductivo:**

El método inductivo, considera una serie de fenómenos o conocimientos particulares, para llegar a conclusiones generales. Del análisis de varios casos y objetos particulares, puede llegarse a una conclusión general, el método inductivo y deductivo, se complementan y pueden combinarse con el método analítico. Su uso resulta especialmente relevante para nuestro caso, por ejemplo, en la recolección de la información, así como en la distribución temática del marco teórico de nuestro trabajo.

➤ **Método Analítico:**

Como es sabido; en el mundo académico, este método se apoya en que, para conocer un fenómeno, es necesario descomponerlo en sus partes, pues el término 'análisis' tiene una raíz griega que significa 'descomposición'. En nuestro tema de tesis, es fundamental para determinar las conclusiones que nos permitan fundamentar los elementos que determinan o justifican la Responsabilidad Precontractual y su ubicación jurídica a nivel de nuestra normatividad.

➤ **Método Sintético:**

El método sintético es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras, el método analítico es un proceso cognoscitivo, que consiste en descomponer un objeto de estudio, separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual. Este método será empleado fundamentalmente en el enunciado y justificación de la hipótesis, así como en las respectivas conclusiones y recomendaciones.

➤ **Método Estadístico:**

El método estadístico consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Este método será empleado especialmente para el procesamiento básico de las entrevistas que lograremos en el presente trabajo a jueces e investigadores, quienes responderán a interrogantes planteadas, las mismas que serán vaciadas en los resultados respectivos, sistematizadas en cuadros, así como en la interpretación y análisis de los mismos.

B) MÉTODOS JURÍDICOS

➤ **Método Doctrinario:**

Este método, es uno de los más recurrentes en la investigación de las ciencias sociales, en tanto que es utilizado para resumir con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar, tanto de autores nacionales como internacionales. La información obtenida de diversas fuentes en distintas bibliotecas de la ciudad de Trujillo, servirá para la elaboración nuestro marco teórico.

➤ **Método Exegético:**

La exégesis; como un método, consiste en la interpretación literal a lo que la ley dice, y no a lo que probablemente se haya querido decir. Por lo tanto, mediante este método, los escritos del derecho positivo, convertido en ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse, de acuerdo con los alcances literales y normativos del deber ser; con este método extraemos el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas y que permita ampliar los fundamentos y resultados de nuestra investigación.

➤ **Método Interpretativo:**

Este método muy usado por los investigadores, se orienta esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos de nuestra investigación.

➤ **Método Comparativo:**

Este método se refiere al análisis comparativo a nivel de la normativa y doctrina de diferentes países, pues en nuestro caso será fundamental para conocer estas realidades en cuanto a la regulación de la Responsabilidad Precontractual y los fundamentos que se tienen para su justificación en cada uno de los ordenamientos jurídicos, y sus comparaciones con el nuestro.

3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.7.1. Fichaje.

Se refiere a aquellos instrumentos que sirven para organizar los aspectos más importantes del contenido de una publicación, revista o ensayo que incluya información sobre nuestro tema de Responsabilidad Precontractual, particularmente, conceptos, definiciones, comentarios, etc. Mediante este procedimiento realizaremos una selección sistemática de los diversos temas sobre los que gira nuestra investigación en materia contractual.

El instrumento empleado será la **ficha de investigación**.

3.7.2. Entrevista.

Esta técnica o procedimiento será utilizado con jueces y docentes universitarios de la especialidad, con el objeto de conocer sus posiciones respecto a nuestro tema de estudio, a fin de obtener mayor precisión y elementos objetivos que nos ayuden a comprobar nuestra hipótesis, así como las conclusiones y acciones a recomendar en el presente Proyecto de investigación.

El instrumento empleado será el **cuestionario**.

3.7.3. Recolección de información y documentos.

Técnica aplicada tanto a la documentación formal sobre nuestro tema de estudio, tanto a nivel doctrinario como documental (especialmente leyes nacionales y legislación comparada) en torno al tema de la Responsabilidad Precontractual.

El instrumento empleado será los **esquemas de observación**.

3.7.4. Análisis de Contenido.

Este procedimiento está referido a la observación y estudio de los diversos materiales que se puedan encontrar sobre el tema de

investigación, con la finalidad de sistematizar e interpretar los datos conseguidos.

El instrumento empleado será la **guía de observación**.

3.8. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS:

3.8.1. Elaboración de Fichas.

Selección de las diversas fichas de investigación (comentario, análisis, resúmenes) en función a los diversos tópicos y capítulos de nuestro tema de Responsabilidad Precontractual, de especial interés para el desarrollo de nuestro marco teórico y para la discusión de resultados.

3.8.2. Elaboración de cuestionario.

En este punto redactaremos las respectivas preguntas de investigación (abiertas, cerradas, mixtas) más pertinentes sobre la Responsabilidad precontractual, las cuales deberán ser aplicadas a una muestra seleccionada de jueces y docentes especialistas a fin de conocer su posición respecto a nuestro tema de estudio.

3.8.3. Análisis de toda la información recaudada.

Tras un último repaso a todo el material conseguido hasta el momento, tanto en doctrina como en documentos, discriminamos todo aquello que resulte irrelevante para nuestro tema de estudio, dando especial importancia a lo que nos pueda servir temática y prácticamente para la presentación y discusión de nuestros resultados.

3.8.4. Redacción en base al contenido.

Finalmente, con todos los datos y documentos a la vista, procederemos a la redacción final de nuestra Tesis, sistematizando lo analizado en las conclusiones y recomendaciones de nuestro trabajo de investigación, así como la propuesta legislativa para un pleno tratamiento jurídico de la Responsabilidad Precontractual en nuestra legislación.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

SUBCAPÍTULO I

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

FUNDAMENTO UNO:

SE HACE NECESARIO REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA MEDIDA QUE LOS TRATANTES SE ENCUENTRAN EN LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN CONTRATO BAJO LAS REGLAS DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LOS DEBERES SECUNDARIOS Y ESPECÍFICOS DE CONDUCTA QUE DE ÉL SE DERIVAN.

Siendo manifiesto que los Principios Generales del Derecho vienen a ser aquellas normas de carácter general que contienen las directrices de un sistema jurídico determinado, se constata que la buena fe es uno de estos principios, y además, posee una prístina fuerza jurídica en la medida que dispone e impone, la observancia de pautas de conducta exigibles a los miembros de una relación subjetiva, esto es, a los integrantes de una relación contractual típica e incluso a quienes se disponen a su celebración, como es el caso de los tratantes o negociantes.

Tal es la importancia de este precepto, que la buena fe impone - desde la etapa de las tratativas hasta la extinción del vínculo contractual - un comportamiento conforme a la honradez, lealtad y el respeto por la confianza suscitada, constituyendo un modelo de conducta social y exigible a la persona en el tráfico jurídico y en el ejercicio de sus derechos.

Lo es cierto que, mientras las partes en una relación contractual están ligadas por las obligaciones emergentes del mismo - la de realizar una prestación comprometida - los tratantes, no se encuentran unidos por una verdadera relación jurídica, sino por una relación social o también denominado “contacto

social”; el cual, obliga al cumplimiento de ciertos deberes precontractuales de comportamiento, tales como el deber de actuar conforme a la buena fe y con la lealtad requerida durante el curso de la negociaciones o tratos preliminares, lo cual significa que, pese a no estar involucrados forzosamente en una relación contractual propiamente dicha, los tratantes asumen deberes de comportamiento que pueden ser exigibles por cualquiera de los sujetos.

La etapa o estadio de los tratos preliminares, es un momento en el que reina la libertad de contratación - referida a la libertad que tiene las partes a efectos de determinar lo mejor para sus intereses - sin embargo; como todo derecho, éste posee límites, y uno de estos límites es el consagrado por el artículo 1362 de nuestro ordenamiento civil, que recoge el deber esencial de los contratantes de negociar los contratos según las reglas de la buena fe. Este deber (buena fe), enfatizamos, obliga a los tratantes a cumplir ciertos deberes de conducta (secundarios o específicos) tales como: el de información, que permite a los tratantes la toma de decisiones que mejor beneficie a sus intereses; el de no divulgar la información recabada por medio de las tratativas; el de informar sobre la existencia de negociaciones paralelas; el de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el avance de las negociaciones; el deber de cuidado y conservación; entre otros, los mismos que, han sido consolidados gracias al avance de la doctrina y en menor protagonismo a la jurisprudencia. En otras palabras, es bien conocido que, el derecho de cada individuo va hasta donde comienza el derecho del otro, pero cuando en la etapa de formación de un contrato los derechos son vulnerados, aquel que los lesiona, está obligado a reparar los perjuicios que con su comportamiento contrario a derecho ocasionó.

Sin embargo, nuestra legislación nacional, a nuestro juicio, peca de ineficiente al atender con solo un artículo (Art. 1362 del C.C.) a la llamada responsabilidad precontractual, pues al ser una norma tan amplia y genérica, abre un campo vastísimo a la interpretación en la que, se desempeña mucho más la doctrina que la jurisprudencia, cuando en realidad debería dársele una amplia importancia a su regulación a efectos de delimitar y establecer las pautas que guíen la conducta de los tratantes en el trascurso que duren las negociaciones, así como su naturaleza jurídica, los requisitos para el resarcimiento y sobre todo

la importancia de la incidencia del principio de la buena fe y los deberes secundarios de conducta que se desprenden de éste y que la doctrina así como la jurisprudencia foránea reconocen de manera uniforme.

En pocas palabras, para redondear este primer fundamento de nuestra investigación, al ser ineficiente lo regulado por nuestro vigente Código Civil en referencia a este tipo de responsabilidad, resulta pues necesario realizar una propuesta modificatoria para obtener una eficiente regulación, a efectos también de otorgarle una forma preventiva en el sentido que, durante el curso de los tratos preliminares, quien infringe el deber de buena fe, o quien se comporta de manera desleal, ejerciendo arbitrariamente sus propios derechos, olvidando el interés del otro, y con la intención o conciencia de infligir un perjuicio a su contraparte, incurra con dicho actuar en una responsabilidad precontractual y por tanto estará en la obligación de indemnizar los daños ocasionados a su contraparte.

FUNDAMENTO DOS:

RESULTA NECESARIO ESTABLECER LA NATURALEZA JURÍDICA, Y POR ENDE EL TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL QUE DEBE ENMARCARSE LA RUPTURA INTEMPESTIVA DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Habida cuenta que la naturaleza jurídica alude a la esencia, peculiaridad, o propósito final de una figura o instituto jurídico determinado, resulta imprescindible el determinar la categoría, tipo o género al que pertenece la responsabilidad precontractual derivada del rompimiento injustificado de los tratos preliminares.

En tal sentido, consideramos que es necesario establecer bajo qué tipo de responsabilidad civil debe enmarcarse o mejor dicho delimitarse las reglas a aplicar a efectos de obtener una tutela jurídica resarcitoria eficiente en nuestro ordenamiento por los daños ocasionados producto de una ruptura injustificada en los tratos preliminares.

Conviene precisar, tal como hemos dejado constancia en nuestro marco teórico, que al respecto existen, diversas posturas que han pretendido enmarcar a la responsabilidad precontractual bajo los lineamientos de la **responsabilidad contractual, extracontractual o incluso como un tertium genus**; sin embargo, nosotros a partir de las razones expuestas en nuestro Subcapítulo IV, hemos adoptamos la teoría contractual, pues al ser las negociaciones llevadas a cabo entre personas determinadas, se genera que entre ellas un vínculo en razón a la teoría del contacto social, el cual suscita a las partes a adoptar deberes de conducta o guía en el actuar de los sujetos tratantes como el deber de actuar bajo las reglas de la buena fe, corrección, lealtad y honestidad, y respetando los deberes secundarios de conducta derivados del principio general de la buena fe.

Consideramos entonces que la conveniencia de delimitar y establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, evitará la generación de determinados problemas en la aplicación de esta institución jurídica por parte de los operadores del derecho, contribuyendo de esta manera no solo a delimitar las características peculiares de esta figura, sino además a establecer una adecuado y eficiente tratamiento normativo (acorde con su verdadera naturaleza) a efectos de obtener la anhelada indemnización por los daños ocasionados en la ruptura de los tratos preliminares o negociaciones precontractuales.

FUNDAMENTO TRES:

LA NECESIDAD DE ESTABLECER LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A EFECTOS DE PODER OBTNER UNA INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS OCASIONADOS PRODUCTO DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS EN SU FASE NEGOCIAL.

Este es uno de los fundamentos centrales en esta investigación en la medida que, subordina la procedencia del reclamo resarcitorio al cumplimiento de ciertos

requisitos para que configuren jurídicamente la responsabilidad precontractual, en términos de antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y los factores de atribución.

En tal virtud, se constata que no es ajeno que para la configuración de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares sea necesario la presencia conjunta de todos estos requisitos a efectos de obtener la tutela jurídica y por ende la indemnización de los daños ocasionados por el actuar en contra de la buena fe y lealtad de uno de los tratantes con su contraparte.

En tal sentido, de la unificación de criterios doctrinarios y jurisprudenciales, hemos podido establecer que deben de configurarse los siguientes requisitos:

- La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato
- El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones.
- La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes, es decir, una afectación directa sobre los intereses de uno de los cotratantes.
- La relación de causalidad entre el daño y la confianza suscitada.
- El factor de atribución.

FUNDAMENTO CUATRO:

LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN UNO DE LOS TRATANTES COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INTEMPESTIVA DE LAS NEGOCIACIONES DEBERÁ COMPRENDER LA INDEMNIZACIÓN AL INTERÉS CONTRACTUAL NEGATIVO O INTERÉS DE CONFIANZA, EL MISMO QUE DEBERÁ COMPRENDER TANTO EL DAÑO EMERGENTE COMO EL LUCRO CESANTE.

Como ha quedado meridianamente claro en la presente investigación, la finalidad que persigue la institución de la responsabilidad civil, es la indemnización que se tiene que pagar por el daño causado por un sujeto en la esfera personal o patrimonial de otro, a tenor del principio de que todo aquel que por sus actos lícitos o ilícitos haya causado un daño a otro, debe indemnizarlo, lo cual ha servido de paradigma jurídico en la mayoría de sistemas jurídicos del mundo.

Hemos dejado establecido que, por daño, debe entenderse a todo menoscabo, pérdida, detrimento, destrucción o disminución patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona, lo cual provoca en el Derecho la necesidad de resarcirle, en atención a las normas jurídicas pertinentes.

Para el caso de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, los daños susceptibles de resarcimiento, estarán constituidos por las lesiones al interés contractual negativo (interés de confianza) que es en efecto, el daño por la no conclusión o frustración del contrato.

Así entonces, el interés contractual negativo comprenderá el primer lugar al daño emergente; es decir, aquellos gastos invertidos en aras de contratar convenientemente, tales como son los gastos en estudios, preparación de proyectos, contratación de peritos, inversión de tiempo, venta de bienes, gastos de transporte, etc.; y en segundo lugar el lucro cesante, es decir, también toda chance o posibilidad descartada por la frustración del contrato, así como las ganancias dejadas de obtenerse por no atender otras tentativas contractuales u ofertas, o inclusive, ganancias que no obtuvo en su propia actividad o giro comercial por haberse dedicado a las tratativas luego abortadas.

En conclusión, si en el transcurso de las negociaciones, una de las partes de retira injustificadamente vulnerando con ello el interés de confianza en la conclusión del contrato, la indemnización por la frustración de este interés, deberá cubrir los daños sufridos por el tratante, tales como los gastos que no

hubiera hecho si hubiere podido prever que el contrato no se celebraría, o el perjuicio que le depara haber perdido oportunidades o rehusado ofertas de otras personas.

FUNDAMENTO CINCO:

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CONTRIBUIRÍA A DINAMIZAR EL TRÁFICO MERCANTIL, EN LA MEDIDA QUE AFIANZARÍA LOS NIVELES DE CONFIANZA EN EL SECTOR EMPRESARIAL AL VERSE RESPALDADOS, LOS AGENTES ECONÓMICOS, POR UNA CONDUCTA LEAL DE LOS INTERVINIENTES EN LA FASE NEGOCIAL.

La confianza en los negocios es un valor fundamental para el despegue sostenido de la economía en nuestro país, razón por la cual el Derecho debe ofrecer todos los elementos suficientes no solo para un acercamiento de los agentes económicos sino también para sus tratativas, formalidades y perfeccionamiento contractual, a la par que dispone los mecanismos jurídicos para resolver las controversias.

Según reportes de agencias empresariales, hoy por hoy el Perú tiene la mayor confianza empresarial en América Latina, pues a mayo de este año, el Perú registró la mejor confianza empresarial al ubicarse en el tramo optimista con más de 60 puntos, resaltó la actual Ministra de Economía, Claudia Cooper. De esta manera, nuestro país se ubica en una mejor posición al superar a Chile, México, Brasil y Colombia.

Ciertamente que los escándalos asociados a la corrupción en el caso Lava Jato paralizaron la inversión y se afectaron proyectos de infraestructura pública y privada, pero a pesar de estas consideraciones el Perú ofrece todavía un buen clima para los negocios en todos sus niveles; no obstante, en el desarrollo de esta investigación hemos constatado que esta situación podría mejorarse en el mediano plazo si se ofrecen a los empresarios una regulación acorde a sus

expectativas no solo desde el punto negocial propiamente, sino incluso desde las fases de preliminares.

Otro de los enfoques de valor en torno a la confianza negocial, tiene que ver con los costos de transacción, o mejor dicho aquellos gastos en los que un sujeto incurre durante las negociaciones hasta la conclusión de un negocio jurídico, ya que éstos serán justificables por regla general sólo si el negocio jurídico esperado concluye satisfactoriamente, pero se pierden irremediamente en el supuesto que el negocio no llegue a celebrarse. Nace entonces la interrogante que de quien debe responder o quien debe asumir los gastos efectuados en los tratos preliminares, ello teniendo en cuenta que no todas las negociaciones arribaran en buen puerto.

En tal sentido es que cobra importancia el deber de lealtad y la confianza razonable, que conforme hemos manifestado, es lo que se debe analizar en la conducta de los tratantes en el transcurso de las negociaciones precontractuales.

Siendo ello así, el Estado debe de intervenir (de acuerdo al análisis económico del derecho) mediante una regulación clara y eficiente sobre las relaciones contractuales y sobre todo negociales, pues existen fallos en el mercado en diversos aspectos, pero con mayor influencia en la actualidad en lo que respecta a la información, partiendo del punto que ésta tiene que ser suministrada a la parte más débil de la relación contractual, al no encontrarse en posibilidades de adquirirla o en determinados casos, su adquisición demanda costos o tal vez se encuentre expuesto solo al poder de los grandes empresas y por tal, la posibilidad que sea manipulado es bastante grande, por ello resulta pues necesario que se le informe. Al suministrarle a la parte débil de la relación contractual la información y tener la seguridad y confianza que se cumple con dicha obligación, hace que ella participe activamente y sin temores en la adquisición de bienes y servicios, de lo contrario sería improductivo e ineficaz para el mercado una posesión exclusiva de la información.

Ésta problemática puede ser superada mediante medidas preventivas y solo podría lograrse con la intervención del estado por el medio más idóneo, el cual sería, la regulación de la responsabilidad Precontractual en aras de garantizar al tratante más débil y al negociante en general, que pueden confiar, controlar los desequilibrios en los que se encuentran, y en general mejorar las condiciones de igualdad entre las partes, en otras palabras que encuentre del Estado un respaldo jurídico que le permita a todas luces, invertir y negociar con toda confianza.

Por ello, es latente la necesidad de regular la responsabilidad precontractual, pues con ello pondríamos un freno en el abuso de aquellos negociantes que pretendan causar un perjuicio en su contraparte, díganse por ejemplo en los que se crea la apariencia de tener el propósito de concluir un contrato cuando en realidad su única intención es la de evitar que su contraparte negocie con un tercero, impedir que se produjera un resultado adverso para sus intereses u obtener información valiosa para provecho suyo y que de otra forma no podría obtener – citando unos ejemplos entre los más notorios – en estos casos definitivamente se puede calificar como maliciosa la ruptura de las negociaciones, y por tal, nuestra legislación y nuestros jueces están llamados a evitar.

SUBCAPÍTULO II
RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

PREGUNTA N° 01:

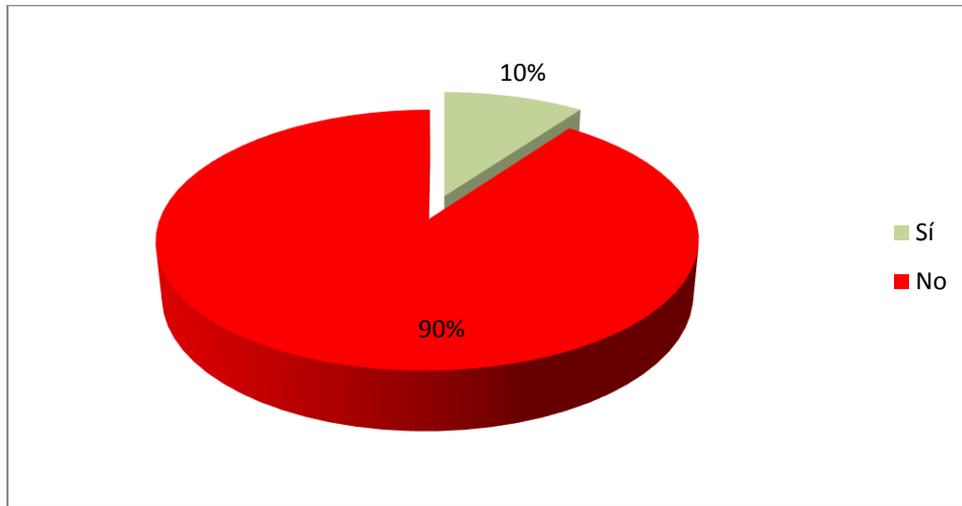
EN TÉRMINOS GENÉRICOS, ¿CONSIDERA USTED ADECUADO EL TRATAMIENTO LEGAL QUE LE DISPENSA NUESTRO CÓDIGO CIVIL (ART. 1362) A LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES O NEGOCIACIONES?

CUADRO Nro. 01

| EVALUACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO | | | | | |
|---|---------------|-------------|---|---------------|-------|
| RPTA. | SUMAT ORIA | % | RAZONES | SUMAT ORIA | % |
| NO | 18 | 90% | Es ineficiente y muy genérico, dado que solo hace mención a la buena fe en las negociaciones | 09 | 45% |
| | | | No menciona expresamente lo referente a su definición, naturaleza, elementos y requisitos de procedencia | 09 | 45% |
| SI | 02 | 10% | La interpretación del operador jurídico se basa en la sistemática del Código Civil | 01 | 05% |
| | | | Basta la generalidad del Art. 1362 para acercar a los tratantes con los riesgos implícitos y explícitos de todo negocio | 01 | 05% |
| TOTAL | 20 | 100% | ----- | ----- | ----- |

GRÁFICO N° 01

EVALUACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La formulación de esta primera interrogante la elaboramos con el objeto de tener un primer acercamiento general de nuestra muestra de entrevistados a nuestro tema de estudio, en el sentido de evaluar la actual regulación del Art. 1362 del Código Civil. Los resultados arrojaron un inobjetable 90% de opiniones negativas versus un 10% restante que señaló lo contrario.

La muestra nos indica por tanto una posición mayoritaria de opiniones en contra de la regulación del Art. 1362 de acuerdo a los resultados de nuestras entrevistas. Entre las respuestas más categóricas podemos citar que “dicha norma no establece un tratamiento adecuado cuando exista una ruptura injustificada de las tratativas preliminares que pueda existir entre las partes que han manifestado su voluntad para establecer un contrato a posteriori”.

Asimismo, se afirmó que la redacción del artículo “era ineficiente en tanto solo habla de la buena fe, más no menciona sus características, naturaleza,

requisitos, elementos, tipo de daños, entre otros factores de importancia en el tema”, lo cual nos da una idea de la insuficiencia normativa al respecto.

Otra respuesta que vale rescatar se refiere a que “dado que el Código Civil solo contempla un artículo para esta institución, las partes se encuentran jurídicamente desprotegidas a la hora de exigir una indemnización ante la ruptura injustificadas de las negociaciones”.

Como se advertirá, la mayoría de nuestros entrevistados no solo muestran su negativa en la evaluación del artículo de marras, sino que sugieren algunos puntos que deberían estar regulados en la ley.

A su vez, por el contrario, quienes se manifestaron a favor de la norma señalaron especialmente que “esta no podría ser evaluada negativamente, pues la interpretación del operador jurídico se debe basar en la sistemática del Código Civil, esto es, en su totalidad, y no solo como un apartado general”.

En esa misma dirección, se nos manifestó, además, que eran contrarios a una evaluación negativa dado que en toda norma jurídica “Basta la generalidad del Art. 1362 para acercar a los tratantes con los riesgos implícitos y explícitos de todo negocio”, esto es, que habría que dejar espacio para que la voluntad de las personas se encuentran con todo lo que ello comporta en los efectos de las conductas, pues una norma no puede regular *ad infinitum* los comportamientos prácticos o ideales de los tratantes.

PREGUNTA N° 02:

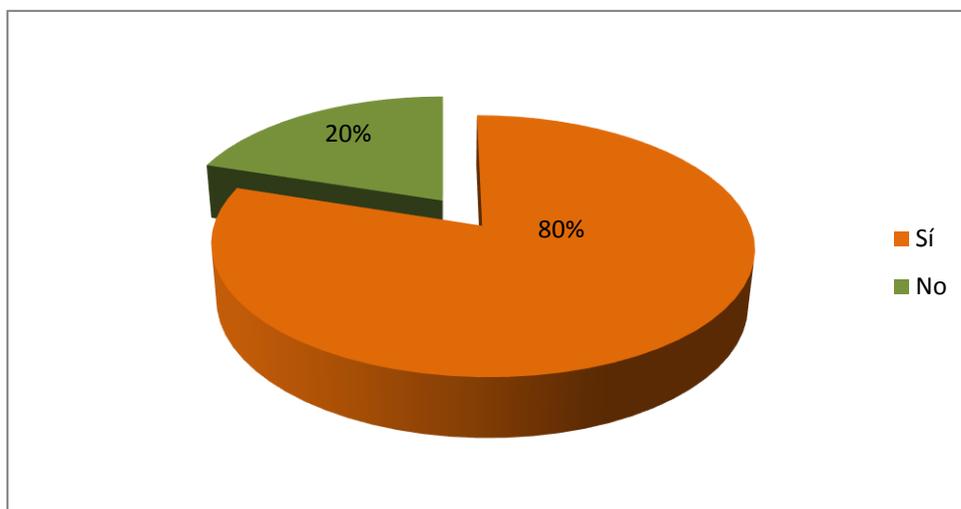
¿CREE USTED QUE ANTE EL SUPUESTO DE UNA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES O NEGOCIACIONES EN LOS CASOS DONDE SE HAYA CREADO UNA CONFIANZA RAZONABLE EN LA CONCRECIÓN DEL CONTRATO, ES NECESARIO UNA INDEMNIZACIÓN, COMO CONSECUENCIA DEL DAÑO OCASIONADO EVENTUALMENTE A UNO DE LOS COTRATANTES?

CUADRO Nro. 02

| INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DAÑO OCASIONADO A UNO DE LOS COTRATANTES | | | | | |
|---|-----------------------|-------------|---|-----------------------|----------|
| RPTA. | SUMAT ORIA | % | RAZONES | SUMAT ORIA | % |
| SÍ | 16 | 80% | No puede dejar de resarcirse aquellos gastos innecesarios en los que ha incurrido alguno de los tratantes. | 08 | 40% |
| | | | No puede quedar jurídicamente desprotegido quien haya depositado su confianza y buena fe en su contraparte y en la futura celebración del contrato. | 08 | 40% |
| NO | 04 | 20% | Las negociaciones a nivel de los tratantes tienen consigo el riesgo que todo negocio no se concrete | 02 | 10% |
| | | | Si no se contempla la indemnización, no podría reclamarse cuando no se haya concretado el negocio | 02 | 10% |
| TOTAL | 20 | 100% | ----- | ----- | ----- |

GRÁFICO N° 02

INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DAÑO OCASIONADO A UNO DE LOS COTRATANTES



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

Con esta segunda interrogante nos proponemos que nuestros entrevistados nos procuren una opinión respecto a la necesidad de una indemnización como consecuencia del daño ocasionado eventualmente a uno de los contratantes frente al supuesto de una ruptura injustificada de los tratos preliminares en los casos donde exista de por medio una confianza razonable en el arribo final del acuerdo. Los resultados nos arrojaron un contundente 80% de entrevistados que se manifestó a favor, mientras que el restante 20% opinó lo contrario.

Entre los que opinaron estar a favor encontramos especialmente que “existiendo fundadas razones para generarse una confianza razonable entre los tratantes, la ley debe responder a la necesidad de no dejar de resarcirse aquellos gastos innecesarios en los que ha incurrido alguno de los tratantes puesto que sus intereses no pueden quedarse desprotegidos”.

Asimismo, se nos refirió que “debido a que se ha vulnerado el deber de negociar de buena fe, se defrauda la confianza de una de las partes que realiza la negociación y por tanto se afectan derechos expectaticios; del mismo modo

existe un abuso de la libertad contractual más aún si las negociaciones se encuentran en un estado final, por lo que la indemnización sería una forma correcta de resarcir el daño causado a la parte afectada”, lo cual subraya lo que hemos desarrollado oportunamente a nivel de los fundamentos en los resultados de esta investigación.

También vale mencionar que sobre este punto también se nos indicó que “los gastos no solo deberán versar sobre lo invertido para logra un contrato válidamente, sino también las ganancias dejadas de obtener por no atender otras ofertas o tratos”.

Finalmente, entre quienes postularon una posición contraria a la pregunta formulada se nos indicó que “toda negociación importa un riesgo en todas sus etapas, por tanto, las partes contratantes deben asumirlo como tal sin necesidad de esperar que la ley los sobreproteja en sus voluntades; si no hay riesgo no hay negocio bueno, eso servirá además para afianzar las técnicas de negociación en los tratantes”.

Del mismo modo, se nos indicó que, si no se contempla la indemnización por ruptura injustificada del preacuerdo, no podría reclamarse cuando no se haya concretado el negocio.

PREGUNTA N° 03:

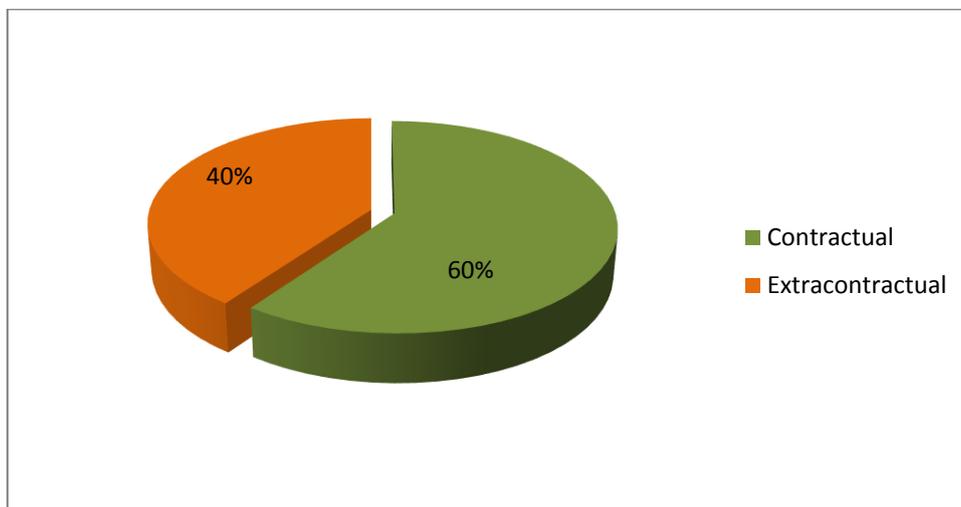
¿USTED CONSIDERA QUE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES POSEE UNA NATURALEZA DE CARÁCTER “CONTRACTUAL” O “EXTRACONTRACTUAL”?

CUADRO Nro. 03

| NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADA DE LOS RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES | | | | | |
|--|----------------------------|-------------|---|-----------------------|----------|
| RPTA. | SUM ATOR IA | % | RAZONES | SUMAT ORIA | % |
| CONTRACTU AL | 14 | 60% | Si bien no existe supremacía del contrato, hay voluntades negociales para crear futuros acuerdos | 07 | 30% |
| | | | En las negociaciones existe un acercamiento entre las partes (relación social) que crea deberes entre los tratantes como el de actuar de buena fe y lealtad | 07 | 30% |
| EXTRACONT RACTUAL | 06 | 40% | Aún no se ha celebrado un contrato y no existe un vínculo jurídico obligatorio | 03 | 20% |
| | | | Las partes deciden en virtud de su autonomía la celebración de un contrato | 03 | 20% |
| TOTAL | 20 | 100% | ----- | ----- | ----- |

GRÁFICO N° 03

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DERIVADA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

Se trata de una interrogante fundamental en nuestro tema de investigación, y que trasladamos a nuestros entrevistados especialistas, arrojando un meridiano resultado de (60%) en el sentido de considerar que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares es contractual; mientras que el 40% restantes se decantó que dicha naturaleza era de carácter extracontractual.

Entre los que respondieron a favor de la naturaleza del tipo contractual se nos refirió que “Si bien no existe supremacía del contrato, hay voluntades negociales para crear futuros acuerdos, por lo que la naturaleza contractual alcanza a los involucrados cuando se desentiendan injustificadamente de sus acuerdos preliminares”.

Asimismo, se nos refirió en este sentido que “si bien en las negociaciones existe un acercamiento entre las partes (conocido en la doctrina como relación social),

se crea deberes entre los tratantes como el de actuar de buena fe y lealtad que deben ser observados”. En este orden de ideas, cabe una responsabilidad del tipo contractual como garantía jurídica para el desenvolvimiento de las partes desde sus primeras etapas.

Otra respuesta valiosa sobre este punto refirió que “la cuestión es un elemental razonamiento jurídico: el contrato se inicia con la negociación; por lo que las partes asumen sus compromisos y acuerdos desde ese nivel”, lo cual nos da una mejor idea de la relevancia jurídica de su naturaleza.

Por el contrario, entre quienes señalaron su posición extracontractual se nos manifestó que “le corresponde este tipo de naturaleza dado que aún no se ha celebrado un contrato y no existe un vínculo jurídico obligatorio, por lo que mal se podría hablar de una naturaleza contractual, ajena a la manifestación de la voluntad de las partes”.

En este mismo sentido, se nos manifestó que “son las partes las que deciden libremente su voluntad negocial en virtud de su autonomía en la celebración de un contrato, siendo que si este no se ha expresado como tal no puede forzarse a concebir uno”

Finalmente, se nos indicó que la norma jurídica, no obstante, la naturaleza que se elija debe apuntar a no dejar desprotegida a las partes, por lo que es menester que se regule las opciones para demandar una indemnización en cualquier de sus estadios pre o contractuales propiamente dichos.

PREGUNTA N° 04:

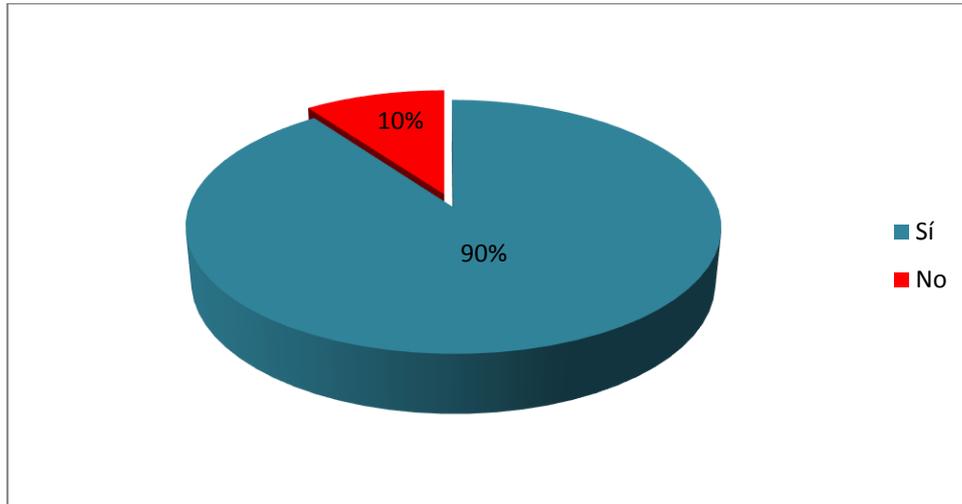
CONSIDERANDO QUE, EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES, EL RESPONSABLE DEBE RESARCIR EL INTERÉS NEGATIVO O INTERÉS DE CONFIANZA, QUE ES EN DEFINITIVA, EL INTERÉS (DAÑO) POR LA NO CONCLUSIÓN — FRUSTRACIÓN— DEL CONTRATO, ¿LA INDEMNIZACIÓN DEBE VERSAR SOBRE EL DAÑO EMERGENTE (GASTOS EFECTUADOS) O SOBRE EL LUCRO CESANTE (PÉRDIDA DE CHANCE O PROBABILIDADES DE HABER CONCRETADO OTRO NEGOCIO?)

CUADRO Nro. 04

| ELEMENTOS Y CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN | | | | | |
|--|-----------------------|-------------|--|-----------------------|----------|
| RPTA. | SUMAT ORIA | % | RAZONES | SUMAT ORIA | % |
| SÍ | 18 | 90% | Ambos son elementos intrínsecos sobre los que debe versar la indemnización | 09 | 45% |
| | | | Se demostrara la concurrencia de ambos factores en tanto prevalezca la admisión de medios probatorios contundentes que así lo determinen | 09 | 45% |
| NO | 02 | 10% | Bajo la premisa de la libertad de contratación y que las partes puedan aportarse en cualquier momento, no deberá proceder una indemnización sea por daño emergente o lucro cesante | 02 | 10% |
| TOTAL | 20 | 100% | ----- | ----- | ----- |

GRÁFICO N° 04

ELEMENTOS Y CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

Esta interrogante nos acerca más al tema de fondo de nuestra investigación, en términos de considerar que la indemnización a la que estamos aludiendo en nuestro trabajo debe versar sobre el daño emergente (gastos efectuados) o sobre el lucro cesante (perdida de chance o probabilidades de haber concretado otro negocio). Un clarísimo 90% de nuestros entrevistados manifestó su respuesta como afirmativa; mientras que apenas un 10% se manifestó en contra.

Entre las principales respuestas afirmativas podemos rescatar que “ambas figuras (daño emergente y lucro cesante) resultan elementos intrínsecos sobre los que debe versar la indemnización por lo que no habría que distinguir una en contra de la otra”

Asimismo, se nos afirmó que “si bien debe versar sobre ambas, se demostrará la concurrencia de ambos factores en tanto prevalezca la admisión de medios probatorios contundentes que así lo determinen”, es decir, no basta solo merituar los factores o categorías pasibles de daño, sino que la parte afectada deberá correr con la carga de la prueba para demostrar su posición.

En similar sentido, se nos afirmó que “puede existir un daño patrimonial que se manifiesta a través de un daño emergente y lucro cesante en la medida que ambas partes despliegan una serie de gastos para la consecución del contrato y/o perder la posibilidad concretar otro contrato con distinto sujeto, lo cual quedará igualmente a merced de la probanza pues muy bien la contraparte podrá alegar que el acuerdo importa para él más pérdidas que ganancias.

La autoridad administrativa no está exenta de errores materiales o de fondo, por lo que sería saludable en aras de la seguridad jurídica, concatenar la nueva ordenanza con las disposiciones legales y constitucionales pertinentes”, lo cual significa que una parte de nuestros especialistas apuesta por una rectificación de la autoridad y el reconocimiento del Non bis in ídem para zanjar la controversia.

En cuanto a las opiniones en contra de nuestra interrogante se nos declaró que “en virtud de la libertad de contratación de que gozan las partes en sus diversos estadios negociales, especialmente en sus preliminares, no debe proceder una indemnización por daño emergente o lucro cesante pues resultaría contrario a la autonomía de sus voluntades”; asimismo que “las partes perjudicadas, en todo caso, deben ser las primeras en promover una indemnización de acuerdo a los propósitos iniciales en las negociaciones, no pudiendo por ello ir más allá de sus tácitos acuerdos.

PREGUNTA N° 05:

EL DEBER DE BUENA FE Y CONFIANZA RAZONABLE CREADA EN UNO DE LOS TRATANTES (EN LA CONCLUSIÓN O PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO), EL CARÁCTER INJUSTIFICADO E INTEMPESTIVO EN LA RUPTURA DE LOS TRATOS PREVIOS, LA ACREDITACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN LA ESFERA PATRIMONIAL DE UNO DE LOS TRATANTES Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO AL PATRIMONIO Y LA CONFIANZA QUE FUE PROMOVIDA Y RESULTO DEFRAUDADA POR UNO DE LOS TRATANTES; DEBERÁN SER CONSIDERADOS COMO REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA UN RESARCIMIENTO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE UNA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES?

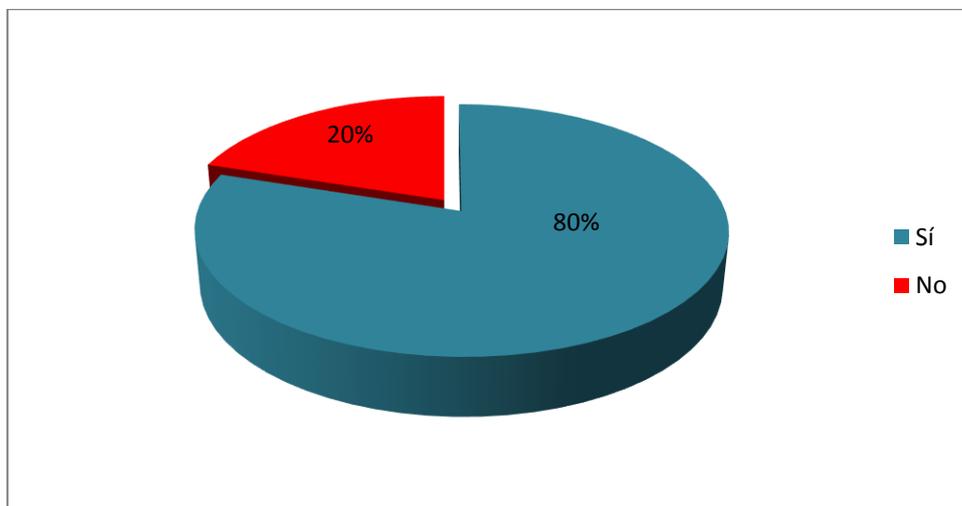
CUADRO Nro. 05

| REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS | | | | | |
|---|------------------|----------|---|------------------|----------|
| RPTA. | SUMATORIA | % | RAZONES | SUMATORIA | % |
| SI | 16 | 80% | Son elementos de procedencia aceptados doctrinariamente para la determinación de la responsabilidad civil | 08 | 40% |
| | | | Siendo que no se trata de una responsabilidad objetiva, la concurrencia de estos elementos se hacen necesarios para la generación de una indemnización. | 08 | 40% |
| NO | 04 | 20% | No se cumple con el primer requisito de procedencia (antijuridicidad) al no estar regulado la ruptura intempestiva de las negociaciones | 02 | 10% |
| | | | La concurrencia de estos requisitos no es aplicables a aquellos tratos que | 02 | 10% |

| | | | | | |
|--------------|-----------|-------------|--|-------|-------|
| | | | por su naturaleza no son obligatorias y tampoco jurídicamente vinculantes. | | |
| TOTAL | 20 | 100% | ----- | ----- | ----- |

GRÁFICO N° 05

REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La presente interrogante versa sobre los requisitos de procedencia que deben de cumplirse a efectos de poder obtener una tutela indemnizatoria y en tal sentido permita una accionar contra el causante del daño a efectos que éste pueda responder con su patrimonio por los daños ocasionados a su contraparte, en el presente caso, cuando se presente una ruptura injustificadamente en las negociaciones.

En tal sentido, de las entrevistas realizadas tenemos como resultado que un 80% está de acuerdo con la concurrencia de estos requisitos y en sentido contrario un escaso 20 % opta por no aceptar los presupuestos mencionados.

En referencia a las respuestas afirmativas que conforme es de apreciar es mayoritaria, éstas encuentran sus fundamentos en que los requisitos de procedencia propuestos, están plenamente aceptados y reconocidos por la doctrina universal; y no solo ello, sino que además guardan cierto grado de similitud con los requisitos de procedencia de la responsabilidad civil en general; es decir, la antijuricidad, el daño causado, relación de causalidad y factores de atribución. Así también otras opiniones de los entrevistados que respaldan la aceptación de estos requisitos, se fundamenta en que al no ser una responsabilidad objetiva (pues no se trata de actividades riesgosas o peligrosas); la concurrencia de estos elementos se hace necesarios para la generación de una indemnización.

En situación contraria, las respuestas nuestras entrevistadas que se encuentran en desacuerdo con los requisitos propuestos, respaldan su posición afirmando que no puede haber un resarcimiento por los daños ocasionados en la ruptura injustificada de los tratos preliminares, ya que no se cumple con el primero de los requisitos, es decir, la antijuricidad, pues sostienen que al no estar regulado expresamente en nuestro código civil esta institución, no se contraviene norma prohibitiva alguna, así también señalan que la concurrencia de estos requisitos no es aplicables a aquellos tratos que por su naturaleza no son obligatorias y tampoco jurídicamente vinculantes.

PREGUNTA N° 06:

FINALMENTE, TENIENDO EN CUENTA LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES A NIVEL DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE, QUÉ RECOMENDACIONES HARÍA PARA UNA ADECUADA REGULACIÓN DE ESTA IMPORTANTE FIGURA JURÍDICA.

En la última pregunta de nuestras entrevistas, la cual es netamente subjetiva, tenemos como principal posición de nuestros entrevistados, que nuestro código civil no contiene una disposición o normativa adecuada de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, así mismo nuestra normativa no deja en claro cuál es la naturaleza jurídica de ésta institución ni el tipo de responsabilidad civil aplicable; en tal sentido, ello deja latente la necesidad de una propuesta legislativa que a posteriori permita obtener una regulación jurídica explícita, eficiente y útil; que permita al tratante perjudicado obtener una tutela indemnizatoria por su contraparte que actuó en forma desleal y contraria a la buena fe en la negociaciones, tomando en consideración para ello el crecimiento económico y comercial

Una de las opiniones de nuestros entrevistados con la que coincidimos, es que; se hace necesario también un aporte jurisprudencial que respalde la aceptación de la necesidad de regular esta figura jurídica. En tal sentido, nuestros jueces deben pronunciarse sobre la abrumadora casuística de esta institución, y se emita un precedente que pueda servir a todos los operadores del derecho a establecer un criterio uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura y los requisitos de procedencia a efectos de obtener una indemnización del daño ocasionado por uno de los tratantes a su contraparte.

SUB CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA

En esta parte de nuestra investigación nos corresponde enfocarnos al tratamiento que la legislación foránea dispensa al tema que nos convoca, esto es, la responsabilidad precontractual, con la finalidad de apreciar no solo la normativa propia de los diversos sistemas jurídicos sino comentar los matices que presentan cada uno de ellos. Desde ya, podemos señalar que si bien en algunos ordenamientos jurídicos el tema resulta bastante claro y delimitado, y por ende existen mecanismos eficaces de solución (como por ejemplo el ordenamiento alemán) en otros, no existe aún una regulación expresa con contenido normativo como sucede en España o Francia, por lo que se ha recurrido a la doctrina y en mayor medida a la jurisprudencia emitida por los tribunales, ello en vista a la gran cantidad de supuestos y casuísticas que la figura en estudio está trayendo consigo a raíz del crecimiento del comercio internacional y de las grandes transacciones comerciales. Valga mencionar, además, que en la mayoría de países resalta el afán por parte de doctrinarios y tribunales internacionales, en buscar una tutela resarcitoria a efectos de poder sobrellevar la carente formulación legal en referencia a los supuestos de la llamada “culpa in contrahendo” como lo bautizase Ihering, en sus distintos y variados supuestos que esta figura trae consigo y que son plenamente reconocidos, ya sea por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, o por la invalidez del contrato derivado de un vicio o defecto en la formación del contrato, pero no solo ello, sino además la de establecer su naturaleza jurídica, el régimen aplicable a efectos de obtener la indemnización. Veamos.

1.- LEGISLACIÓN ALEMANA.

La legislación alemana dentro del civil law mantiene una postura conservadora al establecer que la responsabilidad precontractual posee una naturaleza contractual. Su fundamento radica en que la buena fe emana como uno de los criterios estructurales y fundantes del ordenamiento alemán, y en tal sentido, la jurisprudencia y doctrina de este país no han tenido mayores impedimentos en

extender con mayor propicio este principio con el fin de resolver, con su uso, una mayor variedad de casos.

Es oportuno señalar que la legislación alemana, es el país donde tiene su raíz dogmática la llamada *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual gracias a la famosa teoría de Rudolf Von Jhering, aunque tomó un cierto tiempo a los alemanes aceptar esta teoría e introducirla en sus normas legislativas. En el texto original del BGB, las ideas de Jhering fueron recogidas para la regulación de algunas hipótesis concretas como por ejemplo la invalidez contractual (contrato celebrado por quien carece de poder para hacerlo), pero no consideró lo referente a los daños ocasionados como consecuencia de la ruptura intempestiva de los tratos preliminares.

Lo que si regulaba era lo concerniente al principio de la buena fe, considerado no solo fundamental sino caracterizador del derecho civil alemán, el cual fue acogido por el BGB para regular hipótesis que eran imposible codificar legislativamente.

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

En este contexto, se puede afirmar que nunca existió inconveniente alguno para reconocer el resarcimiento en los supuestos de las tratativas interrumpidas con infracción del principio de buena fe, ello partiendo del punto de que la *culpa in contrahendo* en Alemania es considerada contractual, básicamente por la ausencia —en el BGB— de una noción amplia y general del ilícito civil —Responsabilidad extracontractual— pues el BGB solo tipifica algunos determinados actos ilícitos que obligan al sujeto responsable a proceder con reparar al daño causado, entre los cuales no se pueden encajar los daños ocasionados en el periodo de formación de un contrato.

Para una mejor apreciación citaremos los ilícitos civiles más trascendentales en el BGB alemán:

“Según los artículos 823 y 826 del BGB alemán, responde quien de forma culposa o negligente lesiona antijurídicamente la vida, la salud, la libertad, la propiedad, u otro derecho ajeno (823.1); quien viole culposamente una ley destinada a la protección del daño (823.2) y aquel que dolosamente causa un daño a otro, atentando contra las buenas costumbres (826).” (VINAIXA I MIQUEL, 2002).

Pero volviendo a nuestro tema de investigación, es con la reciente Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 11 de octubre de 2001 (en vigencia desde el 1 de enero de 2002) que algunos párrafos del BGB han sido modificados para reconocer la figura, puesto que la realidad jurídica se estaba apartando cada vez más del Derecho codificado.

En la actualidad y gracias a algunas modificaciones, se ha codificado de manera definitiva el aspecto referido a la responsabilidad por infracción de los deberes precontractuales por ruptura de las tratativas. Veamos.

Art. 241 “Deberes que nacen de la relación Obligatoria”

2) “Por el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra”.

Se reconoce de esta manera que el inicio de las tratativas (Aufnahme von Vertragsverhandlungen) genera el origen de una relación obligatoria, y que genera en cada una de las partes el deber de respetar recíprocamente sus derechos, bienes jurídicos e intereses.

Art. 311.- “Relaciones Obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial”

“Para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en

contrario. Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el 241.2º párrafo también nace:

1. *“Mediante la iniciación de las tratativas contractuales”.*
2. *“Mediante la preparación de un contrato con el cual una parte da a la otra, con miras a una eventual relación comercial, la posibilidad de influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía.”*
3. *“Mediante contactos de carácter cuasinegocial”.*

Nótese entonces cómo en la nueva regulación alemana se reconoce expresamente que, de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen relaciones obligatorias. Dichas normas implican deberes.

Así mismo en cuanto a la indemnización y siguiendo el nuevo régimen cuando existiendo una relación precontractual, ésta es vulnerada y producto de ello ocasiona un daño podrá exigirse una indemnización con base en el 280.1; precepto en el que ahora se establece una fórmula general de responsabilidad obligacional.

Art. 280.1.- “Incumplida por el deudor una de las obligaciones de la relación obligacional, podrá el acreedor exigir indemnización por los daños ocasionados.”

2.- LEGISLACIÓN ITALIANA.

No podemos pasar por alto la enorme influencia que ha tenido el Código Civil Italiano de 1942 en la redacción de nuestro Código Civil de 1984, pues hemos adoptado y hecho nuestra gran parte de sus disposiciones. En la legislación italiana en cuanto al tema de la culpa in contrahendo existe una confrontación de posiciones, pues si bien un sector minoritario de la doctrina defiende la tesis contractualista, la jurisprudencia (y doctrina en su gran mayoría) se inclina por la extracontractualista, por ello es ésta la que mayor predominio e influencia ha tenido al momento de resolver los diversos supuestos y casuísticas de

responsabilidad precontractual. Los artículos 1337 y 1338 del Código civil italiano, disponen lo siguiente:

Art. 1337.- “Las negociaciones y la responsabilidad precontractual”.

“Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe.”

Art. 1338.- “El conocimiento de las causas de incapacidad”.

“La parte que, sabía o debería haber sabido de la existencia de una causa de nulidad del contrato (1418 y siguientes), que no ha dado aviso a la otra parte está obligado a reparar el daño sufrido por este haber confiado sin su culpabilidad, la validez del contrato (1308).”

De lo enunciado por la norma, es de apreciarse dos hipótesis de la culpa in contrahendo, es decir, establece un articulado para lo concerniente a las negociaciones (Art. 1337°) y en otro articulado refiere a los vicios en la etapa de formación del contrato, que pueden llegar a repercutir en la validez del contrato final (Art. 1338°).

Para los seguidores de la corriente extracontractualista el deber de buena fe invocado en el artículo 1337° hace referencia al deber genérico o erga omnes del *neminem laedere*, el cual prohíbe dañar a los demás, en tal sentido la fuente de responsabilidad, por lo que se habla entonces de un acto ilícito extracontractual, pues no se lesiona un deber contractual, sino uno impuesto por la ley a las partes en el desarrollo de las tratativas.

De esta suerte, en Italia, a pesar de que predomina la calificación extracontractual, también ha habido un sector doctrinal minoritario que ha respaldado la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo. El principal de los argumentos utilizados para justificar esta tesis ha sido que el deber de comportarse según la buena fe en el período de formación del contrato, previsto en el artículo 1337° del Código Civil italiano, implica un verdadero deber que

recae sobre personas específicas y no un deber absoluto frente a todos, cual si se tratara de una aplicación del principio “neminem laedere”.

En tal sentido, al ser la corriente extracontractulista la predominante en Italia (la violación de una regla de conducta), los tribunales han optado por aplicar este régimen en los casos de responsabilidad in contrahendo, por ello, tanto la resarcibilidad del daño, así como su valoración se rigen por las normas generales contenidas en los arts. 2043° y 2056° del Codice Civile, conforme veremos a continuación.

Art. 2043.- La compensación por agravio.

Cualquier conducta maliciosa o negligente, que causa otros daños injustos, obliga a la persona que cometió el crimen a pagar una indemnización (. Cod. Pen 185).

Art. 2056.- Evaluación de daños.

“La indemnización que corresponda a la parte lesionada debe ser determinado de acuerdo con las disposiciones de los artículos. 1223.1226 y 1227.”

También es necesario precisar que la figura en estudio, si bien tiene su basamento en solo dos articulados del Código Civil italiano, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia no se han quedado de brazos cruzados en tanto existe un abultado bagaje jurisprudencial en Italia, por ello para el proceder del resarcimiento producto de la responsabilidad precontractual —sea por la ruptura de las tratativas o por la invalidez del contrato por vicios en el curso de las tratativas— se han determinado la exigencia de ciertos presupuestos para que resulte de aplicación.

Como primer punto, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato deben alcanzar un estadio avanzado que justifique objetivamente la confianza en la conclusión del contrato; además, será preciso que una de las

partes haya interrumpido los tratos eludiendo las expectativas razonables de la otra.

Así mismo el comportamiento del autor de la ruptura ha de ser calificado, si no como de mala fe –en el sentido de dolo–, sí al menos de culposo, al no hallarse amparado por una justa causa.

En cuanto al resarcimiento del interés negativo, éste versara sobre los gastos inútilmente soportados en el curso de las negociaciones, así como por la pérdida de ocasiones de estipular otro contrato igual o más ventajoso.

Por último, sobre la posible responsabilidad de terceros distintos de los negociadores por la ruptura, cumple señalar que la jurisprudencia italiana ha negado tajantemente que la responsabilidad precontractual prevista en el Art. 1137 pueda afectar a relaciones entre sujetos que, en el contrato a celebrar con otro, no constituyan una de las partes.

3.- LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Como es de conocerse, el derecho anglosajón es muy distinto al sistema jurídico nuestro, dado que en aquél predomina la interpretación de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores; el deber de buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocido como en el derecho continental. No obstante, las cortes americanas reconocen que, las partes poseen amplia libertad para negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual, así también afirman que el deber de buena fe o “fair dealing” de ninguna manera se extiende a las negociaciones preliminares.

Tradicionalmente, las cortes han tomado una postura flexible en este periodo (precontractual), en el sentido que otorgan a las partes tratantes una amplia “libertad negociación” con todo lo puede significar el sentido de esta palabra. Será por ello entonces que, los tribunales han establecido como regla general

que una de las partes envuelta en negociaciones precontractuales puede apartarse de ellas sin justificación y responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier circunstancia e incluso sin motivo alguno, bajo la premisa que el único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y dinero.

Lo antes manifestado se fundamenta en que para el derecho inglés es desconocida (en cierta medida) la categoría de la responsabilidad precontractual y aplican mas bien el “business loss”, que no es otra cosa que el riesgo que asumen las partes de que una de ellas rompa las negociaciones antes de haber llegado a un acuerdo, no existiendo responsabilidad alguna por este actuar. En tal sentido, el principio de buena fe en el *common law* no se reconoce como tal, y por ello no existe obligación de comportarse durante las negociaciones con arreglo a la lealtad y corrección, ni mucho menos aceptar los deberes imperantes que este principio trae consigo.

Sin embargo, a pesar de las sugerencias de los académicos y estudiosos para que las cortes americanas acepten el concepto de la culpa in contrahendo, éstas se han negado a hacerlo, pues continúan viendo las negociaciones en el sentido de que “cada parte asume el riesgo de que a pesar de una fuerte inversión en el proceso de negociación, no se llegue a un acuerdo”. (FARNSWORTH, 1999).

Leysser León, citando a Roy Goode, menciona: “Jamás hemos adoptado el principio Jheringniano de la culpa in contrahendo. No reconocemos pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear por si misma una especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo entonces, que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque solo faltara la firma de la otra parte para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo, con varios tratantes sin decir a nadie que está negociando con otros” (LEON, 2006).

Sin embargo aunque en el common law no se acepte el deber de buena fe en la negociación, no quiere decir que la figura responsabilidad bajo examen sea ignorada completamente, pues los jueces han concedido protección a la parte

que confía en las promesas realizadas por la otra durante las tratativas, mediante el resarcimiento de “*reliance interests*” o Interés de confianza identificados, como por ejemplo los gastos efectuados con la razonable previsión en que iba a lograrse una determinada ventaja con la celebración del contrato.

Un caso ilustre que evidencia cuan severa puede ser la protección de los intereses de las partes durante las tratativas es el caso surgido entre las empresas Texaco Inc. contra Pennzoil Co. La contienda surgió a raíz de que Texaco frustró, en su propio beneficio, la compra de un paquete accionario de la empresa Getty Oil. Negociaciones que estaban en un nivel muy avanzado a tal punto que existía un acuerdo de principio con Pennzoil. Texaco fue considerado responsable por “interferencia delictiva”, al haber instado al incumplimiento contractual a Getty Oil en perjuicio de Pennzoil Co, siendo condenada al pago de una fortísima indemnización por daños reales y punitivos.

Se observa entonces que el deber de buena fe precontractual no requiere ser formulado bajo la especie de una cláusula normativa general por el common law; ya que, si este es correctamente aplicado, las cortes americanas están en capacidad de reaccionar correctamente y a través de distintas maneras, frente a las incorrecciones comerciales que puedan presentarse en este ámbito.

4.- LEGISLACIÓN ARGENTINA.

El Código Civil y Comercial de este país a partir del 2015, que es su más reciente ordenamiento, y entró en reemplazo del Código Civil de 1869, llamado el Código Vélez Sarfield en honor a su principal impulsor.

Entre las novedades introducidas en este cuerpo legal, se destaca la regulación expresa del instituto de las tratativas precontractuales, que, en realidad, el nuevo Código unificado ha tipificado como “tratativas contractuales” en la sección Tercera del código en mención.

Se puede decir que son dos pilares fundamentales que caracterizan a esta figura. Por un lado, la regla o principio general basado en la libertad de negociar y cuyo texto dice:

Artículo 990. Libertad de negociación.

“Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.”

Nótese entonces la liberalidad que el código argentino otorga a los tratantes en aras de la formación de un contrato, en el sentido que, les otorga facultades para poder apartarse de las negociaciones sin importar el estadio en que éstas se encuentren, vale decir entonces, que la legislación argentina no toma en cuenta si los tratos se encuentren o no en un estadio avanzado, lo que prima básicamente es la libertad de contractual.

Sin embargo, otros de los pilares fundamentales en que se basa esta figura en la legislación argentina es la observancia imperativa del principio de la buena fe, que, a partir de la vigencia de este nuevo Código unificado, resulta de aplicación no solamente a la ejecución de obligaciones contractuales (siguiendo la *ratio* del derogado artículo 1198 del Código Civil), sino que se retrotrae a la etapa previa o precontractual, tipificada de la siguiente manera:

Artículo 991. Deber de buena fe.

“Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.”

Sin embargo, este articulado deja algunas dudas en el sentido que genera contradicción en referencia a que en el primer articulado las partes son libres de abandonar las negociaciones en cualquier momento, y en el segundo genera una responsabilidad por su ruptura intempestiva. La respuesta no la

encontraremos aquí, sino que al igual que en Italia se tendrá que acudir a la jurisprudencia emitida por los tribunales argentinos quienes han desarrollado el concepto clave del carácter avanzado de las tratativas.

Sin perjuicio de ello no podemos dejar de señalar una de las novedades trascendentales que trae consigo esta nueva Codificación unificada, como lo son los “deberes secundarios de conducta”, cuyo cumplimiento es también esencial durante el curso de la negociaciones o tratativas precontractuales y entre los más importantes menciona : al deber de colaboración (artículo 1011 del CCyC); la protección de la confianza (artículo 1067 del CCyC); el deber de informar (artículo 1100 del CCyC) y el deber de confidencialidad (artículo 922 del CCyC), conforme detallamos a continuación.

Artículo 1011. Contratos de larga duración.

“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. (Subrayado nuestro).

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.”

Artículo 1067. Protección de la confianza.

“La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.”

Artículo 1100. Información.

“El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características

esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.”

Artículo 992. Deber de confidencialidad.

“Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.”

Asimismo, otra innovación que introdujo el reconocimiento a nivel normativo de la responsabilidad precontractual en Argentina, es la referida a la extensión del daño resarcible a favor de aquella parte que hubiera sido frustrada injustificadamente en su expectativa en concluir el proyectado negocio.

En consecuencia, el afectado por un escenario de responsabilidad precontractual, tendría el derecho a reclamar una indemnización al amparo del principio de la reparación plena (artículo 1740 del CCyC), tal razonamiento debería ser instrumentado en combinación con la regla basada en la “relación causal” (artículo 1726 –primera parte- del CCyC), al disponer que “...son reparables las consecuencias dañosas que tuvieran un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño...”.

Como apreciación final, tenemos que la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas preliminares ha sido prevista en el nuevo código civil y comercial básicamente, en tres normas: los artículos 990 a 992, las cuales, según la doctrina, presentan importantes vacíos que genera dudas interpretativas en el momento de su aplicación. Como ya hemos dejado en claro, el nuevo código civil y comercial no establece ninguna limitación en cuanto el resarcimiento, por lo que la parte afectada podría demandar por todos los daños

que tengan una adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, consagrando de esta manera el principio de reparación plena. Así mismo tampoco hace mención al tipo de responsabilidad aplicable, plazos prescriptivos, o el daño que busca resarcir, sin embargo, no podemos restar importancia y porque no decirlo un pequeño avance, al considerar los deberes secundarios y específicos de conducta que se derivan del principio de la buena fe.

SUB CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

En este punto queremos dejar constancia que, aunque no fue expresamente delimitado en nuestros objetivos específicos a nivel del Proyecto de Investigación, hemos creído conveniente apelar a la jurisprudencia nacional, con la finalidad de dar un mayor sustento a nuestra propuesta de investigación. No obstante, nuestras pesquisas no han sido muy fructíferas en la medida que las jurisprudencias obtenidas no cubren necesariamente con nuestras expectativas iniciales, pues el máximo órgano decisorio del poder judicial solo ha dedicado una sola jurisprudencia respecto a nuestro tema, contenido en la CASACIÓN 04407-2015-PIURA, la cual de todos modos presenta algunos fundamentos que son de interés para el propósito de nuestra investigación, los mismos que pasamos a analizar.

1.- ASPECTOS FORMALES DE LA CASACIÓN:

- **EXP. DE ORIGEN:** 00189-2014-0-2001-JR-CI-04.
- **EXP. CASACIÓN:** 04407-2015-0-5001-SU-CI-01.
- **DEMANDANTE:** RISHING MENDOZA, FLOR DE MARIA.
- **DEMANDADO:** BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ
- **MATERIA:** INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

2.- RESUMEN DE LA CAUSA.

Que, mediante demanda interpuesta el 28/01/2014 ante el primer juzgado civil de Piura, Flor de Maria Rishing Mendoza solicita que el Banco de Crédito del Perú le pague la suma de ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y 00/100 dólares americanos (\$83,490.00) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

La demandante sostiene que es propietaria de un inmueble en la ciudad de Piura, con un área de ochocientos metros cuadrados, el cual venía siendo arrendado mediante contrato a favor de SVENZA ZONA FRANCA S.R.L. "CARSA" por el

cual percibía una renta mensual de doce mil seiscientos cincuenta dólares americanos (\$12, 650.00).

Según el contrato de arrendamiento entre su persona y CARSA, de fecha 01 de mayo del 2012, el plazo de vigencia se pactó forzoso para ambas partes en un año contado a partir del uno de mayo del 2012 hasta el 30 de abril del 2013, fecha en que ambas partes de común acuerdo, podían prorrogar la vigencia del mismo, en tal sentido, el contrato fue a plazo determinado, pero prorrogable.

Mediante carta notarial del 05 de junio del 2013, CARSA aceptó un aumento de la renta a US\$ 13,915 dólares americanos, asimismo, a través de dichos documentos solicitó a la propietaria una prórroga de plazo para desocupar dicho inmueble a la fecha perentoria del 15 de enero del 2014; no obstante, la demandada, mediante carta de fecha 11 de junio del 2013, solamente acepta la prórroga del plazo hasta la fecha de 31 de julio del 2013. En cumplimiento del acuerdo, la arrendataria CARSA desocupó el inmueble el 15 de agosto del 2013.

Conforme a los hechos detallados, el primer contrato de arrendamiento entre la demandante y CARSA culminó a pedido de la primera porque el supuesto nuevo arrendador (Banco de Crédito del Perú) mejoró considerablemente las condiciones y términos que mantenía la propietaria con su primer inquilino CARSA. Asimismo, el referido Banco le requirió a la arrendadora y propietaria que cumpla con enviarles una serie de documentación del inmueble a arrendar, entre ella, la carta enviada a CARSA pidiéndole la desocupación del local. Sin embargo, habiendo cumplido con sus obligaciones pactadas con el Banco y estando desocupado el local, éste no suscribió formalmente el contrato y tampoco lo ejecutó económicamente, causando una serie de daños y perjuicios.

Señala mediante numerosos correos electrónicos, que las partes iniciaron las tratativas y comunicaciones destinadas a arrendar el bien objeto de la litis, donde el Banco de Crédito del Perú, terminó ofreciendo mejores condiciones que CARSA (primer arrendatario), razón por la cual el Banco de Crédito requirió a la actora que desocupe - vía carta - a su primer inquilino, lo cual hizo para ser

ocupado por el Banco, el mismo que no llegó a cumplir ninguna de las prestaciones a su cargo.

2.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Banco de Crédito del Perú contesta la demanda señalando que de las comunicaciones cursadas entre la demandante y el anterior inquilino CARSA se desprende que la demandante, tenía interés propio en reducir el plazo contractual de arrendamiento de dicho local, hecho que no fue a pedido del Banco de Crédito, quien nunca solicitó o exigió a la demandante que resolviera o redujera el plazo contractual con su anterior inquilino.

Sostiene que la decisión del demandante de no renovar el contrato de alquiler con su anterior inquilina CARSA se debió a una decisión voluntaria y autónoma de la actora, no siendo la misma de modo alguno, producto de algún requerimiento o exigencia del Banco de Crédito como falsamente alude en su demanda.

Además, expresa que es legítimo que el Banco haya solicitado a la arrendadora que le muestre que el local que le estaba ofreciendo en arrendamiento se encuentre saneado, libre de cargas, gravámenes y/o problemas de índole legal y físico (requerimiento de cualquier futuro inquilino diligente).

Señala que es cierto que inició tratativas y diálogos tendientes a celebrar un futuro contrato de arrendamiento del local comercial ya referido, lo que no es cierto es el hecho que el Banco de Crédito le haya solicitado o requerido cursar la carta de conclusión del contrato de arrendamiento a CARSA, siendo esto un hecho propio y autónomo de la demandante.

Indica que lo que existió entre la demandante y el Banco de Crédito fueron tratativas no un contrato. Añade que iniciadas las conversaciones entre el Banco de Crédito y la demandante con la finalidad de lograr concluir un contrato de arrendamiento, se encontró que el local ofertado por la demandante tenía una

serie de problemas de orden legal y de orden físico, es decir, se encontraba gravado con dos embargos inscritos en los asientos D00012, D00013 y D00016 de la Partida Registral N° 00019430 del Registro de Predios de Piura, así como una hipoteca que debía ser levantada del Registro de Propiedad Inmueble de Piura; también se encontró que el inmueble registraba un área física distinta a la que presentaba en la partida registral, así como también habían discrepancias entre las medidas registrales, las medidas reales y las áreas que figuraban en la documentación municipal, tal como lo demuestran a través del correo electrónico donde se le ponía en conocimiento este hecho.

2.2.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En primera instancia la demanda fue declarada fundada en parte, al concluir que, en el correo electrónico remitido por Sandra Bardales (funcionaria del Banco de Crédito) a la demandante, con fecha 27 de mayo 2013 se manifiesta lo siguiente: “Estimada Sra. Flor de María, tal como, conversamos a continuación le detallo la documentación que me deberá alcanzar en físico para el contrato de alquiler del inmueble”. En consecuencia, para el juzgado, ello denota la existencia de un contrato de arrendamiento, siendo que el Banco de Crédito incumplió las prestaciones a su cargo, razón por la cual debe indemnizar a la demandante.

2.3.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

La demandada, apela la sentencia, señalando que lo que realmente ocurrió con la accionante fueron tratativas y conversaciones destinadas a celebrar a futuro un contrato de arrendamiento, el mismo que no se llevó a cabo por discrepancias en las negociaciones. Añade que el juzgado ha utilizado una interpretación sesgada y antojadiza de los medios probatorios que obran en el proceso y que es falso el argumento de que existía alquiler pactado entre el Banco de Crédito desde el mes de marzo de 2013.

2.4.- SENTENCIA DE VISTA.

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución de fecha veintiuno de setiembre de dos mil quince, revoca la sentencia apelada, y, reformándola, la declara infundada, al señalar que, siendo que las tratativas estaban realizándose a través de correo electrónico, por mandato expreso de la parte final del artículo 1374° del Código Civil, recién se podía presumir que hubo aceptación cuando la demandante (que remitió los documentos solicitados por el banco) hubiera recibido por parte de la representante del Banco el respectivo “acuse de recibo”, lo que no sucedió.

De otro lado, del análisis de los correos electrónicos que obran de fojas treinta y ocho y treinta y nueve se advierte que no es verdad que al 27 de mayo de 2013 las partes hayan concretado la celebración del contrato de arrendamiento poniéndose de acuerdo en todos los puntos esenciales de dicho contrato, pues el correo electrónico de fecha 27 de mayo de 2013 remitido por la representante del Banco (Sandra Bardales) a la demandante, no hace referencia a ningún elemento del contrato de referencia sino que contiene el requerimiento que hace el banco de determinados documentos en físico, además de constancias de no adeudo de impuesto predial y arbitrios así como el levantamiento de embargo.

Agrega que con fecha 19 de agosto de 2013, la representante del banco propone las condiciones para el alquiler. Ante dicha propuesta, con fecha 20 de agosto de 2013, la demandante hace una contraoferta respecto a la merced conductiva, la misma que no fue aceptada por el banco quien mantuvo su propuesta señalando que era “el monto máximo que podían pagar”. Con dicho documento, de modo categórico, desvirtúa la conclusión respecto a la celebración del contrato, toda vez que, al 20 de agosto de 2013, las partes en conflicto no llegaban a ponerse de acuerdo respecto a la merced conductiva, que viene a ser un elemento esencial en el contrato de arrendamiento.

La Sala Superior concluye señalando que la entidad financiera demandada no ha incurrido en ningún ilícito civil (incumplimiento de obligación) al no haberse

perfeccionado ningún contrato, por lo que no se ha acreditado la existencia del elemento de la antijuricidad.

3.- PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Mediante resolución de fecha once de mayo de dos mil quince, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si el Banco de Crédito del Perú es responsable civilmente por haber incumplido con ejecutar el contrato de arrendamiento celebrado con la demandante sobre el inmueble ubicado en la Av. Grau, Avenida Loreto y el jirón Ica N° 757 de esta ciudad.
- De ser el caso, establecer si el mismo Banco está obligado a indemnizar a la demandante por lucro cesante en la suma de 83,490 dólares americanos.

4.- FUNDAMENTOS DE LA CASACION.

El recurso de casación fue interpuesto por vulneración de normas procesales y también materiales, en tal sentido, la corte suprema empieza analizando la vulneración al artículo VII del título preliminar del código civil para luego dar pase al análisis de la supuesta vulneración a los artículos 1362 y 1969, 1971 y 1985 del Código Civil.

A) Sobre la supuesta vulneración del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil:

La recurrente menciona que se ha vulnerado el artículo VII del Título Preliminar del código civil, pues las instancias de mérito pudieron haber resuelto la causa utilizando las normas de la responsabilidad extracontractual, conforme las

facultades que le concede el dispositivo antes mencionado. Al realizar el análisis del principio del iura novit curia señala lo siguiente:

“El principio iura novit curia tipificado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal presenta dos elementos: uno ligado a la congruencia procesal, mediante el cual no se puede resolver más allá del petitorio ni fundar decisiones en hechos diversos alegados por las partes, y, otro, a la facultad del juez de aplicar el derecho, aunque éste no haya sido invocado”.

- Respecto a la congruencia procesal:

El principio de congruencia importa la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado. Eso significa que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido por las partes. Teniendo en cuenta ello, de los fundamentos de la demanda, la accionante indicó:

- ✓ Que el Banco de Crédito del Perú “no ejecutó el contrato de arrendamiento entre ambas partes señaladas, inejecución causada por culpa de la demandada” (Petitorio);
- ✓ Que su anterior inquilino, CARSA, desocupó el inmueble de su propiedad en virtud del “nuevo acuerdo de voluntades entre la propietaria de ese bien (la hoy parte demandante) y el nuevo arrendatario Banco de Crédito del Perú – BCP (hoy la parte demandada)”;
- ✓ Que el Banco de Crédito del Perú era el nuevo arrendatario y si bien “no suscribió formalmente el contrato ni menos lo ejecutó económicamente (...) a fortiori señalamos que este segundo contrato entre LA DEMANDANTE Y DEMANDADA contaba con todos sus elementos constitutivos”.

Bajo ese precepto entonces, la demandada consideró como fundamentos de derecho el artículo 1351 del código civil y normas de naturaleza contractual, así mismo los puntos controvertidos consisten en determinar si cabe indemnización a favor de la demandante “por no haber cumplido la demandada con ejecutar el contrato de arrendamiento que celebrarán”.

Congruente con ello se emitió sentencia de primera instancia amparándose la demanda. La sentencia de la Sala Superior analiza también la existencia de un contrato y determina la inexistencia de éste.

Al no haber entonces ninguna modificación a los hechos expuestos en la demanda; sino que por el contrario, las instancias correspondientes han analizado la causa conforme a lo expuesto por la propia recurrente, esto es determinar la existencia de un contrato y si tal contrató efectivamente se celebró (supuesto necesario para exigir indemnización contractual) se tiene que existió plena correspondencia entre lo solicitado y lo resuelto, de modo que no se ha vulnerado el principio de congruencia procesal.

- Respecto a la posibilidad que el juez aplique la norma correcta, aunque no haya sido invocada por las partes:

La recurrente asegura que el juez debió aplicar en todo caso el derecho correspondiente a los hechos expuestos; es decir, debió aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual y no de la inejecución de obligaciones, dada la inexistencia de contrato.

El Tribunal Supremo señala que no es ese el criterio, pues el hecho controvertido era precisamente la existencia del referido contrato; por consiguiente, no era posible emitir otra decisión, ya que ello hubiera significado modificar los hechos constitutivos de la demanda, generando además indefensión a la parte demandada, al vulnerarse su derecho de defensa.

Precisando además que las instancias han determinado que el contrato no se celebró y que las relaciones entre demandante y demandada quedaron en la órbita de las negociaciones previas, sin que se formara voluntad contractual. Esto, además, dada la denuncia casatoria planteada, es lo que acepta ahora la recurrente. En tal virtud, no se advierte infracción normativa al artículo VII del Título Preliminar del código procesal civil, sino resolución que se ciñe a los hechos expuestos en la demanda.

B) Sobre la supuesta vulneración a los artículos 1362 y 1969, 1971 y 1985 del Código Civil:

Habiéndose rechazado la vulneración del artículo VII del Título Preliminar del código procesal civil, el tribunal supremo procedió también a descartar las infracciones materiales propuestas, pues ellas tienen como supuesto la posibilidad que el juzgador haya podido invocar norma distinta a la solicitada por la demandante, lo que, como se ha dicho, no le era posible efectuar pues hubiera modificado los hechos materia de la demanda.

En efecto, una cosa es señalar que se ha celebrado un contrato y otra muy distinta que se está en las negociaciones previas, dado que, si bien es verdad que el artículo 1362° regula estos hechos, dicho dispositivo contiene varios enunciados normativos, que están referidos a la (i) negociación, (ii) celebración) y (iii) ejecución del contrato, así como a la existencia de (iv) buena fe; y (v) común intención de las partes.

La demandante afirmó que se había celebrado un contrato, y ese fue, por ende, el supuesto que había que examinar, generando consecuencias distintas, no solo por razones para determinar si se había constituido la voluntad contractual, sino además por las implicancias en los daños que pudieran ocasionarse.

Así, en el caso de las negociaciones, la doctrina no es unánime en establecer si se está en un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual. Las teorías contractualistas, surgidas bajo la influencia de Ihering, consideraron que “la responsabilidad por los actos cometidos en el periodo precontractual, no excluye la vigencia de ciertos efectos del pacto frustrado o nulo, que si bien ya no serían aplicables las consecuencias contractuales atinentes al cumplimiento de la obligación, en cambio, la circunstancia de no haberse llegado a perfeccionar el contrato (o haberse anulado el mismo) con motivo de una culpa in contrahendo, hacia operativas sí, otras obligaciones contractuales, diferentes a la propia ejecución del convenio, por ejemplo, las indemnizaciones de daños”.

Esta teoría, además, recibió el influjo de Gabrielle Faggella, quien afirmó que “independientemente de que exista dolo o culpa, la separación arbitraria de las tratativas, del acuerdo precontractual (concluido expresa o tácitamente), constituye(n) el fundamento de esta responsabilidad”. Por su parte, las teorías extracontractualistas afirmarían que el pacto implícito para entablar negociaciones, no genera responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado.

De otro lado, Vincenzo Roppo arguye que la jurisprudencia, con raras excepciones, es partidaria de la tesis extracontractual, tesis a la que él se aúna, en tanto, si bien “es verdad – como subrayan los partidarios de la tesis contractual – que entre los protagonistas de la tratativa se crea una relación calificada, en razón de la cual gravan sobre ellos especiales deberes en protección de los recíprocos intereses, Pero esto es exactamente lo que sucede en tantos otros contextos de actividad y relaciones que nadie osaría referir a un campo diferente de la responsabilidad”.

En cambio, María Medina, considera que hay “una adecuada base jurídica para la consideración de una amplia responsabilidad contractual, integrada por la responsabilidad contractual stricto sensu y por la responsabilidad nacida del denominado contacto negocial, la responsabilidad precontractual”.

En sede nacional la discusión se ha extendido. Luis Ojeda, apoya la teoría contractualista, pues señala que “la responsabilidad precontractual siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos: un contrato negocial. Estas negociaciones, entendemos, han generado en la parte perjudicada una confianza racional en la concreción del negocio y en su traducción en un contrato definitivo. Las partes no son desconocidas, sino que son co-tratantes determinados, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro. El contacto negocial previo obliga a comportarse según reglas específicas y asumiendo conductas particulares”.

Antes, Manuel de la Puente y Lavallo había señalado que la responsabilidad derivada de los tratos negociales se encuentra regulada por las normas relativas

a la inexecución de obligaciones, puesto que el daño proviene de la violación “de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato”.

Por su parte, Aníbal Torres Vásquez, asume posición distinta, señalando de manera categórica que se está ante un supuesto extracontractual porque “se funda en la violación del deber general de no causar daño a otro”.

DECISIÓN:

No obstante las dudas planteadas sobre la naturaleza de los daños ocasionados en las negociaciones precontractuales, el Tribunal Supremo consideró que en el presente caso se trata de asunto irrelevante, tanto porque ello no fue materia del debate y los hechos se ciñeron a la existencia del contrato y no al daño en las negociaciones, como porque siendo que la responsabilidad civil tiene una matriz única y le corresponden los mismos requisitos, entre ellos el de antijuricidad, este hecho fue analizado en la sentencia impugnada, determinándose que no existió consenso respecto a la merced conductiva y, obviamente, que no existió vulneración a la buena fe y a la común intención de las partes, lo que descarta, de plano, cualquier tipo de indemnización, ya sea contractual o extracontractual y la aplicación de las normas denunciadas.

Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Flor de María Rishing Mendoza.

5.- APRECIACIONES FINALES:

1.- En la presente casación, nuestro Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la actora al considerar que el hecho controvertido versa sobre la existencia o no de un contrato, por ello **no aplicó el régimen de la responsabilidad extracontractual en cumplimiento al deber impuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil**, pues como

dijimos el suceso controvertido era referente a la existencia de un contrato y solo sobre ello debía enmarcarse su argumentación; en tal sentido, no era factible fundamentar su decisión en hechos diversos, pues ello hubiera significado el modificar los hechos constitutivos de la demanda , generando de esta manera una indefensión y vulneración al derecho de defensa de la parte demandada.

- 2.- De los medios probatorios ofrecidos por las partes, es evidente que éstas no llegaron a celebrar el contrato de arrendamiento porque el bien presentaba una serie de irregularidades que provocaron el desinterés del posible arrendatario, motivando el no continuar con las negociaciones, fundamento que tiene mucho sentido si analizamos la postura del banco - y de todo futuro arrendatario en general – bajo el cual, éste siempre buscará asegurar que el bien satisfaga sus necesidades , en tal sentido resultó totalmente razonable el solicitar los documentos saneados a la futura arrendadora y también la no existencia de medios físicos que impidiesen la toma de posesión del inmueble.

Es a partir de ahí que el banco al percatarse entonces de la existencia de algunas irregularidades en las características del inmueble, ejerciendo legítimamente su libertad de contratación, decide no continuar con las negociaciones, por lo que dicho accionar no resulta injustificado ni va en contra al principio de la buena fe, ya que el arrendar el bien materia de litis no satisfacía sus necesidades y exigencias.

Así también en el proceso está acreditado (de los correos electrónicos intercambiados) que entre las partes en litigio no existió consenso respecto a la merced conductiva, el banco demandado no estaba obligado a suscribir el contrato de arrendamiento, concluyendo por ello que la entidad financiera demandada no ha incurrido en ningún ilícito civil (incumplimiento de obligación) al no haberse perfeccionado ningún contrato.

En tal sentido, si bien es cierto que la demandante pecó de inocente al dirigir su pretensión bajo un contexto que no le era conveniente para sus intereses,

no podemos dejar de pasar por alto dos cosas: la primera es que si tuviéramos una adecuada regulación tipificada en nuestro código civil sobre el reconocimiento de una indemnización en los casos de ruptura injustificada de los tratos preliminares, la demandante hubiese tenido expedito el derecho a efectos de solicitar una indemnización por los daños sufridos producto de la confina razonable creada por su contraparte en la conclusión de dicho contrato de arrendamiento; y la segunda, no podemos negar la irresponsable y reprochable actuación de nuestro Tribunal Supremo al establecer que “la naturaleza de la responsabilidad precontractual en este caso resulta irrelevante tanto porque ello no fue materia del debate y los hechos se ciñeron a la existencia del contrato y no al daño en las negociaciones”.

- 3.- En efecto, la Corte Suprema sabía sin lugar a duda cual era el verdadero conflicto suscitado entre las partes (negociaciones), sin embargo para evadir el problema - manifestarse de lleno en la responsabilidad precontractual producto de la ruptura injustificada de las negociaciones- se amparó en la congruencia procesal bajo el cual el juez no puede resolver más allá del petitorio ni fundar sus decisiones en hechos diversos alegados por las partes, lo cual fue una actuación totalmente desaprovechable por parte del Tribunal Supremo, pues ésta era la oportunidad para que se pronuncie sobre el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas y establecer un precedente que sirva de modelo interpretativo y de unificación de criterios - que por cierto bastante falta nos hace en esta materia – en el que establezca cuando se está ante el deber de resarcir el daño ocasionado a uno de los tratantes que se ve afectado por el apartamiento injustificado del otro en el curso de las negociaciones preliminares, además de la naturaleza jurídica, su régimen aplicable, elementos y requisitos de procedencia.

En tal sentido al haber nuestra Corte Suprema renunciado al papel que le correspondía y encontramos en un estancamiento de carácter jurisprudencial, solo nos queda ampararnos en la doctrina para dar solución a la gran diversidad de casos que actualmente se presentan con motivo de las negociaciones contractuales. De ésta manera resulta evidente la necesidad

de que nuestro sistema jurídico ampare la regulación de esta importante figura, que por el avance del comercio y la tecnología universal resulta cada vez más objetable y necesario el salvaguardar el deber de buena fe y lealtad en el curso no solo de la celebración y ejecución de un contrato, sino también desde la fase de los tratos previos a este.

SUB-CAPÍTULO V

PROPUESTA LEGISLATIVA

Nuestro vigente Código Civil tiene más de dos décadas de subsistencia y en todos estos años ha sido objeto de diversas alteraciones y correcciones con respecto a su originalidad.

Dicho sea de paso, el tema de una reforma de nuestro Código Civil suena bastante fuerte hoy en día para un grupo de doctrinarios y especialistas nacionales, otros hablan sobre un cambio radical del Código y poner en vigencia uno nuevo, completo, moderno y acorde con las necesidades actuales y por último, existe también un sector doctrinario que no está de acuerdo con la reforma.

En mi opinión y en referencia al ámbito contractual, nuestro código lucha con los numerosos avances en la ciencia y la tecnología, ello en base a la época en la que nos encontramos, donde estos avances se producen con una mayor celeridad, y la materia de contratos no es la excepción. Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en la Ley N° 27291, de fecha 24 de junio del año 2000, en la cual se agregó al artículo 1374 un segundo párrafo, el cual prescribe que, si las comunicaciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Si bien cierto, especialistas y doctrinarios extranjeros califican a nuestro código civil como “bueno”, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, lo cual resulta lógico pues como menciona el profesor Mario Castillo Freyre “no hay forma de esperar que una ley sea absolutamente perfecta y, por ende, intentar conseguir un Código Civil perfecto es una utopía. Pero el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar”.

En ese sentido, debemos considerar que los códigos si bien es cierto representan y transmiten una ideología y esfuerzo analítico de sus creadores, sus verdaderos intérpretes; es decir, los jueces, abogados, docentes, estudiantes de derecho, son los llamados a buscar el correcto sentido e interpretación de la norma.

En resumen, no podemos hacernos los de la vista gorda, y debemos aceptar que existen aspectos que merecen ser aceptados, pues así lo exige la realidad y necesidad jurídica, como lo es sin dudas el avance tecnológico, y el mundo globalizado en el que vivimos. Sin embargo, ello debe manifestarse no solo no solo a través de imposiciones normativas, sino también complementariamente con interpretaciones jurisprudenciales y estudios doctrinarios.

Inmiscuyéndonos nuevamente al tema que nos atañe y aceptando los parámetros expuestos, tenemos como punto central a nuestro único articulado que acoge lo referente a las negociaciones, nos referimos al artículo 1362 de nuestro código civil, en tal sentido, buscaremos que, a partir de una reformulación legal de tal articulado, podamos hacer de ésta una herramienta jurídica eficaz en el sentido de poder obtener una tutela resarcitoria por los daños y pérdidas ocasionados a uno de los tratantes producto de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Partiendo de la idea que lo que haremos será una reformulación legal del artículo 1362°, nos quedaremos con una atinada expresión de Asúa Gonzales quien manifiesta: *“Una regulación deseable de la materia no se agota en la formulación legal de que también las negociaciones se han de desenvolver de acuerdo a las exigencias de la buena fe. Por el contrario, es conveniente regular las líneas generales de la concreción de tal principio de diferentes situaciones y casos. Sin embargo es razonable que semejante regulación venga precedida por aquella formulación legal.”* (ASUA GONZALES, 2015).

Dicho esto, proponemos los siguientes ajustes legislativos al Código Civil:

REDACCIÓN ACTUAL:

Artículo 1362°: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

PROPUESTA MODIFICATORIA:

Artículo 1362°:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

La parte que interrumpe las negociaciones de forma injustificada, contraviniendo la buena fe y la confianza suscitada en su contraparte en la inminente conclusión del contrato, queda obligada a indemnizar los daños y perjuicios que resultare”

CONCLUSIONES:

- 1) En la presente investigación, se ha logrado determinar la necesidad de regular la figura jurídica de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, a partir de la insuficiencia normativa del artículo 1362° del Código Civil Peruano; en la medida que, considerando los fundamentos jurídicos expuestos en los resultados, la jurisprudencia, la legislación comparada y entrevistas realizadas, resulta conveniente introducir en nuestro ordenamiento civil, una reforma legal que permita el no dejar desprovisto de acción legal para solicitar una indemnización por aquellos daños y perjuicios que padece uno de los tratantes por el actuar de su contraparte al vulnerar el principio de buena fe y lealtad, apartándose éste injustificadamente de las negociaciones y generándole una defraudación de las exceptivas fundadas en la celebración de un negocio jurídico y que; mediante dicho accionar, le genere perjuicios no solo de índole patrimonial, esto es, los vinculados a las operaciones lucrativas realizadas (gastos e inversiones) o dejadas de realizar (estancamiento de capitales o declinación de alternativas de negocio), sino incluso de carácter extrapatrimonial, los cuales deberán ser indemnizados por la confianza razonable en la conclusión del contrato.

- 2) Los tratos preliminares constituyen la primera fase del *iter contractual*. En ellos, las partes gozan de autonomía y libertad, la cual se refleja en los diferentes acercamientos que hacen los sujetos dentro de las negociaciones. Es aquí donde intercambian ideas, presentan propuestas, reflexionan y se preparan de acuerdo con sus expectativas, para la emisión del consentimiento definitivo, el cual se concreta con la eventual celebración del acuerdo proyectado.

- 3) En nuestro Código Civil, el Art. 1362° es el fundamento jurídico sobre el que se debe partir y que justifica la existencia de la responsabilidad precontractual, pues de su redacción se entiende e impone a las tratantes la obligación de actuar conforme a las reglas de la buena fe y lealtad en las

negociaciones, y no solo ello, además reconoce a nivel legislativo el *iter negocial*. Este deber es, a su vez, fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles como el deber de lealtad, de información, de confidencialidad o secreto, entre otros.

- 4) La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, posee una naturaleza jurídica de carácter contractual, partiendo de la idea que no puede haber contrato sin previa negociación, además por simple hecho de entrar en negociaciones, se genera un contacto negocial, por el que las partes no son extraños sino completamente conocidos y reconocibles por lo que se deben un mínimo de lealtad; es decir, que desde antes de producido el daño, ya se tiene plenamente identificado al agente sobre el que recaerá la obligación de resarcir el daño ocasionado, a diferencia de la responsabilidad extracontractual en la cual no están identificados los sujetos que recurrirán a ella. Por ello entonces, debemos tener en cuenta que, la responsabilidad precontractual no se basa en la violación del deber genérico *alterum non laedere* (*deber de no causar daño a otros*), sino que ésta gira en torno al deber de actuar de buena fe y lealtad en todo el proceso de negociación o tratos preliminares.
- 5) Se ha logrado determinar que para configurar la responsabilidad precontractual derivado de la ruptura injustificada de los tratos preliminares se hace necesario la concurrencia de los siguientes requisitos de procedencia: la razonable confianza en la celebración del contrato, la ruptura injustificada de las negociaciones, el daño causado en el patrimonio de uno de los tratantes, la relación de causalidad entre el daño y la confianza creada, así como el factor de atribución. Sólo cuando concurren todos estos requisitos, podrá obtenerse una indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de dicha ruptura injustificada.
- 6) Los daños que puedan generar resarcimiento estarán constituidos por las lesiones al interés contractual negativo o interés de confianza que viene a ser el interés o mejor dicho los daños por la no conclusión – frustración del contrato, pretendiendo colocar al perjudicado en la misma situación que

tendría de no haber iniciado las negociaciones. Asimismo, hemos determinado que el resarcimiento del interés negativo se integra por dos partidas diferenciadas: los gastos inútilmente efectuados durante las tratativas preliminares (gastos, proyectos, presupuestos elaborados, etc.) lo que equivale decir el daño emergente; y la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (perdidas de chance con ocasión a la realización de otro contrato) lo que hemos denominado lucro cesante.

7) La redacción actual del artículo 1362^o es de carácter limitado e insuficiente en cuanto a las negociaciones preliminares, a diferencia de las celebración y ejecución de los contratos, pues nuestro Código Civil cuenta con una normativa generosa para a ambos estadios del devenir contractual; sin embargo, lo propio no ocurre en el escasamente atendido plano de las negociaciones o tratos preliminares; en tal sentido, siendo éste articulado la única base normativa, resulta necesario su modificación legislativa con la finalidad de extender su marco regulatorio a aquellas conductas en los tratantes o negociantes que, sin justificación alguna se apartan intempestivamente de las negociaciones, creando en su contraparte una confianza razonable en la celebración del contrato que motiva a realizar gastos que resultan innecesarios, creando con ello un perjuicio a uno de los tratantes que deberá ser indemnizado.

8) De las entrevistas realizadas con motivo de esta investigación, se concluye que una parte significativa de la muestra (equivalente al 80% de la muestra) está de acuerdo no solo en que la actual regulación del artículo 1362^o es técnicamente insuficiente en materia de responsabilidad precontractual, sino que apoya la idea de una modificatoria legislativa (equivalente a 60%), tal como se ha formulado en la presente investigación.

9) En cuanto a la revisión de la legislación comparada, se advierte que países como Alemania, Italia, Holanda y Argentina, incluyen en sus cuerpos normativos una regulación que contempla la indemnización para este tipo de daños, lo cual puede ser tomado como base para una futura modificación en

nuestra normatividad en cuanto a la responsabilidad precontractual derivada por la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

10) En sede nacional el tema de la responsabilidad civil precontractual ha sido moderadamente discutido en el plano doctrinal; sin embargo, sucede lo contrario en el plano jurisprudencial. En efecto, mientras el primero ha analizado su naturaleza, fuente y requisitos procedimentales a efectos del resarcimiento, los pronunciamientos del segundo brillan por su ausencia, lo que resulta preocupante pues no existe un criterio uniforme que permita a los operadores del derecho resolver la inmensa casuística de la institución materia de la presente investigación.

RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda que, el legislador adopte e introduzca en nuestro sistema jurídico, una reforma legislativa acorde con las nuevas tendencias de contratación en el derecho contemporáneo; por ello, no puede dejarse pasar por alto la importancia de las tratativas o negociaciones antes del perfeccionamiento de un contrato. En tal sentido, es recomendable una reforma legislativa que permita una regulación jurídica eficiente de la materia, teniendo para ello en cuenta las particularidades de la institución y nuestro ordenamiento jurídico.

- 2) Resulta importante también, a efectos de otorgarle una fuerza dinámica a la materia en investigación, el aporte jurisprudencial de nuestros tribunales, por ello es hora que nuestros jueces asuman el compromiso de aceptar ésta institución jurídica y tal vez apoyados de la gran cantidad de opiniones doctrinarias, puedan emitir un pronunciamiento adecuado considerando las controversias que trae consigo ésta figura, como es el caso de su naturaleza jurídica, el tipo de responsabilidad aplicable, los requisitos de procedencia, plazos prescriptivos, etc. Sin perjuicio de ello, creo a bien conveniente que nuestra Corte Suprema deberá desarrollar un precedente vinculante, el cual constituiría un avance en materia de unificación de criterios sobre la jurisprudencia contradictoria que reina actualmente en nuestros juzgados y tribunales y que, sin perjuicio de equivocarme, generan un caos en entre los justiciables, particularmente en el pronunciamiento sobre la materia de la presente investigación.

- 3) Consideramos que, los vastos estudios doctrinarios sobre la figura materia de la presente investigación, servirán de ayuda para un mejor entendimiento de esta institución jurídica y por supuesto la necesidad latente de reconocer legislativamente a ésta. Sin embargo, al no estar al alcance de toda la sociedad, sino solo de algunos operadores del derecho, resulta lógico el desconocimiento de esta importante figura, por ello, se recomienda que el estado, los operadores del derecho, los docentes en las distintas universidades de nuestro país, difundan los trabajos doctrinarios en materia

precontractual, con la finalidad de promover el buen uso de las herramientas jurídicas en sus diversos acercamientos, especialmente las referente a la buena fe y lealtad en toda la fases del *iter contractual*, pero sobre todo en las negociaciones preliminares o tratativas precontractuales, lo que generará una mayor seguridad entre la partes intervinientes de una relación contractual (y precontractual) y por ende una mejora tráfico comercial y mercantil.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. (1971). LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 849.

ALONSO PÉREZ, M. (1971). LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 859-922.

ARIAS SCHREIBER, M. (1995). *EXÉGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. TOMO I*. LIMA: GACETA JURÍDICA.

ARTEAGA FLORES, M. (2004). *EL CONTRATO Y EL MERCADO*. CARACAS: F.E.T.

ASÚA GONZÁLES, C. (2003). *CODIFICACIÓN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO EN EL DERECHO ALEMÁN*. MADRID: THOMSON- CIVITAS.

ASÚA GONZALES, C. (2015). RESPONSABILIDAD DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO. EN C. M. MORE, *LA RESPONSABILIDAD CIVIL* (PÁG. 510). LIMA: LEGALES EDICIONES.

ASÚA GONZALES, C. I. (1989). *LA CULPA IN CONTRAHENDO. TRATAMIENTO EN EL DERECHO ALEMÁN Y PRESENCIA EN OTROS ORDENAMIENTOS*. BILBAO: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO.

BARCHI VELAUCHAGA, L. (2015). *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL*. LIMA: INSTITUTO PACIFICO.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, R. (2003). *DERECHO EN RED*. MADRID: S.A BERCAL. OBTENIDO DE DERECHO EN RED: [HTTP://WWW.INFODERECHOCIVIL.ES/2012/09/OFFERTA-ACEPTACION CONSTITUCION-DEL-CONTRATO.HTML](http://www.infoderechocivil.es/2012/09/oferta-aceptacion-constitucion-del-contrato.html)

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (2005). *MANUAL DE DERECHO CIVIL- CONTRATOS*. MADRID: TECNOS.

BORDA, G. (1998). *MANUAL DE DERECHO CIVIL*. BUENOS AIRES: PERROT.

BREBBIA, R. (1987). *RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*. BUENOS AIRES: LA ROCA.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997). *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT.

CABALLERO, V. M. (2008). *LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMANARES*. SALAMANCA: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

CABANELLAS, G. (1996). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. BUENOS AIRES: ASTREA.

CALAS ESCALANTE, C. (2002). *INTRODUCCIÓN AL MERCADO*. MADRID: GAT.

- CASTAÑEDA, J. E. (1957). *INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL. EL DERECHO DE OBLIGACIONES*. LIMA: TALLERES GRÁFICOS VILLANUEVA.
- CHAN ARELLANO, A. (2011). SÓLO ESTAMOS SALINEDO: SOBRE LA BUENA FE EN LA ETAPA DE LAS TRATATIVAS. *IUS ET VERITAS*, 44-57.
- CÓRDOVA, T. (2003). *ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. LIMA: GRIGLEY.
- COSSIO MARTINEZ, M. Y. (1988). OBLIGACIONES Y CONTRATOS. *INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL*, 398.
- D'AMICO, G. (1989). NOTE IN TEMA DI CLAUSULE GENERALI. *IN IURE PRAESENTIA* N° 02, 1704.
- DE CASTRO, F. (1971). *"EL NEGOCIO JURIDICO"*. MADRID: 1971.
- DE CUPIS, A. (1975). *EL DAÑO. TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. BARCELONA: BOSCH.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). *EL RETIRO UNILATERAL COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*. SANTIAGO DE CHILE.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1998). *EL CONTRATO EN GENERAL*. LIAM: PUCP.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2003). *EL CONTRATO EN GENERAL*. LIMA: PALESTRA EDITORES.
- DE LOS MOZOZ, J. L. (2001). RESPONSABILIDAD EN LOS TRATOS PREPARATORIOS DEL CONTRATO. *ESTUDIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL*, 179.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2003). *LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*. LIMA: PUCP.
- DIEZ PICASO, L. (1970). *"DERECHO CIVIL", TOMO II, VOL. I*. BARCELONA: BOSCH.
- DIEZ PICASO, L. (1999). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL*. MADRID: TECNOS.
- DIEZ-PICASO, L. (1999). *DERECHO DE DAÑOS*. MADRID: CIVITAS.
- ENNECCERUS, L. (1950). *TRATADO DE DERECHO CIVIL. TOMO I. VOLUMEN 2*. BARCELONA: BOSCH.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2010). *DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- ESTEVILL, L. P. (1995). *"DERECHO DE DAÑOS"*. BARCELONA: BOSCH.
- FARNSWORTH, A. (1999). *CONTRACTS*. NEW YORK: ASPEN LAW & BUSINESS.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1999). *ABUSO DEL DERECHO*. LIMA: GRIGLEY.

FERREIRA RUBIO, D. M. (1984). *LA BUENA FE. EL PRINCIPIO GENERAL EN EL DERECHO CIVIL*. BARCELONA: MONTECORVO S.A.

GÓMEZ ANGARITA, J. (1989). *LECCIONES DE DERECHO CIVIL*. BUENOS AIRES: ASTREA.

GUASTINI, R. (2017). *TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO*. LIMA: ZELA.

GUZMÁN ALTAMIRANO, R. (15 DE MARZO DE 2016). *ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES*. OBTENIDO DE LA NECESIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS: [HTTP://WWW.DERECHO.USMP.EDU.PE/SAPERE/EDICIONES/EDICION_11/ARTICULOS_INVESTIGADORES/7.%20LA%20NECESIDAD%20DE%20LA%20APLICACION.PDF](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_11/articulos_investigadores/7.%20LA%20NECESIDAD%20DE%20LA%20APLICACION.PDF)

HARO SEIJAS, J. J. (2002). ¿PODRÍA USTED NO HACER NEGOCIOS CONMIGO? *ADVOCATUS*, 122-146.

JUNIOR, M. E. (2015). *ESTUDIOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL - LA RELACIÓN OBLIGATORIA COMO PROCESO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA DE LOS DEBERES GENERALES DE CONDUCTA Y SUS CONSECUENCIAS*. LIMA: LEGALES EDICIONES.

JUSPEDIA. (2011). *BLOG JURÍDICO*. OBTENIDO DE JUSPEDIA: [HTTP://DERECHO.ISIPEDIA.COM/SEGUNDO/DERECHO-CIVIL-II/DERECHO-DE-CONTRATOS/04-LA-FORMACION-DEL-CONTRATO](http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/04-la-formacion-del-contrato)

LAZARTE ÁLVAREZ, C. (1980). *SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO: LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN*. MADRID: R.D.P.

LEON, H. Y. (1960). *LECCIONES DE DERECHO CIVIL. SEGUNDA PARTE*. BUENOS AIRES: EDICIONES JURÍDICAS EUROPA - AMÉRICA.

LEON, L. (2008). LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: APUNTES COMPARATIVOS SOBRE EL ARTÍCULO 1362 DEL CODIGO CIVIL PERUANO Y SU PRESUNTO PAPEL COMO FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. *THEMIS*, 19.

LEYSSER LEON, H. (2007). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LÍNEAS FUNDAMENTALES Y PERSPECTIVAS*. LIMA: JURISTA EDITORES.

LLAMBIAS, J. J. (1993). *MANUAL DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES*. BUENOS AIRES: PERROT.

LOBATO DE BLAS, J. M. (1976). CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TRATOS PRELIMINARES. *REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA*, 551.

LOPEZ FIDANZA, A. (2011). *OFERTA Y TRATATIVAS PRECONTRACTUALES*. OBTENIDO DE [HTTP://WWW.SAIJ.GOB.AR/DOCTRINA/DACF030001-LOPEZ_FIDANZA-OFFERTA_CONTRACTUAL_LAS_TRATATIVAS.HTM](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf030001-lopez_fidanza-oferta_contractual_las_tratativas.htm)

MANZANARES SECADES, A. (1984). *LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA HIPOTESIS DE RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES*. MADRID: A.D.C.

MEDINA ALCOZ, M. (2005). *LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES*. MADRID: REVISTA DE DERECHO PRIVADA.

MESSINEO, F. (1986). *DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO*. BUENOS AIRES: EDICIONES JURÍDICAS EUROPA AMÉRICA.

MONATERI, P. G. (2003). LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO. *ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO EN GENERAL*, 472.

MONSALVE CABALLERO, V. (2008). *RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATOS PRELIMINARES*. SALAMANCA: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

MORE, C. M. (2016). SOBRE LA CULPA IN CONTRAHENDO Y EL CONTACTO SOCIAL. *GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL*, 212.

MORELLO, A. M. (1967). *INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL*. BUENOS AIRES: ABELLEDO - PERROT.

MORENO QUESADA, B. (1956). LA OFERTA DEL CONTRATO. *REVISTA DE DERECHO NOTARIAL*, 122.

MOSSET ITURRASPE, J. (1991). *RESPONSABILIDAD POR DAÑOS*. BUENOS AIRES: EDIAR.

OJEDA GUILLÉN, L. (2009). *LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO*. LIMA: MOTIVENSA.

OSTERLING, A., & REBAZA, FELIPE. (2009). LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS TRATATIVAS CONTRACTUALES. *ANÁLISIS EN TEMAS DE DERECHO*, 31-41.

PALMA GANDI, M. (2013). *DERECHO CONTRACTUAL DEL NUEVO SIGLO*. BUENOS AIRES: ASTREA.

PUIG BRUTAU, J. (1951). *ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS*. BARCELONA: ARIEL.

PUIG BRUTAU, J. (1981). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL*. BARCELONA: CASA EDITORIAL S.A.

RAE. (2001). *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. MADRID: ESPASA.

ROPPO, V. (2009). *EL CONTRATO*. LIMA: GACETA JURIDICA.

ROSENDE ALVAREZ, H. (1979). *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*. VALPARAISO: EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAISO.

SANTOS BALLESTEROS, J. (2005). *INSTITUCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. BOGOTA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.

SIERRALTA RÍOS, A. (2009). *CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL*. LIMA: PUCP.

TABOADA CORDOBA, L. (2003). *ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. LIMA: CRIJLEY.

TAFARO, S. (2003). HOMBRE Y OBLIGACIONES: EQUILIBRIO ENTRE LAS PRESTACIONES. *ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL, OBLIGACIONES Y CONTRATOS*, 393.

TAMBURRINO, G. (1991). *IL VINCOLI UNILATERALI NELLA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO*. ROMA: GIUFFRE.

TRELLES DEZA, K. D. (S.F.). *SUPUESTOS ESPECIALES DE LA RESPONSABILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL C.C DE 1984*. OBTENIDO DE [HTTP://UPAO.ACADEMIA.EDU/KARINADELROSARIOTRELLESDEZA](http://UPAO.ACADEMIA.EDU/KARINADELROSARIOTRELLESDEZA)

VALDERDE DUEÑAS, R. (2006). *ECONOMÍA Y DERECHO MERCANTIL*. CARACAS: M & J.

VALES DUQUE, P. (2012). *LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*. MADRID: REUS.

VELUZZI, V. (2010). *LE CLAUSOLE GENERALI. SEMANTICA E POLITICA DEL DIRITTO*. MILAN: GIUFFRE.

VINAIXA I MIQUEL, M. (2002). *LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL MARCO DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968*. BARCELONA: UNIVERSITAT POMERU FABRA.

VINICIO, G. (1967). *RESPONSABILITA CIVILE PER DANNI DA COSE ED ANIMALI*. MILANO: GIUFFRE.

VON THUR, A. (1934). *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES*. MADRID: REUS S.A.

ANEXOS:

Anexo 01: Cuestionario

**“NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL
COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS
TRATOS PRELIMINARES, A PARTIR DE LA DEFICIENCIA NORMATIVA
DEL ART. 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO”**

Nombre:.....

En la presente investigación nos proponemos determinar la necesidad de regular la Responsabilidad Precontractual con la finalidad de superar la deficiencia normativa a nivel del Art. 1362 del Código Civil, respecto del resarcimiento de daños ocasionados como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. A continuación citamos textualmente el artículo objeto de análisis y planteamos algunas interrogantes que esperamos nos pueda absolver.

“Art. 1362: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

1.- En términos genéricos, ¿considera usted adecuado el tratamiento legal que le dispensa nuestro Código Civil (Art. 1362) a la figura de la Responsabilidad Precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares o negociaciones?

Sí

No

¿Por qué?

2.- ¿Cree usted que ante el supuesto de una ruptura injustificada de los tratos preliminares o negociaciones en los casos donde se haya creado una confianza razonable en la concreción del contrato, es necesario una indemnización, como consecuencia del daño ocasionado eventualmente a uno de los cotratantes?

Sí

No

¿Por qué?

3.- ¿Usted considera que la ruptura injustificada de los tratos preliminares posee una naturaleza de carácter “contractual” o “extracontractual”?

Contractual

Extracontractual

¿Por qué?

4.- Considerando que en los casos de responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, el responsable debe resarcir el interés negativo o interés de confianza, que es en definitiva, el interés (daño) por la no conclusión - frustración – del contrato, ¿la indemnización debe versar sobre el daño emergente (gastos efectuados) o sobre el lucro cesante (perdida de chance o probabilidades de haber concretado otro negocio, o ambos?

Sí

No

¿Por qué?

5.- Convendría usted en considerar que, la transgresión al deber de buena fe y confianza razonable creada en uno de los tratantes (en la conclusión o perfeccionamiento del contrato), el carácter injustificado e intempestivo en la ruptura de los tratos previos, la acreditación del daño causado en la esfera patrimonial de uno de los tratantes y la relación de causalidad entre el daño al patrimonio y la confianza que fue promovida y resultado defraudada por uno de los tratantes; sean considerados como requisitos de procedencia para un resarcimiento por los daños ocasionados como consecuencia de una ruptura injustificada de los tratos preliminares?

Sí

No

¿Por qué?

6.- Finalmente, teniendo en cuenta la insuficiente regulación de la responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura

injustificada de los tratos preliminares a nivel de nuestro Código Civil vigente, qué recomendaciones haría para una adecuada regulación de esta importante figura jurídica.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis.

Vista la causa número cuatro mil cuatrocientos siete – dos mil quince, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley; emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandante Flor de María Rishing Mendoza, (página doscientos setenta y cuatro), contra la resolución de vista de fecha veintiuno de setiembre de dos mil quince (página doscientos sesenta y tres), que revoca la sentencia de primera instancia que resolvió declarar fundada la demanda; y reformándola la declara infundada.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Mediante escrito de fecha 28 de enero de 2014 (página cincuenta y tres), Flor de María Rishing Mendoza interpone demanda sobre indemnización por daños y perjuicios contra el Banco de Crédito del Perú a fin que el demandado pague la suma de U\$. 83,490 dólares americanos por concepto de indemnización por daños y perjuicios. Sostiene:

1.- Que es propietaria del inmueble ubicado en la avenida Grau, avenida Loreto y el jirón Loa N° 757 de esta ciudad, con un área de 800 m².

2.- Tenía vigente un contrato de arrendamiento de fecha 1 de mayo del 2012 a favor de Svenza Zona Franca S.R.L. “CARSA” por el cual percibía una renta mensual de U\$. 12,650 dólares americanos; el plazo de vigencia se pactó forzoso para ambas partes en un año (hasta 30 de abril de 2013); el contrato fue a plazo determinado, pero prorrogable.

3.- Mediante carta notarial del 05 junio de 2013, CARSA aceptó un aumento de la renta a la suma de U\$. 13,915 dólares americanos, asimismo, a través de dicho documento solicitó a la propietaria una prórroga de plazo para desocupar dicho inmueble a la fecha perentoria del 15 de enero 2014; no obstante, la demandante, mediante carta de fecha 11 de junio 2013, solamente acepta la prórroga del plazo hasta la fecha de 31 de julio del 2013. En cumplimiento del acuerdo, la arrendataria CARSA desocupó el inmueble el 15 de agosto del 2013.

4.- Conforme a los hechos detallados, el primer contrato de arrendamiento entre la demandante y CARSA culminó a pedido de la primera porque el nuevo arrendador Banco de Crédito del Perú mejoró considerablemente las condiciones y términos que mantenía la propietaria con su primer inquilino CARSA; asimismo, el referido Banco le requirió a la arrendadora y propietaria que cumpla con enviarles una serie de documentación del inmueble a arrendar, entre ella, la carta enviada a CARSA pidiéndole la desocupación del local. Sin embargo, habiendo cumplido con sus obligaciones pactadas con el Banco y estando desocupado el local, éste no suscribió formalmente el contrato y tampoco lo ejecutó económicamente, causando una serie de daños y perjuicios.

5.- Señala que a través de numerosos correos electrónicos las partes iniciaron las tratativas y comunicaciones destinadas a arrendar el bien objeto de la litis, donde el Banco (segundo arrendatario) terminó ofreciendo mejores condiciones que CARSA (primer arrendatario), razón por la cual el Banco demandado requirió a la actora que desocupe —vía carta- a su primer inquilino, lo cual hizo para ser ocupado por el Banco, el mismo que no llegó a cumplir ninguna de las prestaciones a su cargo.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Banco de Crédito del Perú contesta la demanda (página noventa y uno), señalando que de las comunicaciones cursadas entre la demandante y el anterior inquilino CARSA se desprende que la demandante, tal como lo señala en el punto 2.9 de su escrito de demanda, tenía interés propio en reducir el plazo contractual de arrendamiento de dicho local, hecho que no fue a pedido del Banco de Crédito, quien nunca solicitó o exigió a la demandante que resolviera o redujera el plazo contractual con su anterior inquilino. Sostiene que la decisión del demandante de no renovar el contrato de alquiler con su anterior inquilina CARSA se debió a una decisión voluntaria y autónoma de la actora, no siendo la misma de modo alguno, producto de algún requerimiento o exigencia del Banco de Crédito como falsamente alude en su demanda. Además, expresa que es legítimo que el Banco haya solicitado a la arrendadora que le muestre que el local que le estaba ofreciendo en arrendamiento y que este se encuentre saneado, libre de cargas, gravámenes y/o problemas de índole legal y físico (requerimiento de cualquier futuro inquilino diligente). Señala que es cierto que

inició tratativas y diálogos tendientes a celebrar un futuro contrato de arrendamiento del local comercial ya referido, lo que no es cierto es el hecho que el Banco de Crédito le haya solicitado o requerido cursar la carta de conclusión del contrato de arrendamiento a CARSA, siendo esto un hecho propio y autónomo de la demandante. Indica que lo que existió entre la demandante y el Banco de Crédito fueron tratativas no un contrato. Añade que iniciadas las conversaciones entre el Banco de Crédito y la demandante con la finalidad de lograr concluir un contrato de arrendamiento, se encontró que el local ofertado por la demandante tenía una serie de problemas de orden legal y de orden físico, es decir, se encontraba gravado con dos embargos inscritos en los asientos D00012, D00013 y D00016 de la Partida Registral N° 00019430 del Registro de Predios de Piura, así como una hipoteca que debía ser levantada del Registro de Propiedad Inmueble de Piura; también se encontró que el inmueble registraba un área física distinta a la que presentaba en la partida registral, así como también habían discrepancias entre las medidas registrales, las medidas reales y las áreas que figuraban en la documentación municipal, tal como lo demuestran a través del correo electrónico donde se le ponía en conocimiento este hecho.

3. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante resolución de fecha once de mayo de dos mil quince (página ciento once), se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si el Banco de Crédito del Perú es responsable civilmente por haber incumplido con ejecutar el contrato de arrendamiento celebrado con la demandante sobre el inmueble ubicado en la Av. Grau, Avenida Loreto y el jirón Ica N° 757 de esta ciudad.
- De ser el caso, establecer si el mismo Banco está obligado a indemnizar a la demandante por lucro cesante en la suma de 83,490 dólares americanos.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Culminado el trámite correspondiente, el Juez, mediante resolución de fecha once de mayo de dos mil quince (página ciento sesenta y tres), declara fundada en parte la demanda, al concluir que, en el correo electrónico remitido por Sandra Bardales (funcionaria del Banco de Crédito) a la demandante, con fecha 27 de mayo 2013 a fojas treinta y ocho, se manifiesta lo siguiente: “Estimada Sra. Flor de María, tal como, conversamos a continuación le detallo la documentación que me deberá alcanzar en físico para el contrato de alquiler del inmueble”. En consecuencia, para el juzgado, ello denota la existencia de un contrato de arrendamiento, siendo que el Banco de Crédito incumplió las prestaciones a su cargo, razón por la cual debe indemnizar a la demandante.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La demandada, apela la sentencia (página doscientos nueve), señalando que lo que realmente ocurrió con la accionante fueron tratativas y conversaciones destinadas a celebrar a futuro un contrato de arrendamiento, el mismo que no se llevó a cabo por discrepancias en las negociaciones. Añade que el juzgado ha utilizado una interpretación sesgada y antojadiza de los medios probatorios que obran en el proceso y que es falso el argumento de que existía alquiler pactado entre el Banco de Crédito desde el mes de marzo de 2013.

6. SENTENCIA DE VISTA

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior mediante resolución de fecha veintiuno de setiembre de dos mil quince (página doscientos sesenta y tres), revoca la sentencia apelada, y, reformándola, la declara infundada, al señalar que, siendo que las tratativas estaban realizándose a través de correo electrónico, por mandato expreso de la parte final del artículo 1374° del Código Civil, recién se podía presumir que hubo aceptación cuando la demandante (que remitió los documentos solicitados por el banco) hubiera recibido por parte de la representante del Banco el respectivo “acuse de recibo”, lo que no sucedió. De otro lado, del análisis de los correos electrónicos que obran de fojas treinta y ocho y treinta y nueve se advierte que no es verdad que al 27 de mayo de 2013 las partes hayan concretado la celebración del contrato de arrendamiento poniéndose de acuerdo en todos los puntos esenciales de dicho contrato, pues el correo electrónico de fecha 27 de mayo de 2013 remitido por la representante del Banco (Sandra Bardales) a la demandante, no hace referencia a ningún elemento del contrato de referencia sino que contiene el requerimiento que hace el banco de determinados documentos en físico, además de constancias de no adeudo de impuesto predial y arbitrios así como el levantamiento de embargo.

Agrega que con fecha 19 de agosto de 2013, la representante del banco propone las condiciones para el alquiler. Ante dicha propuesta, con fecha 20 de agosto de 2013, la demandante hace una contraoferta respecto a la merced conductiva, la misma que no fue aceptada por el banco quien mantuvo su propuesta señalando que era “el monto máximo que podían pagar”. Con dicho documento, de modo categórico, desvirtúa la conclusión respecto a la celebración del contrato, toda vez que, al 20 de agosto de 2013, las partes en conflicto no llegaban a ponerse de acuerdo respecto a la merced conductiva, que viene a ser un elemento esencial en el contrato de arrendamiento. La Sala Superior concluye señalando que la entidad financiera demandada no ha incurrido en ningún ilícito civil (incumplimiento de obligación) al no haberse perfeccionado ningún contrato, por lo que no se ha acreditado la existencia del elemento de la antijuricidad.

III. RECURSO DE CASACION

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha dieciocho de enero de dos mil dieciséis ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, por la infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como VII del Título Preliminar, 1362, 1969, 1971 y 1985 del Código Civil; al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión, señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO. - Se ha interpuesto recurso de casación por vulneración de normas procesales y materiales, por lo que deben examinarse primero aquellas, pues de ampararse el recurso se ocasionaría la nulidad de la sentencia.

SEGUNDO. - En esa perspectiva, la recurrente menciona que se ha vulnerado el artículo VII del Título Preliminar del código civil, pues las instancias de mérito pudieron haber resuelto la causa utilizando las normas de la responsabilidad extracontractual, conforme las facultades que le concede el dispositivo antes mencionado.

TERCERO. - Sobre el artículo VII del Título Preliminar del código procesal civil

1. El principio *iura novit curia* presenta dos elementos: uno ligado a la congruencia procesal, mediante el cual no se puede resolver más allá del petitorio ni fundar decisiones en hechos diversos alegados por las partes, y, otro, a la facultad del juez de aplicar el derecho, aunque no haya sido invocado.

2. Este principio, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se encuentra vinculado al de la congruencia procesal, que “constituye una especie del género del debido proceso y significa que, al sentenciar, el Juez debe respetar el contradictorio del proceso, esto es, debe pronunciarse sobre los diversos aspectos de las pretensiones postuladas por los justiciables y sólo sobre ellos de acuerdo a ley (...)”^[1].

3. Así, el principio de congruencia importa la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado. Eso significa que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido por las partes. Entre las afectaciones a dicho principio encontramos los siguientes:

1) El juzgador omite decidir alguna de las cuestiones oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio, lo que genera el

vicio de incongruencia conocido como “citra petita”, que torna anulable el respectivo pronunciamiento;

2) El juzgador otorga cosa distinta a la peticionada por la parte o condena a persona no demandada o a favor de persona que no demandó, yendo más allá del asunto litigioso, ello conforma el vicio de incongruencia denominado “extra petita”, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento; y,

3) El juzgador otorga más de lo que fue pretendido por el actor: también aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado “ultra petita”, que descalifica la sentencia.

CUARTO. - Teniendo en cuenta ello, con respecto a la congruencia procesal debe señalarse:

1. Conforme se aprecia de la demanda, la accionante indicó:

(i) que el Banco de Crédito del Perú “no ejecutó el contrato de arrendamiento entre ambas partes señaladas, inejecución causada por culpa de la demandada” (Petitorio);

(ii) que su anterior inquilino, CARSA, desocupó el inmueble de su propiedad en virtud del “nuevo acuerdo de voluntades entre la propietaria de ese bien (la hoy parte demandante) y el nuevo arrendatario Banco de Crédito del Perú – BCP (hoy la parte demandada)” (rubro 2.5 de la demanda);

(iii) que en el numeral 2.9 de su demanda afirma que el Banco de Crédito del Perú era el nuevo arrendatario y si bien “no suscribió formalmente el contrato ni menos lo ejecutó económicamente (...) a fortiori señalamos que este segundo contrato entre LA DEMANDANTE Y DEMANDADA contaba con todos sus elementos constitutivos”; y

(iv) posteriormente, en el rubro 2.14 hará mención al referido contrato de arrendamiento, reiterando dichas expresiones en la parte III de su demanda, denominada “CONCLUSIONES DE FUNDAMENTOS DE HECHO”.

2. En esa línea argumentativa, la demandada consideró como fundamentos de derecho el artículo 1351 del código civil y normas de naturaleza contractual, lo que se evidencia, cuando al fijarse los puntos controvertidos, se indica que este consiste en determinar si cabe indemnización a favor de la demandante “por no haber cumplido la demandada con ejecutar el contrato de arrendamiento que celebraran” (página ciento diecisiete).

3. Congruente con ello se emitió sentencia de primera instancia amparándose la demanda. La sentencia de la Sala Superior analiza también la existencia de un contrato y determina la inexistencia de éste.

QUINTO. - Estando a lo expuesto, no hay ninguna modificación a los hechos expuestos en la demanda; por el contrario, tal como se ha detallado en el considerando anterior, las instancias correspondientes han analizado la causa conforme a lo expuesto por la propia recurrente, y a los hechos que esta indicó: la existencia de un contrato. De allí que tanto el Juzgado como la Sala Superior hayan realizado el análisis sobre si tal contrató efectivamente se celebró, lo que era además (en el contexto de la demanda planteada) el supuesto necesario para exigir indemnización contractual. Siendo ello así, hay plena correspondencia entre lo solicitado y lo resuelto, no vulnerándose el principio de congruencia procesal.

SEXTO. - En lo que atañe a la posibilidad que el juez aplique la norma correcta, aunque no haya sido invocada por las partes, se tiene:

1. La recurrente asegura que el juez debió aplicar el derecho correspondiente a los hechos que había expuesto; en el caso en particular, aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual y no de la inejecución de obligaciones, dada la inexistencia de contrato.

2. No es ese el criterio de este Tribunal Supremo, pues en el caso específico el hecho controvertido era precisamente la existencia del referido contrato; por consiguiente, no era posible emitir otra decisión porque ello hubiera significado modificar los hechos constitutivos de la demanda, generando indefensión a la parte demandada.

3. Hay que precisar que las instancias han determinado que el contrato no se celebró y que las relaciones entre demandante y demandada quedaron en la órbita de las negociaciones previas, sin que se formara voluntad contractual. Esto, además, dada la denuncia casatoria planteada, es lo que acepta ahora la recurrente. En tal virtud, no se advierte infracción normativa al artículo VII del Título Preliminar del código procesal civil, sino resolución que se ciñe a los hechos expuestos en la demanda.

SÉTIMO. - Sobre la supuesta vulneración a los artículos 1362 y 1969, 1971 y 1985 del Código Civil:

Habiéndose rechazado la vulneración del artículo VII del Título Preliminar del código procesal civil, deben descartarse las infracciones materiales propuestas, porque ellas tienen como supuesto la posibilidad que el juzgador haya podido invocar norma distinta a la solicitada por la demandante, lo que, como se ha dicho, no le era posible efectuar pues hubiera modificado los hechos materia de la demanda.

En efecto, una cosa es señalar que se ha celebrado un contrato y otra muy distinta que se está en las negociaciones previas, dado que, si bien es verdad que el artículo 1362 regula estos hechos, no es menos cierto que dicho dispositivo contiene varios enunciados normativos, que están referidos a la (i) negociación, (ii) celebración) y (iii) ejecución del contrato, así como a la existencia de (iv) buena fe; y (v) común intención de las partes.

Como se ha señalado en los considerandos precedentes, la demandante afirmó que se había celebrado un contrato, y ese fue, por ende, el supuesto que había que examinar, generando consecuencias distintas, no solo por razones para determinar si se había constituido la voluntad contractual, sino además por las implicancias en los daños que pudieran ocasionarse.

Así, en el caso de las negociaciones, la doctrina no es unánime en establecer si se está en un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual. Las teorías contractualistas, surgidas bajo la influencia de Ihering, consideraron que “la responsabilidad por los actos cometidos en el periodo precontractual, no excluye la vigencia de ciertos efectos del pacto frustrado o nulo, que si bien ya no serían aplicables las consecuencias contractuales atinentes al cumplimiento de la obligación, en cambio, la circunstancia de no haberse llegado a perfeccionar el contrato (o haberse anulado el mismo) con motivo de una culpa in contrahendo, hacia operativas sí, otras obligaciones contractuales, diferentes a la propia ejecución del convenio, por ejemplo, las indemnizaciones de daños”. Esta teoría, además, recibió el influjo de Gabrielle Faggella, quien afirmó que “independientemente de que exista dolo o culpa, la separación arbitraria de las tratativas, del acuerdo precontractual (concluido expresa o tácitamente), constituye(n) el fundamento de esta responsabilidad”. Por su parte, las teorías extracontractualistas afirmarían que el pacto implícito para entablar negociaciones, no genera responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado^[2].

De otro lado, Vincenzo Roppo^[3] arguye que la jurisprudencia, con raras excepciones, es partidaria de la tesis extracontractual, tesis a la que él se aúna, en tanto, si bien “es verdad – como subrayan los partidarios de la tesis contractual – que entre los protagonistas de la tratativa se crea una relación calificada, en razón de la cual gravan sobre ellos especiales deberes en protección de los recíprocos intereses, Pero esto es exactamente lo que sucede en tantos otros contextos de actividad y relaciones que nadie osaría referir a un campo diferente de la responsabilidad”. En cambio, María Medina^[4], considera que hay “una adecuada base jurídica para la consideración de una amplia responsabilidad contractual, integrada por la responsabilidad contractual stricto sensu y por la responsabilidad nacida del denominado contacto negocial, la responsabilidad precontractual”.

En sede nacional la discusión se ha extendido. Luis Ojeda[5], apoya la teoría contractualista, pues señala que “la responsabilidad precontractual siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos: un contrato negocial. Estas negociaciones, entendemos, han generado en la parte perjudicada una confianza racional en la concreción del negocio y en su traducción en un contrato definitivo. Las partes no son desconocidas, sino que son co-tratantes determinados, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro. El contacto negocial previo obliga a comportarse según reglas específicas y asumiendo conductas particulares”. Antes, Manuel de la Puente y Lavalle[6] había señalado que la responsabilidad derivada de los tratos negociales se encuentra regulada por las normas relativas a la inejecución de obligaciones, puesto que el daño proviene de la violación “de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato”. Por su parte, Aníbal Torres Vásquez[7], asume posición distinta, señalando de manera categórica que se está ante un supuesto extracontractual porque “se funda en la violación del deber general de no causar daño a otro”.

OCTAVO.- No obstante las dudas planteadas sobre la naturaleza de los daños ocasionados en las negociaciones precontractuales, este Tribunal Supremo considera que en el presente caso se trata de asunto irrelevante, tanto porque ello no fue materia del debate y los hechos se ciñeron a la existencia del contrato y no al daño en las negociaciones, como porque siendo que la responsabilidad civil tiene una matriz única y le corresponden los mismos requisitos, entre ellos el de antijuricidad, este hecho fue analizado en la sentencia impugnada, determinándose que no existió consenso respecto a la merced conductiva y, obviamente, que no existió vulneración a la buena fe y a la común intención de las partes, lo que descarta, de plano, cualquier tipo de indemnización, ya sea contractual o extracontractual y la aplicación de las normas denunciadas.

VI. DECISIÓN

Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Flor de María Rishing Mendoza, (página doscientos setenta y cuatro); en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veintiuno de setiembre de dos mil quince; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos con el Banco de Crédito del Perú, sobre indemnización de daños y perjuicios; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas.

SS.

TELLO GIRARDI

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA

-
- [1] Rubio Correa, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial. Lima, 2005, p. 124.
- [2] Rubén y Gabriel Stiglitz (1992). Responsabilidad precontractual. Abeledo – Perrot: Buenos Aires.
- [3] Roppo, Vincenzo (2009). El contrato. Gaceta Jurídica: Perú, p. 189.
- [4] Medina Alcoz, María (2006). Responsabilidad precontractual. Fórum casa editorial. Lima, p. 91.
- [5] Ojeda Guillen, Luis (2009). La responsabilidad precontractual en el Código Civil Peruano. Motivensa. Lima, p. 230.
- [6] De La Puente y Lavalle, Manuel (1993). El Contrato en General – Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Fondo Editorial PUCP: Perú, pp. 74-75.
- [7] Torres Vásquez, Aníbal (2012). Teoría General del Contrato. Pacífico: Lima, p. 74.