

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Privado

Fecha: 13-05-2015 Cita: IJ-LXXVIII-812

La buena fe contractual, con especial referencia a la etapa de la celebración del contrato en el Código Civil Peruano de 1984

Mario Castillo Freyre[1]

1. Generalidades [arriba] -

El art. 1362 del Código Civil peruano de 1984 regula un tema de vital importancia para la teoría general de los contratos. Dicho precepto normativo se refiere a la buena fe en los negocios jurídicos, al establecer que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Según expresa Manuel de la Puente,[2] a través de esta norma se busca sancionar a quien negocia de mala fe. Se trata, señala el citado profesor, de un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, al que se le han dado precisiones y convertido en un precepto jurídico. Así, cita las palabras de Ripert quien, en su famosa obra La Regla Moral en las Obligaciones Civiles, dice que la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y por los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el Derecho positivo.

Debe recordarse que en la formación de los contratos de libre disposición (paritarios) se dan tres etapas: la primera es la negociación (llamada también tratativas, pour parler), que se lleva a cabo mediante informaciones, sondeos, conversaciones, ofertas y contraofertas que intercambian las personas con el fin de celebrar un contrato; la segunda es el perfeccionamiento (conclusión, celebración); y la tercera es la ejecución (cumplimiento) de las prestaciones asumidas por las partes. Cabe señalar que en los contratos por adhesión y en los concluidos mediante cláusulas generales de contratación no existe la etapa de la negociación.[3]

Ahora bien, según De la Puente,[4] la buena puede ser entendida en dos sentidos.

El primero de esos sentidos es el subjetivo; siendo buena fe creencia la intención o creencia con la que obran las personas. Algunos piensan que se trata de un estado psicológico, una creencia; mientras otros piensan que responde a una conducta no culposa.

Según De la Puente, la buena fe subjetiva presenta siete características distintas. La primera de ellas es que se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético. En segundo lugar, es una creencia razonada, pues el sujeto ha apreciado los elementos de juicio a su disposición. En tercer término, la apreciación del sujeto es fruto de diligencia. Por otro lado, en cuarto lugar se caracteriza porque no ha habido dolo o culpa. La quinta característica consiste en que la

creencia del sujeto puede recaer en su propia situación, así como en la persona con quien se relaciona. En sexto lugar, se caracteriza porque la creencia determina la conducta del sujeto. Y, finalmente, en séptimo lugar, la buena fe subjetiva se caracteriza porque el Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

De otra parte, el segundo sentido de la buena fe es el objetivo, y se entiende como la regla de conducta que orienta la actuación leal del sujeto, como podría ser el caso de la negociación de un contrato. Es la denominada buena fe lealtad.

Este sentido de buena fe también posee una serie de características. La primera de ellas es que se trata de un deber ético de conducta impuesto al sujeto. En segundo lugar, importa no perjudicar los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela jurídica de los intereses propios. Como tercera característica, tenemos que para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo. En cuarto lugar, la buena fe objetiva se caracteriza por el hecho de que quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva. En quinto lugar, consiste en comparar la conducta del sujeto con un estándar jurídico medio. Y, por último, señala De la Puente que el estándar debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

Debemos señalar que el Código Civil peruano y casi todos los Códigos Civiles tratan de manera unificada al caso de la buena fe subjetiva y el de la buena fe objetiva. Ello es así porque se requiere, a la vez, plasmar legislativamente dos ideas. La primera de ellas consiste en que quien cree razonablemente actuar conforme a Derecho, debe recibir protección de éste. La segunda idea consiste en que la conducta de los individuos debe ajustarse a determinadas reglas en el cumplimiento de sus deberes.

El carácter obligatorio e irrenunciable del artículo 1362 del Código Civil peruano es evidente. Sería inimaginable que esta norma fuese de carácter dispositivo, pues si así fuese, sería de rigor el pacto en contrario, con lo que el citado precepto no tendría sentido práctico alguno.

Cabe hacer la salvedad de que la común intención es lo mismo que la voluntad común a que hace referencia el artículo 1361 del Código Civil peruano. La común intención también está presente en las tratativas, pues tiene que haber habido un previo acuerdo para iniciarlas; una voluntad común que esté detrás de ese acuerdo de voluntades.

Para nosotros, en materia contractual, simplemente debe distinguirse entre si hay contrato o no lo hay.

Si lo hubiera, y dicho contrato se incumpliese, sin lugar a dudas, podríamos estar ante las consecuencias de la responsabilidad contractual; en tanto que si no hubiese contrato, estaríamos frente a la responsabilidad extracontractual.

Estimamos que de ninguna manera hay contrato cuando las partes deciden iniciar tratativas, pues precisamente con el inicio de dichas tratativas, ellas buscarán lograr la celebración de un contrato futuro, pero las tratativas no son un contrato en sí mismas.

Sería discutible el hecho de considerar que el inicio de tratativas constituya un acuerdo en sí mismo; sería algo así como decir que si dos partes empiezan a conversar sobre un tema, han acordado conversar sobre ese tema, y que por lo tanto, ese acuerdo, debería ser asimilable en consecuencias al contrato.

Sería evidente que todos estos actos encaminados a intentar celebrar un contrato, demuestran indudablemente una voluntad en las partes que puede ser calificada como común; también es indudable que las partes que han iniciado dichas tratativas se encuentran de acuerdo en la satisfacción de intereses contrapuestos a través de un eventual contrato que se celebre en el futuro.

Pero, lo que no podría sostenerse es que todo este mecanismo constituya propiamente algo asimilable a un contrato, cuando es precisamente el contrato lo que podría resultar como consecuencia del empleo del mecanismo antes mencionado.

El mecanismo de las tratativas precontractuales es simplemente eso, un medio que las partes utilizan para intentar contratar, medio que podría conducirlos al objetivo trazado o que podría hacer que se queden a medio camino.

Pensamos que la ruptura injustificada de las tratativas, dará lugar a responsabilidad civil extracontractual, no por apreciar el tema desde alguna perspectiva sofisticada, sino simplemente, porque quien hubiese roto dichas tratativas, habrá incumplido el deber genérico de no dañar a la otra parte, no por ser parte contractual, sino por ser una persona cualquiera con la que se encuentra tratando y no debe causarle daño alguno (supuesto base de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984).

Además, es evidente que habrá lugar a indemnizar los daños y perjuicios causados, ya que ellos habrían sido ocasionados de manera culposa, al tratarse de una ruptura injustificada de las tratativas precontractuales.

Nosotros entendemos la ruptura injustificada como aquélla cuya causa no guarda –en lo absoluto– relación con el curso normal de los acontecimientos y que quebranta o traiciona el deber de buena fe que debe existir en la negociación de todo contrato.

2. La responsabilidad precontractual y la buena fe [arriba] -

Se sabe que en la formación de todo contrato se distinguen tres etapas, todas ellas con elementos, caracteres y efectos propios.

«El contrato, como en general las instituciones jurídicas, tiene una dimensión temporal. En otras palabras, el fenómeno contractual se desarrolla temporalmente. Tiene, así, una etapa genética, un desarrollo —constituido por la ejecución de las obligaciones que genera—, y, finalmente, se extingue por el acaecimiento de alguna de las diversas causales contempladas por el ordenamiento jurídico.

En cualquiera de esas etapas pueden suscitarse cuestiones que den lugar a responsabilidad civil. Cuando ello ocurre dentro del contrato —esto es, encontrándose éste ya perfeccionado por la concurrencia de oferta y aceptación, y no habiendo sobrevenido aún alguna causal extintiva—, la infracción de cualquiera de las obligaciones que el negocio genera da lugar a lo que se ha denominado clásicamente responsabilidad contractual.

Cuando, por el contrario, la situación generadora de responsabilidad se produce antes de nacido el contrato, pero con motivo o en ocasión de las tratativas tendientes a concretarlo, entonces nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad precontractual. Se habla, por último, de responsabilidad postcontractual, cuando el daño se causa con posterioridad a la extinción de las obligaciones principales nacidas del contrato, si bien esta noción deberá ser objeto de ulterior clarificación».[5]

Así, puede apreciarse una primera etapa denominada precontractual, que corresponde a las negociaciones o tratativas. Luego, cuando las partes han llegado a un entendimiento sobre sus intereses, y los fines y efectos prácticos que pretenden alcanzar, viene la etapa contractual propiamente dicha, esto es la conclusión o formación del consentimiento. Finalmente, con el propósito de que el convenio sea eficaz, las prestaciones asumidas deben ejecutarse, correspondiendo dicho cumplimiento a la etapa postcontractual.

La negociación de un contrato es lo que se conoce en la doctrina francesa como *pour parler* (para hablar). En ella se lleva a cabo un «procedimiento a menudo complejo y de cierta duración, que plantea al Derecho una serie de problemas relativos a la relevancia de las varias fases y a la determinación del momento en que se celebra el contrato».[6]

Las tratativas «consisten en los diálogos, interrogantes, sondeos e informaciones que intercambian las partes, de una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato».[7]

En los contratos de importancia económica, o formales de cierta complejidad, es frecuente que antes de que se produzca el concurso entre la oferta y la aceptación, las partes entren en unos tratos preliminares cuyo contenido es muy diverso, puesto que abarcan desde las simples conversaciones personales, o por intermediarios o representantes, a la redacción de minutas o proyectos de acuerdo que se cruzan y que van perfilando el contrato tal y como lo querrían realizar. En sustancia, con los tratos preliminares las partes, sin intención de obligarse, se comunican una intención de contratar, que se va concretando sucesivamente hacia una voluntad de contratar, hacia una autorregulación obligatoria de sus intereses, y se prepara el acuerdo, aquello sobre el consentimiento de las mismas.[8]

Se ha aceptado, prácticamente por unanimidad, que en los tratos preliminares las partes no quedan obligadas, pues no se ha llegado aún al acuerdo, a la conjunción entre la oferta y la aceptación. Las partes, en este momento, gozan de la libertad para exponer sus ideas, el expresar cómo quieren vincularse y, asimismo, a la libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato.[9]

La profesora María del Carmen Gete-Alonso[10] subraya que en los tratos preliminares no nace una verdadera y real relación jurídica, pues no existe aún una atribución de derechos y deberes entre las partes, sino, más bien, una primera toma de contacto. No obstante, la finalidad que se persigue, esto es, concluir el contrato proyectado, comporta que aún sin existir relación jurídica, pueda exigirse a las partes el cumplimiento de las reglas o principios que rigen el ejercicio de los derechos patrimoniales.

La destacada profesora señala, además, que jurídicamente no es intrascendente tal relación social; de la puesta en contacto, entre los que serán los futuros contratantes, con la finalidad de concluir un contrato se derivan deberes jurídicos cuya infracción puede ser objeto de sanción. En particular, el deber de veracidad y el de buena fe, de acuerdo con los principios que rigen el ejercicio de los derechos, comportan deberes adicionales para las partes, consecuencia de los mismos. El deber de información mutuo acerca de las características y condiciones técnicas –no necesariamente jurídicas– que acompañan al contrato o el de advertencia respecto a los caracteres del objeto. De manera tal que, si se llega a celebrar el contrato, su infracción tendrá consecuencias en orden al mantenimiento del mismo.[11]

Consideramos relevante subrayar –siguiendo lo expresado por Díez-Picazo–[12] que la regla general es que la ruptura de una negociación no origina responsabilidad alguna.

Comenta el citado profesor español que las partes, por el hecho de haber tratado preliminarmente la formación de un contrato, en manera alguna están obligadas a su conclusión. No se puede alegar que las negociaciones crean una confianza que no puede ser defraudada bajo ninguna circunstancia, de forma tal que, si se rompen los tratos preliminares hay siempre que indemnizar a la parte que confiaba honestamente en la conclusión del acuerdo, los gastos que haya hecho con ese motivo, lo que llevaría a afirmar el principio general de responsabilidad por ruptura de los tratos.

Es evidente que en la inmensa mayoría de casos el hecho de entrar en negociaciones genera una lógica confianza, pero si se estableciese un régimen general de responsabilidad, se impondría a las partes tal cautela y circunspección que se obstaculizaría enérgicamente la vida del tráfico.[13]

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos negar que existen conductas precontractuales que sí son reprochables en tanto suponen una utilización disfuncional de la autonomía privada que genera daño a la otra parte.

Ese ejercicio irracional de la autonomía privada se encuentra vinculado a la idea de buena fe.

Resulta evidente, por lo demás, que las partes, en esta etapa de negociación deben actuar de buena fe, constituyendo este último concepto, el correctivo, el parámetro que sirve de límite a la libertad de las partes.

Díez-Picazo[14] hace notar que al utilizarse un concepto indeterminado, no fijado apriorísticamente como es el de la buena fe, el juzgador habrá de valorar las circunstancias y la conducta de las partes para determinar si ha existido o no buena fe, es decir, si se acomodan sus comportamientos a los patrones éticos imperantes en la comunidad para estos casos. Asevera, además, que la buena fe en los tratos o negociaciones que conducen a la formulación del contrato, ciertamente obligan a una conducta seria y leal de las partes.

Así, la simple circunstancia de entrar en tratativas, con miras a la celebración de un contrato, constituye una situación que se halla bajo el amparo del Derecho, lo que determina, indudablemente, que se originen consecuencias jurídicas. Si bien es cierto que los sujetos mantienen, en todo momento, la facultad de separarse de dichas negociaciones, cualquiera que fuese el estado en el que ellas se encuentren, la ruptura no puede ser inopinada. Vale decir que ninguna de las eventuales futuras «partes» puede interrumpir, irresponsablemente, el curso normal de las tratativas, impidiendo la celebración del contrato o fomentando el desacuerdo total.

La conducta irresponsable en las tratativas contractuales puede consistir en despertar en la otra parte la confianza de que el contrato efectivamente se celebrará, cuando esto no será así; o en haber despertado la confianza en la inminente conclusión y en vista de ello la parte contraria incurre en gastos; o si la otra parte ha sido inducida a renunciar a la celebración de otro negocio que le era favorable o a concluir el que le es perjudicial o a celebrar uno con contenido distinto del que hubiera procedido a concluir.

Al respecto, Hedemann[15] apunta que en los momentos que preceden al contrato, las personas que adoptan posiciones contrapuestas han de tomar en consideración la observancia de un respeto recíproco; han de hacer todo lo posible para evitar que la otra parte sea inducida a un lance erróneo, de antemano conocido por uno de los contratantes; han de manifestar lo que para el otro contratante pudiera ser una trampa.

Así, cuando estas tratativas o negociaciones se rompen injustificada y arbitrariamente, o se omiten las diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento de un contrato (en vías de formación), frustrando en la otra parte la legítima expectativa de su culminación, se incurre en responsabilidad, debiendo indemnizarse los daños consiguientes.

Es ésta la denominada responsabilidad precontractual.

La elaboración de la teoría de la responsabilidad precontractual no es de larga data. Su inicio se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando el fenómeno de la contratación masiva no había surgido y toda la teoría general del contrato estaba construida sobre la base de la contratación paritaria.

Previa a la elaboración de la responsabilidad precontractual propiamente dicha, Rudolf von Ihering acuñó el concepto de la culpa in contrahendo, consistente en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo.

Para Walter Frisch Philipp,[16] la culpa in contrahendo consiste en la falta de aplicación del grado necesario de diligencia y orientación de un sujeto para con otro, ocurrida en las conversaciones y gestiones realizadas por ambas partes como conducta preparatoria para la constitución de un vínculo contractual entre ellas. Por ejemplo, una sociedad mercantil no informa a la otra desde el principio acerca del impedimento resultante de la prohibición de actos ultra vires, opuestos a la contratación proyectada, o una sociedad prevista como vendedora e instaladora profesional de una planta industrial de un presunto cliente, no orienta a éste sobre el principio de imposibilidad de contratación del negocio previsto por ambas partes, sea que tal imposibilidad tenga su fundamento en razones jurídicas – imposibilidad de obtener de la autoridad administrativa el permiso necesario para el establecimiento de la planta en la zona respectiva– o técnicas –inexistencia insuperable de la energía eléctrica necesaria para el funcionamiento de la mencionada planta–. En tales situaciones, la parte culpable responderá de los daños y perjuicios que la otra parte haya sufrido por la confianza depositada en la conducta de la parte culpable; por ejemplo, inversiones efectuadas para las conversaciones precontractuales o para la preparación de la realización del negocio proyectado, tal como la compra de un terreno destinado al establecimiento de la referida planta.

Llegar a establecer la esencia jurídica de esta responsabilidad constituyó, en cierto momento, un punto erizado de dificultades en la doctrina.

Como hemos señalado, fue Ihering quien inicialmente abordó el tema de la responsabilidad derivada del rompimiento injustificado de las tratativas con su culpa in contrahendo.[17]

Según Ihering, el periodo previo a la formación del nexo contractual comienza con la oferta. A su juicio, la oferta es el primer paso hacia el contrato, luego, los deberes de diligencia in contrahendo nacen con ella.

El fundamento de esta responsabilidad, según Ihering, es contractual, aunque se origina en el periodo previo a la formación del contrato: «se ha violado el deber de diligencia que tanto debe observarse en la ejecución del contrato como en el periodo previo a su formación».[18]

Ihering entiende que la culpa in contrahendo deriva de la infracción de un pacto tácito entre los «negociadores» de actuar correcta y diligentemente, de modo similar al acuerdo que origina el contrato una vez concluido. Se extienden, por este artificio o ficción, las obligaciones contractuales de diligencia a lo que es la etapa in contrahendo, camino al contrato, asimilando a ese respecto ambos momentos.

Según expone Mosset Iturraspe,[19] Ihering plantea el caso de una persona que solicita el envío de cien libras de una determinada mercadería, pero confunde el signo libra con el de quintal y recibe una cantidad muy superior a la pedida. El contrato es nulo por adolecer de error esencial, si se comprueba la existencia de este vicio de la voluntad; pero, Ihering se pregunta, ¿quién responde por los fletes, embalajes y demás gastos de expedición?

Y aquí comprueba que la doctrina tradicional deja sin respuesta esta interrogante, pues la responsabilidad contractual era descartada en virtud de ser nulo el contrato, y la extracontractual, fundada en el Derecho romano, en la *actio dolus* y la *actio legis aquiliae*, debía igualmente descartarse por no reunir los requisitos indispensables para el ejercicio de esas acciones: el elemento intencional, en la primera, y el daño visible, material, causado a objetos exteriores, cosas o personas, en la segunda. Para tratar de superar la situación de injusticia, Ihering realiza una prolija búsqueda con base en el análisis de otros casos similares y encuentra así que: a) la culpa de una de las partes, causante del daño, se ha cometido en el periodo previo a la formación del contrato; b) la acción se produce mientras se contraría el contrato, in contrahendo. El no perfeccionamiento del consentimiento o la declaración de nulidad no invalidan todos los efectos emergentes del acuerdo tácito celebrado por las partes.

La teoría de Ihering se mantuvo vigente, sin debate, hasta la aparición de la tesis de Gabriel Faggella, quien en su trabajo titulado «De los períodos contractuales y de su verdadera y exacta construcción científica», afirma que la responsabilidad —en este caso— resulta de un periodo anterior al de la oferta, abarcando las tratativas previas propiamente dichas. Así, según Faggella, la responsabilidad se funda en la violación de un acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes, aunque no hubiere mediado dolo.

Exponen Cazeaux y Trigo Represas,[20] que para su mejor estudio, Faggella divide el periodo previo a la formación del vínculo contractual en dos etapas:

(a) Una primera que abarca las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta. En esta etapa, también se distinguen dos momentos diferentes: el de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas, compuesto generalmente de proposiciones y aceptaciones sucesivas, que no crean todavía vínculos contractuales, pero que apuntan a ese fin; y el que tiene por efecto concretar la oferta definitiva, en el que cada parte —enterada de las pretensiones de la otra—, se hace su composición de lugar, realiza un balance de su situación y entonces uno de ellos se encarga de redactar una proposición u oferta concreta.

(b) Una segunda que empieza con la emisión de la oferta y termina con la celebración del contrato o cesación definitiva de las negociaciones.

En esos períodos o etapas —señala Faggella—, se derivan consecuencias negativas y positivas: los resultados negativos son derivación del principio de la autonomía de la voluntad y se traducen, especialmente, en el derecho de revocación o retractación de las ofertas o contraofertas hechas, que las partes conservan a través de todo el periodo precontractual; los resultados positivos se refieren a la responsabilidad emergente de los hechos realizados por las partes en ese periodo precontractual, pues si bien es cierto que las partes pueden separarse en cualquier momento, fuere cual fuese el grado de adelanto logrado en las tratativas, su ruptura intempestiva puede generar responsabilidad. Y se considera que la ruptura es intempestiva, cuando una de las partes ha puesto fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, culminando en el perfeccionamiento del contrato o en su ruptura definitiva por falta de acuerdo.

Pero esta responsabilidad no se funda en la culpa u omisión de diligencias debidas —como lo sostenía Ihering—, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones, que constituye ya, de por sí, un hecho colocado bajo la protección del derecho y susceptible de adquirir relevancia jurídica: «De ahí que la ruptura de las tratativas contraria al consentimiento dado para su elaboración, tiene un carácter de ilegitimidad, y hace inútiles todos los gastos en que una parte haya incurrido para conducirlas al fin [...]. En todo caso existe una violación ilegítima de un acuerdo precontractual sobre la continuación de las negociaciones, al menos [...]», y esta violación «origina una responsabilidad que llamamos precontractual, como llamamos precontractual la culpa que la genera, cuando la violación tenga los caracteres de la culpa». Y dicha violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas, para que ello ocurra.

Hasta aquí las expresiones de Cazeux y Trigo Represas, en torno de la posición de Faggella.

Spota,[21] por el contrario, afirma que más bien se trata de una responsabilidad sui generis que no se confunde con la contractual ni la extracontractual. Esta responsabilidad, según Spota, deriva de la conducta antifuncional, abusiva, en el ejercicio de la prerrogativa jurídica de no contratar.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia francesa señalan que se está ante la presencia de una hipótesis de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Al respecto, Mazeaud y Tunc[22] exponen que la obligación de indemnizar, por lo pronto, no proviene de alguna relación obligacional preexistente, y por ello no es una responsabilidad contractual. Tampoco, sostienen, es una responsabilidad ex lege, porque no ha sido impuesta por virtud sólo de la ley como una obligación de garantía de uno de los negociadores a favor del otro. No queda, pues, otra categoría para encasillarla sino la responsabilidad extracontractual.

A esta consideración esquemática —la misma que nos parece acertada—, se agrega otra que emana de la conducta revelada por la culpa in contrahendo o precontractual, que muestra

«la concurrencia en ellas de todos los presupuestos de la responsabilidad extracontractual»:[23]

- Un hecho reprobado por la ley, en cuanto ésta veda todo acto culpable dañoso.
- Un daño sufrido por alguien que busca su reparación.
- Una relación de causalidad material entre el hecho y el daño.
- Una relación de causalidad moral entre el agente y el hecho obrado o imputabilidad de primer grado (voluntariedad de obrar) y de segundo grado (culpa en el obrar).

De esta manera, en torno a la problemática que surge a raíz de la ruptura de los tratos preliminares, cabe destacar que la doctrina alemana fue la que elaboró la tesis de la denominada culpa in contrahendo. De acuerdo a ella se entiende que se puede exigir responsabilidad a la parte que frustró la conclusión del contrato. Dicha doctrina fue acogida, en primer término, por el Código Civil alemán (BGB), para luego ser aceptada por Códigos más modernos, como el italiano de 1942 y el portugués de 1966.

Asimismo, consideramos conveniente comentar que el Código Civil español no regula de manera expresa el supuesto de la responsabilidad civil precontractual, separada e independiente de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, ya que no conoce una categoría intermedia entre ambas, lo que, a decir de Gete-Alonso,[24] plantea problemas de delimitación.

Comenta María del Carmen Gete-Alonso[25] que, pese a la escasa regulación y el silencio legal, es común la opinión que entiende que existe obligación de indemnizar a aquel contratante que vio frustrada, injustificadamente, la celebración del contrato en cuanto exista un daño que deba repararse y que no tiene por qué soportar aquel que confió en la celebración del contrato.

Señala, también, que a la vez se suele hablar de culpa in contrahendo para designar a aquélla que concurre cuando, de manera injustificada, se produce unilateralmente la ruptura de unos tratos preliminares.

Por otra parte, consideramos de interés comentar la evolución que ha tenido este tema en el Derecho italiano que, como hemos indicado en más de una oportunidad, es un sistema jurídico que ha tenido gran influencia en la legislación peruana en materia contractual.

En ese orden de ideas, debemos señalar que el punto de partida de la doctrina italiana es la tesis de origen alemán —esbozada anteriormente— que postula la naturaleza contractual de esta responsabilidad.

Los defensores de dicha tesis señalan que la responsabilidad in contrahendo no se deduce del deber genérico de *neminem laedere*, sino del incumplimiento de una obligación de diligencia que emana de la relación precontractual.[26]

Asimismo, Monateri[27] recalca que autores más antiguos defienden también el carácter contractual de esta responsabilidad, pero con el argumento de que el deber de buena fe que deben observar las partes se extiende a las tratativas. A partir de esta premisa, afirman, se constataría, por ende, una identidad entre los deberes precontractuales de lealtad y los deberes contractuales: los primeros derivan de los segundos.

Este argumento es posteriormente reafirmado por autores que destacan que los deberes impuestos por la buena fe en las tratativas tienen una finalidad positiva, a diferencia de los deberes que son impuestos por la responsabilidad extracontractual, los cuales se encuentran dotados de contenido negativo.

En opinión más reciente, quienes optan por la naturaleza contractual de la responsabilidad derivada de la ruptura de los tratos preliminares, fundan su razonamiento afirmando que la responsabilidad contractual se sustenta en el incumplimiento de una obligación, con prescindencia de la fuente, contractual o no, de la cual haya surgido tal obligación.

Por otro lado, hay autores que luego de estudiar estos argumentos se inclinan por considerar que la culpa in contrahendo tiene naturaleza extracontractual.

Dentro de este razonamiento, algunos juristas han sostenido que las conductas que se derivan del deber de buena fe en las negociaciones constituirían especificaciones del principio *neminem laedere*.

Otros, en cambio, señalan que el interés protegido en esos supuestos es la libertad negocial, cuya tutela se concede de conformidad con el precepto general del respeto de los derechos de los demás. La fuente de responsabilidad sería, por consiguiente, un hecho que constituye un acto ilícito extracontractual, en atención a que lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes, en el desarrollo de las tratativas[28].

No dejan de llamar la atención los motivos de índole socioeconómico que conforman la base de esta solución: un mercado caracterizado por la creciente circulación de informaciones tiene que contar con reglas de protección de la confianza que comprometan a la generalidad de los sujetos que operan en dicho escenario. Desde este punto de vista, la lealtad y la buena fe deben ser considerados deberes que pesan sobre todos los sujetos.

Además de las tesis delineadas, debemos agregar que existe un planteamiento bastante original que puede calificarse como ecléctico en la medida de que apunta a considerar que

el deber de buena fe constituye el fundamento de una responsabilidad que, a veces, tiene carácter contractual y otras extracontractual.

De acuerdo a esta posición, la responsabilidad será contractual en los casos de ruptura injustificada de los tratos preliminares y de omisión en la comunicación de una causa de invalidez del contrato. En cambio, la responsabilidad será extracontractual, en los supuestos en que se destruya la cosa objeto de las tratativas en el período que transcurre entre la oferta y la aceptación.

En lo que respecta a la jurisprudencia italiana, aquélla afirma que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual. Para solventar dicha posición se argumenta que la responsabilidad precontractual no se encuentra relacionada con la infracción de deberes negociales, toda vez que constata que dicha responsabilidad surge antes de que el contrato llegue a existir.

Sobre el particular, Renato Scognamiglio[29] ha expresado:

«En cuanto a la entidad y la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación de los citados deberes (los deberes de conducta impuestos por la buena fe), no pudiendo sostenerse que haya un incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, se considera, según una opinión de sobra aceptable, y a la cual adherimos, que la responsabilidad refleja en esos casos únicamente el llamado interés negativo, o sea las consecuencias dañinas (gastos, pérdida de otros negocios, etc.) de la falta de celebración del acuerdo. Asumida esta posición, el tema de la naturaleza contractual o aquiliana de la responsabilidad en las negociaciones preliminares queda relegado a un plano fundamentalmente teórico. En la duda, creemos que debe propenderse por la responsabilidad aquiliana, considerando que en tales hipótesis se responde por la transgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se pueden equiparar a obligaciones en sentido propio».

Para complementar lo expuesto consideramos apropiado citar a Monateri,[30] quien destaca la inadmisibilidad del concurso entre responsabilidad contractual y precontractual, valiéndose para tal fin de lo manifestado por la Corte de Casación que ha sostenido que cuando media un contrato válidamente celebrado «sólo es relevante, para efectos de la responsabilidad por daños, el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato»; deja de ser posible, entonces, la configuración de una responsabilidad precontractual, pues esta última tiene su origen en una fuente distinta, y no es dado considerarla, en ningún caso, como un precedente necesario, en sentido lógico, de la responsabilidad contractual.

Dentro de esta línea de pensamiento, la profesora española María del Carmen Gete-Alonso[31] señala que para que se configure la responsabilidad precontractual y con ello nazca la obligación de indemnizar, se requiere:

- Que exista una situación real de negociación.

- Que de los tratos se haya generado una situación de confianza de la que se puede esperar, razonablemente, la adopción de una determinada conducta en la otra parte tendente a la celebración del contrato. Habrá, naturalmente, en cada caso concreto, de valorarse de acuerdo a los usos del tráfico, según el tipo de contrato y el principio de la buena fe contractual.

- Que la ruptura haya sido injustificada, esto es, contraria a la situación esperada conforme a la confianza que se generó y a los usos de los negocios que concurran. La falta de justificación, con todo, es objetiva puesto que no se requiere, aunque no se descarta, la prueba de la existencia de intención de producir un daño.

- Que el daño se haya producido.

- Que exista una relación de causalidad entre la frustración de la confianza y el daño producido.

Por su parte, Monateri[32] sostiene que dada la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, el demandante debe probar el elemento subjetivo que se requiere como componente necesario del hecho ilícito. Empero, asevera, además, siguiendo el pronunciamiento de la Corte de Casación, que dicho elemento se encuentra implícito en la infracción del deber de comportarse con arreglo a la buena fe.

De esta manera, el citado jurista manifiesta que una vez establecida la objetiva oposición entre el comportamiento del agente y el deber de lealtad que se impone por la buena fe que se deben las partes al momento de negociar, la determinación de la responsabilidad precontractual no requiere la verificación de un comportamiento particular y objetivo de mala fe. Manifiesta, asimismo, que para que exista el elemento psicológico que se exige, tampoco es necesaria la prueba de la intención de ocasionar perjuicio al otro contratante. Este autor concluye subrayando que en la infracción del deber de buena fe estamos, por consiguiente, ante la presencia de una culpa in re ipsa.

Ahora bien, tras lo expuesto podemos afirmar que hasta el momento en que se celebre el contrato existirá la posibilidad de que se genere responsabilidad precontractual.

No obstante, ante dicha afirmación cabe preguntarnos, ¿cuál es el punto de inicio de esta posibilidad?

Cabe destacar sobre el particular que el Código Civil argentino del año 2014, legisla expresamente acerca de las tratativas contractuales, y establece en su artículo 991 que «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.».

A su turno, el Código Civil italiano prevé una hipótesis específica de culpa precontractual en su artículo 1338, en el que se establece que aquella de las partes que conociendo o debiendo conocer la causa de la invalidez del contrato, no haya dado noticia de ella al otro contratante, está obligada a resarcir el daño que haya sufrido éste, que sin incurrir en culpa confió en la validez del acto. En tal caso se trata de una trasgresión del deber de buena fe que el legislador italiano quiso destacar dentro de la hipótesis general del artículo 1337, obviando cualquier discusión.[33]

La jurisprudencia italiana ha llegado a una solución similar al caso en que una de las partes haya dado causa a la invalidez, aunque, claro, siempre a condición de que la otra parte haya ignorado tal causa sin su culpa. A la inversa, no se admite de ninguna manera esa responsabilidad cuando la nulidad depende de la violación de una prohibición legal que ambas partes debían conocer.[34]

3. Nuestra posición en torno al fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual [arriba] -

Resulta claro que cuando las conversaciones o negociaciones encaminadas a la futura celebración de un contrato se encuentran avanzadas y una de las partes ha hecho concebir a la otra legítimas esperanzas, habiendo ésta realizado gastos o trabajos, confiada en la seriedad de aquélla, la ruptura intempestiva de las tratativas constituye un abuso del derecho y, por consiguiente, puede originar una pretensión de daños y perjuicios.

Siendo esos los efectos de la ruptura injustificada de las tratativas, conviene ahora determinar si dicha reparación debe ser integral o sólo cubrir el daño emergente ocasionado.

Un sector de la doctrina considera que el resarcimiento involucra sólo el interés negativo que ha resultado dañado. Éste está conformado por los «daños a la confianza», así como por los gastos y desembolsos realizados teniendo en cuenta la ejecución del contrato por celebrarse.

Dentro de esta corriente se encuentran la doctrina y la jurisprudencia italiana que, a partir de la naturaleza extracontractual de la culpa, infieren la composición de los daños resarcibles, los cuales corresponden al interés negativo y no deben comprender el perjuicio sufrido por la frustrada celebración del contrato; ello, a pesar de que la doctrina tiende a reducir el límite de la resarcibilidad del daño que deriva de la exclusiva consideración del interés negativo.[35]

En materia de responsabilidad precontractual, el concepto del interés negativo es empleado en contraposición al interés positivo, es decir, al interés del cumplimiento, para indicar el interés en que las tratativas infructuosas ni siquiera se hayan iniciado o no hayan sido

continuadas. El resarcimiento del interés positivo es descartado puesto que, de otra manera, se eliminaría la libertad de apartarse de las tratativas, que es invariablemente reconocida por el ordenamiento jurídico, al ser expresión de la autonomía privada.[36]

El interés negativo, esencialmente, garantiza al damnificado el derecho a ser colocado en la misma condición en la que se encontraría si no hubiese contratado, o negociado para ser más exactos, con el dañador.

Por su parte, la doctrina española sostiene que «El contenido de la obligación de indemnizar se ciñe a los daños producidos por la ruptura de los tratos; alcanza a los gastos que se hicieron en vistas a la celebración de un contrato determinado, siempre que sean específicos; no se extiende así a los que igualmente se hubieran tenido por el solo hecho de iniciar una negociación. No comprende, en general, la ganancia dejada de obtener (el lucro cesante)». [37]

Para otros, la reparación del interés negativo no sólo debe involucrar el daño emergente, sino también el lucro cesante. Así, la indemnización debe ser integral.

Por otro lado, para la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada responsabilidad precontractual, debemos tener en cuenta el esquema o sistema planteado por el Código Civil peruano respecto a la responsabilidad en general. De este modo podremos dar respuesta a las interrogantes que surgen, como por ejemplo si toda responsabilidad que no es propiamente contractual es necesariamente extracontractual, o si existe o no superposición de normas o sistemas en nuestro cuerpo sustantivo.

Creemos que ello dependerá del concepto o naturaleza jurídica que se atribuya a las tratativas cuando se rompen injustificadamente.

Sabido es que existe una responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones nacidas de los actos a que se refieren las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Libro VII del Código Civil peruano de 1984, la misma que se encuentra sometida a las disposiciones del Título IX del Libro VI (Inejecución de Obligaciones). Asimismo, el Código Civil plantea la existencia de otra responsabilidad derivada de la ejecución de actos ilícitos, a que se refiere la Sección Sexta del Libro VII, sometida a las reglas allí previstas.

Ahora bien, ¿en cuál de esas dos clases de responsabilidad debemos o podemos ubicar a la derivada de una ruptura injustificada de las tratativas negociales?

Somos de la opinión de que el deber exigido por el artículo 1362 del Código Civil, en el sentido de que la negociación de un contrato debe regirse según el principio de la buena fe y la común intención de las partes, significa que en dicha fase aquéllas deben orientarse según los deberes de corrección, información, colaboración, claridad y secreto, sin quebrantar injustificada o abruptamente las tratativas. Resulta claro, además, que dichos deberes no emanan directamente de alguna de las fuentes de las obligaciones incorporadas en el Libro

VII del Código Civil. En ese sentido, como afirma cierto sector de la doctrina, no se les puede considerar técnicamente como «obligaciones», pero el incumplimiento de dichos deberes sí genera responsabilidad y sanción civil.

Ahora bien, asumir que la ruptura injustificada de las tratativas acarrea una responsabilidad proveniente de la violación de un deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato, y que, por consiguiente, dicha responsabilidad tiene naturaleza contractual, sería regresar a las ficciones planteadas por Ihering con su culpa in contrahendo.

Creemos que las tratativas no dan lugar a un contrato tácito. La ruptura de las negociaciones no significa la ruptura de un vínculo preexistente, pues lo único que existe son diálogos o interrogantes que intercambian las partes, y no un contrato que sólo existirá cuando coincidan las voluntades y así se expresen éstas, pues como se sabe, no existe contrato sin haberse formado el consentimiento.

Dentro de tal orden de ideas, la ruptura injustificada o abrupta de las tratativas, causando daño a la «contraparte», importa la violación no sólo del deber genérico de «no dañar» (*alterum non laedere*), sino también la violación de otro específico: la buena fe en las negociaciones y la trasgresión de dichos deberes origina la obligación de resarcir el daño causado. Existe entonces la exigencia de reparar, no porque tales deberes emanen de un contrato o de la voluntad unilateral, sino porque la ley establece que quien dolosa o culposamente cause un daño a otro, tiene que indemnizarlo. En suma, la responsabilidad precontractual se rige, en opinión nuestra, por las normas propias de la responsabilidad extracontractual.

4. La responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato preparatorio [arriba] -

A propósito de la responsabilidad precontractual, resulta interesante abordar el tema referente a la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso o culposo de un precontrato. La similitud fonética entre ambas «situaciones» podría llevarnos a pensar que los dos supuestos acarrearán los mismos efectos y que se les aplica las mismas normas —aquéllas de la responsabilidad precontractual—, si de ellos deriva un acto antijurídico indemnizatorio. Sin embargo, ello no es así.

Hemos dicho que la responsabilidad precontractual corresponde a la etapa de las negociaciones o tratativas que precede a la conclusión y perfeccionamiento de un contrato. La responsabilidad derivada de un precontrato o contrato preparatorio, por el contrario, corresponde a la etapa contractual propiamente dicha, en la que se forma el consentimiento; involucra, pues, un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro un nuevo contrato (definitivo o principal), y para lo cual se requiere de un nuevo acuerdo de voluntades.

Queda claro, entonces, que en ningún caso la etapa comercial o de las tratativas, lleva a suponer la existencia de un contrato tácito, pues sólo existe intercambio de diálogos entre

las eventuales partes. Ahora bien, el denominado precontrato o contrato preparatorio, tiene entre sus caracteres el de ser autónomo, perfecto y obligacional; en la medida de que genera una obligación (con prestación de hacer) derivada del acuerdo de voluntades entre las partes, es pues un contrato y no un iter negocial de formación progresiva o sucesiva. Si bien fija previamente el contenido del futuro contrato definitivo, es diferente de éste, manteniendo su identidad.

Se ha establecido que la responsabilidad precontractual deriva de la violación del deber genérico de «no dañar» y de la contravención al principio de la buena fe en las negociaciones, al romperse –injusta y abruptamente– las tratativas. En cambio, la responsabilidad en los precontratos, deriva de la injustificada negativa de la parte obligada a celebrar el contrato futuro y definitivo, es decir de la inexcusable oposición a cumplir con la obligación asumida.

En la responsabilidad precontractual, el daño (resarcible) resulta del actuar doloso o culposo de las eventuales futuras partes, interrumpiendo irresponsablemente el curso normal de las negociaciones, fomentando el desacuerdo total. Para determinar la responsabilidad en los contratos preparatorios, debe apreciarse y evaluarse cada una de las circunstancias (latentes y manifiestas) que determinen que, pese a los términos del contrato, el obligado se encuentre realmente impedido –natural o legalmente– de celebrar el contrato definitivo; de no ser así, habría pues ausencia de argumento o motivo para cumplir con la prestación debida: celebrar dentro del plazo determinado o determinable un contrato definitivo[38] (según versión actual de los arts. 1416 y 1423 del Código Civil peruano[39]).

A dicho actuar doloso o culposo dentro de la etapa negocial o de las tratativas que genera la exigencia de indemnizar, le resultan aplicables las normas propias de responsabilidad extracontractual, mientras que a la responsabilidad derivada del actuar doloso o culposo de un precontrato, son aplicables las normas de inejecución de obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código Civil peruano de 1984; como se sabe, dicho incumplimiento tiene como fuente generadora de obligaciones a un contrato.

Según el art. 1418 del Código Civil, la injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo, otorga a la otra parte los siguientes derechos alternativos: (1) exigir judicialmente la celebración del contrato; o, (2) solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En torno de la primera alternativa otorgada a la parte perjudicada por la injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo, la doctrina se ha planteado las siguientes interrogantes: ¿cómo es posible exigir judicialmente la celebración de un contrato si éste es el acuerdo de declaraciones de voluntad?, ¿no se estaría obligando a celebrar un contrato y, en ese sentido, atentando contra la libertad de contratación?

Al respecto, se ha sostenido que la mejor manera de recorrer ese camino para solucionar dicha disyuntiva es conociendo los reparos y remedios similares adoptados por otras legislaciones.

La ley mexicana, por ejemplo (artículo 2102 de su cuerpo sustantivo), precisa que si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato definitivo, en su rebeldía los firmará el juez.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942, establece en su artículo 2932 lo siguiente: «Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. - Si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si la parte que la ha propuesto no cumple su prestación o no hace el ofrecimiento de ello en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible».

Para Messineo,[40] la demanda de la contraparte perjudicada por la injustificada negativa del obligado a la conclusión del contrato, daba lugar a una sentencia especial que ocupa el lugar y produce los efectos mismos del contrato definitivo no concluido (la llamada sentencia constitutiva), en cuya parte resolutoria se concreta la llamada ejecución en forma específica.

Sin embargo, la doctrina procesal italiana[41] planteó una triple interpretación del referido artículo 2932, según la cual: (a) la fuente de las obligaciones de los contratantes no es el contrato definitivo, sino el preliminar, y ello explica la exigencia de la forma solemne, también para el preliminar, cuando ella deba ser observada por el contrato definitivo; (b) la razón de ser del contrato definitivo reside en la mera documentación sucesiva (o reproducción) del negocio constituido por el contrato preliminar; por lo cual el definitivo estaría privado de un contenido negocial, que está ya en el preliminar; (c) la sentencia a la que se hace referencia en el artículo 2932 tendría la función de resolver la obligación nacida del preliminar, el cual, en hipótesis, habría quedado incumplido, por no haberse celebrado el contrato definitivo. En otras palabras, se otorgaría a dicha sentencia el papel de anular la condición de eficacia del preliminar, que consiste en la documentación sucesiva.

Compartiendo el criterio de una parte representativa de la doctrina peruana,[42] creemos —contrariamente a las posiciones antes citadas— que, en primer término, hay que tener en cuenta cuál es el objeto de un contrato preparatorio (en este caso un compromiso de contratar): la obligación de una de las partes (o de ambas si se obligan recíprocamente) a celebrar en el futuro otro contrato que actualmente no quieren o no pueden celebrar, cuyos elementos (por lo menos los esenciales) se especifican.[43] En ese sentido, el obligado a celebrar el contrato definitivo, debe acceder o aceptar el llamado que le formule la contraparte (siempre que dicha declaración de voluntad responda a la naturaleza del contrato definitivo previsto en el contrato preparatorio), de donde la exigencia judicial a la celebración del contrato definitivo (en caso de injustificada negativa), mediante la sentencia, dando por aceptada la oferta, implica no sólo una aceptación en rebeldía del obligado o destinatario, sino también un claro mecanismo para hacer cumplir la prestación asumida.

Así, el juez, resguardando los intereses de la parte perjudicada (el demandante), asume la representación del obligado recalcitrante en su posición de moroso, exigiéndole (en caso de no mediar justificación en su negativa) honrar su obligación.

Cabe recalcar que dicha facultad de solicitar judicialmente la celebración del contrato debe hacerse mientras el vínculo contractual esté vigente. Si se hace uso de la acción antes del vencimiento del plazo, no habría todavía exigibilidad, porque válidamente se puede alegar que aún queda plazo por vencer. Cuando el vínculo ya no esté vigente, no puede existir acción posible que pretenda obligar a su cumplimiento forzoso.

En lo que respecta a la segunda alternativa concedida a la parte perjudicada, de solicitar que se deje sin efecto el contrato, existen dentro de la doctrina nacional dos interpretaciones que resulta interesante destacar.

Según una primera apreciación, la alternativa del inciso 2 del artículo 1418 de nuestro Código Civil es bastante desafortunada, porque se refiere a solicitar que se deje sin efecto un contrato que ya feneció por vencimiento del plazo. En palabras de Luis Romero Zavala,[44] «¿Cómo solicitar se deje sin efecto un vínculo que se extinguió? Verdaderamente no tiene sentido, porque sin pedirlo nadie el vínculo desapareció».

Sin embargo, en opinión que compartimos, dicha alternativa tiene más bien otro alcance y contenido, que incluso se complementa con otras normas. Se presenta, en realidad, la figura de la resolución por incumplimiento.

Al respecto, habría que considerar si el contrato preparatorio (compromiso de contratar) es uno con prestaciones recíprocas o con prestación unilateral. Para el primer supuesto, se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil. «En consecuencia, a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, el obligado por el compromiso de contratar no podrá aceptar la oferta que le hubiera formulado la contraparte. Sin embargo, esta contraparte, renunciando a ese efecto, puede requerir al obligado mediante carta vía notarial para que satisfaga su prestación, o sea para que acepte la oferta, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto de pleno derecho».[45] Tratándose de un contrato preparatorio (compromiso de contratar) con prestación unilateral, simplemente regirán las disposiciones contenidas en los artículos 1371 y 1372 del Código Civil, pudiendo el obligado, pese a habersele citado con la demanda de resolución, aceptar la celebración del contrato definitivo, poniendo fin al proceso y minimizando la indemnización por daños y perjuicios.[46]

Con relación al defecto de forma en la celebración de los precontratos, se ha sostenido[47] que, en determinados supuestos, se puede obtener un resarcimiento cuando el contrato es nulo por falta de forma impuesta legalmente, amparándose en la denominada culpa in contrahendo o responsabilidad pre-contractual.

Al respecto, habría que formular las siguientes precisiones:

(a) Hemos señalado hasta cinco supuestos generadores de responsabilidad precontractual, dentro de los cuales estaría la celebración de un contrato sin la forma ad solemnitatem requerida. Según ha sido visto, dicho postulado parte de una celebración con formalidad distinta de la ad solemnitatem requerida por la ley, como también cuando una de las partes rehúsa celebrar el contrato o desiste de celebrarlo según la forma convenida o estipulada legalmente. En ese caso, el acto no sólo sería nulo en virtud de lo previsto en el inciso 6 del numeral 219 del Código Civil, sino que cabría la posibilidad de que se tuviera que responder por daños (si éstos se irrogan) a la confianza, ya que se ven frustradas las expectativas de la otra parte.

(b) Dentro de ese orden de ideas, si se contraviene lo previsto en el numeral 1425[48] del Código Civil, se estaría trasgrediendo una norma de carácter imperativo, que sanciona al acto con nulidad. En ese sentido, hay quienes sostienen[49] que si el contrato preparatorio es nulo por defecto de forma, no podrá ejecutarse una sentencia constitutiva por la vía de ejecución específica, ni tampoco habrá posibilidad de obtener una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o el pago de la cláusula penal, si ésta hubiese sido estipulada para el caso de incumplimiento.

(c) Resulta claro que al contravenirse lo estipulado en el numeral 1425, no habría contrato preparatorio, sino más bien una negociación frustrada al presentarse ese supuesto que, según ha sido visto, de irrogar daños a cualquiera de las partes, determina una obligación de indemnizar según las normas de responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, en palabras de Manuel de la Puente, la medida del daño responde al incumplimiento del acuerdo de voluntades para iniciar las tratativas.

A decir del citado profesor, existe un interés contractual positivo, que es aquél que tiene el contratante en el cumplimiento del contrato, a la par que un interés contractual negativo, que es el que tienen los tratantes en no ser lesionados por la realización de las tratativas.

Dentro de tal orden de ideas, De la Puente sostiene que el daño debe cubrir los gastos conducentes a la celebración del contrato, los perjuicios derivados de perder o rehusar ofertas (si se ha procedido con dolo o culpa inexcusable), es decir el daño emergente y el lucro cesante.

De otro lado, ¿qué ocurriría si es que, a pesar de no haberse actuado con buena fe en las tratativas precontractuales, se termina celebrando el contrato?

En este sentido, sostiene que existen dos tesis.

Una primera que indica que la responsabilidad contractual absorbe a la precontractual y que, por lo tanto, no habría indemnización; y una segunda tesis que sostiene que sí cabe indemnización, si es que se hubiese causado algún daño o perjuicio. De la Puente se encuentra de acuerdo con esta segunda posición, pues considera que las tratativas y el contrato necesitan dos acuerdos de voluntades diferentes. Coincidimos con él.

Pero el art. 1362 no regula únicamente el tema de las negociaciones, sino que abarca también la etapa de la celebración y de la ejecución del contrato.

En tal sentido, resultará relevante delimitar cuál es el campo de la celebración propiamente dicha.

En general, se suele postular que esta etapa cobra inicio con el término de los tratos preliminares, y concluye cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación del destinatario.

Dentro de tal orden de ideas, De la Puente sostiene que las tratativas terminan con la formulación de la oferta. Aquí comienza la celebración. Esto incluye a la retractación de la oferta, la contraoferta y la eventual retractación de la aceptación.

En torno a la clase de buena fe que debe existir al momento de la celebración del contrato, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1362 del Código Civil peruano, bajo comentario, pensamos que dicha buena fe es, fundamentalmente, de carácter subjetivo, pues se basa en la creencia –por parte del destinatario– de que la oferta responde a la voluntad del oferente, y en la confianza depositada por éste, en el sentido de que la aceptación constituye una declaración de la verdadera voluntad.

En cuanto a los deberes de los contratantes, según De la Puente el matiz objetivo define tres deberes concretos. El primer deber es el de exactitud, en el sentido de que se debe procurar que coincida la voluntad con la declaración. El segundo deber de los contratantes es el de claridad, a fin de evitar equívocos. Y, en tercer lugar, tenemos el deber de investigación, consistente en cerciorarse con respecto a la identidad de la contraparte y de sus facultades (poderes).

En torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad que se deriva de la ausencia de buena fe en la frustración de la celebración del contrato, ella es la misma que en la etapa previa a la celebración del contrato.

De esta manera, se trata de supuestos de responsabilidad contractual que, como tal, deben regirse por las normas que regulan el tema de la inexecución de las obligaciones.

Consideramos importante resaltar que en lo que respecta a la responsabilidad precontractual propia de la etapa de las negociaciones, nosotros no compartimos la opinión del maestro De la Puente, en tanto consideramos –a diferencia suya– que tal responsabilidad tiene naturaleza extracontractual.

En tal sentido, y sobre la base de los mismos argumentos que ya hemos esgrimido, consideramos que en la celebración del contrato –que concluye con la aceptación o el rechazo de la oferta– la responsabilidad también es extracontractual.

Por otra parte, siempre es necesario reiterar que el texto del artículo 1362 del Código Civil también hace referencia a que debe existir buena fe en la ejecución de los contratos.

Creemos que lo que debe ejecutarse es la relación jurídica patrimonial nacida del contrato (es decir, el conjunto de obligaciones surgidas de dicho contrato). Pero el contrato puede estar pendiente de una condición o subordinado a un hecho que impida surta efectos. En estos supuestos las partes pueden asumir deberes (como sería el caso de abstenerse de cualquier acto perturbador, mientras dure la condición).

En torno a la clase de buena fe que debe encontrarse presente al momento de la ejecución del contrato, entiende De la Puente que ella es de carácter objetivo. Señala que es una buena fe lealtad, la misma que desarrolla su fuerza en una triple dirección.

Por un lado, se dirige al deudor con el mandato de cumplir su obligación.

En segundo término, se dirige al acreedor con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada en la otra parte.

Y, en tercer término, se dirige a todos los participantes de esa relación jurídica patrimonial, con el propósito de que se conduzcan, como corresponde en general, al sentido de esta especial vinculación, y a una conciencia honrada.

Por otro lado, en torno a los efectos de la buena fe, De la Puente se pregunta qué es lo que debe primar si es que hubiera conflicto entre la letra del contrato (siempre que sea lícita) y la buena fe contemplada por el artículo 1362.

En criterio que compartimos, De la Puente sostiene que en todo contrato hay pactos implícitos y pactos explícitos.

Pensamos con el citado profesor que la buena fe en la ejecución consiste en ejecutar las prestaciones, de la manera más acorde con lo pactado, tratando de preservar plenamente los derechos del otro contratante y no abusando del tenor literal del contrato. Pero nunca hay que apartarse, en aras de la buena fe, del contenido del contrato.

Por otra parte, somos de la opinión de que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual no está enmarcada dentro de las disposiciones del Capítulo Primero, del Título IX del Libro VI del Código Civil, sino más bien se enmarca dentro del campo de la responsabilidad extracontractual, contenida en la Sección Sexta del Libro VII de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil.

Ahora bien, al examinar el artículo 1362 en lo que respecta a la ejecución del contrato, no podemos dejar de desarrollar, al menos brevemente, el tema de la interpretación de los contratos, el mismo que también involucra, de manera directa, las nociones de buena fe y común intención de las partes.

Para desarrollar este punto debemos partir de la premisa de que interpretar el contrato, a grandes rasgos, implica buscar el significado de aquello que las partes han pactado, lo que puede ser entendido en sentido subjetivo o en sentido objetivo.

Díez-Picazo y Gullón[50] señalan, al respecto, que la interpretación negocial es una función de gran amplitud, que no debe desestimar ningún criterio (interpretación objetiva y subjetiva) para su desarrollo. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiere la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de una determinada situación entre las partes, normativa de sus intereses.

En tal sentido, afirman, habrá que atribuirle el significado correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento en el que se concluye (interpretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es así complementario o subsidiario del subjetivo.[51]

Ello, agregan, sin perjuicio de que otras veces, la interpretación objetiva cumpla misiones principales, como suplir las lagunas de la declaración, corregirla para darle eficacia, y hasta imponer un significado distinto del que parece querido cuando lo exige el principio de la responsabilidad negocial.

Así, el art. 1362 contiene una norma hermenéutica de interpretación exclusiva de los contratos. Sobre este tema debemos señalar, en primer lugar, siguiendo a Fernández,[52] que dentro de la normatividad legal contenida en nuestro Código Civil debemos tener en cuenta los artículos 168, 169 y 170 que, al regular la disciplina de los actos jurídicos, constituyen normas hermenéuticas de interpretación que tienen que ser aplicadas a cualquier contrato.

Las citadas normas de nuestro Código Civil contemplan diferentes criterios de interpretación del acto jurídico y del contrato, los cuales, como comenta el mencionado profesor, constituyen criterios legales hermenéuticos de interpretación subjetiva:

- La regla de interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes (artículos 168[53] y 1362).
- La regla de interpretación según la buena fe (artículos 168 y 1362).
- La regla de interpretación sistemática (artículo 169[54]).
- La regla de interpretación funcional (artículo 170[55]).

De aquellas reglas, nos interesa analizar únicamente las dos primeras, por ser las que se encuentran vinculadas directamente a la norma que comentamos, esto es, al art. 1362 de nuestro Código Civil.

Antes de entrar de lleno a dicho análisis, juzgamos conveniente destacar que entre las reglas citadas existe un orden de prelación que coloca en primer lugar a las más relevantes. De allí que podamos calificar primero a la regla interpretativa de la voluntad declarada y de la común intención de las partes, y en segundo lugar, a la de buena fe, teniendo ambos criterios preeminencia sobre los dos restantes.

Mauro Grondona,[56] sostiene al respecto que revisando de manera conjunta las normas relativas a la interpretación del contrato, se aprecia que las reglas en ellas establecidas mantienen firme el primado de la autonomía de las partes, es decir, de la libertad de los contratantes en la determinación del contenido del vínculo contractual. Afirma, en ese sentido, que el principal criterio interpretativo es la búsqueda de la común intención de las partes.

Agrega que en caso de dificultad para conocer la común intención –es decir, en caso que una de las partes en un momento posterior a la celebración, oponga una interpretación de una cláusula contractual distinta u opuesta a la interpretación de la contraparte–, el criterio a aplicar sería el de la interpretación razonable, concretizada por la referencia a la economía del contrato y por la confianza recíproca de las partes, establecida en el texto contractual, del cual resulta la regulación pactada de la operación.

Asimismo, al analizar nuestro sistema jurídico, en lo que respecta a la interpretación del contrato, Grondona[57] manifiesta que la mención del principio de buena fe por parte del legislador peruano, debe ser leída en estricta relación de necesidad lógico-sistemática con la mención con lo que se haya expresado.

5. La común intención de las partes como criterio principal de la interpretación del contrato [arriba] -

El objeto de la interpretación no es nunca la intención o voluntad interna de las partes, sino la declaración de aquélla, ya que no puede pretenderse que el intérprete penetre en la conciencia de los sujetos, que sólo a ellos pertenece y que únicamente ellos conocen.

Así, Fernández[58] enfatiza que siempre será objeto de interpretación la voluntad declarada y no la voluntad querida de los sujetos; tratándose de un contrato, la común intención de las partes, entendida como el contenido sustancial del contrato, que no es sino el conjunto de disposiciones mediante las cuales los contratantes determinan la relación contractual. La tarea interpretativa no puede estar nunca destinada a investigar la voluntad de uno u otro de los contratantes, sino aquella voluntad que se encuentra traducida en el acuerdo y que haya, por consiguiente, adquirido una expresión socialmente relevante.

Por lo demás, debe quedar claro que las reglas legales de interpretación subjetiva no se encuentran vinculadas a la concepción psicológica del análisis de la común intención de las partes, representada en la voluntad real de cada una de ellas. Así, admitiéndose que la búsqueda de esa intención común se realiza sobre la base de una concepción objetiva, se admite también que la interpretación puede responder, y de hecho responde, primeramente a las reglas de carácter subjetivo.

En la búsqueda de la común intención de las partes debe analizarse, a decir de Fernández,[59] lo siguiente.

Primero, si el contenido literal del acuerdo constituye en sí mismo el límite al indagar la común intención. Si el texto de una cláusula contractual determinada aparece como claro, debemos cuestionarnos si es posible intentar una labor interpretativa de dicha cláusula o, si por el contrario, la labor interpretativa debe ser realizada sólo en caso de duda.

Segundo, si es posible, en la búsqueda de la común intención de las partes, deducir algún valor interpretativo de las declaraciones y de las conductas de las partes expresadas con anterioridad, e incluso con posterioridad a la celebración del contrato.

Lo antes expuesto nos permite afirmar que al interpretar el contrato a la luz de la común intención de las partes, es preciso realizar tanto un análisis literal como uno global que valore el comportamiento de las partes.

Como indica Fernández:[60] «En suma, toda referencia a la común intención de las partes importa siempre no sólo la valoración de las declaraciones y el análisis de lo que éstas significan dentro del contexto en el cual fueron dadas, sino también el análisis del comportamiento de las partes, tanto en la etapa anterior como posterior de la celebración del contrato, puesto que la interpretación como labor hermenéutica está destinada a fijar el contenido y reconstruir el significado objetivo de las declaraciones y comportamientos de las partes, no pudiéndose limitar al tenor literal de las palabras».

6. El principio de buena fe como criterio de interpretación del contrato [arriba] -

Las normas contenidas en los artículos 168 y 1362 de nuestro Código Civil establecen que con el fin de aprehender la común intención de las partes, es necesario aplicar otro criterio que guía la labor interpretativa, cual es el principio de buena fe.

No está de más aclarar que este principio se refiere no propiamente al análisis de la labor del agente que realiza el trabajo hermenéutico de interpretación, sino al análisis de la actuación de las partes que han celebrado el negocio.

Con este principio se pretende determinar si las partes han actuado correctamente. De esta forma, la buena fe se concreta en regla de conducta que, con particular referencia a la interpretación del contrato, exige, básicamente, preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo, lo que la doctrina denomina como buena fe objetiva o buena fe probidad. [61]

El propio Fernández, agrega que «así, la buena fe, entendida dentro del tema de la interpretación del contrato como medida de corrección a la cual se deben ceñir las partes, adopta un matiz de regla, concerniente a los usos sociales, dentro de la teoría declaracionista, dado que son precisamente los usos sociales los que definen cuáles son las medidas de corrección que se acostumbran (sic) seguir dentro de un determinado ambiente histórico-social, señalándose cuáles son los parámetros de desenvolvimiento de la vida en sociedad». [62]

El Código Civil español, por su parte, mantiene en el artículo 1258 la expresión buena fe, que introdujo el Proyecto de 1851 en lugar de la referencia a la equidad, propia del Código francés. La buena fe que identifica a dicha norma —conforme lo hace notar Gil Rodríguez— [63] no es la subjetiva, en el sentido de creencia o situación psicológica de los contratantes, sino la objetiva, como comportamiento honrado y justo.

Comenta el citado profesor que la buena fe consiste en dar al contrato cumplida y debida efectividad para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados.

Debemos resaltar, siguiendo a Fernández, [64] que la buena fe, inclusive la denominada buena fe objetiva, al ser aplicada en la interpretación del contrato, constituye un criterio de interpretación subjetivo del mismo que tiene como objetivo aprehender el valor de la declaración conducida; no obstante, sobre la base de una objetiva capacidad de entendimiento de las partes.

De esta manera, afirma el citado autor, la buena fe debe ser subrayada en cuanto confianza resultante de las declaraciones y actuaciones de las partes, quienes han desplegado determinado tipo de conducta durante todo el desarrollo del iter contractual.

Por último, el profesor peruano anota que la buena fe, entendida como medida de corrección de la conducta de las partes, adopta un matiz de regla o prototipo de conducta social media, debiéndose a estos efectos valorar los usos sociales en tanto éstos definen cuáles son las medidas de corrección que se acostumbra seguir dentro de un determinado ambiente histórico-social. La interpretación del contrato según la buena fe responde, entonces, al significado social del contrato; esto es, al significado corriente en la práctica que imponen los usos y las costumbres.

Creemos que la buena fe es, sin duda, un parámetro que debe tenerse en cuenta y analizarse atendiendo a las circunstancias de cada tiempo y lugar, y es que debe entenderse que el significado social de contrato varía en razón de dichos parámetros, los cuales se enmarcan siempre en lo que la ley establece, pudiendo ésta variar.

Si bien es cierto, como señala Fernández, que el significado social del contrato es aquél que en la práctica imponen los usos y las costumbres, no es menos cierto que los usos y costumbres no pueden ser aceptados si vulneran la ley. De ahí que nosotros pensemos que para interpretar un contrato, los usos y costumbres deben encontrarse en sintonía con lo que estipula la ley de determinado tiempo y lugar. Sólo así podremos estar ante una verdadera tarea interpretativa que no sólo tenga en cuenta aspectos sociales y culturales, sino también jurídicos.

Ahora bien, para finalizar el estudio del artículo 1362 del Código peruano, debemos indicar que la buena fe en la etapa de la ejecución, a diferencia de lo que ocurre en las etapas de negociación y celebración, tiene por contenido cumplir con lealtad las obligaciones impuestas por la relación obligatoria nacida del contrato. Dentro de tal orden ideas, si no se cumple con dichas obligaciones y se causa con ello un daño, surgirá también responsabilidad que algunos, para distinguirla de la responsabilidad precontractual, suelen denominar responsabilidad postcontractual.

Compartimos la opinión de Sebastián Picasso[65] y la doctrina en general que afirma que la denominada responsabilidad postcontractual tiene, en realidad, naturaleza contractual, pues se deriva del incumplimiento de verdaderas obligaciones que vinculaban a las partes y, aún más, incluso abarca a las obligaciones que derivaban del acuerdo supuestamente extinguido. Si siguiésemos lo expuesto por el citado autor, partiríamos de considerar que el contrato sólo se extingue verdaderamente cuando deja de producir efectos. Es decir que mientras mantenga vigencia alguna de las obligaciones que el acuerdo generó, el contrato seguirá vivo, aun cuando se trate simplemente de obligaciones accesorias. Es que la materia del contrato no se reduce simplemente en las estipulaciones de las partes. El mismo tiene, por el contrario, un contenido mucho más laxo, integrándose con las normas imperativas y supletorias aplicables a la figura en cuestión (estas últimas, siempre que no hayan sido modificadas por las partes), y por aquellas consecuencias que pueden considerarse implícitamente contenidas en ellos. Respecto de esta última cuestión (lo implícito en el contrato), cobra fundamental importancia la eficacia jurígena de la buena fe.

De allí que el contrato no se agote con el cumplimiento de las obligaciones principales que surgen de él. Y si la responsabilidad postcontractual tiene lugar toda vez que, habiéndose extinguido estas obligaciones, se incumple sin embargo con alguno de los deberes accesorios que también formaban parte del contenido del acuerdo, debe por fuerza concluirse que su naturaleza no puede ser sino contractual.

Es, por lo tanto, erróneo caracterizar a la responsabilidad postcontractual como aquella que surge después del agotamiento del contrato, ya sea por acción del tiempo o por el cumplimiento de todas las obligaciones, esenciales o accesorias, inmediatas o a plazo, que haya generado, o bien afirmar que hallándose extinguido el contrato, la responsabilidad denominada postcontractual no puede sino tener naturaleza delictual.

Dentro de tal orden de ideas, somos de la opinión de que a la responsabilidad postcontractual debe aplicársele el principio en virtud del cual un incumplimiento debe merecer una sanción, y es que estamos ante obligaciones que, existiendo, vinculan a determinados sujetos de derecho. Negar dicho principio significaría desconocer un elemento esencial de toda relación jurídica negocial, cual es el de su fuerza vinculante que obliga a cumplir con determinada prestación.

[1] Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com.

[2] Cfr. De la Puente y Lavalle, Manuel. El contrato en general. 2ª edición. Lima: Palestra, 2007, tomo I, pp. 329 y ss.

[3] Cfr. Torres Vásquez, Aníbal. Teoría general del contrato. Lima: Pacífico Editores, 2012, tomo I, p. 73.

[4] Cfr. De la Puente y Lavalle, Manuel. El contrato en general. Op. cit., pp. 330 y ss.

[5] Picasso, Sebastián. «La responsabilidad pre y postcontractual en el proyecto de Código Civil de 1998». Publicado en Picasso, Sebastián, Javier Wajntraub y Juan Martín Alterini (Coordinadores). Instituciones de Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998, Buenos Aires, 2001. En: http://www.alterini.org/fr_tonline.htm

[6] Scognamiglio, Renato. Teoría general del contrato. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 19.

[7] Stiglitz, Rubén S. y Gabriel A. Stiglitz. «Contratos, Parte General». En Reformas al Código Civil. Alterini-López Cabana (Dir.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 74.

[8] Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999, vol. I, p. 105.

- [9] En ese mismo sentido Scognamiglio, Renato. Teoría general del contrato. Op. cit., p. 94.
- [10] Gete-Alonso, María del Carmen. «La formación del contrato». En Manual de Derecho Civil. Madrid: Marcial Pons, 1998, vol. I, p. 556.
- [11] Gete-Alonso, María del Carmen. «La formación del contrato». Op. cit., p. 556.
- [12] Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, p. 106.
- [13] *Ibidem*.
- [14] Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, pp. 105 y 106.
- [15] Hedemann, J.W. Tratado de Derecho Civil. Madrid: Editorial de Derecho Privado. 1958, vol. III, p. 165.
- [16] Frisch Philipp, Walter. «Las responsabilidades extracontractuales y la jurisprudencia dinámica». En Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 572.
- [17] Héctor Lafaille recuerda que Goetting publicó en 1860 un célebre estudio intitulado «De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas». En él —a decir de Lafaille—, con gran acopio de textos, destaca algunas de las consecuencias que luego sirvieron de base para resolver el problema. Al considerar la regla en sí misma —señala el citado profesor argentino—, Ihering da por establecido que es la culpa contractual en una dirección determinada, y de tal premisa extrae varias consecuencias: 1) En cuanto a su clasificación sistemática, ella encuentra su verdadero lugar en la teoría de la culpa dentro de las relaciones contractuales; en la doctrina de la formación de los contratos cabe, cuando más, hacer una simple alusión; 2) En lo concerniente al grado de la culpa que debe prestarse. El mismo grado de culpa exigible durante la relación contractual, debe serlo también en su formación, pues los motivos tomados de la naturaleza del contrato que allí deciden el punto concurren igualmente aquí; 3) Con respecto a las personas que deben prestar la culpa. Son únicamente los contratantes mismos, y no los terceros que cooperan en la conclusión del acto, y todavía los unos tan sólo en el supuesto en que una culpa de cierta especie determinada pueda imputárseles. Se advierte sin dificultad, agrega Lafaille, que se razona en el plano de la «pluralidad de la culpa» y dentro del régimen de los «grados», como se interpretan las normas del Habeas luris, que así lo consagraban (y sobre cuya base, Ihering desarrolló dicho estudio). Para un examen erudito del tema dentro de las fuentes, reviste particular mérito el capítulo que lleva la designación de «casuística de la culpa in contrahendo», donde se contemplan diferentes situaciones, aparte de las vinculadas de un modo directo con el periodo previo al acuerdo de voluntades. Ellas atañen a la «incapacidad del sujeto», a la denominada «incapacidad del objeto» y, por último, a la «incertidumbre de la voluntad contractual», sea en el proceso interno o para su manifestación. (Lafaille, Héctor. Curso de contratos. Buenos Aires: Talleres Gráficos Ariel, 1927, tomo III, pp. 96 y 97).
- [18] Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. 6ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/f, p. 80.
- [19] Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988, p. 359.
- [20] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. Compendio de Derecho de las Obligaciones. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II, pp. 167 y 168.
- [21] Citado por Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. 4ª edición. Actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, tomo II-B, tomo I, p. 224.
- [22] *Ídem*, p. 225.
- [23] *Ibidem*.
- [24] Gete-Alonso, María del Carmen. «La formación del contrato». En: Manual de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, p. 557.
- [25] *Ibidem*.
- [26] Monateri, Giuseppe. «La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico

italiano». En Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Lima: ARA Editores, 2003, p. 471.

[27] Ídem, p. 472.

[28] Ídem, p. 474.

[29] Scognamiglio, Renato. Teoría general del contrato. Op. cit., p. 96.

[30] Monateri, Giuseppe. «La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano». En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 479.

[31] Gete-Alonso, María del Carmen. «La formación del contrato». En Manual de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, p. 558.

[32] Monateri, Giuseppe. «La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano». En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 480.

[33] Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Op. cit., p. 95.

[34] Ibídem.

[35] Monateri, Giuseppe. «La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano». En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 479.

[36] Ídem, p. 516.

[37] Gete-Alonso, María del Carmen. «La formación del contrato». En Manual de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, p. 558.

[38] Al respecto, la doctrina señala que tratándose de un compromiso de contratar en el cual se prevén todos los elementos (esenciales y secundarios) del contrato definitivo, es bastante fácil determinar cuándo la negativa del obligado a aceptar es o no justificada, en circunstancias normales. Bastará cotejar los términos del compromiso de contratar con los de la declaración de la parte obligada, para comprobar si éstos corresponden a aquéllos. En caso afirmativo, la negativa del obligado será injustificada y en caso negativo será justificada. En cambio, tratándose de un compromiso de contratar para celebrar un contrato definitivo típico social o atípico en el que no figuran todos los elementos secundarios, es necesario ser muy cuidadoso, pues los límites entre la negativa justificada y la injustificada son muy imprecisos. La doctrina cree, sin embargo, que aplicando las reglas expuestas en el artículo 1415 del Código Civil peruano, referente a la determinación de los elementos del contrato preparatorio en la modalidad de compromiso de contratar, pueden solucionarse, sin mayor dificultad, los problemas que se presenten. Desde luego, se enfatiza, nos encontramos en un terreno en el que es posible que surjan situaciones imprevistas, por lo cual en tales casos, si bien las indicadas reglas pueden servir de guía, será siempre necesario recurrir al buen criterio del juez. (De la Puente y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. Op. cit., tomo II, pp. 94 y 95).

[39] Artículo 1416.- El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.

Artículo 1423.- El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.

[40] Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, p. 365.

[41] Encabezada por Montesano y seguida por Giorgianni y Lipari.

[42] Véase Arias-Schreiber Pezet, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, tomo I, pp. 190 y 191; y Romero Zavala, Luis. Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425). Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, pp. 285-288.

[43] Al respecto, debemos señalar que la necesaria determinación, por lo menos, de los elementos esenciales en un compromiso de contratar, sería la única diferencia de fondo con relación al contrato de opción, puesto que éste si bien se muestra como una oferta

irrevocable en el sentido de que sólo una de las partes resulta vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo (artículo 1419 del Código Civil peruano), también prevé la posibilidad de pactar la opción recíproca entre las partes, en virtud de lo establecido por el artículo 1420 del mismo Código.

[44] Romero Zavala, Luis. Op. cit., tomo I, p. 287.

[45] De la Puente y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. Op. cit., tomo II, p. 103.

[46] Según prescribe el último párrafo del referido artículo 1418, sea cual fuere la alternativa elegida, hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios, resultando de aplicación las reglas contenidas en los artículos 1318 a 1322: si el obligado no ha ejecutado su prestación (de celebrar el contrato definitivo) por dolo o culpa grave, el resarcimiento de los daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inexecución; si la falta de ejecución se debe a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de contraerse la obligación; pero, en ambos casos, resulta resarcible el daño moral, si se hubiese irrogado.

[47] Véase al respecto: Murillo, María Luisa. Forma y nulidad del precontrato. Con especial referencia a la Legislación Iberoamericana. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Colección Jurídica, 1993, pp. 462-473.

[48] El texto de la referida norma es el siguiente:

Artículo 1425.- «Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad».

[49] Murillo, María Luisa. Op. cit., pp. 464 y 465.

[50] Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, pp. 148 y 149.

[51] De ese modo, sostienen que si no es posible obtener la voluntad de las partes plenamente, se debe buscar una voluntad abstracta, una voluntad que presumiblemente tuvieron a la hora de concluir el contrato, de acuerdo a las circunstancias de objeto, naturaleza y lugar.

[52] Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 727.

[53] Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

[54] Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

[55] Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

[56] Grondona, Mauro. «La 'común intención de las partes' y el principio de buena fe en la interpretación del contrato». En Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 681.

[57] Grondona, Mauro. «La 'común intención de las partes' y el principio de buena fe en la interpretación del contrato». En: Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., pp. 714 y ss.

[58] Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En: Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 731.

[59] Ídem, p. 742.

[60] Ídem, pp. 774 y 775.

[61] Ídem, p. 754.

[62] Ídem, p. 755.

[63] Gil Rodríguez, Jacinto. «Interpretación y modificación del contrato». En: Manual de Derecho Civil. Op. cit., vol. I, p. 626.

[64] Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano». En Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil

Italiano (1942-2002). Op. cit., p. 758.

[65] Picasso, Sebastián. «La responsabilidad pre y postcontractual en el proyecto de Código Civil de 1998». Publicado en Picasso, Sebastián-Wajntraub, Javier-Alterini, Juan Martín (Coordinadores), Instituciones de Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998, Buenos Aires, 2001. En: http://www.alterini.org/fr_tonline.htm