

# Regulación de la responsabilidad civil precontractual en el Perú como un tercer sistema dentro del orden jurídico nacional

## Regulation of pre-contractual civil liability in Peru as a third system within the national legal order

CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Responsabilidad contractual. III. Responsabilidad extracontractual. IV. Responsabilidad civil precontractual. 4.1. Concepto y límites. 4.2. Extensión de la libertad de contratar. 4.3. Delimitación precisa del periodo previo a la conclusión del contrato. 4.4. Negociación. 4.5. Violación de los derechos de buena fe en las tratativas y en la formación del contrato. 4.6. La responsabilidad civil en el derecho comparado. 4.7. Buena fe y seguridad jurídica. V. Análisis y discusión. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

**Resumen:** En el sistema sustantivo civil peruano se regula la responsabilidad civil contractual —inexecución de obligaciones— y extracontractual; es decir, aquella producida una vez celebrado el contrato y cuando se transgrede el deber general de no causar daño. Este, empero, guarda silencio en torno a la responsabilidad producida en la etapa de la negociación,

---

(\*) Abogada. Maestrante en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: [demacebl@gmail.com](mailto:demacebl@gmail.com)

por cuanto, esta se reduce a que las partes actúen de buena fe, y resulta insuficiente para resarcir daños producidos en la etapa de las tratativas. Por esta razón, se pretende esbozar algunos alcances o una aproximación que permita regular un tercer sistema de la responsabilidad civil en el Perú y, con ello, acrecentar el debate jurídico, destinado a acoger una nueva institución legal.

**Palabras clave:** responsabilidad civil precontractual, buena fe, seguridad jurídica, justicia

*Abstract:* In the Peruvian substantive civil system, contractual civil liability —non-execution of obligations— and extra-contractual is regulated; that is to say, that produced once the contract has been concluded and when the general duty not to cause harm is violated; however, it is silent about the responsibility produced in the negotiation stage, since this is reduced to the parties acting in good faith, being insufficient to compensate damages produced in the negotiations stage, which is why intends to outline some scope or an approach that allows to regulate a third system of civil liability in Peru and with it, increase the legal debate, destined to host a new legal institution.

**Key words:** pre-contractual liability, good faith, legal security, and, justice

## I. Introducción

El artículo 1362 del Código Civil prescribe que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que significa que las partes deben actuar siempre de buena fe, desde la etapa de las tratativas. Esto, a fin de no causar daño a la contraparte, ya sea económica o moral. No obstante, este constituye un deber, mas no una obligación; por tanto, no obliga a las partes a actuar de buena fe, pues es una conducta moral que no tiene efectos jurídicos.

Entonces, si causare algún daño en la etapa de las tratativas a la contraparte, no se podrá solicitar una indemnización por cuanto el contrato aún no ha sido celebrado. Sin embargo, dicha regulación no basta. En ese contexto, este ensayo pretende esbozar tentativamente algunos alcances que justifiquen la regulación de un tercer sistema de la responsabilidad civil, para lograr no solo la protección a la parte débil en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también, materializar el principio-valor justicia que irradia todo el orden jurídico interno y que constituye el fin teleológico del sistema y hace efectivo el valor constitucional, seguridad jurídica.

## II. Responsabilidad contractual

La responsabilidad civil es una de las más importantes áreas del derecho privado que tiene por finalidad imponer la obligación al autor de un daño de indemnizar a su víctima, bien sea como consecuencia del incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o de la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual). Como expresa Osterling Parodi en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. Por su parte, Messineo postula que la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento total o parcial imputable al deudor (como se citó en Soto, 2015, pp. 29-31).

Este tipo de responsabilidad lo encontramos en el Código Civil, en el artículo 1321. Como regla general, consiste en que el deudor incumple una o más obligaciones establecidas en el contrato y que, como consecuencia de ese incumplimiento, cause un daño al acreedor, estando obligado a reparar dicho daño a su acreedor. Esta responsabilidad se produce en la etapa de la ejecución del contrato, cuando ha existido o existe un contrato válido. Cabe precisar que este incumplimiento debe ser por causa atribuible al deudor, estando exentado de responsabilidad en caso de causa atribuible al acreedor. Dichas causas imputables al deudor son dolo, culpa inexcusable y culpa leve (Soto, 2015, pp. 30-31).

Bajo el contexto descrito, es de verse que, cuando se haya incumplido una obligación a la cual se haya obligado una de las partes, esta última puede solicitar el resarcimiento de los daños que cause, por lo que existe sustento para tal propósito. Entonces, cuando se cause algún daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, existe la obligación de indemnizar, siempre que se pruebe la real afectación y se determine la cuantía de esta. Asimismo, para que surja la responsabilidad contractual se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos o requisitos:

- a. que exista un contrato válido, pues si el contrato es nulo la responsabilidad será extracontractual;
- b. que el deudor incumpla con una o más obligaciones contractuales;
- c. que el incumplimiento sea imputable al deudor: factor subjetivo, dolo o culpa (artículo 1321 del Código Civil), o factor objetivo (artículo 1328 del Código Civil);

- d. que el acreedor haya sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial;
- e. que existía una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño causado al acreedor (Soto, 2015, p. 32).

Desde esta perspectiva, existe una real protección a la persona que sufra un daño a causa del tercero que no ejecutase una acción al que estaba obligado o hacer una que estaba prohibido.

### III. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual surge cuando una persona viola el deber genérico de no dañar. Se funda en el *alterm non laedere*. Por lo que, cuando lesiona un derecho subjetivo de otra, la persona estará obligada al resarcimiento de los daños que cause (Soto, 2015, p. 32).

Según Soto:

No busca que la víctima asuma los costos de los daños, pero tampoco busca que el autor sea el “castigado”, sino que exista un resarcimiento efectivo, la reparación de la víctima. Dicho de otro modo, busca colocar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de producirse el daño. Este es, pues, el nuevo concepto de la responsabilidad extracontractual en nuestros tiempos (2015).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual moderna, en palabras del maestro Fernando de Trazegnies Granda:

es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. (citado por Soto, 2015, p. 32)

La responsabilidad extracontractual, regulada en el Código Civil peruano, tiene dos fundamentos o factores de atribución, uno subjetivo (la culpa o el dolo) y otro objetivo (el riesgo creado). El art. 1969 CC regula la responsabilidad civil extracontractual por culpa o responsabilidad extracontractual subjetiva. Esta regla normativa prescribe que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Por lo tanto, la víctima solo probará la conducta antijurídica,

los daños y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del autor del daño y el daño causado (Soto, 2015, pp. 32-33).

Bajo el panorama descrito, advertimos la existencia de dos sistemas de responsabilidad civil que están taxativamente descritos en el Código Civil. De esta manera, la celebración y ejecución de un contrato tiene consecuencias jurídicas; por lo que, se puede recurrir al poder del Estado a fin de garantizar su efectividad y que estos no transgredan las normas imperativas. Sin embargo, desde un punto de vista objetivo, se observa que no existe consecuencia jurídica alguna entorno a la afectación que se produjese en la etapa de la negociación del contrato, pues no se otorga consecuencias jurídicas en caso que se causa algún daño.

Entonces, consideramos que existe otro sistema de responsabilidad civil al cual se le denomina «sistema de responsabilidad precontractual». Producida la tutela del íter negocial, este sistema no solo abarcaría el nacimiento y la ejecución del negocio, sino también la etapa previa de negociación o tratativas, dentro de la cual, por ejemplo, se pueden comprender los siguientes escenarios generadores de responsabilidad:

- a. el dolo incidental,
- b. la culpa in contrahendo,
- c. la respuesta injustificada de tratativas y
- d. la violación de deberes precontractuales de protección (Fernández Cruz, 2019, p. 37).

#### **IV. Responsabilidad civil precontractual**

El artículo 1362 CC, al establecer que los contratos deben negociarse y celebrarse, determina que el ámbito objetivo de operatividad de la normativa precontractual de buena fe (el entero procedimiento formativo del contrato) —que comprende la fase (eventual) de las tratativas, la resultante de la formulación y el consecuente encuentro de la oferta y la aceptación— implica que el deber de buena fe en apariencia está siempre presente en todas las etapas de la formación del contrato, desde la etapa de la negociación la misma que debe respetarse a fin de no causar daño y hacer uso abusivo del derecho. A este respecto, y de acuerdo al artículo citado *supra*, en la formación del contrato (“negociación y celebración del contrato”) las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en sentido objetivo o de corrección; vale decir, como regla de conducta a la cual deben atenerse las partes. Por tanto, las partes, al momento de pretender

celebrar un contrato, deben generar la suficiente confianza a la otra parte de que ese contrato se celebrará a futuro, y la otra parte con la creencia que así será, porque no se tiene en el orden jurídico más que el deber que obliga a las partes comportarse en el plano formal conforme a derecho (Barchi, 2015, p. 636).

En concreto, el artículo citado hace referencia a que el contrato debe negociarse bajo las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que objetivamente implica que las partes siempre se comporten conforme a derecho y cumplan con las promesas y acuerdos que se pacten en esta negociación. En efecto, esta regla podría a ver sido adecuada en el siglo pasado, empero la compleja sociedad ha evolucionado y, como nos dice Allan Farnsworth, las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo enmarcado por las reglas clásicas de la oferta y la aceptación, que evocan la imagen de una negociación unitemática, adversaria y de suma-cero, opuestas a la negociación multitemática, contemporánea y maximizadora de beneficios (Farnsworth, 2004, p. 82). En suma, cuando se negocia puede hacerse sin el riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual o en la obligación de resarcir los daños causados en mérito a la regla prescrita en nuestro Código Civil, en aplicación además del principio de la libertad de contratos.

#### **4.1. Concepto y límites**

La responsabilidad precontractual, nos dicen Varacalli y Picasso (1992):

Importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el período previo al perfeccionamiento de un contrato. Este daño -también aquí eje central y fundamento del deber de indemnizar- no se sustrae a imbricarse con los presupuestos restantes de la responsabilidad civil: debe provenir de una acción humana antijurídica, estar en relación de causalidad adecuada y ser atribuible a su autor en virtud de un factor legal. (p. 209)

La responsabilidad precontractual, para Trigo Represas, es la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal debían conducir a la conclusión de aquel o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes.

Por su parte, Brebbia señala que existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido

en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro precontratante, surge la obligación de resarcir el daño causado. Aunado a ello, Cobas y Zago entienden que la responsabilidad precontractual es la originada con motivo de la relación existente entre las que podrían resultar las futuras partes de la relación jurídica bilateral contrato, con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común realizan para la posible concreción de aquel (citados por Varacalli y Picasso, 1992, pp. 209-210).

#### **4.2. Extensión de la libertad de contratar**

La extensión de la libertad contractual entra en una dicotomía. Por un lado, está el derecho de todo ciudadano de formar o no parte de una relación jurídica, como en el contrato; pero, como consecuencia lógica de ello, se limitará su libertad personal y afectará su patrimonio. Por otro lado, y en colisión con lo indicado, el deber genérico de no dañar ni a la persona ni a los derechos del prójimo, en estrecha relación con el imperativo de buena fe respecto de todo comportamiento con relevancia intersubjetiva. Entonces, la libertad de contratar no debe ser tan estrecha que haga responsable a todo aquel que libremente, y en ejercicio de su derecho constitucional, opta por no ingresar como parte a una relación jurídica contractual, ni tan amplia que permita la causación irresponsable de un daño injusto (Varacalli y Picasso, 1992, pp. 210-211).

#### **4.3. Delimitación precisa del periodo previo a la conclusión del contrato**

Para Faggella, la etapa en cuestión se inicia en el momento en que “las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolas y sintetizándolas” (citado por Varacalli y Picasso, 1992, p. 211). Estas negociaciones que se efectuarán no, necesariamente, desembocarán en un contrato, sino, con igual probabilidad, en un desacuerdo no intempestivo. Pero si ello sucede, no habrá responsabilidad precontractual, mientras que, si desembocan en un contrato, aún puede haberla como consecuencia de la nulidad o anulación del mismo (citado por Varacalli y Picasso, 1992, p. 212).

No es posible fijar legalmente el momento preciso en que comienzan las negociaciones, puesto que ello no depende de un hecho identificable sino de una multiplicidad de hechos posibles. Por tanto, la ley positiva debe ser escueta al respecto y abandonarse en el punto a la sana crítica de los jueces en la merituación de las pruebas aportadas. Ello sin perjuicio de que debe haber un texto

legal expreso, que sea lo más preciso de acuerdo a las posibilidades del lenguaje. En este sentido, toda conceptualización adecuada de “tratativas” o “negociaciones” preliminares debe ser teleológica, si estas no tienen por fin, inmediato o mediato, la formación de un contrato, no pueden generar responsabilidad jurídica (Varacalli y Picasso, 1992, p. 212).

#### 4.4. Negociación

En torno a la negociación, Farnsworth (2004) nos dice:

Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones pre-contractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo —una corazonada, un cambio de circunstancias, o un mejor acuerdo— o sin motivo alguno. El único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y gasto.

La parte que entra en negociación con otra con la esperanza de obtener alguna ganancia como resultado del acuerdo final, corre el riesgo de cualquier pérdida si la otra parte rompe las negociaciones. Esta pérdida incluye los gastos en los que la parte afectada ha incurrido, cualquier detrimento de su situación y cualquier oportunidad que haya perdido como resultado de las negociaciones. Todo se arriesga para un resultado exitoso de las negociaciones; todo se pierde en el fracaso. (p. 83)

Esta perspectiva descansa, desde nuestro punto de vista, en el extenso poder de ejercicio de la libertad contractual; puesto que, en virtud de este, se puede dejar sin efecto las negociaciones y causar daño a la otra parte. Aquello se justificaría, quizás, si en una eventual regulación de esta responsabilidad podría repercutir en el plano económico, por cuando desincentivaría la negociación de los contratos por el riesgo en que se incurre; empero, se debe privilegiar el valor seguridad jurídica y los valores subjetivos como la honestidad.

En ese contexto, si una de las partes de la negociación engaña a la otra sobre su capacidad para actuar como agente de otro, puede ser encontrada responsable por los daños a la confianza, si las negociaciones fracasaron cuando la otra parte descubrió el engaño. De hecho, parecería que una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar por representar fraudulentamente sus intenciones de llegar a un acuerdo, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta causó que las negociaciones fracasaran (Farnsworth, 2004, p. 92). En ese sentido, cualquiera de las partes puede inte-

rrumpir las negociaciones sin dar razón alguna; sin embargo, cada parte tiene el deber “de informar a la otra, hasta un cierto punto, de las circunstancias particulares que influenciarían su decisión de concluir el contrato o de concluirlo bajo ciertas condiciones” (Farnsworth, 2004, p. 93).

Al respecto, en 1861, el jurista alemán Rudolf Von Jhering adelantó la tesis que las partes en una negociación precontractual están contractualmente predestinadas a observar la “diligencia necesaria”. Una parte que incumple su obligación contractual —culpa *in contrahendo*— es responsable por daño a la confianza” (Farnsworth, 2004, p. 95). Mientras que, en 1907, Raymond Saleilles, un académico francés, desarrolló la perspectiva de que las partes que han entrado a las negociaciones deben actuar con buena fe y no pueden romper las negociaciones “arbitrariamente” sin compensar al otro por daño a la confianza (Farnsworth, 2004, p. 95).

#### **4.5. Violación de los derechos de buena fe en las tratativas y en la formación del contrato**

La buena fe se especifica en dos fundamentales cánones de conducta. El primero impone la lealtad del comportamiento y el segundo el deber de salvaguardia; es decir, se impone a los sujetos actuar de manera de preservar el interés del otro sujeto dentro del límite en el que ello no importe un apreciable sacrificio.

La buena fe objetiva, como señala Bianca, «no impone, sin embargo, un comportamiento preestablecido. Es más bien una cláusula general que requiere de comportamiento preestablecido. Es más bien una cláusula general que requiere de comportamiento distintos, positivos u omisiones, en relación a las concretas circunstancias» (citado por Barchi, 2015, p. 636). No obstante, a la lealtad y a la salvaguardia se reconducen los deberes típicos en los cuales se especifica la buena fe en la fase precontractual (Barchi, 2015, p. 636).

Desde el punto de vista de Roppo, citado por Barchi Velaochaga, el deber de buena fe se descompone en una serie de deberes de conducta cuya violación, en relación a las circunstancias, genera responsabilidad precontractual. Al respecto, cita los deberes de a) información y el de b) no defraudar la confianza sobre el negocio asumida por la contraparte. De acuerdo con Bianca, los deberes típicos de buena fe en la fase precontractual son, bajo el perfil de la lealtad, los deberes de a) información, b) claridad, c) confidencialidad y, bajo el perfil de la salvaguardia, d) el deber de cumplir con los actos necesarios para la validez y eficacia del contrato (citado por Barchi, 2015, p. 636).

**a. *El deber de información***

Como señala Gómez Calle:

El desarrollo de los tratos que proceden a la celebración de un contrato, la ausencia de un vínculo contractual no significa que quienes negocien estén libres de cualquier deber entre sí; al contrario, es comúnmente admitido que determinados deberes surgen desde el momento que entran en contacto con el propósito de negociar un posible contrato. En ese ámbito juegan un papel esencial los deberes de información, básicos para la formación de una voluntad negocial libre y responsable; así, se dice (desde un punto de vista muy general y por ello sujeto después necesariamente a múltiples precisiones) que, mientras se negocie, cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debería tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada. (Barchi, 2015, pp. 637-640)

Desde esta perspectiva jurídica, es usualmente aceptado que el fundamento de estos deberes de información se halle en la buena fe, que debe enmarcar la fase precontractual (art. 1362 CC). Llobet I Agudo habla de la buena fe *in contrahendo*, es decir, “el papel que desempeña la buena fe en todo el periodo anterior a la perfección del contrato” (citado por Barchi, 2015, pp. 637-640).

La infracción de los deberes precontractuales de información puede producirse mediante un comportamiento activo (comunicación falsa o engañosa) o mediante un comportamiento omisivo (no decir lo que está obligado a hablar). Como dice Gómez Calle, citado por Barchi, (2015):

el deber de información implica, de un lado, que ha de transmitirse la información exigible y, de otro, que ha de omitirse cualquier información errónea”. Una fuente de los deberes precontractuales de información es la ley y donde esta no establece expresamente deberes precontractuales de información, su determinación es tarea de la doctrina y la jurisprudencia partiendo del criterio de la buena fe en sentido objetivo. La violación del deber de información durante las tratativas de denomina: “reticencia”. (pp. 637-640)

De acuerdo con Bianca, citado por Barchi (2015, pp. 637-640), también comprende las causas de incumplimiento del contrato (ejemplo, el vendedor debe informar los vicios del bien). No obstante, si el contrato se celebra el si-

lencio se torna irrelevante, la parte responderá no por la reticencia sino por el cumplimiento defectuoso.

Para el autor italiano, el deber de informar, igualmente, comprende la peligrosidad de la prestación o del bien y dar; eventualmente, las instrucciones correspondientes. Pero de celebrarse el contrato, dará lugar a responsabilidad contractual o a responsabilidad extracontractual respecto a los daños sufridos por terceros.

Bianca señala que el deber de información comprende también causas de inutilidad del contrato o bien de la prestación. Por un lado, la inutilidad del contrato, entendida como la imposibilidad de realización de la causa, puede darse, por ejemplo, cuando esté por verificarse un evento que lo hace ineficaz. Por otro lado, la inutilidad de la prestación se da cuando la prestación, si bien es conforme, no es susceptible de satisfacer el interés de lo que quiere la contraparte (p. ej.: arrendar un medio de transporte para transportar mercadería que el transportista sabe que no podrá ser cargada). Por tanto, la inutilidad de la prestación puede constituir un error esencial (el error recae sobre una cualidad del bien o el servicio). Si el interés por realizar ingresa en el contenido de la prestación. La inutilidad constituye incumplimiento del contrato (p. ej.: el bien no tiene la calidad prometida).

### ***b. El deber precontractual de claridad***

Los contratantes deben evitar un lenguaje oscuro o ambiguo susceptible de no ser plenamente comprendido por la contraparte. Para Roppo, el deber de veracidad y claridad son corolarios del deber de información (Barchi, 2015, pp. 637-640).

### ***c. El deber precontractual de confidencialidad***

Los contratos no deben divulgar información de la que hayan tomado conocimiento durante las tratativas. Roppo, aunque reconoce la existencia del deber, considera que su violación no da lugar a responsabilidad precontractual. Así, si estamos frente a un “acuerdo de confidencialidad”, se trata de una obligación asumida y, por tanto, su violación genera responsabilidad por inejecución de obligaciones. Asimismo, si no se trata de un “acuerdo de confidencialidad”, la violación del deber de confidencialidad no genera para la responsable ventaja injustas y a la víctima daños injustos respecto a las tratativas, por lo que estaría dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual (Barchi Velaochaga, 2015, pp. 637-640).

**d. *El deber precontractual de realizar actos necesarios para la validez o eficacia del contrato***

Comprende la inercia dolosa y culposa del contratante que no presente ante la autoridad competente la solicitud para obtener una autorización o permiso requerido, bajo pena de ineficacia del contrato (p.ej.: en la autorización judicial para la venta de bienes de menores de edad, el padre que, luego de haberse puesto de acuerdo con el tercero, no presenta la autorización judicial) (Barchi, 2015, pp. 637-640).

El deber de la buena fe de la responsabilidad precontractual se concreta en conductas que generan confianza en la contraparte que está actuando conforme a los deberes precontractuales. En la responsabilidad extracontractual no existen deberes previamente establecidos (Morales, 2018, p. 4).

#### **4.6. La responsabilidad civil en el derecho comparado**

En el derecho comparado se ha regulado la responsabilidad civil precontractual, tal como es de verse en el derecho portugués, que sigue la doctrina de la *culpa in contrahendo* prescrito en el art. 227.1 del Código Civil. De este modo, quien negocie con otra parte con vistas a la celebración de un contrato procederá, tanto durante la fase preliminar como durante la negociación del contrato, de acuerdo con el deber de buena fe, so pena de tener que indemnizar a la otra parte por los daños causados (Pereira Barrocas, p. 9).

Por su parte, el Código de Comercio colombiano es un poco más explícito al imponer la obligación de actuar de buena fe en el periodo de tratos preliminares, porque establece, en el art. 863, que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (Oviedo Alban, 2008, p. 89).

Los tribunales australianos también han conocido algunos casos de responsabilidad precontractual, como en el ejemplo de Wester Australia contra Taylor, en el cual se señaló una detallada serie de hechos como reveladores de un incumplimiento de los deberes de buena fe durante las negociaciones, lo que denota, así, una clara aproximación a la doctrina y la jurisprudencia continental europea (Pereira, p. 04).

Alemania regula, también, la responsabilidad civil precontractual, y señala que los deberes precontractuales de conducta integran una relación obligatoria preexistente, nacida *ex lege* entre quienes inician negociaciones contractuales, preparan un contrato o entablan un contacto negocial análogo; y nacida, inclu-

so, para con cierta categoría de personas que no van a ser parte del contrato de que se trata. A tenor de las referidas normas:

Una relación obligatoria con deberes nace también de la iniciación de negociaciones contractuales y a preparación de un contrato mediante el que una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o contactos negociales análogos. Una relación obligatoria con deberes puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato. (Pantaleón, 2011, p. 901)

Así también, en la experiencia jurídica italiana, que tanta influencia ha ejercido en el Código Civil de 1984, y en la doctrina civilista nacional desde ese entonces, la responsabilidad precontractual constituye una figura particular de ilícito civil extracontractual, regulado en los artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano de 1942, aunque previsto en forma general (Gallo, 2017, p. 347). Así, el primero de los mencionados artículos, dispone que las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo con la buena fe. El artículo 1338 del referido Código Civil establece que la parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir el daño sufrido por esta, por haber confiado sin su culpa, es la validez del contrato”. Como bien señala Francesco Benatti (1963, p. 01), uno de los juristas italianos que ha estudiado profundamente esta institución, la regulación del Código Civil italiano responde a la exigencia, muy bien en la moderna consciencia social, de tutelar al contrayente lesionado durante la fase precontractual, por el comportamiento incorrecto o deshonesto de la otra parte, y representa el punto de llegada de una trayectoria histórica que proviene del derecho romano y del pensamiento clásico, como de Marco Tulio Cicerón, el famoso jurista y orador del siglo I antes de Cristo, quien reprochaba en sus palabras “dolo malo”, quien “da a entender una cosa y hacer otra”, hecho por “hombres falaces, pérfidos e injustos” (Cicerón, 1946, pp. 204-205).

#### **4.7. Buena fe y seguridad jurídica**

En la doctrina se ha señalado que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que comporta un

deber esencial de los contratantes (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 3) al momento de efectuar las negociaciones. En sentido subjetivo, De la Puente considera que la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen (adquirente, poseedor, cónyuge del bígamo); por lo cual se le llama buena fe-creencia. En sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él), lo que determina que se le denomine buena fe — lealtad” (citado por Osterling y Rebaza, s.f., p. 04).

Entonces, la buena fe obliga a las partes a cumplir ciertos deberes que permiten a los tratantes tomar las decisiones que mejor beneficien a sus intereses, el de no divulgar información conocida por medio de las tratativas, el de informar sobre la existencia de negociaciones paralelas, el de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el avance de las negociaciones o las terminen (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 4). Por tanto, se verifica que la conducta de las partes, en la fase de tratativas, se encuentra limitada tanto por las reglas de la buena fe como por la doctrina de los actos propios<sup>(1)</sup>. Una conducta contraria a estos principios determina que el infractor incurra en responsabilidad (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 6).

- 
- (1) Según esta doctrina no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre solo cuando (i) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (ii) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original), y (iii) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

La doctrina de los actos propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar, pero que se pierde como consecuencia de la contradicción.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria (Bullard González, pp. 52-53).

Esta responsabilidad contractual importa en la obligación legal de reparar un daño surgido en el periodo previo al perfeccionamiento de un contrato (Varacalli y Picasso, 1992, p. 209).

Estando a lo antes indicado, advertimos la existencia de deberes al momento de la negociación contractual, que, si bien tiene como fuente la buena fe, ello no basta para resarcir los daños que causa una parte a la contraparte. En ese sentido, se propone su regulación a fin de que la parte infractora indemnice los daños que genere a su contraparte por el incumplimiento de un deber precontractual.

En definitiva, debe precisarse que para que se genere una responsabilidad precontractual no se subsume en cualquier ruptura, sino que esta debe ser injustificada e intempestiva (Osterling y Rebaza, p. 6), generando responsabilidad.

De lo mencionado, se infiere que la etapa de celebración y ejecución del contrato están regulados y quien haya sufrido un daño o perjuicio puede solicitar indemnización. Empero, en la etapa de la negociación se ha limitado mencionar que se celebra según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, como consecuencia de ello, cualquiera de las partes puede en esta etapa romper la confianza o tratativas que se haya generado sobre el otro, y este no tendrá derecho a reclamar si sufriese algún daño.

Entonces, este principio de buena fe, que básicamente explica y sustancia los deberes de comportamiento de las partes durante las negociaciones, es en derecho civil una cuestión de moralidad y de justicia y, como tal, forma parte del orden público (Pereirano Barrocas, p. 5). Resulta ser una mera regla de orden moral, sin mayores efectos jurídicos.

La buena fe, como principio involucrado en la etapa de la negociación, se entiende, de forma general, como el deber de lealtad y corrección o, lo que es lo mismo, el deber de obrar de manera leal y correcta, empero, la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo (Oviedo Alban, 2008, p.89), según sus expectativas o aspiraciones, y considerando siempre el principio de la libertad contractual como concepto fundamental. No obstante ello, la responsabilidad precontractual puede surgir independientemente de la existencia de declaraciones de intención y de la naturaleza vinculante de esa intención. Esta existe por el mero hecho de que las partes de una relación precontractual, además de cualquier otro requisito, deben respetar los deberes de buena fe. De este modo, deben considerarse incluidos en ese trámite, entre otros, los siguientes deberes: el deber de no romper las negociaciones cuando la otra parte esperaba razonablemente la celebra-

ción del contrato; el deber de no rechazar la renovación de un contrato, cuando la otra parte confió razonablemente en una promesa de renovación o por evidente deducción de su comportamiento. (Pereirano, p. 5); y por último está inmerso el principio de la autonomía privada y responsabilidad precontractual que implica que no debe de ponerse en modo alguno en cuestión que quienes se proponen iniciar o mantienen negociaciones para la celebración de un contrato puedan celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes en los que pacten expresamente o de los que quepa deducir el contenido de sus deberes de conducta en las futuras negociaciones, e incluso determinen las consecuencias de su eventual incumplimiento. La consiguiente responsabilidad por daños será cuando así suceda de naturaleza obviamente contractual. Y debe reconocerse también la posibilidad de limitar por pacto el *an* y el *quantum* legales de la responsabilidad precontractual no dolosa; bien que respetando, en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación. No hay razón para considerar el régimen legal de la responsabilidad precontractual un mínimo estrictamente imperativo (Pantaleón, 2011, p. 905).

Dentro de lo mencionado línea arriba; es importante mencionar que uno de los principios bases dentro de la problemática expuesta es el principio de buena fe, que comporta un deber de comportamiento de las partes en la etapa de las tratativas; sin embargo, esta no es la única, puesto que está inmerso dentro de esta también un principio implícito de carácter constitucional, la seguridad jurídica, que se constituye según lo establecido por el Tribunal Constitucional<sup>(2)</sup> como un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico<sup>(3)</sup>; sin dejar de lado el valor jurídico de la justicia y equidad, por cuanto este vacío podría contribuir a que una de las partes dentro de la etapa de la negociación tenga algunas ventajas

---

(2) STC N.º 00010-2014-PI/TC, f. j. N.º 14-17.

(3) Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria. Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (y en él) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC N.º 0009-2001- AUTC, f. j. N.º 18].

en detrimento de la contraparte, propiciando en todo momento la igualdad entre estos, igualdad que como nos dice Mesía Ramírez, citando a la STC<sup>(4)</sup> que siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Al respecto el TC ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad: funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales; precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las Leyes reconocen y garantizan (2018, p. 116-117); según lo instituido por el TC<sup>(5)</sup> el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y plena del plexo de derechos que la Const. P. del Perú y las leyes reconocen y garantizan (Mesía, 2018, p. 116).

Ahora bien, el vacío legal descrito supra puede ser utilizado de manera arbitraria por una parte en detrimento de la otra; debido a que por ejemplo una persona que está en la etapa de tratativas con otra y está tiene la creencia que el contrato de compraventa se celebrará, vende el bien inmueble donde habita a fin de adquirir otro en una ubicación más adecuada a sus intereses; empero, este último sin mayor justificación y de manera intempestiva decide no celebrar el contrato pese a la existencia de indicios razonables para la celebración; entonces este daño causado por una parte no puede ser merecedor del resarcimiento, puesto que esta conducta no está tipificada en el orden jurídico, resultando sumamente importante su regulación a fin de evitar acciones arbitrarias y conllevando incluso al abuso del derecho.

## V. Análisis y discusión

El tema bajo análisis se centra en normar un tercer sistema de la responsabilidad civil a fin de proteger a las partes dentro de la etapa de la negociación, lo que se constituye no solo como la protección de un derecho de carácter patrimonial, sino más bien uno de carácter fundamental que se sustenta en el artículo 2, inciso 14) de la Constitución Política del Perú, y se solidifica en el derecho al libre desarrollo establecido en el artículo 2, inciso 1) de la carta fundamental,

---

(4) f. j. jurídico 22 del Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

(5) f. j. jurídico 121 del Exp. N.º 0004-2006-PI/TC

más aún si el art. 62 señala que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Estas disposiciones constitucionales recogen y establecen no solo derechos fundamentales, sino también valores implícitos constitucionales como la seguridad jurídica, que se constituye según lo establecido por el TC<sup>(6)</sup> como un principio consustancial al Estado constitucional de derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico<sup>(7)</sup>.

Entonces, en mérito a las disposiciones de carácter constitucional desarrollada en un precepto legal delimita la actuación de quien ejerce el derecho, pues no puede trasgredir el derecho del otro ejerciendo el suyo; esto se encuentra limitado por el artículo 1362 del Código Civil que prescribe que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, lo que comporta un deber esencial de los contratantes (Osterling Parodi y Rebaza González, p. 3). Por tanto, una conducta contraria a estos principios determina que el infractor incurra en responsabilidad (Osterling y Rebaza, p. 6).

No obstante, lo descrito en las disposiciones normativas no se condicen con la realidad, puesto que una de las partes en la fase de las tratativas puede perfectamente desistirse, renunciar, apartarse o retraerse en la celebración del contrato, dejando en una suerte de incertidumbre a la contraparte, quien tenía expectativas razonables sobre el mismo, y generar con ello daños a una de las partes. Frente a ello, y a fin de proteger a la parte perjudicada, se hace necesario establecer un sistema de responsabilidad civil precontractual; precisando que esta es perfectamente atendible en función al fenómeno del Estado constitucional de derecho, los derechos fundamentales y los valores inmersos dentro de este. Asimismo, nos obliga a reflexionar en torno al valor seguridad jurídica que representa un principio consustancial de un Estado, ya que no se puede permitir

---

(6) STC N.º 00010-2014-PI/TC, ff. jj. 14-17

(7) Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria. Ahora bien, la garantía de certeza y predictibilidad del (y en él) comportamiento de los poderes públicos y de los ciudadanos no es lo mismo que inmutabilidad o petrificación del ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica no constitucionaliza la estática social. La vida en comunidad está en constante transformación y, con ella, también las reglas que aspiran a disciplinarla. Por ello, constituyendo el nuestro un ordenamiento jurídico esencialmente dinámico, el principio de seguridad jurídica no impide que el legislador pueda modificar el sistema normativo [Cf. STC N.º 0009-2001- AUTC, f. j. 18].

disposiciones normativas que avalen la afectación de derechos, menos aún dejar en el limbo a las personas perjudicadas por la actuación de mala fe y la afectación de sus derechos.

Entonces, los argumentos descritos nos permiten concluir que el artículo 1362 CC Civil es una norma regla de carácter indeterminado, porque no nos da mayor alcance sobre cómo se debe proteger a las partes dentro de la etapa de las tratativas. Si bien menciona la conducta que debe guiar la negociación, no describe la consecuencia jurídica del actuar de mala fe y, por consiguiente, la generación de daños; pues no existe una descripción del comportamiento en dicha regla (Viola, 2000, p. 938). Por tanto, existe una laguna normativa. A decir de Ródenas (2012), este sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, como puede verse en la Casación N.º 5507-2015 - Piura, pues, por deficiencia normativa, se determinó como irrelevante emitir una decisión de fondo, pese a que resulta de importancia.

## VI. Conclusiones

- a) Pretender regular un tercer sistema de responsabilidad civil precontractual. Se procura materializar el principio de la buena fe contractual y, como consecuencia de ello, garantizar el principio-valor justicia, equidad e igualdad, puesto que la libertad contractual no puede legítimar su transgresión.
- b) Se propone dotar de seguridad jurídica a las partes en la etapa de las tratativas, a fin de evitar separaciones arbitrarias de una de las partes y la consiguiente afectación económica y moral de la contraparte.
- c) En tal sentido, se considera la implementación de una estrategia civil para proteger a las partes, pero sin que una de ellas obtenga mayores beneficios en perjuicio de la otra. Esto porque, si eventualmente no se llegase a celebrar un contrato, debe existir un motivo razonable que justifique tal decisión.

## VII. Referencias

- Barchi Velaochaga, L. (2015). *Artículo 1362. Buena fe. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Pacífico Editores.
- Benatti, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Giuffrè editore.
- Cicerón, M. T. (1946). *Los deberes y las paradojas de los estoicos*. Traducción directa del latín de Agustín Blánquez. Editorial Iberia.

- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. PUCP, Fondo Editorial.
- Gallo, P. (2017). *Il contratto, Trattato di Diritto Civile V*, G. Giappichelli editore.
- Mesía Ramírez, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Soto Coaguila, C. A. (2015). *La responsabilidad civil en el Código Civil Peruano de 1984. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Pacífico editores.
- Bullard González, A. (2010). Los fantasmas sí existen: la doctrina de los actos propios. *Ius et Veritas*, 20(40), 50-62. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12140>
- Farnsworth, E. Allan. (2004). Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones. *THEMIS Revista De Derecho*, (49), 81-125. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8569>
- Osterling Parodi, F. & Rebaza González, A. (2008). La ruptura injustificada de tratativas contractuales. *Iuris Omnes*. <https://cutt.ly/EDjF0ns>
- Oviedo Alban, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Vniversitas*, 57(115), 83—116. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14577>
- Pantaleón, F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Estudios Monográficos*, 897-929. <https://cutt.ly/pDjGte5>
- Pereirano Barrocas, M. *Responsabilidad precontractual*. En [responsabilidad-precontractual-manuel-barrocas.pdf \(storyblok.com\)](https://storyblok.com).
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho*. indeterminación, validez y positivismo jurídico. Marcial Pons.
- Varacalli, D. y Picasso, S. (1992). Responsabilidad precontractual y postcontractual. *Lecciones y Ensayos* (60 y 61), 209-239 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>