

¿PODRÍA USTED “NO HACER” NEGOCIOS CONMIGO? SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA BUENA FE*

JOSÉ JUAN HARO SELIAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master en Derecho (L.M.) por la Universidad de Chicago.
Profesor de Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la
Escuela Superior de Administración de Negocios para Graduados (ESAN).

SUMARIO

I. Introducción.- II. Las intenciones y los costos de transacción.- III. La buena fe en la responsabilidad precontractual.- IV. ¿Cuándo debe hacerse responsable a un potencial contratante?.- V. ¿Qué remedios deben admitirse en los casos de responsabilidad precontractual?.- VI. A manera de conclusión.

“Les doy un mandamiento nuevo: que se amen los unos a los otros. Ustedes deben amarse unos a otros como yo los he amado. En esto reconocerán todos que son mis discípulos: en que se aman unos a otros.”

Jn 14, 34-35

“Ustedes han oído que se dijo: ‘Amarás a tu prójimo y no harás amistad con tu enemigo’. Pero yo les digo: Amen a sus enemigos y rezen por sus perseguidores, para que así sean hijos de su Padre que está en los Cielos.”

Mt 5, 43-44

“Amen a sus enemigos, hagan el bien y presten sin esperar nada a cambio.”

Lc 6, 35

I. INTRODUCCIÓN

Año tras año, los publicistas de todo el mundo dedican su atención a responder una simple pregunta: ¿Cómo incrementar las ventas de un producto? Hasta el día de hoy, la respuesta – aunque con ciertas variaciones – ha sido siempre la misma: destacar las ventajas del bien o servicio y esconder (o pasar por alto) sus desventajas.¹ No es común encontrar un aviso publicitario en el que se difunda abiertamente las razones por las que no debe consumirse un producto. Por lo menos, no existe un aviso de tal naturaleza que haya sido pagado por el fabricante o que algún fabricante esté dispuesto

¹ Para Yoram, con amor, por su buena fe creencia y por su buena fe lealtad.

² Para Margal Motre, un reconocido especialista en materia publicitaria, el asunto está bastante claro: La creatividad publicitaria tiene por objeto concebir el anuncio como un programa diseñado para influir en la mente de millones de personas, de modo que el mensaje quede grabado en su memoria. Ver, al respecto, MOLINE, Margal, *La comunicación activa publicitaria* (Madrid, Deusto, 1991).

Al mismo autor pertenece el siguiente texto: “La creatividad, o sea la concepción de una pieza de comunicación efectiva, es difícil al consideramos que es lo que tenemos de consuegro con un anuncio: que todas las actividades de un lugar recubran el mensaje que nuestra marca quiere hacerles llegar. ¿Y esto es difícil? Hombre, lo es todo este día, incluso que no hacer con fugues de 30 años. Vas a hacer spots de 30 segundos, y quieres que recuerden lo que quisiera ser spots.” (al instante es corregido). MOLINE, Margal, *El Libro práctico del anunciante*. En: <http://www.moline-consulting.com.pe/lean-buena-fede.html>

a financiar. Quizá porque se reconoce implícitamente que la publicidad es necesaria en una economía de consumo, nadie ha pretendido inventar una regla de derecho en base a la cual se disponga que todos los anuncios publicitarios deben ser elaborados del modo más objetivo posible. En su lugar, es principio reconocido entre nosotros que un consumidor razonable percibe un anuncio como un mensaje elaborado por una parte interesada y, por tanto, debe estimarlo digno de menor crédito que la información periodística difundida por una agencia noticiosa.² Nuestro Derecho Publicitario se ha construido sobre el entendimiento de que el consumidor, a pesar de la asimetría informativa en la que se encuentra respecto del proveedor, es de hecho quien debe proteger en primer término sus intereses y que – por tanto – no puede aproximarse a la publicidad de una forma cándida o despreocupada.

Un mundo en el que se exigiera que los fabricantes se esforzaran por no vender sus productos sería un mundo de fantasía. En el mundo real, los proveedores están obligados a responder frente a los consumidores por los defectos o vicios de los bienes o servicios que colocan en el mercado, pero en modo alguno tienen la obligación de indemnizar al consumidor por la adquisición de un producto que posteriormente se compruebe de inferior calidad que el fabricado por un tercero. Un consumidor debe ser perfectamente consciente de que el proveedor intentará siempre desarrollar un argumento de venta en el que se exacerben las ventajas de sus productos y las desventajas sean, en el mejor de los casos, presentadas como completamente aceptables. Es al consumidor a quien corresponde elegir entre las distintas opciones que se le presentan en el mercado. No toca al proveedor sustituir a aquél en sus decisiones.

En el área de las relaciones de consumo, las reglas parecerían estar claramente definidas. Los proveedores sólo soportan la obligación de revelar información relevante sobre las características de sus productos o servicios.³ Cumplida dicha obligación, es perfectamente lícito – y es además deseable – que los hombres de negocios se preocupen por incrementar sus ventas a través de anuncios publicitarios cuidadosamente diseñados o recurran a cualquier otra técnica de mercadeo.

En el campo de la contratación paritaria, sin embargo, las cosas no resultan del todo claras. El artículo 1362 de nuestro Código Civil establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Comentando este precepto, ha dicho el doctor Manuel de la Puente y Lavalle que *“la buena fe consiste en que cada interesado tenga en cuenta no sólo su propio interés, sino el de la contraparte, pues ambos han servido como motivo*

² Este es, de suyo, el contenido esencial del precedente de observancia obligatoria formulado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP en la Resolución 032-95-TRF-SDC, recorda en el proceso seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Distrital con Utilizadores del Pacífico S.R.L., y otros. Tal precedente, vigente hasta el día de hoy en nuestro medio, estima que: “el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente ante que impide al considerarlo las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válido de esperarse que el consumidor siempre que no violado el principio de buena fe comercial”.

³ Así se deriva de la aplicación conjunta del inciso (j) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor (aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716) y del artículo 15 del mismo texto normativo. La primera de dichas normas reconoce que las comunicaciones tienen “derecho a recibir de sus proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para elevar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. La segunda establece lo siguiente:

“El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, oportuna, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y a la salud de las personas, esta obligación se extiende a incorporar sobre sus ingredientes y componentes.

Esta prohibe toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto de la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, formas de empleo, características, propiedades, abastecedor, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

determinante para el ajuste del convenio.⁴ No se equivoca el maestro en cuanto pone el acento en el propio interés de las partes contratantes. Es bien sabido que la perspectiva de un beneficio es lo que convoca a los privados a la celebración de contratos.⁵ Lo que resulta problemático en una aseveración de esta naturaleza es la idea de que una parte contratante pueda estar obligada, a su vez, a tener en cuenta también el interés de la contraria. Si un principio como éste se llevara al extremo, las partes contratantes – actuando como fiduciarias la una de la otra – deberían quedar obligadas a revelarse recíprocamente toda la información que posean en relación con la transacción contractual. Pero, como lo indica Richard Posner,⁶ una regla de este tipo sólo llevaría a la virtual eliminación de todos los incentivos para obtener información y producir conocimiento con miras a la celebración de contratos. Una regla de “revelación plena” nos empujaría a un mundo sin contratación.

Para hacer honor a la verdad, debe reconocerse que el doctor de la Puente y Lavalle no es partícipe de una extensión tan hiperbólica del principio de la buena fe. El ilustre profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú es consciente de que – aun desde su propio punto de vista – es necesario distinguir entre la forma en que una parte tiene en cuenta su propio interés y el modo en que debe cuidar por el interés de su contraparte. En línea con ello, el maestro tiene dicho en otro lugar que el “deber de información (derivado de la buena fe) no llega al extremo que uno de los tratantes debe necesariamente poner en conocimiento del otro datos relativos a su propia condición económica, que lo pueden hacer perder o debilitar su poder de negociación”⁷ o – de un modo más general – que la conducta exigible a los tratantes debe juzgarse “según el *standard jurídico (sic) del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponde a las circunstancias del tiempo y del lugar (...), con el propósito razonable de llegar a celebrar el contrato que se proponen, pero sin llegar a pedírsele que proteja los intereses de su, podemos llamarlo así, adversario*”⁸.

A pesar de que resulta casi un lugar común el aceptar que la buena fe tiene sus límites y que en definitiva nadie puede preocuparse por los negocios de su contraparte más de lo que se preocupa por los suyos propios, no puede negarse que es muy poco lo que nuestro Código Civil esclarece cuando indica que debe actuarse con “buena fe” durante la negociación, formación y ejecución del contrato. Si la “buena fe” no constituye la actualización jurídica del principio de moral cristiana con arreglo al cual debe amarse al prójimo como a uno mismo, ¿cómo puede, entonces, configurarse el instituto? ¿Cuáles son, en definitiva, los contornos exactos del principio de “buena fe”? ¿cómo distinguir un comportamiento malicioso de un comportamiento puramente egoísta, pero lícito? y ¿qué responsabilidad puede acarrear el comportamiento malicioso? Son preguntas que el artículo 1362 del Código Civil no es capaz de contestar.

⁴ DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *La fuerza de la oferta*. En: ALTERINI, Adolfo Anibal y otros. *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Temsa, Bogotá, 2000, pp. 271-280.

⁵ De hecho, nadie celebraría contratos o se involucraría en negociaciones contractuales si no actuara bajo la expectativa de obtener un beneficio o satisfacer una necesidad. Cuanto mayores sean las perspectivas de ganancia, mayor será también el interés de los privados por involucrarse en ciertos negocios. Las promociones que de tanto en tanto realizan las casas comerciales basadas únicamente en este punto: ellas son hechas con la intención de incrementar el consumo de un determinado bien o con el propósito de atraer a potenciales clientes con la perspectiva de “colocar” otros productos.

⁶ En concreto, afirma Posner: “No obstante que la información, una vez obtenida, puede ser transmitida a muy bajo costo a otra persona, no resulta es barato obtenerla; y si no permitimos a la parte que obtenga beneficios de la información mediante su explotación, evitamos malos incentivos o ningún incentivo para obtener información en primer lugar, y la sociedad será quien pierda”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* 5 ed. Aspen, Nueva York, 1998, p. 122.

⁷ DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *El Contrato en General*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. Tomo II, p. 89.

⁸ DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *Op. cit.* Tomo II, p. 57-58.

Desde un punto de vista normativo, la cuestión parece no ser tan relevante en cuanto refiere a la formación y ejecución de los contratos. El Código de la materia cuenta con una batería preceptiva bastante extensa dedicada a ambos estadios del devenir contractual, por lo que la incertidumbre que pueda generar una indefinición en el principio de "buena fe" no parece susceptible de producir soluciones indeseables en este campo (por lo menos, no por aplicación directa del principio). Lo propio no ocurre, sin embargo, en el escasamente atendido plano de los tratos o negociaciones preliminares. Porque, a despecho de la escasez normativa del artículo 1362 del Código Civil, entre nosotros se reconoce unánimemente que dicha norma constituye la única base positiva a partir de la cual debe construirse en el Derecho peruano la doctrina de la responsabilidad precontractual.

En el presente artículo, pretendemos realizar una sencilla aproximación al fenómeno de la responsabilidad precontractual desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho. Como quiera que nuestra intención consiste preponderantemente en analizar los incentivos y desincentivos que pueden generarse al establecer reglas legales para atender el problema de la actuación maliciosa en las tratativas, descuidaremos sin duda algunas cuestiones sobre las que es usual discutir en nuestra doctrina y cuyo tratamiento no juzgamos, al menos en este momento, de relevancia particular. No indagaremos por tanto si la responsabilidad precontractual tiene un fundamento contractual o aquiliano. Tampoco nos preguntaremos sobre los antecedentes históricos de la institución. Más que un punto de llegada, las líneas que siguen pretenden ser sólo un punto de partida para el análisis de algunos aspectos de la responsabilidad precontractual que nos parecen de la mayor importancia. Y, probablemente, un modesto cuestionamiento sobre algunos lugares comunes existentes en nuestro pensamiento jurídico.

II. LAS TRATATIVAS Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Desde un punto de vista general, un contrato puede ser visto como un acto de regulación de intereses privados, por medio del cual las partes (o sólo una de ellas, en el caso de los negocios de prestación unilateral) convienen expresamente en sujetar su esfera jurídica de un modo tal que su contraparte pueda obtener la satisfacción de un particular interés propio. Una visión como ésta – bastante más amplia que la contenida en el artículo 1402 de nuestro Código Civil⁹ – permite comprender dentro de la noción de contrato a aquellos negocios cuyos efectos exceden o resultan completamente ajenos a los meramente obligatorios. Como bien ha explicado el doctor Hugo Forno,¹⁰ el día de hoy no puede negarse que los contratos no sólo crean, modifican, regulan o extinguen obligaciones, sino que de suyo son capaces de producir efectos atributivos automáticos (éste es el caso del llamado contrato con efectos reales) o generar relaciones jurídicas bien distintas de la tradicional obligación¹¹.

Ya sea que un contrato genere obligaciones (y que, por tanto, suponga el riesgo de incumplimiento) u origine otro tipo de efectos jurídicos, en la actualidad es indiscutible que la particular regulación de intereses privados contenida en un negocio contractual sólo es jurídicamente relevante desde el momento en que el contrato mismo queda

⁹ Código Civil, Artículo 1402 - El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

¹⁰ FORTO, Hugo. *Apuntes de la doctrina de contrato*. IIR. *Sacrosanctos Jurídicos*. Tomo 70-8, mayo de 2000, pp. 9-36.

¹¹ Como aquella que, en el contrato de opción, colga un estado sin sujeción – al del concedente – con un derecho potestativo – al del optante –, en razón de lo cual el optante se encuentra en capacidad de satisfacer su propio interés – la celebración de un contrato definitivo – sin necesidad de recurrir a la cooperación actuada del concedente.

confirmado y nunca antes.¹² Para ponerlo en otros términos, hasta que el contrato no queda perfeccionado las partes se encuentran legitimadas para decidir – con la más absoluta libertad – si resulta conveniente para ellas (o no) concluir el negocio que se les propone. Ésta es, en efecto, la regla general vigente en todos los sistemas occidentales de derecho privado.¹³

Piénsese en lo que ocurriría en un mundo en el que la norma fuera precisamente la contraria. Si cualquier contacto entre privados con miras a un futuro contrato originara un vínculo jurídicamente relevante, muy pocos tendrían incentivos para aproximarse a un potencial proveedor o cliente para proponerle un futuro negocio, salvo que tuvieran desde el principio una razonable perspectiva de concretar un contrato. Si esto último no fuera aparente – por ejemplo, si no se contara con información suficiente sobre la contraparte o sobre su producto – podría resultar tremendamente riesgoso iniciar contactos previos: no tendría sentido someterse a la eventualidad de quedar vinculado con alguien si, en primer lugar, uno no tiene claro todavía si puede resultar buena idea celebrar un contrato con éste.

Es bastante evidente que para llegar a un entendimiento en los términos y condiciones que habrán de regir una relación contractual (en el caso de quedar conformada ésta), las partes deben involucrarse en una serie de contactos previos y embarcarse, según fuera el caso, en una más o menos larga etapa de negociaciones o tratativas destinadas a configurar el sentido del acuerdo. Una regla que priva a tales negociaciones de efectos vinculantes favorece de hecho la celebración de contratos y produce eficiencia social. Sólo cuando los privados son autorizados a aproximarse sin correr el riesgo de quedar involuntariamente vinculados se generan los incentivos necesarios para que el mercado funcione adecuadamente.

Esto no significa, por cierto, que las negociaciones preliminares no tengan relevancia de ninguna especie. El contrato es un producto acabado, que – cuando menos en el caso de los negocios de mayor complejidad – constituye el resultado directo de las tratativas que le han precedido. No puede negarse que, en ocasiones, será perfectamente razonable acudir a las comunicaciones remitidas en el curso de las discusiones previas para desentrañar el verdadero sentido de un término o estipulación contractual que puedan resultar oscuros. Tampoco puede soslayarse el hecho de que el equilibrio contractual – la propia racionalidad económica del contrato – se configura precisamente como producto de las negociaciones, por lo que podrá tenerse en cuenta la historia anterior a la celebración del contrato para analizar una pretensión de excesiva onerosidad o de lesión, sólo por citar algunas posibilidades. Nótese, sin embargo, cómo es que lo acaecido en las tratativas empieza a ser relevante en los casos antes referidos – cuando menos desde una perspectiva general – sólo si el contrato efectivamente ha llegado a concluirse. Como destaca Scognamiglio, *“La fase de dichas negociaciones (...) precede a la fase formativa propiamente dicha, constituye un momento preliminar y no necesario, y se concreta en una serie de actos que de suyo no son vinculantes en cuanto se refiere a la celebración del contrato, pero que si son susceptibles de asumir en la práctica un cierto relieve dentro de esa finalidad,*

¹² Como ha dicho De Los Mozos: “Lo que se permite en relación para discutir o proseguir trato preparatorio con vistas a concluir un contrato no está obligado a nada, mientras no lleguen a un acuerdo”. DE LOS MOZOS, José Luis. Responsabilidad de los “tratos preparatorios” del contrato. En: DE ANGELO, YAGÜEZ, RICARDO e IZQUIERDO TOLGADA, Mariano. Estudios de Responsabilidad Civil de Adonaxio el profesor Roberto López Cabana. Dykinson, Madrid, 2001. p. 178.

¹³ Esto es verdad, aunque con matices: tanto en el sistema del Derecho común anglosajón como en la tradición romano-germánica. En ambos no existe contacto – conforme reza el artículo 1259 de nuestro Código Civil – mientras las partes no se encuentran de acuerdo sobre todas sus estipulaciones.

por lo menos en los negocios de mayor importancia".¹⁴

El problema presenta contornos claramente diferenciables en el supuesto – por lo demás, perfectamente imaginable – que los tratos previos no arriben a buen término. La razón es bastante clara desde un punto de vista económico: celebrar contratos tiene un costo. No es posible imaginar – ni siquiera en el plano de las relaciones de consumo – situaciones en las que una de las partes no incurra en costos de alguna naturaleza para la conclusión de un negocio jurídico. El consumidor que desea beneficiarse con una oferta publicada en un encarte por una cadena de supermercados habrá incurrido en el costo que supone la mera revisión del encarte y deberá incurrir, además, en costos de transporte y tiempo para acudir al supermercado. Conforme las operaciones comerciales se incrementan en complejidad o se relacionan con bienes o servicios de mayor valor, los procesos de búsqueda y negociación previos tienden a extenderse en el tiempo: las familias que desean adquirir un inmueble – normalmente, una sustancial inversión – están dispuestas a emplear muchos fines de semana y revisar varias fuentes de información antes de tomar una decisión de compra. Los costos de transacción (búsqueda y negociación) en los que un privado incurre antes de concretar un negocio se justifican por regla general sólo en el caso que logre concluirse el contrato esperado, pero se pierden irremediabilmente en el supuesto que el negocio no llegue a celebrarse.

La pregunta que debe responderse desde un punto de vista económico es quién debe asumir los costos de transacción en el caso de frustración de los tratos preliminares o, para ponerlo en otros términos, a quién corresponde el riesgo de que un contrato no llegue finalmente a concretarse.

Conociendo que siempre existe una probabilidad de que las tratativas no concluyan con la celebración de un contrato, puede diseñarse un simple modelo económico para analizar las diferentes alternativas que enfrenta una persona interesada en comprar un determinado producto. Si los costos de transacción (c) en que habrá de incurrirse para celebrar un contrato de compra fueran perfectamente estimables de antemano y la probabilidad de concluir el negocio (p) fuera cien por ciento segura, la única condición que debería cumplirse para que un potencial comprador decidiera incurrir en tales costos sería que la ganancia esperada del negocio para él si el contrato se celebra (gE)¹⁵ – equivalente a la diferencia entre el valor del bien para éste si el contrato se celebra y el precio esperado – fuera superior o cuando menos igual a c ; vale decir que debe cumplirse necesariamente que $gE = c$ ¹⁶. En aquellos casos en que

¹⁴ SCOTLAND, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991 p. 119.

¹⁵ El concepto de ganancia esperada mide el beneficio que una parte contratante anticipa obtener de un contrato. En un contrato de compraventa, los compradores obtienen ganancias iguales a la diferencia entre el precio y el valor del bien para ellos, los vendedores, a la diferencia entre el precio de venta y el costo. Por ejemplo, si un carpintero vende en \$100 una silla cuyo costo de fabricación es de \$80, la ganancia de la transacción es igual a \$20, pero tal ganancia sólo se obtendrá si el contrato se cumple. Como quiera que en el momento de celebrarse el contrato el carpintero desconoce si dicho contrato se cumplirá o no (dado que siempre existe el riesgo de que el comprador nunca pague por la silla), la ganancia esperada es igual a la probabilidad de que el contrato se ejecute y se obtenga una ganancia de \$20, sumado a la probabilidad de que el contrato no se ejecute y el carpintero pierda \$80 (el costo de fabricación de la silla). Supongamos que, en la experiencia del carpintero, los clientes cumplen con pagar por los muebles que compran en el 90% de los casos, en el 4% de los casos, sin embargo, el precio nunca es honrado. Con tal información, podemos estimar la ganancia esperada de esta venta en particular, del siguiente modo: $gE = 0.90(\$20) + 0.04(-\$80) = \$18.2 - \$3.2 = \$15$.

¹⁶ Una vez que un contrato se ha celebrado, la obtención de una ganancia se encuentra sujeta al riesgo de incumplimiento (que comprende no sólo al incumplimiento voluntario, sino también al involuntario o justificado). Cuando el contrato todavía no se ha celebrado lo que ocurre precisamente en el caso de las negociaciones preliminares, la obtención de la ganancia esperada si el contrato se celebra sólo es posible si las negociaciones llegan a buen término. Por esta razón, para que una parte decida incurrir en costos de transacción debe ocurrir que la probabilidad de que el contrato se celebre (p) y se obtenga la ganancia esperada (gE), sumado a la probabilidad de que el contrato no se celebre ($1-p$) y se pierdan todos los costos de transacción (c) sea mayor o igual a los costos de transacción en sí mismos, o que $p(gE) + 1 \cdot (-c) = c$. Como quiera que por hipótesis hemos asumido que la probabilidad de que el contrato se celebre es de 100 por ciento (lo que implica que $p = 1$ y $1-p = 0$), la ecuación puede describirse como $1 \cdot (gE) + 0 \cdot (-c) = c$ ó $gE = c$. Para una explicación de las razones por las que hemos denominado "1" a la probabilidad de que el contrato se celebre, ver nota 18.

tal condición no se presentara, resultaría absolutamente irracional intentar la celebración de un contrato: carece de sentido incurrir en un costo que no sea capaz de producir al menos un beneficio equivalente a la suma invertida.

Lamentablemente, las cosas no son tan simples en la realidad. En el mundo real la decisión de incurrir o no en costos de transacción se encuentra sujeta a grados distintos de incertidumbre.¹⁷ En primer lugar, siempre existe una probabilidad de que el negocio no se celebre ($1-p$)¹⁸: el consumidor interesado en adquirir un producto puede desplazarse hasta el supermercado sólo para encontrar que el stock ha quedado completamente agotado, de la misma forma que una familia puede pasar meses enteros en la búsqueda de un inmueble que nunca llegará a adquirir. En segundo término, en la mayor parte de los casos no es posible anticipar con exactitud, antes de iniciar la búsqueda o embarcarse en tratos preliminares, cuál será el nivel exacto de c : una familia con mucha suerte puede encontrar un inmueble aparente en una semana de exploración y concretar la compra con relativa rapidez, aunque también es posible que la búsqueda y negociaciones insuman a otra un año entero. Por último, no siempre resulta cierto que los costos de transacción incurridos son irrecuperables o carecen de valor si el contrato no llega a celebrarse: la información acopiada por una corporación como parte de las negociaciones para adquirir una empresa rival bien puede ser utilizada por esa misma corporación, sólo por citar un ejemplo, para decidir otras líneas de acción en el futuro. La existencia de costos de transacción recuperables (r) reduce el riesgo de la parte contratante y, por tanto, es un elemento que también debe ser tomado en cuenta en el análisis.

Si bien es posible extender nuestra exploración para comprender todas las variantes antes mencionadas,¹⁹ para los propósitos del presente artículo parece suficiente examinar un escenario más o menos simple. Supongamos, entonces, que el nivel de c es perfectamente conocido de antemano, de modo que el comprador anticipa que invertirá exactamente la misma suma tanto si el contrato queda concluido como si éste no se concluye. Imaginemos, además, que los costos de transacción serán totalmente irrecuperables en el caso que el contrato no se concluya. Por más que este escenario no se presente en todos los supuestos, es perfectamente plausible en algunas circunstancias: el ejemplo más cercano es el del consumidor que invierte tiempo y dinero para acudir al supermercado con la esperanza de adquirir un producto

¹⁷ Los economistas identifican dos clases de incertidumbre. El primer tipo – al que suele denominarse incertidumbre primaria – se presenta porque algunos eventos futuros, desconocidos el día de hoy, son cruciales para la determinación del valor actual de un variante; en la mayor parte de los casos, por citar un ejemplo bastante próximo a nuestro análisis, el nivel de los costos de transacción es que se incurre para la celebración de un contrato futuro es impredecible en el momento en que se llevan a cabo los primeros contactos entre las potenciales partes. El segundo tipo de incertidumbre – llamada incertidumbre secundaria – se presenta cuando la información acerca de ciertos eventos futuros o presentes es conocida por algunas agencias económicas, pero no por todos. Esta clase de incertidumbre se encuentra presente normalmente en las transacciones de consumo, en las que los proveedores manejan mejor información que los consumidores. Para una explicación más detallada, puede consultarse: COOTNER, Robert y ULEN, Thomas; *Desafío y economía*. Fondo Editorial de Cultura Económica, México, 1998, p. 67.

¹⁸ Dado que tenemos denotado p a la probabilidad de que el contrato se celebre, la probabilidad de que las negociaciones no lleguen a buen término es igual necesariamente a $1-p$, ya que – por el simple lógico matemático – la suma de ambas probabilidades debe ser igual a 1 (o 100%). Así, si la probabilidad de que el contrato se celebre es igual a 0.4 (o 40%), la probabilidad de que no se celebre debe ser igual a 0.6 (o 60%), dado que $0.4 + 0.6 = 1$ (o 100%).

¹⁹ De hecho, es posible introducir un poco más de "realismo" en el análisis, modelando un caso en el que ambas partes en una transacción incurren en costos de transacción (que es lo que típicamente sucede) o en el que los costos de transacción para el potencial comprador son superiores a la ganancia esperada para él, pero inferiores a la suma de las ganancias esperadas para ambas partes. Cuando, como ocurre en este último caso, los costos de transacción relacionados con un determinado negocio son especialmente onerosos para una de las partes (por ejemplo, el potencial comprador), la contraparte (por ejemplo, el potencial vendedor) puede desarrollar estrategias comerciales o contractuales destinadas a reducir el nivel de riesgo asumido por aquélla. No que elavive a incrementar la probabilidad de que el contrato se celebre o comprometerse a soportar todo o parte de los costos de transacción si es que el contrato no llega a concretarse. Los contratos de contingencia, los contratos preparatorios, la entrega de arras de retención, la entrega gratuita de mercancía a prueba y otras prácticas similares que ocurren en el mercado pueden cumplir esta función. No es propósito de este trabajo analizar la relación que se presenta entre estas estrategias y el nivel diferente de inversión en costos de transacción, aunque sin duda alguna nos interesaría ocuparnos del asunto en el futuro.

en oferta, inversión que normalmente será la misma tanto si el contrato se celebra como si no se celebra; pero también puede imaginarse el caso de un concurso público para la privatización de una empresa del Estado, en donde no siempre es posible limitar los gastos necesarios para presentar una oferta en atención a la mayor o menor probabilidad de obtener la buena pro. Cuando c es un costo hundido²⁰ perfectamente conocido de antemano, el comprador incurrirá en c sólo si $p(gE) + 1-p(-c) = c$; o, para ponerlo en otros términos, sólo si la probabilidad de celebrar un contrato resulta razonablemente alta al momento de iniciarse las negociaciones. Cuando la probabilidad de celebrar un contrato sea baja, el comprador optará por no incurrir en c , salvo que el valor de gE sea alto.

La utilización de un ejemplo y algunos números puede simplificar el punto. Imaginemos que el día domingo el consumidor recibe en su domicilio, conjuntamente con el diario de la fecha, un encarte en el que se le informa que un producto que normalmente se vende en \$100 está siendo ofertado por el supermercado local, en cantidades limitadas, a un precio de \$50. Como quiera que las compras en el supermercado local se celebran al contado y contra entrega, el riesgo de incumplimiento en el caso que el consumidor encuentre el producto en stock es 0, por lo que la ganancia esperada del contrato si el contrato se celebra es igual a \$50 ($gE = \$100 - \50 o $gE = 50$)²¹. No obstante, tal ganancia sólo se obtendrá si el consumidor va de compras al supermercado – para lo cual tendrá que incurrir en costos de transacción (c) de \$10 (costos de tiempo y transporte) – y logra adquirir el bien.

Supongamos que el consumidor decide acudir al supermercado el propio domingo en la mañana. Es razonable conjeturar que, de ser éste el caso, la probabilidad de encontrar el producto en stock es muy alta: como quiera que la oferta ha sido publicada el mismo día, es poco factible que otros consumidores hayan agotado las unidades disponibles. Asumamos que la probabilidad de encontrar el bien en stock el día domingo es de 90% ($p = 0.9$). Siendo ello así, el domingo será verdad que $p(gE) + 1-p(-c) = c$, dado que $0.9(50) + 0.1(-10) = 45 - 1 = 44$ es mayor que 10. Imaginemos ahora que la probabilidad de beneficiarse con el menor precio se reduce constantemente a razón de un 20% por día. Esto significa que el lunes tal probabilidad será de 70%, el martes de 50%, el miércoles de 30%, el jueves de 10% y el viernes será igual a 0. ¿Valdrá la pena acudir al supermercado el día miércoles? Para saberlo es necesario conocer el valor de $p(gE) + 1-p(-c)$ el miércoles y establecer si éste es mayor o menor que c . Resolviendo la operación, tenemos que $0.3(50) + 0.7(-10) = 15 - 7 = 8$. Considerando el nivel de probabilidades existente, el valor esperado de acudir al supermercado el día miércoles sólo para adquirir el producto ofertado (\$8) es menor que los costos de transacción necesarios para comprarlo (\$10), por lo que no hace sentido incurrir en tales gastos.²²

²⁰ El concepto de costo hundido alude a un costo que, por definición, es irrecuperable una vez incurrido. El típico inversión en una negociación, por ejemplo, es irrecuperable una vez que las negociaciones han concluido. En cambio, los costos desarrollados con ocasión de unos tratos preliminares o los bienes adquiridos en relación con la transacción todavía pueden ser de utilidad para otros propósitos, de manera que la pérdida en estos casos no es igual al total del costo originalmente incurrido.

²¹ Si existiera un riesgo de incumplimiento en la oferta la ganancia esperada sería menor. Por ejemplo, si el valor esperado de la perspectiva de obtener una ganancia de \$50 es el 80% por día de los casos sería únicamente de $0.8(50) = \$40$.

²² El análisis es perfectamente coherente en el caso que el consumidor contemple la posibilidad de acudir al supermercado sólo para adquirir el producto ofertado. En caso contrario – por ejemplo, si el consumidor planea realizar sus compras semanales el día miércoles – será posible que el beneficio que suponga la adquisición de otros productos justifique incurrir en los costos de transacción.

Desde el punto de vista de la eficiencia social,²³ es deseable que los costos de transacción (c) se incurran sólo cuando éstos sean menores que el valor esperado del contrato $[p(gE) + 1-p(-c)]^{24}$. Para que ello ocurra, los potenciales contratantes deberían ser capaces de realizar un análisis similar al efectuado líneas arriba. A tal efecto, sin embargo, sería necesario que los potenciales contratantes conocieran de antemano el valor de p y fueran neutrales al riesgo, lo que no ocurre en la realidad. En primer lugar, p es por definición desconocido. Su valor sólo puede ser estimado por el potencial contratante en base a su experiencia previa o en función a la información que posee sobre la seriedad de la potencial contraparte o sobre otros elementos relacionados con la transacción. En segundo término, la mayor parte de individuos no son neutrales al riesgo. Una persona neutral al riesgo se siente indiferente entre la perspectiva cierta de obtener un beneficio y la expectativa incierta de un valor esperado igual. Por ejemplo, si los costos de transacción para un determinado contrato fueran \$100 y la probabilidad de celebrarlo fuera sólo de 50% ($p = 0.5$), una persona neutral al riesgo optaría por incurrir en los costos de transacción cuando la ganancia esperada del contrato si es que éste se celebra (gE) fuera tan solo de \$300²⁵. Pero no todas las personas actuamos del mismo modo. La mayor parte de individuos siente aversión por el riesgo: prefiere las cosas seguras y rehuye a la incertidumbre.²⁶ Una persona que siente aversión por el riesgo valora más \$100 en el bolsillo que un diez por ciento de probabilidades de obtener \$ 1,000 [ó $0.1(1,000) = \$100$], a pesar de que el valor esperado de ambas alternativas es matemáticamente el mismo.

Cuando el desconocimiento de p y la aversión al riesgo se combinan, la posibilidad de que se generen soluciones ineficientes aparece. En el caso del supermercado, por ejemplo, podría ocurrir que el consumidor estimara que la probabilidad de conseguir el producto el día lunes es muy baja (digamos que alrededor de un 30%), no obstante que en realidad es de 70%. Siendo ello así, podría optar por no acudir al supermercado a pesar de que lo deseable desde un punto de vista social es que lo haga (ya que el valor esperado del contrato en ese caso – \$32²⁷ – es mayor que los costos de transacción asociados – \$10 –). Para complicar todavía más la situación, podría acaecer que no obstante que el consumidor conociera que la probabilidad de adquirir el producto es de 70% el día lunes, prefiriera no arriesgar un monto cierto de \$10 para obtener

²³ La eficiencia social se define normalmente en el Análisis Económico del Derecho por referencia al criterio de Pareto. De acuerdo con este criterio, una decisión (por ejemplo, incurrir en costos de transacción) será eficiente si genera beneficios por lo menos para uno de los miembros de la sociedad y no produce perjuicios para ninguno. El criterio de eficiencia de Pareto resulta insuficiente para explicar las razones por las que ciertas decisiones que perjudican a algunos individuos son sin embargo deseables desde un punto de vista social. La utilización de vehículos motorizados, por ejemplo, beneficia a aquellos que los usan pero contaminaría el ambiente y genera perjuicios que deben ser soportados incluso por aquellos que no tienen un vehículo motorizado o prefieren desplazarse por otros medios. Este tipo de decisiones sólo podría considerarse eficiente si se adopta el criterio de Kaldor-Hicks, un criterio un poco más flexible de "eficiencia", de conformidad con el cual una decisión es eficiente si los beneficios agregados de ésta superan a los perjuicios agregados. Para una explicación más detallada, puede consultarse: POGNER, Richard *Economic Analysis of Law*, 5 ed. Aspen, Nueva York, 1998, pp. 14-17.

²⁴ Por convención, en adelante nos referiremos a la "ganancia esperada del contrato" (gE) para describir el beneficio esperado del contrato una vez que éste se ha celebrado. En nuestro modelo, "valor esperado del contrato" [$p(gE) + 1-p(-c)$] alude al beneficio esperado del contrato antes de que se incurra en los costos de transacción necesarios para celebrarlo. La diferencia entre uno y otro concepto radica en el mayor o menor riesgo. La "ganancia esperada del contrato" comprende el riesgo de que el contrato no se cumpla pero excluye el riesgo de que el contrato no se celebre, mientras que el "valor esperado del contrato" comprende ambos riesgos.

²⁵ Esto es así, dado que en tal caso $p(gE) + 1-p(-c)$ sería igual a 100, que es precisamente el valor de c . Los cálculos que hemos efectuado demuestran matemáticamente que la perspectiva cierta de obtener un beneficio de \$100 produce un valor monetario esperado igual a la expectativa incierta de obtener \$330 en el cincuenta por ciento de los casos y perder \$100 en el otro cincuenta por ciento de los casos.

²⁶ Esta es uno de las razones por las que los individuos pueden estar dispuestos a tomar seguros, a pesar de que – por definición – el valor de la prima (que es un costo fijo) es mayor que el costo esperado de sufrir un siniestro (que necesariamente será sólo la expectativa incierta de tener que realizar un desembolso en el futuro).

²⁷ El valor esperado se obtiene como resultado de $p(gE) + 1-p(-c) = 0.7(50) + 0.3(-10) = 35 - 3 = 32$.

sólo una posibilidad de ganar \$50 en el 70% de los casos (que está necesariamente correlacionada con la posibilidad de perder los \$10 invertidos en el 30% restante de los supuestos posibles).

Bien vistas las cosas, como quiera que los contactos previos y las negociaciones no generan normalmente ningún tipo de vinculatoriedad para los potenciales contratantes, incurrir en costos de transacción es como comprar un boleto de lotería: a veces puede obtenerse un premio, pero para hacerlo es necesario asumir el riesgo de que el valor del boleto también puede perderse. Esta circunstancia constituye lo que Allan Farsworth denomina la "visión aleatoria de las negociaciones": por definición, una parte que entra en tratativas con la expectativa de obtener una ganancia que sólo será posible en el caso de concluirse un acuerdo definitivo soporta el riesgo de la pérdida que resulte – cualquiera que ésta sea – si la otra parte rompe las negociaciones.²⁸ Tal riesgo puede ser estimado de un modo más o menos científico, pero en gran parte de las ocasiones – dada la natural aversión al riesgo de la mayor parte de individuos – existe el peligro de que sea sobre-estimado.

Para enfrentar el riesgo de pérdida de la inversión realizada en costos de transacción, en algunos casos es posible que la propia parte contratante se asegure contra la probabilidad de que el contrato no se concluya en los términos deseados. Por ejemplo, en el caso del consumidor y el supermercado, el consumidor podría aprovechar su visita a la tienda para adquirir otros artículos, de modo que el valor del transporte y su tiempo no resulten un costo hundido. En igual medida, las empresas pueden invertir en información con vistas a la celebración de un contrato que, en el caso de frustración de las negociaciones, podría ser usada para otros fines. Como hemos indicado líneas arriba, la existencia de costos de transacción recuperables (r) reduce el riesgo de la potencial parte contratante y amplía el espectro de posibilidades de que el contrato se celebre.²⁹

Otra estrategia que puede adoptar una potencial parte contratante consiste en fijarse de antemano un límite máximo para los costos de transacción en que está dispuesta a incurrir, ya sea que el contrato se celebre o no. Este curso de acción suele presentarse en largos procesos de negociación, donde – no obstante que es muy probable que con el avance de las tratativas se incremente la probabilidad de concluir un contrato – es común observar "abandonos". Un proceso de privatización excesivamente largo, por ejemplo, dificulta la venta de los activos del Estado porque reduce la confianza de los inversionistas (a pesar de que el riesgo real de que el contrato no se celebre puede estarse reduciendo).

Los hombres de negocios son conscientes de que la apreciación que sus potenciales clientes tengan sobre la probabilidad de celebrar un contrato es una variable importante para la obtención de ingresos: si todos los potenciales clientes de una empresa consideraran que los costos de transacción son muy altos en relación con la ganancia esperada del contrato, el éxito de dicha empresa quedaría comprometido seriamente. Como hemos destacado previamente,³⁰ para reducir el riesgo de que los

²⁸ FARSWORTH, *Alan*, *Precontractual liability and preliminary agreements: far dealing and failed negotiations*, 87 *Columbia Law Review* 217 (1997).

²⁹ Cuando existen costos de transacción recuperables, la condición que deberá cumplirse para que la potencial parte contratante decida incurrir en costos de transacción será $p(g/c) + r > p(r/c) + c$, ya que en el caso de que el contrato no se celebre la pérdida sólo será igual a la diferencia entre los costos de transacción irreversibles y los costos de transacción recuperables. Por razones de espacio, no profundizaremos esta línea de análisis en el presente trabajo.

³⁰ Ver supra nota 20.

costos de transacción se pierdan, los empresarios han inventado una serie de estrategias destinadas a "asegurar" a sus potenciales contrapartes. Los estudios de abogados americanos, deseosos de incorporar a los mejores estudiantes de Derecho a su plana profesional, suelen asumir los costos de transporte y alojamiento en que debe incurrir el potencial candidato para acudir a una entrevista fuera de la ciudad donde estudia. Los proveedores de ciertos productos entregan muestras gratis o permiten "probar" el producto antes de adquirirlo a fin de reducir los costos de información. Las empresas en riesgo de insolvencia están dispuestas a asumir los costos del *due diligence* que debe realizar un potencial adquirente para decidir la compra del negocio. A la par de estas estrategias comerciales, existen además arreglos de naturaleza contractual orientados, precisamente, a la reducción del riesgo de que el contrato definitivo no se celebre. El ejemplo más notorio es el de los contratos preparatorios o la entrega de arras, pero en los últimos años hemos visto florecer en nuestro medio otro tipo de arreglos provenientes de la tradición anglosajona: éste es el caso de los contratos de confidencialidad, los acuerdos de no competencia y otros negocios jurídicos destinados a reducir cualquier tipo de ventaja que la contraparte podría obtener de romperse las negociaciones.

Las estrategias comerciales o contractuales destinadas a reducir el riesgo (o la apreciación del riesgo) para una de las potenciales partes contratantes benefician a todos los que intervienen en la transacción. Para quien se enfrenta a la perspectiva de invertir en costos de transacción, las estrategias antes detalladas aumentan el valor esperado del contrato. Para quien ofrece tales "garantías", incrementan la probabilidad de realizar un negocio a cambio de incurrir en un gasto adicional (el cual, de cualquier forma, puede ser visto como un "costo de ventas"). Lo que estas estrategias hacen, en los hechos, es trasladar todo o parte del riesgo desde el potencial cliente al potencial proveedor (o viceversa). Cuando ello se deriva de acuerdos perfectamente claros y definidos, la cuestión para el Derecho parece bastante simple: en tales casos, se trata simplemente de ordenar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

El problema se suscita cuando, consciente de la necesidad de reducir el riesgo (o la apreciación del riesgo) para un potencial contratante, la contraparte incurre en comportamientos destinados a crear en aquél la apariencia de que la probabilidad de celebrar un contrato es mayor que la real.³¹ El solo hecho de iniciar negociaciones con alguien, por ejemplo, supone que existe al menos una intención de celebrar un contrato, aunque es perfectamente posible que quien inicia negociaciones sólo pretenda "hacer tiempo" con el propósito de evitar un resultado indeseado. En el campo de las telecomunicaciones pueden encontrarse comportamientos como éste: dado que la regulación del sector dispone que el regulador podrá expedir un mandato de interconexión si, transcurrido el plazo legalmente establecido para la negociación, dos operadores no llegan a celebrar un contrato de interconexión, un operador puede ocultar que no tiene intención alguna de concluir un contrato y mostrarse interesado en

³¹ Como quien dice, la decisión de incurrir en costos de transacción debe adoptarse no sólo considerando la probabilidad de celebrar el contrato (*pc*), sino también la ganancia esperada del contrato si éste se celebra (*gc*), es posible inducir a un potencial contratante a incurrir en costos de transacción irracionalmente no sólo alterando su apreciación sobre *pc*, sino también sobre *gc*. Altabeja describe, precisamente, una situación de este tipo en los siguientes términos: "Por ejemplo, A entra en trato con B, tratao que luego rompe, haciendo pasar a éste, sin foto, dinero en viajes y estudios ficticios, prescindiendo de pagarle el cheque por un precio ridículo con arreglo al comercio del mercado previo que, de haber sido hecho saber inicialmente a B, hubiera decidido a éste a no tratar o negociar". Ver: ALTABEJA, Manuel. Derecho de obligaciones. Bosch, Barcelona, 1907. Tomo I, Volumen Primero, p. 302.

No obstante la plausibilidad de una hipótesis como la descrita por Altabeja, en ciertos contratos nuestro análisis únicamente se los casos de distorsiones en la apreciación de *pc*. Todo lo que digamos a partir de ese momento, en embargo, puede entenderse sin problema alguno a los casos de distorsiones en la apreciación de *gc*.

“negociar” con el solo propósito de dilatar la interconexión lo más posible. Pero las apariencias no sólo se presentan en el momento en que se inician las negociaciones. Es factible también que en el curso de las tratativas una de las potenciales partes contratantes requiera a la otra que realice ciertos gastos en anticipación a la futura conclusión del contrato. Así podría ocurrir, por ejemplo, si un proveedor de maquinaria pesada sugiere al cliente que envíe al personal que podría operar dicha maquinaria a un curso de entrenamiento fuera del país. Los ejemplos son infinitos, pero la pregunta sigue siendo la misma: ¿Quién debe asumir, en estos casos, el riesgo de que la inversión en costos de transacción se pierda?

Si construyéramos una regla legal en la que la parte que ha incurrido en costos de transacción puede recuperarlos contra la que se retira de las negociaciones y frustra la celebración de un contrato, protegeríamos sin duda los intereses de quien ha realizado una inversión con la perspectiva de obtener una ganancia. Sin embargo, la solución sería tremendamente ineficiente: ante la perspectiva de obtener una recuperación total de su inversión, el potencial contratante podría verse inducido a incurrir en costos de transacción que no se justifican en modo alguno en relación con el valor esperado del contrato y a emplear toda estrategia disponible para obtener que la contraparte abandone las negociaciones. Una norma que “asegure” absolutamente las inversiones en costos de transacción motiva a las partes a no querer contratar (para beneficiarse totalmente con la recuperación de costos absolutamente injustificados e indeseables desde un punto de vista social), en lugar de favorecer la contratación (que es, por definición, el modo en que deberían recuperarse los costos de transacción).

Resulta contrario a nuestras intuiciones, pero en este punto del análisis parece bastante claro que la existencia de riesgo en los tratos preliminares es esencial para que las partes contratantes adopten decisiones razonables sobre el nivel eficiente que deben tener los costos de transacción. Cuando el Derecho elimina todo riesgo para uno de los potenciales contratantes – lo que ocurre si se le garantiza la recuperación de los costos de transacción en el supuesto que el contrato no se celebre – lo más probable es que observemos sobre-inversión. Y sobre-inversión no es otra cosa que desperdicio de recursos sociales.

Una regla absolutamente inversa – aquella que impidiera siempre la recuperación de los costos de transacción incurridos por un potencial contratante – también podría generar resultados ineficientes. Conociendo que no deberá pagar suma alguna en el caso de inducir a su contraparte a incurrir en costos adicionales y frustrar posteriormente las negociaciones, un potencial contratante podría tener incentivos para aparentar que la probabilidad de celebrar un contrato es mayor que la real, de modo que pueda obtener beneficios que de otro modo no obtendría.

La apariencia de que las probabilidades de celebrar un contrato son mayores que las reales puede producirse por dos tipos de causas: (i) en primer lugar, puede ocurrir que uno de los potenciales contratantes realice promesas explícitas en el curso de las tratativas que no lleguen a contractualizarse, pero que induzcan a la contraparte a incurrir en costos en los que de otro modo no hubiera incurrido; (ii) en segundo término, un potencial contratante podría generar tal apariencia en el otro mediante comportamientos no declarativos – ya sea intencionales o no intencionales – que sean interpretados por su contraparte como una señal de que existen altas probabilidades de concluir una transacción.

En nuestro concepto, este conjunto de posibilidades es el que en realidad

conforma el centro de la problemática relacionada con la responsabilidad precontractual²²: salvo que uno de los potenciales contratantes alegue que su apreciación de las posibilidades reales de concluir un contrato fue alterada por el comportamiento (declarativo o no) de la contraparte, la pretensión de recibir una indemnización que cubra costos de transacción u otros conceptos resultaría manifiestamente desproporcionada. Como hemos dejado señalado líneas arriba, el riesgo de que las tratativas no lleguen a buen término debe ser radicado por regla general en quien decide incurrir en costos de transacción, de modo que se generen los incentivos necesarios para que éste adopte decisiones eficientes. Por ello, si la sobreestimación de la probabilidad de celebrar un contrato se derivara de la impericia de una parte contratante o de su preferencia por el riesgo²³, resultaría un sinsentido reconocerle el derecho de percibir una indemnización.

Conocer los casos en que un potencial contratante no debe tener derecho a indemnización de ninguna especie sin duda puede ayudar a clarificar el modo en que debería ser analizado el fenómeno de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, ello no nos dice nada de los supuestos en que debería imponerse responsabilidad a la contraparte. El solo hecho de que uno de los potenciales contratantes alegue que cierto comportamiento de la contraparte lo indujo a incurrir en gastos en los que de otro modo no habría incurrido no debería ser suficiente para que se impusiera a la contraparte la obligación de pagar una indemnización. Por ejemplo, podría ocurrir que la contraparte no hubiera tenido intención alguna de generar la apariencia que originó el costo adicional o no fuera consciente en modo alguno de haber generado tal apariencia. Para establecer si en tales supuestos puede existir responsabilidad precontractual es necesario averiguar primero cuál es el fundamento de este tipo de responsabilidad.

²² El concepto de responsabilidad precontractual comprende el día de hoy, sin embargo, un amplio espectro de situaciones a las que no prestamos atención en este trabajo. De hecho, el trabajo teórico de Radolph von Ihering sobre lo culpa in contrahendo – que en la doctrina romano-germánica dio inicio al debate sobre la responsabilidad precontractual – otorgó consideración no al fenómeno de la ruptura de las tratativas, sino al supuesto en que una de las partes oculta a la otra la causal de invalidez de un contrato que posteriormente resulta anulado. La posición de Ihering, sustentada en un análisis pandectístico de textos romanos de Ulpiano y Modestino, así como de las propias Institutas, era que – a la par de obtener la anulación del acto – la parte perjudicada debería tener derecho a una indemnización por los daños derivados del ocultamiento de la información. Esta tesis ha sido positivizada explícitamente en el artículo 1338 del Código Civil italiano, con arreglo al cual: “La parte que, conociendo o deviendo conocer la existencia de una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte o riserva il danno da questa evento per averlo confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto” (La parte que, conociendo o deviendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia a la otra parte está obligada a resarcir el daño que ésta hubiera sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato). La hipótesis, si se observa bien, puede analizarse como un supuesto de dolo u omisión dolosa y – desde esa perspectiva – también habría lugar en nuestro sistema para una indemnización en favor de la parte perjudicada. Pienso, sin embargo, que merece hacerse una distinción entre este caso y los de frustración de las tratativas en estricto sentido, ya que en estos últimos no existe contrato alguno que haya sido concluido y es debido a ello que presentan una mayor complejidad en su tratamiento.

Fuera de la hipótesis que da inicio a la teoría de la culpa in contrahendo, Díez-Picazo identifica las siguientes situaciones en las que puede surgir responsabilidad precontractual: (i) el desistimiento de las tratativas después de haberse llegado a un acuerdo pero antes de haberse celebrado una solemnidad exigida por la ley o un convenio previo; (ii) el incumplimiento de negociaciones sin concreción real de concluir un contrato; (iii) la ruptura injustificada de negociaciones iniciadas de buena fe; y, (iv) la hipótesis de daños personales u accidentes sufridos en el momento de los hitos. Nótese cómo los tres primeros supuestos identificados por Díez-Picazo sí tienen relación directa con el problema de que trata este artículo. El caso de los daños personales, como el propio Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas, Madrid, 1996. Vol. I, p. 276-277.

²³ Por oposición al concepto de aversión al riesgo, la preferencia por el riesgo describe aquella posición en la que se encuentra quien anhela la expectativa incierta de obtener una determinada suma a la perspectiva cierta de recibir un monto cuyo valor sea igual al valor esperado de la expectativa incierta. En alguna forma, todos preferimos el riesgo en ciertos casos. Así ocurre, por ejemplo, en la adquisición de boletos de lotería a otros juegos de azar, en los que podemos estar dispuestos a pagar \$1 por obtener una chance en dos millones (1/2 000 000 o 0.0000005) de ganar \$1 000 000 a pesar de que el valor esperado de obtener el premio es igual a 0.000005(1 000 000) + 0.999995(-1) = 0.5 – 0.999995 = -0.499995. Para una explicación más detallada, puede consultarse COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo Editorial de Cultura Económica, México, 1996, pp. 73-74.

III. LA BUENA FE EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Tal como ocurre en la mayor parte de ordenamientos romano-germánicos, en el Perú la respuesta a nuestra pregunta viene dada por una norma bastante oscura: como quiera que el artículo 1362 del Código Civil exige que los privados se comporten con buena fe durante el curso de las negociaciones, generalmente se entiende entre nosotros que el fundamento de la responsabilidad precontractual reside en la mala fe. El problema es que la norma no contiene ninguna disposición que regule el modo en que habrá de encontrarse la mala fe ni define qué es con exactitud lo que significa actuar con "buena fe" en el contexto de los tratos preliminares.

En su tesis sobre "El papel de la buena fe en la transferencia de la propiedad inmueble", el profesor Gastón Fernández Cruz efectúa un profundo análisis histórico sobre el devenir del concepto de buena fe a partir de la llamada *bona fides* romana. Como parte de su análisis, el doctor Fernández Cruz identifica dos tipos de buena fe: la primera de ellas – la "buena fe objetiva" o "buena fe probidad" – supone un comportamiento de fidelidad basado en el estado ético o voluntad de obrar honestamente; la segunda – denominada "buena fe subjetiva" o "buena fe creencia" – se refiere más bien a la errónea suposición o a la ignorancia de un sujeto sobre una situación que es susceptible de cuestionar su propio derecho³⁴. La doctrina nacional ha aceptado esta clasificación – proveniente, como el propio doctor Fernández Cruz reconoce, de la doctrina europea continental – y se ha ocupado de identificar, en cada precepto normativo del Código Civil, a qué tipo de buena fe hace referencia el codificador.

El doctor Manuel de la Puente y Lavalle, siguiendo en esto a Loi y Tessitore, Bianca, Ferri y a la mayor parte de la doctrina italiana considera que la buena fe que debe observarse en las tratativas tiene carácter objetivo.³⁵ A este respecto, la posición del maestro resulta en todo idéntica a la de Messineo, quien – refiriéndose al artículo 1337 del Código Civil italiano³⁶ – estima que la fórmula del *Codice* "conduce a pensar que está en juego la buena fe en sentido objetivo, quedando excluida la referencia al estado de ignorancia de una situación, en que consiste la buena fe en el significado más corriente, o sea la buena fe en sentido subjetivo. Se presenta, pues, conforme a la noción de buena fe objetiva, la observancia de la lealtad de conducta hacia la contraparte; lealtad que se concreta en una obligación legal (no una mera carga), tan es así que la inobservancia de ella expone al sujeto a responsabilidad, por el daño causado a la contraparte".

Sin perjuicio de que entiendo las razones que justifican la posición mayoritaria de la doctrina italiana, no puedo compartir su punto de vista sobre la buena fe en las tratativas. En su lugar estimo, como De los Mozos, que cuando de lo que se trata es de valorar una conducta humana sólo puede hablarse en recto sentido de buena fe subjetiva. Esto es tanto más cierto en el campo de la responsabilidad precontractual cuando, como nos hemos ocupado de explicar líneas arriba, sólo debería admitirse

³⁴ Para una síntesis agitada de la tesis puede consultarse: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La buena fe en el consumo sobre bienes inmuebles. En: *Derecho* N° 41, Diciembre de 1997, p. 159 y ss.

³⁵ Ver, al respecto: De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991. Tomo II, p. 54 y ss.

³⁶ El artículo 1337 del Código Civil italiano establece lo siguiente: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede", lo que puede traducirse al castellano en la siguiente forma: "Las partes, en el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe". Para resultar equivalente al precepto contenido en el artículo 1362 del nuestro Código Civil, la regla del artículo 1337 del *Codice* debe leerse en conjunto con la norma recogida en el artículo 1375 de dicho cuerpo de leyes, la cual dispone textualmente lo siguiente: "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". El contrato debe ser ejecutado según la buena fe.

ésta cuando uno de los potenciales contratantes haya creído erróneamente en que la probabilidad de celebrar el contrato era mayor que la real. Desde esa perspectiva, es precisamente la creencia errónea la que legitima a uno de los participantes en la negociación para obtener una indemnización, de modo tal que si esa creencia no está presente la responsabilidad no puede engendrarse³⁷. La buena fe objetiva constituye tan sólo un estándar, como existen varios en Derecho para evaluar la concurrencia de culpa en el comportamiento dañoso: este el caso del "buen padre de familia" o el "ordenado y leal comerciante", por mencionar dos de los más notorios. Pero los estándares – estos sí, objetivos – se usan para evaluar la conducta en concreto (siempre subjetiva), de modo que bien puede afirmarse que nadie se comporta estrictamente como un "buen padre de familia" o como un "ordenado y leal comerciante", sino más bien dentro de los límites que tales estándares pueden configurar.³⁸

Pienso, de otro lado, que – si se formula meramente en términos de "lealtad" – el contenido de un estándar como la buena fe objetiva resulta tremendamente difuso.³⁹ Si actuar de "buena fe" es actuar "lealmente", la pregunta que debe responderse a continuación es qué cosa – en cada caso concreto – significa actuar "con lealtad".⁴⁰ La carencia de una metodología adecuada para delimitar el comportamiento "malicioso" del comportamiento "próbo" en el ámbito de la responsabilidad precontractual puede generar una serie de incoherencias que es conveniente evitar. No hay que perder de

³⁷ Para De los Mozos, la buena fe en las tratativas "juega y se hace instrumental como buena fe subjetiva, buena fe legítima, tanto desde el punto de vista activo como desde el pasivo. En el primero, deriva de la creencia y confianza puesta en una apariencia que le creó el otro contratante, o que le contribuyó a crear de manera decisiva; en el segundo, de un comportamiento negligente o ilícito que da lugar a la responsabilidad de la que surge la obligación de resarcir". DE LOS MOZOS, José Luis, *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato*. En: DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo e IZQUIERDO TOLSA, Mariano, *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 188.

³⁸ Cuando el elemento subjetivo es abandonado en el análisis, puede llegarse al absurdo de atribuir responsabilidad aunque el potenciales contratante no hubiera lesionado intencionalmente a su contraparte o no hubiera podido advertir la errónea apreciación en que ésta había incurrido. No obstante, esa parece ser la inclinación mayoritaria de la jurisprudencia italiana, que – conforme anota Monateri – "manifiesta, de hecho, que no se necesita demostrar un particular comportamiento subjetivo de mala fe, ya que será suficiente que el comportamiento de una parte no resulte conforme a la obligación de corrección que debe dominar (...) las tratativas contractuales". Ver, al respecto, MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 1996, p. 641.

En el mismo sentido afirman Lal y Tosiore – citados por de la Puente y Lavalle – que "la obligación de corrección (lealtad y buena fe en la tratativa debe ser entendida en sentido objetivo; no ocurre aquí buscar y averiguar un particular comportamiento subjetivo de mala fe, determinado por la intención de un contratante en perjuicio del otro, sino que es suficiente que el comportamiento en sí mismo, independientemente de los motivos que lo han determinado, no resulte conforme a la obligación general de corrección y buena fe prescrita por el artículo 1.177 (sic)". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en Decretos*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, Tomo II, p. 87.

No puede dejarse de mencionar que las opiniones de la doctrina y jurisprudencia italianas se hallan en duda fuertemente influenciadas por las ideas de Gabriele Fagella, quien introdujo en dicho país el debate sobre la responsabilidad en los períodos precontractuales. Como observa Brebbia, Fagella encontró el fundamento de la responsabilidad precontractual "en la violación del acuerdo concluido estricto o tácitamente entre las partes para analizar negociaciones" y observó que esta violación "puede ocurrir en que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas, pero que esto ocurra". BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 55.

En la misma línea indica Spota: "La tesis sostenida por Fagella resulta independiente del elemento subjetivo culpa o dolo. Al desarrollar estos nociones describe que el puro y simple nexo en causa no es justo por sí sólo dentro de responsabilidad". SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1994, Vol. I, p. 315.

A pesar del enorme valor histórico de los postulados de Fagella, al día de hoy no puede admitirse que quien se aparta de las negociaciones debe contar con un medio justificado. Como explicamos más adelante, el apartamiento podría ser incluso caprichoso y no debería generar responsabilidad alguna, salvo que el comportamiento previo de aquel que se aparta hubiera alterado la apreciación de la contraparte sobre la probabilidad de concluir un contrato en términos satisfactorios.

³⁹ A ello quizá se deba la anterior afirmación del profesor Fernández Cruz para quien la buena fe (probada) – entendida como comportamiento fiel y leal, con basamento en la honestidad al obrar – es de imposible probanza. Ver, al respecto, FERNÁNDEZ CRUZ, Gaspar, *La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles*. En: *Derecho* Nº 41, Diciembre de 1997, p. 176.

⁴⁰ Esta podría ser la razón por la que nuestra doctrina – ante la dificultad de configurar con exactitud los contornos de la "buena fe" – se ha interesado especialmente por identificar los deberes que se demanan de la exigencia de buena fe en las tratativas, aunque no siempre resulte claro hasta dónde llegan tales deberes. El doctor de la Puente y Lavalle, por ejemplo, estima que – en el caso de las tratativas – la buena fe engendra deberes de información, de claridad, de secreto y de custodia. Ver al respecto DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en Decretos*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, Tomo II, p. 90-91.

vista, a este respecto, que la palabra "fealdad" ha sido usada en más de una ocasión por nuestro legislador, aunque con contenidos claramente diferenciables.⁴¹

Confieso, además, que tengo dificultades para entender las razones por las que el maestro de la Puente y Lavalle, no obstante establecer que la buena fe que debe concurrir en la tratativas es la buena fe objetiva, apunta posteriormente que la buena fe exigida en la celebración del negocio es la buena fe subjetiva y concluye sosteniendo que – en punto a la ejecución del contrato – la buena fe requerida es, una vez más, la buena fe objetiva.⁴² De hecho, encuentro que esta diferenciación es poco usual en la doctrina italiana a la que él mismo se adscribe y en la que la opinión mayoritaria es que la buena fe predominante en el campo de las obligaciones y los contratos es siempre la buena fe objetiva.⁴³ Conuerdo con él en que las conductas que pueden engendrar responsabilidad para las partes son distinguibles si el contrato todavía no se ha celebrado o si éste ya se perfeccionó: esto es tanto más cierto si se toma en cuenta que en un caso no existe vínculo jurídico que imponga a las partes obligación alguna, mientras que en el otro sí. Esto no significa, sin embargo, que el análisis de la conducta en cada supuesto deba efectuarse de un modo distinto, de manera que sólo en un caso (pero no en otros) se considere las circunstancias concretas, siempre subjetivas, de las partes.

Para construir una metodología adecuada para evaluar la imputabilidad – la existencia misma de "mala fe" – en las tratativas, es necesario en nuestro concepto que se tengan muy claros los objetivos que debe promoverse en las negociaciones contractuales. Como hemos destacado previamente, el funcionamiento eficiente del mercado exige que los potenciales contratantes asuman el riesgo de que el contrato no llegue a celebrarse, de manera que se generen incentivos para que inviertan en costos de transacción sólo cuando la inversión hace sentido desde un punto de vista social. Para que no se produzcan distorsiones en la estimación de tal probabilidad, sin embargo, es imprescindible que los potenciales contratantes no influyan indebidamente en la apreciación de su contraparte. Es notorio que el Derecho debe intervenir sólo cuando se presente este tipo de distorsiones.

⁴¹ Por citar sólo dos casos, véase en la "fealdad" con que deben actuar los directores y el Gerente General, el artículo 171 de la Ley General de Sociedades, frente a la "fealdad" que el artículo 6 de la Ley de Represión de Competencia Desleal exige a todos los que concurren en el mercado. Actuar lealmente para un Gerente General sólo puede significar actuar tal como lo haría el accionista en el caso de administrar el negocio, de modo que al estándar en este supuesto impone al Gerente – quien se encuentra en una relación fiduciaria frente a los socios de la empresa – el deber de favorecer el interés social, antes que el interés propio. Tal no puede ser el contenido, si se observa bien, de la lealtad a que se refiere la Ley de Represión de Competencia Desleal: quienes concurren en el mercado no tienen por qué favorecer el interés de sus competidores, sino todo lo contrario. Las reglas de corrección y lealtad contractual sólo pueden exigir – y en efecto, así ocurre – que los competidores no se aprovechen indebidamente del esfuerzo ajeno.

Cuando las partes se encuentran en relación fiduciaria (como ocurre en el caso del Gerente General), el "agente" – quien ha recibido un encargo previo basado en la confianza de su "principel" – viene obligado a dirigir su acción a la satisfacción del interés de su contraparte. Cuando se involucran en trans preliminares no se encuentran en dicha relación fiduciaria y no tienen obligación de preferir el interés ajeno por sobre el suyo propio. Los progresos describen este tipo de situaciones sosteniendo que las negociaciones que se producen en este contexto son transacciones de "trazo largo" (o *longi transactiones*), en las que lo que el Derecho debe esperar es que cada parte actúe en protección de su propio interés. Puede verse al respecto: WADDAMS, S.M. *Pre-contractual duties in contract law*. En: «Essays for Patrick Atiyah», Toronto, 1981. *Waddams* precisa que las relaciones fiduciarias son aquellas en las que las partes deben mostrar el más alto grado de buena fe. Entre estas destacan lo que el propio Waddams llama contratos *uberrimae fidei*, en los que vicia – entre otros – a los contratos de seguro y a los de parianazgo.

⁴² Puede verse al respecto: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. Tomo II, p. 54 y ss. en especial las páginas 80 a 82 y 85 a 88.

⁴³ En tal sentido: MCHATERE, Pier-Giuseppe. *La responsabilità civile* (JTEF, Torino, 1986) p. 641. *Mi Morselli* tiene afirmado que la buena fe en sentido objetivo debe entenderse "como límite de la autonomía negativa de las partes, analoga esta última que aparece recurrentemente en tema de obligaciones y contratos (artículos 1175, 1339, 1356, 1375, 1460), imponiendo a las partes en la fase precontractual el respeto al principio de corrección, solidaridad y seriedad".

IV. ¿CUÁNDO DEBE HACERSE RESPONSABLE A UN POTENCIAL CONTRATANTE?

Que el Derecho deba intervenir cuando se producen distorsiones en la apreciación de los potenciales contratantes no significa que baste la existencia de tales distorsiones para que pueda atribuirse responsabilidad.

Si el comportamiento que hubiera generado la apariencia fuera declarativo, las cortes deberían hallar escasa dificultad para imputar responsabilidad. Piénsese, por ejemplo, en la promesa de reembolsar ciertos gastos en el caso que el contrato no se celebre: un razonamiento intuitivo nos empuja a aceptar con facilidad que en casos como éste el promitente debe quedar vinculado a lo prometido. La cuestión no es tan simple como parece, sin embargo.

No debe olvidarse que en el curso de las negociaciones es usual que las partes intercambien declaraciones que, normalmente, contienen proposiciones respecto de las cuales sólo desean quedar vinculadas en el caso que el contrato se celebre. Cuando uno de los potenciales contratantes ofrece comprar un bien en \$100, no queda vinculado por tal promesa salvo que su contraparte acepte la oferta, lo que comporta no sólo un consentimiento sobre el precio sino sobre todas las demás condiciones explicitadas en la proposición. Si la contraparte encuentra conveniente el precio pero no las demás condiciones y decide continuar negociando, nada obliga al oferente a mantener el precio propuesto.⁴⁴ Para evaluar adecuadamente, por tanto, si una declaración puede haber generado una distorsión en la apreciación de una de las partes contratantes sobre la probabilidad de celebración del contrato, es necesario que se establezca con claridad si la promesa en la que pretende radicarse la responsabilidad fue hecha en el contexto de las negociaciones con el propósito sobreentendido de que sólo tendría valor en el caso que el contrato llegara a concluirse o si, en su lugar, estuvo dirigida a regir incluso en el supuesto que las negociaciones no arribaran a buen término.⁴⁵

Un elemento que debe juzgarse necesariamente para imponer responsabilidad en el caso de comportamientos declarativos es el nivel de seriedad – se diría, de confiabilidad – de una promesa. Promesas indefinidas como “estoy seguro que llegaremos a un buen arreglo” o “no te preocupes por los gastos” podrían interpretarse, según el contexto, más como recomendaciones o manifestaciones de buena intención, antes que como compromisos que pudieran generar confianza en la contraparte. Al imponer responsabilidad, las cortes deberían asegurarse no sólo de que el potencial contratante pudo haber incurrido en costos de transacción basado en la promesa formulada por su contraparte, sino que deberían preocuparse por establecer si cualquier tratante razonable, puesto en la misma situación, hubiera interpretado la promesa en los mismos términos y hubiera incurrido en costos de transacción basado en tal promesa. De esta forma se generan los incentivos necesarios para que – de ser el caso – el potencial contratante que requiera una mayor seguridad en las negociaciones solicite

⁴⁴ Una regla por medio de la cual se pretendiera vincular a uno de los potenciales contratantes al precio ofrecido en una declaración que no fue materia de aceptación, como en el ejemplo que se propone, resultaría en muchos casos absolutamente victoriosa del precio contenido en el artículo 1359 del Código Civil, con arreglo al cual no hay contrato – y por tanto, no existe violatoriedad – mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque lo discreparan uno o dos puntos.

⁴⁵ Es el mismo cómo una línea de razonamiento similar fue allí receptada en los Estados Unidos por la Sección 25 del Restatement (Second) of Contracts, en donde puede leerse el siguiente texto: “A manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain unless he has made a further manifestation of assent”. Tal previsión podría traducirse al castellano en los siguientes términos: “Una manifestación de estar dispuesto a entrar en negociaciones no es una oferta si la persona a la que ésta se dirige conoce o tiene razones para sospechar que la persona que efectúa la manifestación no intenta concluir un trato hasta el momento en que haya hecho un posterior manifiesto de asentimiento”. Para una explicación sobre el valor normativo del Restatement (Second) of Contracts puede verse infra nota 47.

a su contraparte la celebración de un contrato preparatorio u otro acuerdo de similar naturaleza en el que los riesgos vinculados a las tratativas queden adecuadamente asignados entre las partes.

En los Estados Unidos, la cuestión es analizada por la Sección 90 del Restatement (Second) of Contracts⁴⁵ en los siguientes términos: *"Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca una acción u omisión por parte del promisorio o una tercera persona y que en los hechos induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede ser evitada sólo si se hace exigible dicha promesa. El remedio que se otorgue por la ruptura de la promesa puede limitarse en la medida que la justicia lo requiera"*⁴⁶. Esta formulación describe en el país del norte lo que la doctrina anglosajona denomina *"promissory estoppel"* y que no es otra cosa que la institución con arreglo a la cual quien ha realizado una promesa que ha generado confianza razonable en el promisorio queda impedido, posteriormente, de retractarse de su original declaración.⁴⁷ La clave en la formulación norteamericana, como puede observarse, se encuentra en la confianza razonable. Así las cosas, para que la promesa resulte vinculante no basta con que el promisorio confíe, sino que es necesario en especial que esa confianza sea *"razonablemente previsible"* para el promitente.⁴⁸

En los mismos términos de *"confianza razonable"* se ha pronunciado, en Italia, el numeral 3 del artículo 6 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia, para el que *"si en el curso de los tratos las partes han ya examinado los elementos esenciales del contrato, previendo su eventual conclusión, aquella de las partes que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato, obra en contra de la buena fe desde que interrumpe los tratos sin motivo justificado"*.

Como resulta evidente, no sólo las declaraciones pueden inducir confianza en un potencial contratante: quien se involucra en negociaciones contractuales – aun si no promete nada en específico – genera en su contraparte la apariencia de que tiene el serio propósito de concluir un contrato. Si posteriormente se demuestra que su única intención era la de evitar que la contraparte negociara con un tercero,⁴⁹ impedir que se produjera un resultado adverso para sus intereses⁵⁰ u obtener información

⁴⁵ El Restatement (Second) of Contracts es producto de los esfuerzos del American Law Institute (ALI), una institución formada en 1923 con el propósito de definir, resumir y realinear el Derecho común entonces existente. No obstante que el Restatement no tiene autoridad legal vinculante, es frecuentemente citado por los cortes estadounidenses. Entre las reglas contenidas en el Restatement, probablemente la Sección 90 sea la más citada a nivel jurisprudencial.

⁴⁶ El texto en el cuerpo principal del artículo corresponde a una traducción libre. En el idioma original se lee como sigue: *"A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires."*

⁴⁷ Para una explicación más detallada del asunto, puede consultarse: KESSLER, Friedrich y otros, *Contracts, Cases and Materials*, Aspen, 1986, p. 279 y ss.

⁴⁸ El problema de la imputación contenida en el Restatement es que – como se mencionó antes – la Sección 90 centra su atención exclusivamente en la confianza derivada de comportamientos declarativos (promesas en sentido estricto). De esta forma, se dificulta la atribución de responsabilidad en el supuesto que el comportamiento no declarativo de uno de los potenciales contratantes hubiera generado confianza suficiente en la contraparte como para motivar que se incurra en costos de transacción que de otro modo no se hubieran generado. Para una explicación más detallada de este punto puede consultarse: YORIO, Edward y THEL, Steve, *The Promissory Basis of Section 90*, 101 Yale Law Journal 116.

⁴⁹ Hipótesis que bien puede presentarse si el potencial contratante tiene algún interés en el fracaso de los negocios de la contraparte, como podría ocurrir si aquí existiera vinculado con un competidor cercano.

⁵⁰ Esta es una generalización del supuesto anterior, ya que – como es evidente – si alguien desvía a un potencial contratante de otras posibles negociaciones lo hace sin duda con el propósito de obtener un beneficio. El proceso seguido por C&G Sales, Inc. con Baccardi Imports, Inc., al que nos referimos más adelante por esta nota 54) muestra precisamente una hipótesis de la que se esperaría una intención de continuar vinculado a la contraparte con el objeto de evitar que esta terminara un contrato y perjudicara los intereses comerciales del lesionado.

valiosa que de otro modo no podría obtener⁶² – por citar sólo algunos ejemplos entre los más notorios – no debería presentarse objeción de ningún tipo para calificar como maliciosa la ruptura de las negociaciones. En esta línea de desarrollo se ubica precisamente el numeral 2 del artículo 6 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia, que declara que “obra en contra de la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato”. Pienso, a pesar del modo objetivo en que está formulado el principio antes citado, que la evaluación deberá ser necesariamente subjetiva: así las cosas, no debería ser suficiente para que se estimara favorablemente una demanda por responsabilidad precontractual que se alegara que la contraparte no tenía intención alguna de celebrar un contrato, sino que además sería necesario que pudiera demostrarse que el comportamiento de la contraparte produjo una confianza razonable tal que indujo al demandante a incurrir en costos de transacción que de otro modo no hubiera incurrido.

Es menester tomar en cuenta, por lo demás, que la distorsión en la apreciación de uno de los potenciales contratantes sobre la probabilidad de concretar el negocio puede generarse tanto por un comportamiento intencional como por un comportamiento inadvertido de la contraparte. Si en el curso de un proceso puede demostrarse que la contraparte actuó intencionalmente (esto es; de un modo *doctus*), la responsabilidad deberá imponerse sin duda alguna. Un problema de más difícil solución puede suscitarse en aquellos casos en que el demandante se vea imposibilitado de demostrar que el comportamiento de la contraparte que le generó confianza fue intencionalmente realizado. ¿Qué ocurre cuando el comportamiento de un potencial contratante puede generar una confianza que la contraparte no pueda anticipar? La respuesta, una vez más, la proporciona el estándar de “confianza razonable”: si la confianza de la contraparte puede calificarse como tal, el potencial contratante debería haber anticipado – aun cuando no lo hubiera hecho en el caso concreto – que su comportamiento podría haber generado en aquella la apariencia de una mayor probabilidad de concretar un negocio.

El estándar de “confianza razonable” es sin duda difuso, pero permite analizar el problema de la responsabilidad precontractual con un grado mayor de objetividad que la simple remisión a la “buena fe” o a la “lealtad”. Por lo demás, es relativamente sencillo construir un test para la evaluación de un supuesto de responsabilidad precontractual bajo dicho estándar. Richard Speidel – citado por Jay Feinman⁶³ – sugiere que tal test puede ser dividido en cinco preguntas, a saber:

1. ¿Entendió A en realidad que B realizó una promesa?
2. Si fue así, ¿conoció B al tiempo en que la promesa fue efectuada del entendimiento de A?
3. Si B no tuvo conocimiento del entendimiento de A, ¿de qué elementos de la situación tuvo conocimiento B?
4. Tomando en cuenta los elementos conocidos por B y considerando además el nivel de inteligencia de B, ¿podría B inferir que si él actuaba o se expresaba en cierta forma, A podría entender que B se había comprometido a algo? Si es así, B tiene “razón para prever” tal entendimiento.

⁶² Esta es el riesgo que los contratos de confidencialidad intentan cubrir: en ocasiones los empresarios tienen incentivos para iniciar negociaciones o mostrar intereses en un potencial contrato única y exclusivamente con el propósito de obtener información barata, que después pueden aprovechar en su actividad comercial. La difusión de información – aun cuando no implique que el lesionado continúe beneficiándose con ella – produce un daño directo para éste, ya que reduce la ventaja competitiva que la posesión exclusiva de un cierto *know-how* o dato pudiera haberle proporcionado. El problema es que, en la mayor parte de casos, no hay forma de llevar adelante datos preliminares si es que no se produce algún tipo de revelación.

5. Si no fuera así, ¿podría B inferir que existía una probabilidad sustancial de que A entendiera que B se había comprometido a algo? De ser este el caso, B tendría el deber de actuar con razonable cuidado de modo que se evitaran malos entendidos; en caso de no hacerlo, su comportamiento habría resultado preponderante en la generación de confianza en A.

Nótese cómo lo capital en el análisis de Spedel no se encuentra en la evaluación del comportamiento del potencial contratante que resulta lesionado (en quien se genera la confianza), sino en el análisis de la conducta de la contraparte (respecto de quien debe establecerse si podía “prever” o tenía “razón para prever” que su conducta podía generar dicha confianza). Cuando se presta atención al “lesionado” lo que se intenta establecer, bien vistas las cosas, es si la confianza del “lesionado” era o no razonable. Si el potencial contratante no hubiera podido prever – ni hubiera tenido razón para prever – que su comportamiento podía distorsionar la apreciación de la realidad de la contraparte, la confianza no podría calificarse en modo alguno como razonable y, por tanto, no podría imponerse responsabilidad.³⁴

Pienso que el análisis de Spedel, con alguna precisión que más adelante puntualizo, podría bien adoptarse en nuestro ordenamiento. La metodología propuesta tiene el mérito de que reduce enormemente la subjetividad que puede generarse al leer el artículo 1362 del Código Civil y otorga elementos de juicio – consistentes con los objetivos que deben promoverse en la etapa de las tratativas – para la evaluación por nuestras cortes de supuestos de responsabilidad precontractual. Considero sin embargo que – a diferencia de cuanto ocurre en el sistema anglosajón – el test no debe limitarse únicamente al análisis de promesas en sentido estricto, sino que es imprescindible que se flexibilice para comprender, además, comportamientos no declarativos que puedan inducir confianza en los privados.

V. ¿QUÉ REMEDIOS DEBEN ADMITIRSE EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL?

En otro trabajo ya he explicado las razones por las que creo que el análisis jurídico no puede detenerse en el mero establecimiento de una regla legal “sustantiva”.³⁵ El Derecho sólo puede funcionar adecuadamente cuando el legislador y las cortes son capaces de configurar y aplicar remedios adecuados para motivar el cumplimiento de las normas. Un sistema en el que se declara que los contratos deben cumplirse pero en el que las cortes tienden a subcompensar a las víctimas es poco diferente de un ordenamiento en el que las normas no garantizan en modo alguno la exigibilidad de los pactos contractuales. Esto es también cierto respecto de la responsabilidad precontractual.

En la doctrina romano-germánica se acepta pacíficamente que el remedio adecuado en supuestos de responsabilidad precontractual es el otorgamiento de una indemnización. Como quiera que el contrato todavía no se ha celebrado y no ha nacido obligación alguna en sentido estricto, parece inadmisibles que se ordene la ejecución

³⁴ FENMAN, Jay M. *Proximate Cause and Judicial Method*. 97 *Harvard Law Review* 676 (1984).

³⁵ En línea sustancialmente equivalente a lo de Spedel, Díez Picado propone que los elementos de hecho en la responsabilidad precontractual por culpa justificada de las negociaciones son los siguientes: (i) La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato; (ii) el carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones; (iii) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes; y (iv) la relación de causalidad entre este daño y la confianza sustraída. Ver. al respecto: DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas, Madrid, 1995. Vol. I, p. 378.

³⁶ HAGO, José Juan. De la teoría de la culpa. Un análisis económico sobre el núcleo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. En: THOMAS – *Revista de Derecho*, Nº 44, p. 83.

forzada o la ejecución por tercero.⁵⁶ En nuestra doctrina se asevera también que, en el caso de la responsabilidad precontractual, el remedio debe limitarse al resarcimiento del interés negativo.⁵⁷ El interés negativo – también llamado “interés de confianza” – constituye, desde esa perspectiva, el nivel de los daños generados por la confianza depositada por una de las partes en la celebración del contrato. Por oposición, el interés positivo – la medida que se utiliza o debería utilizarse para establecer indemnizaciones por inexecución de obligaciones – alude al interés que las partes contratantes tienen en obtener el beneficio derivado de la ejecución del contrato.

Un ejemplo puede ayudarnos a comprender mejor la diferencia entre el interés negativo y el interés positivo. Supongamos que A y B inician negociaciones el día de hoy. Imaginemos además que, debido al comportamiento malicioso de B, A se ve inducido a considerar que existe un 100% de probabilidades ($p = 1$) de que el contrato se celebre e incurra en costos de transacción (c) de \$100 en los que no habría incurrido si B hubiera revelado desde el primer momento que no tenía intención alguna de contratar ($p = 0$). Asumamos, finalmente, que A había estimado la ganancia esperada del contrato (gE) si es que éste se celebraba en \$300. Si A hubiera podido calcular adecuadamente el valor esperado del contrato [$p(gE) + 1-p(-c) = 0$] antes de iniciar las negociaciones, la solución eficiente hubiera sido que no incurriera en los costos de transacción. Al hacer responsable a B, el derecho pretende trasladar a éste los efectos perniciosos que hubiera producido su conducta. Este objetivo puede lograrse indemnizando bien el interés negativo o bien el interés positivo. En nuestra hipótesis, el interés negativo – que se relaciona con el concepto anglosajón de “daños a la confianza” – sería igual a \$100, dado que éste precisamente es el perjuicio generado por la confianza depositada por A en el comportamiento de B. El interés positivo – al que los anglosajones denominan “daños a las expectativas” – sería igual a \$300, que es precisamente la ganancia que A tenía la expectativa de obtener del contrato⁵⁸.

Bien vistas las cosas, lo que la indemnización del interés negativo intenta hacer es colocar al afectado con la ruptura maliciosa de las negociaciones en aquélla posición en la que se encontraba antes de que se produjera el evento que lo indujo a depositar su confianza en la celebración del contrato. La indemnización del interés positivo, en cambio, lo colocaría en la posición en que estaría si el contrato se hubiera celebrado y cumplido en los términos convenidos.⁵⁹

Cuando se reconoce las diferencias entre uno y otro concepto se descubre las razones por las que – por regla general – resulta inadecuado imponer una indemnización del interés positivo (o indemnización de las expectativas) como medida del resarcimiento en el área de la responsabilidad precontractual. Para empezar, en los casos de ruptura

⁵⁶ En la misma línea se pronuncia Mosseri, quien destaca – no obstante ello – que el asunto no ha sido resuelto hasta el momento a la jurisprudencia italiana MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile* UTET, Torino, 1998, p. 667.

⁵⁷ En la versión: DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, tomo II, p. 76-78.

⁵⁸ Nótese cómo, en realidad, los privados nunca esperan obtener beneficios derivados de un contrato (iguales a la ganancia esperada del contrato si éste se celebra (gE), dado que a dicho punto siempre habrá de desorientarse los gastos necesarios para producir tal ganancia y, en particular, el mismo invertido en costos de transacción (c). Por esta razón, la indemnización del interés positivo debe ser calculada de tal modo que el afectado obtenga un valor igual a la diferencia entre gE y c . Si c constituyera un costo fijo (lo que ocurre en la mayor parte de los casos), la indemnización del interés positivo en nuestra hipótesis sería igual a gE (dado que de esta forma, A recuperaría el valor de c y tendría derecho a conservar el remanente). Si existieran costos de transacción recuperables (c), el monto de la indemnización debería ajustarse en consecuencia y hacerse igual a $gE - c$.

⁵⁹ Como asevera Coester y Eisenberg: “Bajo una concepción de confianza, la situación de ausencia de dolo es la posición en la que la víctima hubiera estado si no que no hubiera celebrado un contrato (o iniciado negociaciones) con la parte responsable. Bajo una concepción de expectativas, la situación de ausencia de dolo es la posición en la que la víctima estaría si la parte responsable hubiera ejecutado el contrato” (en tanto entre corchetes es agregado): COESTER, Robert y EISENBERG, *Damages for breach of contract*, 73 California Law Review 1434 (1985).

Injustificada de las negociaciones es poco probable que el acuerdo contractual se haya configurado siquiera en sus términos esenciales, de modo que resulta poco menos que imposible estimar el nivel de *gE* (que es, precisamente, aquél sobre la base del cual se calcula el “daño a las expectativas”). Por si esto fuera poco, otorgar una indemnización del interés positivo implicaría que las cortes reconocieran a una de las partes el derecho a percibir la ganancia esperada de un contrato que todavía no se ha celebrado, lo que sería una violación inaceptable del principio con arreglo al cual el contrato no queda concluido sino hasta el momento en que se manifiesta el consentimiento. Finalmente, una regla de este tipo sería susceptible de generar mayores costos administrativos; forzadas a indemnizar el interés positivo derivado de contratos inexistentes, las cortes se verían obligadas a actuar un gran número de pruebas dirigidas a estimar lo que la parte afectada podría haber esperado ganar en el caso que el contrato se hubiera celebrado.

Sin perjuicio de que la indemnización del interés negativo parece un remedio adecuado para resarcir los daños a la confianza durante las tratativas, no existe coincidencia en la doctrina romano-germánica respecto de los conceptos que se hallan comprendidos dentro de tal interés. Díez Picazo, por ejemplo, participa de la tesis de que el interés negativo sólo puede comprender el reembolso de los gastos realizados en contemplación del contrato proyectado, pero nunca el lucro cesante o, para ser más precisos, las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber perdido otro negocio (la pérdida de la chance).⁶⁰ En Italia, en cambio, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia aceptan pacíficamente que tal interés comprende “gastos inútilmente sostenidos”, “la ocasión perdida de celebrar otro contrato”, la “actividad empleada en las tratativas y sustraída de otras útiles ocupaciones” y “otros conceptos similares”.⁶¹ Entre nosotros, en posición que comparto plenamente, el doctor de la Puente y Lavalle se adscribe también a esta última tesis.⁶²

La justificación que normalmente se brinda para descartar la indemnización de la pérdida de la chance en el ámbito de la responsabilidad precontractual es que, en los casos de ruptura de las negociaciones, la existencia de una ocasión más provechosa o ventajosa es un motivo justo de retirada, por lo que si la parte no la aprovechó, sólo a ella le es imputable. No obstante resultar sugerente, pienso que esta idea no puede ser aceptada. Esto es así porque la pérdida de la chance sólo puede presentarse razonablemente en relación con oportunidades que – actuando sobre la base de la confianza generada indebidamente – se juzgaban menos atractivas que las negociaciones que finalmente resultan frustradas. El hecho de que la oportunidad perdida sólo pueda apreciarse como más ventajosa *ex post* (esto es, una vez que se descubre la existencia de un apariencia erróneamente inducida por el comportamiento de la contraparte) anula por completo la posibilidad de que *ex ante*, el lesionado por la ruptura de las negociaciones hubiera podido adoptar el curso de acción alternativo

⁶⁰ Ver al respecto, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, Vol. I, p. 230.

⁶¹ Puede consultarse, entre otros, los fallos emitidos en los siguientes casos: *Crepac v. Airgry*, Cass. 7-2-1986, n. 402, RFI, 1996; *Obbligazioni e contratti*, n. 432 y *Rozzini v. Borghese*, Cass. 7-8-1977, n. 1766, RFI, 1977; *Rappresentanza e contratti*, n. 8.

En contra de esta tendencia parecen manifestarse – aunque no de un modo muy claro – Lina Bigliuzzi, Umberto Grecco, Francesco Buonelli y Ugo Natoli, quienes hacen escrito en su tratado lo siguiente: “La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas pecuniarias causadas por las actividades destruidas durante las negociaciones (por ejemplo: aspiración de correspondencia y llamadas, telefonemas, pernos, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las “oportunidades favorables” económicamente perdidas al no haberse consumado el otro contrato”. BIGLIAZZI, Lina y otros, *Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, Tomo I, Volumen 2 (Hechos y Actos Jurídicos), p. 762.

⁶² Ver al respecto: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, Tomo II, pp. 77-78.

que se le ofrecía.

Pero existen también otras razones de peso para considerar a la pérdida de la chance como parte de la indemnización admisible por daños a la confianza. Como quiera que el propósito del resarcimiento del interés negativo consiste en colocar a la parte afectada en aquella posición en la que se encontraría de no haber confiado en el comportamiento de la contraparte, desde un punto de vista económico no puede negarse que la única forma de lograr tal objetivo es restituyendo al lesionado todos los costos que éste hubiera tenido que soportar precisamente por razón de su confianza. Cuando se adopta una visión restrictiva de los costos de transacción – comprendiendo en tal concepto únicamente a los desembolsos efectivamente realizados – se pierde de vista que las partes incurrirán también en otro tipo de costos (costos de oportunidad) por los que no tienen que realizar ningún desembolso monetario, pero que tienen indudable importancia: éste es el caso del tiempo invertido en las negociaciones, pero también puede pensarse en la reducción del valor de la información confidencial que se produce cuando ésta es compartida con un potencial contratante en el curso de las tratativas o en la pérdida de otras oportunidades de negocio.

En el caso seguido entre *D&G Stout, Inc.* (Stout) y *Bacardi Imports, Inc.* (Bacardi),⁴² la Corte Suprema de Indiana (Estados Unidos) tuvo que establecer si la indemnización debida por daños a la confianza comprendía o no el menor precio que la demandante pudo obtener por su negocio una vez que se vio forzada a venderlo después de haber rechazado una oferta previa mucho más favorable. La demandante era una corporación dedicada a la distribución de licores en Indiana, uno de cuyos principales clientes era Bacardi. Ante la perspectiva de perder al demandado como cliente, Stout decidió poner en venta su negocio y recibió una oferta bastante atractiva de un tercero. Con pleno conocimiento de esta situación, un funcionario de Bacardi prometió que su empresa continuaría su relación con Stout. Basado en la confianza generada, la demandante declinó la oferta, sólo para verse forzada a aceptar un trato sustancialmente menos favorable algunas semanas después, cuando Bacardi terminó el contrato de distribución.

La Corte razonó en tal caso sobre la base de la regla establecida en un litigio previo: *Eby v. York-Division*. En *Eby*, un demandante que renunció a su empleo y se mudó de Indiana a Florida sobre la base de una promesa de empleo que no fue honrada demandó una indemnización equivalente a los gastos en que incurrió para llevar a cabo su mudanza y los salarios que dejó de percibir por haber renunciado a su antiguo trabajo. La Corte reconoció que, a diferencia de los gastos de mudanza, los salarios dejados de percibir no podían ser concebidos como un daño emergente: el demandante no iba a recibir más esos salarios precisamente porque montos similares (o todavía mayores) habrían de ser pagados por el nuevo empleador. Sin embargo, anotó a renglón seguido que los salarios dejados de percibir sí eran un costo de oportunidad derivado de la confianza, ya que el empleado renunció a una suma de dinero efectivamente determinada con el propósito de realizar la reubicación.

Aplicando el mismo razonamiento que en *Eby*, la Corte Suprema de Indiana concluyó en *D&G Stout, Inc. v. Bacardi Imports, Inc.* que la diferencia entre el valor de venta originalmente propuesto y el valor de venta finalmente obtenido era también un costo de oportunidad que Stout había resuelto asumir únicamente sobre la base de una evaluación costo-beneficio sustentada en la confianza generada por la promesa

⁴² 923 F.2d 995. El fallo fue emitido en 1991, por la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito.

de Bacardi. De no ser por esa promesa, Stout habría aceptado la oferta original y Bacardi hubiera tenido que buscar otro distribuidor de un modo apresurado.

Si se observan las cosas con atención, la indemnización del costo de oportunidad representado por la pérdida de la chance resulta esencial para destruir todo incentivo que un potencial contratante pueda tener para involucrarse maliciosamente en negociaciones que no desea concluir. Cuando alguien mantiene tratos preliminares sin un propósito serio, la explicación natural es que tal comportamiento genera para el lesionante un beneficio correlativo. Ese beneficio se encuentra normalmente vinculado al costo de oportunidad que la contraparte asume. Si en el negocio de las telecomunicaciones un operador dilata las negociaciones lo hace para evitar que su contraparte solicite un mandato y, con ello, le hace incurrir en el costo de oportunidad que supone el retraso de la interconexión. Si un proveedor crea la apariencia de que mantendrá sus relaciones con un distribuidor es probable que lo haga para evitar incurrir en el costo de tener que buscar apresuradamente a uno nuevo, pero, al hacerlo, impone al antiguo el costo de oportunidad que supone para éste no poder iniciar tratos con terceros. Aun cuando no es posible prever todos los supuestos imaginables, es bastante evidente que nadie tiene razón para comportarse maliciosamente si no espera obtener un beneficio correlativo. Si realmente se desea desincentivar este tipo de comportamientos, la única forma de hacerlo es trasladando al responsable el monto total de los costos ocasionados por su conducta.⁵⁴

Sin perjuicio de que, como ha quedado dicho, el remedio típico en el ámbito de la responsabilidad precontractual debe ser la indemnización del interés negativo, tengo la impresión de que en algunos casos extremos podrían existir argumentos para indemnizar el interés positivo. Así ocurriría, por ejemplo, si las negociaciones hubieran ya concluido y lo único que restara fuera la suscripción de los documentos contractuales.⁵⁵ Un supuesto todavía más grave podría presentarse en aquellos contratos solemnes en los que, luego de suscribir la minuta, una de las partes se negara a satisfacer la formalidad requerida por el ordenamiento legal. Si, en casos como estos la indemnización se limitara al interés negativo, el lesionante todavía podría obtener un beneficio de su negativa a suscribir un acuerdo que, en lo sustancial, ya habría quedado concluido.⁵⁶ Es verdad, sin embargo, que indemnizar el interés positivo

⁵⁴ Es verdad, sin embargo, que la indemnización de la pérdida de la chance constituye un asunto extremadamente polémico desde la perspectiva de la cantidad del daño. Precisamente por ello, habrá que ser particularmente cauto al evaluar la evidencia que se presenta sobre la seriedad y probabilidad real de concreción de la alternativa abandonada.

⁵⁵ Como ilustración de esta posibilidad, puede considerarse el caso seguido por Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madresol y otra, resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción (Chile) el 5 de junio de 1995. La parte demandante estaba conformada por un grupo de empresas que había venido negociando – por espacio de casi un año – con la parte demandada con el propósito de adquirir más de veinte predios forestales en el país del sur, por un valor de decenas de millones de dólares. Como producto de los tratativos y luego de haber arribado a acuerdos sustanciales, las partes fijaron una fecha para suscribir un contrato preliminar de compraventa. Sin embargo, el mismo día en que tal acuerdo preparatorio había de suscribirse, el grupo vendedor comunicó al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones porque acababa de vender los predios a una tercera persona con la que había venido negociando secretamente. La Corte, al declarar fundada la demanda, fijó el monto de los daños al valor de los gastos efectuados por los demandantes.

⁵⁶ Las cortes estadounidenses – basadas en la formulación abierta de la sección 30 del Restatement (Second) of Contracts – han establecido el principio de que la determinación del remedio en los casos de promisorio estoppel es un asunto de equidad, de manera que el nivel de las indemnizaciones bien puede exceder la utilidad medida de los daños a la confianza. Es el caso de *Walters v. Marathon Oil* (542 F.2d 1088), los representantes de la demandada – una empresa dedicada a la distribución de productos derivados del petróleo – indujeron a los demandantes a comprar una estación de servicio e inversión en su mejoramiento con el propósito de obtener un contrato para la distribución de los productos de Marathon. La demandada incumplió con el contrato. Alguno de los demandantes solo dispuso de que estos realizaran las inversiones y presentación una solicitud formal de contratación. Tanto el juez de primera instancia como la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito hicieron la indemnización sobre contratación, en la base de las ganancias que los Walters hubieran obtenido de haberse el contrato. La corte de segunda instancia, al confirmar la base de las ganancias que los Walters hubieran obtenido de haberse el contrato, señaló que el promisorio estoppel es un asunto de equidad. La corte de apelación, señaló expresamente lo siguiente: “En la medida que el promisorio estoppel es un asunto de equidad, la corte de apelación tiene amplia potestad para elegir el remedio”. Más allá del principio legal aplicado, parece más o menos claro que lo que fundamentó la indemnización de las expectativas en el caso concreto fue el hecho de que los Walters ya habían realizado la inversión y que – desde esa perspectiva – enfrentaban ya el costo de oportunidad que significaba el haber renunciado a comprar de otra empresa.

en sede de responsabilidad precontractual supondría un serio cuestionamiento a las reglas establecidas por nuestro Código Civil para los contratos solemnes (respecto de los que se entiende que el consentimiento no queda conformado sino hasta que la formalidad es satisfecha) y podría convertir en "contrato" un acuerdo que todavía no tiene tal naturaleza. Pienso, sin embargo, que esa objeción merecería ser analizada con profundidad en cada caso concreto, al efecto de evitar la generación de ineficiencias en el mercado.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El amor al prójimo es un principio de moral cristiana de inculcable valor en nuestra sociedad. Prestar sin esperar nada a cambio – como sugiere el Evangelio de Lucas que he citado al iniciar este artículo – es una actitud loable en quien se solidariza con las necesidades de los demás. A despecho de esta circunstancia, el Derecho no puede imponer a nadie la obligación de prestar gratuitamente. Si lo hiciera, se esfumarían todos los incentivos que las entidades bancarias tienen para involucrarse en ese tipo de negocios y, desaparecería con ello el aparato financiero que mueve a nuestro país.

Prestar sin esperar nada a cambio es como contratar sin expectativa alguna de beneficio. Algunos pueden hacerlo voluntariamente, pero el Derecho no puede pretender que nadie espere obtener ganancia alguna. Una expectativa tan absurda implicaría desconocer las razones mismas por las que los privados se involucran en negociaciones contractuales.

La única forma en que alguien obtenga beneficios como producto de negociaciones contractuales es mediante la adecuada protección de sus propios intereses. Desde ese punto de vista, las normas legales no pueden imponer a los privados la obligación de tomar en cuenta el interés de su contraparte, sino que – en su lugar – deben establecer las condiciones necesarias para que los tratos preliminares se lleven a cabo sin distorsiones. La principal distorsión se genera por una inadecuada apreciación de la probabilidad de celebrar un contrato: cuando ésta se sobre-estima, los privados pueden verse inducidos a incurrir ineficientemente en costos de transacción. La responsabilidad precontractual juega un rol importantísimo para controlar las distorsiones que pueda originar el comportamiento de los potenciales contratantes. Más allá de ese campo, este tipo de responsabilidad no puede admitirse.

Si la responsabilidad precontractual se extendiera para otorgar un seguro al supuesto "lesionado" aun en el caso en que el comportamiento de su contraparte no hubiera podido inducir ninguna confianza razonable en aquél, el Derecho estaría incentivando que las partes se aproximaran a negociar con la intención de no celebrar contrato alguno. Sería casi como si una parte le dijera a la otra: ¿podría usted "no hacer" negocios conmigo?