

no en el de Hobbes, dentro de los límites más amplios del derecho civil. No hay razón para dudar de la existencia de tales “sentimientos morales” en la economía moderna”<sup>27</sup>.

26. En definitiva, tuvimos el privilegio de acercarnos a una obra cuya noticia no quisimos dejar de compartir, toda vez que, si bien la publicación circula hace diez años<sup>28</sup>, su lectura nos deja con la firme convicción de que disfruta de plena vigencia y seguirá siendo del mayor interés para los cultores de las distintas disciplinas que se sirven tanto de las fuentes como abordan los problemas recogidos en el trabajo. Después de su lectura, difícilmente podremos seguir afirmando que el problema del consentimiento voluntario es sólo parcela de juristas.

FERNANDO ARAYA J.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BIGWOOD, Rick, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003.
- GORDLEY, James, *Foundations of Private Law*, New York, Oxford University Press, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

SMITH, Stephen, “In Defence of Substantive Fairness”, in *Law Quarterly Review*, N° 112, Oxford, 1996.

TREBILCOCK, Michael J., *The limits of freedom of contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft (Economía y sociedad)*, Tübingen, Mohr, 1925.

MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO, *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Santiago, Legal Publishing, 2008, 142 + xii pp.

Éste es el segundo libro con el que el profesor Marcelo Barrientos incrementa nuestra cada vez más nutrida literatura sobre Derecho Civil. Se suma, pues, a su tesis doctoral defendida en la Universidad de Salamanca y publicada bajo el título de *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2007, 656 pp.; véase VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Recensión a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LX, N° 4, Madrid, 2007, pp. 1.741-1.742).

<sup>27</sup> p. 200.

<sup>28</sup> Si bien su nueva edición de tapas blandas, que fue la que utilizamos, está disponible sólo desde el año 2006.

En apretada síntesis, se trata de una obra que aborda los deberes que la buena fe impone a los futuros contratantes durante las tratativas preliminares y la responsabilidad derivada de los daños que la infracción de esos deberes puede producir. Expresamente se excluye la etapa precontractual posterior a la oferta (p. 2), pues en torno ella existen algunas normas en el *Código de Comercio* (artículos 98 y 100) que, llenando “un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”, como dice su Mensaje, permiten construir una disciplina jurídica que dé soluciones a los conflictos que se puedan producir entre las partes. El autor, en cambio, no se pronuncia sobre la extensión de estas reglas; en concreto, si ellas son aplicables o no a los contratos formales (reales y solemnes) una vez que existe acuerdo de las partes, pero cuando aún no se ha cumplido con la forma requerida para que el contrato se repute perfecto (artículo 1443 del *Código Civil*). El libro tiene el mérito, pues, de abordar un tema de enorme relevancia teórica y práctica, considerando que parte importante de los contratos libremente discutidos supone una etapa de discusión previa a su celebración, la cual la mayoría de las veces se da, además, entre partes sofisticadas, conscientes de lo que significa el riesgo de intercambiar información durante las negociaciones. Debido a esta importancia, no es de extrañar que el tema haya ocupado la atención de nuestra doctrina desde hace bastante tiempo, si bien con dispar intensidad.

Fuera de la inevitable referencia en los manuales y tratados usualmente consultados sobre responsabilidad extracontractual y obligaciones, la responsabilidad precontractual había constituido el objeto de estudio de algunos artículos, de comentarios de sentencia, de memorias de prueba y de un par de libros especializados. De entre los primeros, y quizá con más influencia en nuestra doctrina que el temprano trabajo de Rudolf von Ihering (1818-1892), conviene destacar el artículo de Raymond SAILELLES (1865-1912), “De la responsabilité précontractuelle”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1907, p. 712 y ss., cuya traducción castellana fuera publicada en Chile casi inmediatamente después de su aparición en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* vol. v, Santiago, 1907-1908, pp. 127-160. La existencia de un tratamiento sobre el tema de tan larga data no será obstáculo, sin embargo, para que el libro del profesor Barrientos se convierta en una fuente obligada de referencia en las futuras investigaciones acerca de la responsabilidad precontractual, como también señala el profesor Patricio-Ignacio Carvajal en el prólogo, p. x.

En cuanto a su estructura, el libro se divide en cinco capítulos (pp. 5-121; cfr. pp. I-III) y culmina con un índice bibliográfico que recoge en forma abundante la literatura habida sobre el tema (pp. 123-133), abarcando desde la clásica obra de Rudolf von Ihering *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfectio gelangten Verträgen*, de

1860, hasta los trabajos más recientes, chilenos y extranjeros. Además, se incluye un índice de autores (pp. 135-136), de materias y normas (pp. 137-139) y de sentencias (pp. 141-142), que facilitan al lector la consulta de información.

El capítulo I intenta delimitar la configuración dogmática de “la relación precontractual”, ocupándose de su concepto, historia, determinación y elementos estructurales (pp. 5-27). El primer paso en este empeño consiste, como se comprenderá, en describir el objeto argumental del libro, referido a las tratativas preliminares. Sobre ellas, el autor afirma, siguiendo la doctrina comúnmente aceptada, que se trata de una etapa en la cual

“las partes no están ligadas por un contrato y tampoco existe reglamentación alguna sobre el retiro de los negociadores”  
p. 2; cfr. pp. 103-104 y 111;

sólo existe un contacto o acercamiento entre los futuros contratantes destinado a discutir las condiciones en que se contratará, razón por la cual constituye, por definición, una etapa esencialmente bilateral (p. 6). Comporta, en suma, una etapa “instrumental y programática” (p. 33), enderezada hacia la celebración del contrato proyectado. Por lo mismo, los documentos que en esta etapa puedan otorgar las partes no revelan un contenido negocial definitivo, sin perjuicio de la función probatoria y de interpretación que luego puedan desempeñar (pp. 7 y 8). Cumplido ese cometido preliminar,

el libro revisa el tratamiento y evolución que ha tenido la disciplina jurídica de las tratativas preliminares en el Derecho Comparado (pp. 8-27).

El capítulo II trata sobre el alcance general de la buena fe *in contrahendo* como elemento subjetivo y objetivo de la relación contractual (pp. 29-46). En él se reconoce a las tratativas preliminares el carácter de una fase precontractual de entidad propia, cuya eficacia impone a las partes negociantes el deber de respecto de la confianza que su propio comportamiento ha creado.

El capítulo III se dedica a fijar el alcance y contenido de las tratativas preliminares en los negocios jurídicos patrimoniales (pp. 47-72). Asumido que entre los futuros contratantes no existe más que aquello que la doctrina alemana llama un “contacto social”, es necesario ocuparse de determinar los elementos necesarios para atribuir responsabilidad a aquella parte que se retira de las tratativas sin una razón suficiente. A este respecto, el autor concluye que los futuros contratantes

“han de proceder de buena fe y con la lealtad requerida por las convicciones éticas imperantes en el momento en que mantengan los contactos” p. 47.

Es precisamente de la violación de este deber durante los tratos preliminares que surge la responsabilidad precontractual. Esta infracción del deber de negociar de buena fe, sin embargo,

“no es sino una violación del principio genérico ‘*alterum non laedere*’ que halla su fundamento en una relación de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses” p. 48.

“la persuasión que el actuar de una parte hace razonablemente generar en la otra, es decir, la seguridad en el cumplimiento de un negocio jurídico determinado” pp. 55-56.

Así, continúa el autor, es posible decir que la responsabilidad precontractual surge de la concurrencia de los siguientes elementos:

- i) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado;
- ii) el carácter injustificado o intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares;
- iii) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y
- iv) la existencia de una relación causal entre la ruptura de las tratativas y el daño sufrido por una de las partes pp. 51 y 69.

De estos elementos, sólo los tres primeros merecen una especial atención en el libro (pp. 51-72), aunque respecto de la relación de causalidad el autor parece inclinarse, primero, por la teoría de la equivalencia de las condiciones (p. 51, n. 97) y luego por la imputación objetiva según el fin de protección de la norma (p. 58, n. 108).

Así, pues, para que exista el deber de indemnizar, es necesario, ante todo, que se haya creado en la parte afectada lo que el autor denomina “la confianza precontractual” (pp. 55-59), y que define como

Esta confianza precontractual es una consecuencia de ese deber de cooperación entre las partes que integra la idea misma de contrato, como enseñaba Emilio Betti (1890-1968) y nos recuerda, citando al maestro italiano, el autor (p. 84). No es extraño, entonces, que el artículo 1:202 de los PECL haya recogido esta idea como un principio general, señalando: “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”. Pues bien, esta confianza precontractual es, para el autor, una emanación directa del artículo 2314 del *Código Civil*, que consagra el principio general de no dañar a otro (p. 58). Este principio no es, por ende, más que una consecuencia del fin de protección de la norma que dicho artículo contiene, y del cual surge para las partes el deber de obrar conforme a la buena fe desde las tratativas preliminares y durante todo el itinerario contractual. De esta forma, el principio de la buena fe objetiva no queda circunscrito sólo al artículo 1546 del *Código Civil*, de evidente cariz contractual, sino que trasciende y permea todo el derecho patrimonial (p. 58).

El comportamiento vinculante demostrado por cada partícipe durante las tratativas hace nacer en la otra una prudente o razonable

confianza acerca del buen éxito de la negociación, que concluirá con la celebración del contrato proyectado (p. 67). Por esta razón, el principio de negociar de buena fe impide a los sujetos volver sobre sus actos propios y defraudar la confianza que han creado (pp. 85-87). Dicho esto, sostiene el autor que la relación precontractual queda configurada por dos tipos de elementos:

- i) un elemento objetivo, constituido por el conjunto de actos, conversaciones, contactos, documentos, etcétera, que acaecen durante las tratativas de un contrato y
- ii) un elemento subjetivo, compuesto por la buena fe que debe presidir el comportamiento de las partes durante esta etapa (pp. 47 y 64).

Con todo, la existencia de este deber de negociar de buena fe no importa una vinculación férrea de las partes a la continuación de las tratativas. Ellas son libres de desistirse de éstas cuando consideran que el proyecto de contrato que discuten celebrar no es satisfactorio para sus intereses. El único límite a este desistimiento es la existencia de una razón suficiente para obrar de esa forma, de suerte que si dicha razón no existe, surge para ese negociador el deber de indemnizar los daños causados. Aplicando los principios generales de la responsabilidad civil, el autor concluye que hay razón suficiente para que una parte se desista de las tratativas:

- i) cuando en el principio del daño ha intervenido de for-

ma exclusiva o precisa una conducta al menos culpable de la propia víctima (arg. ex artículo 2330 del *Código Civil*) y

- ii) cuando concurre un caso fortuito o alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad (arg. ex artículos 45, 2314 y 2329 del *Código Civil*) pp. 58-59 y 121.

Para juzgar esa arbitrariedad o inoportunidad del retiro, se deberá atender a la conducta de quien permanece en la negociación (p. 72), considerando sus motivos con criterios objetivos y universales que puedan aplicarse a casos similares (p. 116), de suerte que éstos puedan ser ponderados por cualquier persona media puesta en la misma situación (p. 117). Especial atención merecerá el proceder o conducta anterior al retiro unilateral o intempestivo de una de las partes (p. 117). En suma, la antijuridicidad de la conducta, concluye el autor, surge de hacer confiar al otro que se celebrará el contrato proyectado y luego negarse sin motivo racional a ello (p. 115).

El tercero de los elementos exigidos para que exista responsabilidad precontractual supone algunas dificultades en su configuración, pues exige precisar previamente cuál es el interés a indemnizar. El autor, recurriendo a la distinción entre interés contractual positivo (daño a la expectativa) e interés contractual negativo (daño a la confianza), concluye que el contenido de la responsabilidad precontractual

“supera lo que Jhering llamó el ‘*interés contractual negativo*’, ya que éste no únicamente comprende al daño causado por el hecho de haber contado con la formación de un contrato que no ha llegado a concluirse, sino que alcanza además a todos los gastos preparatorios, y a la compensación de todas las pérdidas a que dieron lugar las negociaciones” p. 50; cfr. pp. 64-72 y 112.

Por el contrario, la indemnización del interés contractual positivo, esto es, aquélla cuyo monto pretende restaurar idealmente al perjudicado a la situación de utilidad o bienestar en la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido no es procedente en esta sede, pues importaría el cumplimiento en equivalente de un contrato que no necesariamente se habría celebrado (pp. 66-69 y 111).

El capítulo IV está dedicado a la tipología de los deberes que la buena fe impone a los partícipes durante las tratativas preliminares, a saber:

- i) el deber de comunicación o información;
- ii) el deber de secreto, confidencialidad o reserva y
- iii) el deber de custodia y conservación (pp. 73-109).

Según el primero de ellos, cada parte debe entregar las informaciones relacionadas con el contrato proyectado de modo oportuno y preciso, notificando a la otra la ocurrencia de cualquier circunstancia que rodea la negociación y que pueda incidir en

su conclusión. El único límite vendrá dado por el deber correlativo de confidencialidad sobre los acuerdos y la información ajena recibida, conforme al grado de cuidado con que cada concurrente protegería su propia información (p. 79). Es tal la importancia de este límite, que constituye el segundo de los deberes que la buena fe impone a quienes participan en las tratativas, obligándolas a guardar la discreción que la información traspasada amerita (p. 100). Por último, es muy probable que determinados bienes de los negociadores resulten expuestos a riesgos y peligros que de otro modo no existirían, dado que aquéllos deben ser examinados por éstas durante el curso de las tratativas. Para garantizar la posición de cada una de las partes, y siempre que la otra haya expresado su deseo en ese sentido, existe el deber de guardar y custodiar los bienes involucrados en la fase precontractual (p. 105). También, agrega el autor, existen deberes de protección de la integridad física y de la propiedad, cuya fuente es igualmente la “configuración estructural” que la buena fe brinda a los tratos preliminares (pp. 120-121), aunque ellos no son incluidos en el catálogo inicial.

El capítulo V trata, en fin, de los daños extracontractuales que pueden ser resarcidos como consecuencia del retiro unilateral de las tratativas (pp. 111-121). En él, el autor ofrece una tipología de los casos en que existe responsabilidad derivada del quiebre de la confianza existente en las tratativas preliminares de un

contrato. Así, a su juicio, existe el deber de indemnizar:

- i) cuando se dilatan innecesariamente las tratativas (p. 113);
- ii) cuando se mantiene una negociación paralela a aquélla que finalmente resulta frustrada (p. 113);
- iii) cuando se negocia sin el propósito de celebrar posteriormente el contrato proyectado (p. 113);
- iv) cuando una parte efectúa gastos confiando en el compromiso formulado por la otra de que no enajenará la cosa sobre la que versa el contrato que se desea celebrar (p. 114);
- v) cuando existe acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato proyectado, faltando sólo por discutir los elementos accidentales, y un partícipe se retira de las tratativas (p. 116);
- vi) cuando una de las partes, con el conocimiento de la otra, anticipa el cumplimiento de las obligaciones que existirían para ella luego de la celebración del contrato en discusión y esta última no cumple a su vez con la sección del contrato a su cargo (p. 116; aunque en este caso la responsabilidad parece ser ya contractual, si se considera, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1802 del *Código Civil*);
- vii) cuando uno de los participantes incentiva al otro a efectuar gastos en pos de la celebración del contrato y luego se

retira sin razón suficiente (pp. 116-117).

Por el contrario, no existe obligación indemnizatoria cuando el retiro responde a la existencia de una ocasión más provechosa o ventajosa, pues si la parte a quien se le ofrece no la aprovecha sólo a ella es imputable ese comportamiento (p. 114). Haciendo presente las opiniones en contrario, que califican la responsabilidad precontractual como parte integrante de la responsabilidad contractual o como un género propio dentro de la responsabilidad civil, el autor concluye que ésta no es más que un supuesto de aplicación dentro del amplio campo de la responsabilidad extracontractual, que encuentra su fundamento en el deber de no causar daño a otro contemplado en el artículo 2314 del *Código Civil* (pp. 117-121). Toma partido, pues, en la vieja discusión acerca de cuál es el régimen de derecho común en la responsabilidad civil, inclinándose a favor de la disciplina de la responsabilidad aquiliana.

Quizá hubiese sido deseable un tratamiento más extenso de los llamados acuerdos precontractuales o precontratos –conocidos también por su equívoca denominación inglesa de *letters of intent*–, en especial considerando que ellos representan un acuerdo que, empero, no es calificado como un contrato y que no produce los efectos propios de éstos (artículos 1437, 1438, 1470, 1545 y 1546 del *Código Civil*). Si existe un acuerdo de voluntades entre las partes dirigido hacia la consecución de un fin (sentar las bases sobre las que celebrará el

contrato proyectado) y, por lo mismo, debería existir contrato en opinión del autor (p. 49), necesariamente hay algún elemento que falta y que impide que ello ocurra. Ese elemento, a mi juicio, es la causa, y una idea similar se barrunta en el prólogo del profesor Carvajal (pp. VIII-X).

Antes de finalizar esta recensión quisiera hacer un comentario que se sitúa más bien en los extramuros del libro que se reseña. Como es sabido, los libros no sólo dejan alguna enseñanza por lo que expresamente contienen sino, también, por aquellas cosas que sugieren al lector. Pues bien, creo que la lectura del presente libro no sólo contribuye a ordenar el panorama sobre una de las etapas de la responsabilidad precontractual, además sigue la necesidad de revisar algunos conceptos de Derecho Civil que parecen a veces anquilosados, en concreto, el significado del contrato y la consideración del principio de la confianza. No es ésta la sede idónea para llevar a cabo esa tarea, pero la revisión de una categoría tan tradicional como es la de contrato a la luz de las propias normas del Código Civil permitiría delinear en forma correcta los contornos del ámbito de lo contractual y lo extracontractual, con la consiguiente calificación de regímenes indemnizatorios que de ello se deriva. Descartada que sea la autonomía de la voluntad el verdadero fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, y considerando que en el *Código Civil* la atención se centra más en la obligación nacida de éste que en la existencia inicial del “con-

curso real de las voluntades de dos o más personas” (*v.gr.*, artículos 1438, 1449, 1802, 2124, 2195, 2236 y 2238 del *Código Civil*), puede intuirse que lo relevante es, a fin de cuentas, el comportamiento de los contratantes (véase Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille/Faculté de Droit et de Science Politique, 1997). Por su parte, asignar una sede dogmática clara al principio de la confianza permitiría que muchas instituciones de Derecho Privado adquiriesen nueva vida, al ser entendidas en clave objetiva. Es lo que ocurriría, por ejemplo, con el ya mencionado principio de fuerza obligatoria del contrato, la protección de la apariencia en las relaciones jurídicas, la distinción entre inexistencia y nulidad, la consideración de ciertos medios de prueba (*v.gr.*, artículo 128 del *Código de Comercio*), la interpretación de los contratos (artículo 1560 del *Código Civil*) y ciertas figuras negociales en las que resalta con particular fuerza este elemento (los negocios *intuitu personae*, los negocios fiduciarios, el contrato de prestación de servicios profesionales, los contratos amparados por un orden público de protección en razón de las asimetrías existentes entre los contratantes).

JAIME ALCALDE SILVA

#### BIBLIOGRAFÍA

BARRIENTOS ZAMONRANO, Marcelo, *El resarcimiento del daño moral en España*

- y *Europa*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2007.
- FAGES, Bertrand, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Faculté de Droit et de Science Politique, 1997.
- SAILELLES, Raymond, "De la responsabilité précontractuelle", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1907.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "Recensión a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LX, N° 4, Madrid, 2007.