

DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS TRATOS NEGOCIALES PREVIOS¹

Juan Andrés Orrego Acuña²

1.-) Planteamiento del problema y concepto.

La declaración de voluntad común, denominada “*consentimiento*”, que constituye el núcleo del acto jurídico bilateral, puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo entre las partes, producto de la coincidencia inmediata de las voluntades, o bien puede constituir la culminación de una serie de actos preparatorios a través de los cuales los interesados han expresado sus diversos puntos de vista sobre el negocio propuesto, hasta llegar a un completo entendimiento³. El primer caso caracteriza aquellos contratos de naturaleza preferentemente consensual, que celebramos cotidianamente. El segundo caso, se presenta en aquellos contratos que atendida su complejidad, exigen una negociación previa, más o menos prolongada, según las circunstancias. El problema de la responsabilidad precontractual, se presenta entonces en esta segunda hipótesis.

En efecto, en esta etapa previa al nacimiento del contrato, pueden surgir dificultades o desavenencias entre las personas que pretendían concretar el negocio jurídico, que pueden suponer una ruptura definitiva de las negociaciones. De ahí que resulta necesario estudiar el período previo a la formación del consentimiento, abordando los problemas que pueden surgir en el mismo, así como la eventual responsabilidad para quienes en él intervienen, cuando el contrato no llega a concluirse.

Nuestro ordenamiento civil, no se ocupa de la formación del consentimiento, salvo en lo que respecta al contrato de promesa.

Dicho vacío o silencio fue remediado en parte por el legislador mercantil, quien en el Mensaje del Código de Comercio hace notar esta deficiencia de nuestra legislación civil y su intención de llenar tan “*sensible vacío*”. Pero las normas contenidas en los artículos 97 a 106 del Código de Comercio, parten del supuesto de haberse formulado una oferta. Sin embargo, el período precontractual comienza antes, cuando las partes se ponen en contacto con miras a concretar un negocio jurídico.

¹ Fecha de última modificación: 1 de marzo de 2013.

² Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Las Américas.

³ ROSENDE Álvarez, Hugo, “*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*” (Santiago, Ediciones Universitarias de Valparaíso, año 1979), pág. 29.

Podemos afirmar, entonces, que en el período precontractual, hay dos grandes etapas: la primera, que comprende los denominados **tratos negociales previos**⁴; y la segunda, la que se inicia una vez formulada por una de las partes **la oferta**. Esta segunda fase es propia del estudio del Acto Jurídico, de manera que centraremos nuestro análisis fundamentalmente en la primera de estas fases. Ahora bien, las definiciones de responsabilidad precontractual que citaremos seguidamente, suelen aludir, exclusivamente, a la primera de las dos etapas mencionadas.

Preliminarmente, digamos que *“Se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta.”*⁵ Se trata de una responsabilidad que nace *“cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato”*.⁶

Se afirma también que *“Puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato.”*⁷

O como plantea otro autor, desde la óptica del principio de la buena fe, *“...todo aquel que en la fase de los tratos preparatorios de un contrato cree razonablemente que está prácticamente concluido o que se va a concluir, y, en atención a ello, emprende trabajos, realiza gastos o adopta cualquier tipo de disposiciones de los que se deriva un perjuicio, si el contrato no llega definitivamente a celebrarse, se halla amparado por la buena fe, puesto que, de alguna manera, se ha hecho tal idea por confiar en las palabras o en los hechos de la persona que hubiera podido ser su contraparte y que, en algún modo, con tal comportamiento, ha creado una suerte de apariencia.”*⁸

Tradicionalmente, se afirma que el estudio de la responsabilidad precontractual suscita, fundamentalmente, cuatro interrogantes, a saber:

1° Determinar cuál es la naturaleza de la responsabilidad precontractual, esto es, determinar si ella debe enmarcarse en la esfera de la responsabilidad **contractual**; o en el ámbito de la responsabilidad **extracontractual**; o si constituye una materia con reglas propias, que no puede resolverse aplicándole las reglas de las dos responsabilidades civiles tradicionales, conformando un caso de responsabilidad **legal**; o si se trata de una manifestación de la doctrina del **abuso del derecho**; o, en fin, si estamos ante una hipótesis en la que, la fuente

⁴ Llamadas también tratativas preliminares o *pourparlers*.

⁵ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo *“La responsabilidad durante los tratos negociales previos”*, en Revista *“LEX ET VERITAS”*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004), Vol. 2, pág. 91.

⁶ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 91.

⁷ PICASSO Sebastián, artículo *“La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998”*, publicado en http://www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm (citado el 28 de febrero de 2006). El trabajo está referido al Proyecto de Código Civil argentino, que unifica en el mismo tanto las materias civiles como mercantiles.

⁸ DE LOS MOZOS, José Luis, artículo *“Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato”* (Madrid, Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, año 2001), págs. 165-186.

de las obligaciones que pueden nacer, corresponde a una **declaración unilateral de voluntad**⁹;

2° Determinar cuál es el factor de atribución de responsabilidad aplicable. Los candidatos favoritos han sido **la culpa y el abuso del derecho**;

3° Determinar cuando puede decirse propiamente que ha comenzado el período precontractual y puede nacer por ende la responsabilidad de esta clase; y

4° Determinar cual es el daño indemnizable, cuando se origina durante el período previo a la formación del contrato¹⁰.

Estas materias esenciales y otras intentaremos revisar en este trabajo.

2.-) Doctrina tradicional.

La doctrina tradicional ha reconocido la existencia de tres períodos fundamentales en la formación del consentimiento:

1° Fase de los meros hechos sociales.

2° Fase de la oferta.

3° Fase de la promesa de contrato¹¹.

Se afirma que todo el período en el que las partes se acercan para plantear sus opiniones sobre el futuro contrato en estudio, carece de relevancia jurídica. Con este razonamiento, se califican las actuaciones de voluntad en dicho período como **meros hechos sociales**. Por lo tanto, y aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, las partes concernidas en estos meros hechos sociales, en uso de la libertad, pueden retirarse en cualquier momento sin que adquieran ningún tipo de responsabilidad, toda vez que así como libremente empezaron las tratativas, pueden en la misma forma retirarse y no continuarlas¹².

Sólo cambia esta opinión al iniciarse la etapa obligatoria en la relación precontractual, a partir de la **oferta**, con todos los requisitos que estudiamos en la formación del consentimiento, a propósito de la voluntad en el Acto Jurídico, aunque su fuerza obligatoria sufre gran cantidad de excepciones (considerando la retractación y la caducidad que pueden operar, extinguiendo la oferta).

Por último, se somete la **promesa de contrato** a tal cúmulo de formalidades y exigencias, como queda de manifiesto en el artículo 1554 del Código Civil, que en definitiva su utilidad práctica experimenta una considerable merma.

Cabe advertir que hasta mediados del Siglo XIX, no se admitía responsabilidad civil sino a partir de la tercera etapa. Ello explica por qué Andrés Bello y los demás redactores

⁹ BOFFI Boggero, Luis María, “*Responsabilidad (conceptos generales, con especial referencia al Derecho Civil)*”, artículo en Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979), Tomo XXIV, “*Responsabilidad precontractual*”, págs. 835 a 838.

¹⁰ PICASSO Sebastián, ob. cit.

¹¹ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., pág. 30.

¹² CELIS Rodríguez, Rubén, “*Responsabilidad Extracontractual*” (Santiago, Editorial Librotecnia, año 2004), pág. 14.

de nuestro Código Civil, ni siquiera contemplaron la eventual responsabilidad a partir de la formulación de la oferta.

3.- Doctrina moderna.

Frente a la concepción rígida y negativa de la doctrina tradicional, que descartaba la responsabilidad antes del perfeccionamiento del contrato, aparece en la doctrina una reacción encabezada por el jurista alemán Ihering en su obra “*De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas*”¹³, desarrollada posteriormente por el italiano Gabriel Faggella.

Ihering (quién escribió en el año 1860), sostuvo que la diligencia propia del contrato no sólo se exigía en las relaciones ya establecidas, sino también a las relaciones contractuales en vías de formación; de ahí que hable de una “*culpa in contrahendo*”, o sea, de una culpa (y por ende de una responsabilidad subsecuente) que se origina mientras se estaba contrayendo el contrato. Considerando que se estaba en vías de concretar un contrato, la responsabilidad del que generaba un daño en esta etapa debía ser considerada **contractual**¹⁴. Responsabilidad que nace, en todo caso, sólo a partir del momento en que una persona formula una **oferta** a otra. No contemplaba Ihering una responsabilidad previa, sosteniendo que las meras tratativas no originaban responsabilidad. Así, Ihering retrotrae una posible responsabilidad a la segunda etapa mencionada en el acápite precedente, pero no iba tan lejos como para plantear que pudiera ella nacer en la primera de las aludidas etapas. Los tratos negociales previos, entonces, no quedaban amparados por la “*culpa in contrahendo*”. El jurista argentino Luis María Boffi Boggero resume los postulados de Ihering en siete puntos, a saber:

- 1° La “*culpa in contrahendo*” presupone “*oferta*”; las meras tratativas, en cambio, no originan responsabilidad;
- 2° Se trata de una responsabilidad contractual;
- 3° Las diligencias exigidas para ejecutar el contrato son idénticas a las que deben exigirse en el período formativo de él;
- 4° La culpa es sólo de quienes actúan en este período formativo;
- 5° La acción para hacer efectiva esta responsabilidad, se transmite a los herederos;
- 6° La acción prescribe de la misma forma en que prescribe la acción derivada de una responsabilidad propiamente contractual; y
- 7° La indemnización comprende tanto el “*interés positivo*” como el “*interés negativo*”¹⁵. Ello, según veremos, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante. Volveremos sobre este punto más adelante.

Para elaborar su doctrina, Ihering se basó en diversos textos romanos, específicamente de Ulpiano¹⁶, Modestino¹⁷ (ambos recogidos en el Digesto) y en lo

¹³ El opúsculo de Ihering recién fue traducido al francés y publicado en el año 1893, lo que explica que los juristas chilenos del Siglo XIX, lo desconocieran. Estos leían a los autores galos, pero muy raramente a los que escribían en alemán.

¹⁴ CORRAL Talciani, Hernán, “*Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*” (Santiago, Editorial Jurídica, año 2004), pág. 42.

¹⁵ BOFFI Boggero, Luis María, ob. cit., pág. 836.

expuesto en las Institutas¹⁸, referidos a la venta de bienes sagrados, religiosos o públicos, cuando el vendedor ha ocultado esta importante circunstancia, a pesar de que ello da lugar a la nulidad de la compraventa, concediéndose, en tales supuestos, al engañado comprador, una acción para que pueda obtener una indemnización¹⁹. Se trataba de casos en que la venta tenía por objeto cosas que estaban fuera del comercio humano, y por ende, era nula.

Ihering, para fundamentar su tesis de responsabilidad previa a un contrato, plantea el caso²⁰ de una persona que solicita el envío de 100 libras de una determinada mercancía, pero confunde el signo de *libra* (equivalente aproximadamente a medio kilo) por el de *quintal* (equivalente a 46 kilos) y recibe por tanto una cantidad muy superior a la pedida (un solo quintal habría satisfecho el total de lo pedido, y se remiten 100). Como es obvio, el comerciante que había hecho el pedido, devuelve toda la mercancía que excede lo que realmente necesitaba. El contrato adolece de nulidad, por error esencial, si se comprueba la existencia del vicio de nulidad, pero ¿quién responde por los gastos ocasionados a consecuencia del embalaje, flete de la mercancía, impuestos aduaneros eventualmente pagados, seguros de transporte, etc.? La doctrina tradicional no respondía la interrogante y eventualmente se concluía que el comerciante damnificado (quien recibió la solicitud erróneamente formulada) no podía accionar contractualmente para obtener el resarcimiento, pues el contrato era nulo, y tampoco disponía de la acción extracontractual contemplada en la ley Aquilia, ya que el caso planteado no encajaba en ninguno de los supuestos contemplados en esa ley. Con todo, no cabía duda que semejante conclusión pugnaba con la equidad, pues la parte que había incurrido en culpa quedaba indemne (quien se equivocó al escribir quintal donde debió anotar libra), mientras que la parte inocente resultaba víctima de la negligencia del primero, sin obtener reparación. Buscando una solución legal, Ihering, después de revisar casos similares al expuesto, encuentra como punto en común el que la culpa se cometió en el período previo a la formación del contrato; una de las partes ha sufrido un daño a consecuencia de una acción realizada por la otra mientras se contraía la relación contractual. De ahí que denominase su doctrina *culpa in contrahendo*. Agrega el jurista alemán que esta *culpa in contrahendo* se encontraba admitida en el Corpus Iuris, en algunos casos particulares, ya referidos, como el de la nulidad del contrato de compraventa por vicios de la cosa vendida (como acontecía en el caso de ser inenajenable la cosa vendida), o por incapacidad de alguno de los contratantes, etc.

En lo que se refiere a la extensión del monto de la indemnización, Ihering postula su famosa tesis del “*interés negativo*” (negative vertrags interesse) y del “*interés positivo*”.

¹⁶ “Si se dijere que un lugar religioso fue vendido como puro, el Pretor da contra el vendedor la acción por el hecho a aquel a quien pertenece aquella cosa”.

¹⁷ “El que con ignorancia compró como privados lugares sagrados, o religiosos, o públicos, aunque no sea válida la compra, ejercerá sin embargo contra el vendedor la acción de compra, para que consiga lo que importó que no fuese engañado.”

¹⁸ “Quien compra a sabiendas lugares sagrados, o religiosos, o públicos, por ejemplo, una plaza, una basílica, lo hace inútilmente, a no ser que, engañado por el vendedor, los hubiese comprado creyendo que eran privados o profanos, en cuyo caso tendrá la acción ex empto para conseguir siquiera indemnización de los perjuicios que le resulten de haber sido engañado, ya que no le sea permitido tener lo que compró.”

¹⁹ DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., pág. 171.

²⁰ Referido por BREBBIA, Roberto, “*Culpa in contrahendo*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), pág. 279. El resumen de los postulados de Ihering, lo hacemos siguiendo a BREBBIA.

Tomando como ejemplo un contrato de compraventa, el vendedor tendrá derecho a pedir, en virtud del interés positivo, todo lo que habría obtenido de haberse ejecutado el contrato, es decir, la diferencia de precio entre el valor de la cosa vendida y el precio de la venta. Así, en virtud de tal interés positivo, aunque dicho contrato se declare nulo y por ende no pueda ejecutarse, el vendedor, además de recuperar las cosas que había entregado al comprador, tiene derecho a retener el mayor valor pagado por el comprador (dicho de otro modo, sólo debe restituir al comprador el valor efectivo de las cosas, pero no el excedente que constituía la ganancia). En cambio, el interés negativo se traduce en obtener el resarcimiento de todos los gastos en que incurrió una de las partes, cuando la otra realizó una conducta negligente, como en el caso que planteábamos de las libras y quintales (es decir, gastos de embalaje, transporte, etc.). En síntesis, el interés positivo o de cumplimiento, comprende lo que el acreedor hubiera obtenido en el negocio de haber sido éste válido, mientras que el interés negativo o de confianza consiste en resarcir el daño sufrido por una de las partes, al haber confiado en la validez del negocio²¹. Así, podría entenderse que el interés positivo se vincula con el lucro cesante, mientras que el interés negativo se vincula con el daño emergente. ¿Se indemnizan ambos o sólo uno de ellos? En verdad, Ihering no fue del todo claro, y ello ha llevado a conclusiones diversas en la doctrina. Para la mayoría, abarcaría ambas indemnizaciones. Para algunos autores, sólo el daño emergente.

En lo que se refiere al fundamento legal de la responsabilidad *in contrahendo*, que Ihering intenta precisar para aplicar por analogía la solución a otros casos no contemplados en el derecho romano, lo ubicaba en la esfera contractual. Brebbia resume los argumentos de Ihering de la siguiente manera²²: descarta el jurista alemán que se trate de una responsabilidad extracontractual, afirmando que ni la *actio de dolo* ni la *actio legis Aquiliae* podían servir de fundamento dentro del marco de la legislación romana, a la responsabilidad nacida antes de la celebración de un contrato. La *actio de dolo* debía descartarse, ya que en ninguno de los casos contemplados en la ley se exigía la presencia de tal elemento intencional para derivar la responsabilidad de alguno de los contratantes. También había que desechar la acción derivada de la ley Aquilia, dado que no mediaban los requisitos que la misma establecía para que procediera el resarcimiento: daño visible, material, causado a objetos exteriores (cosas o personas). Descartada la responsabilidad extracontractual, Ihering analiza la responsabilidad contractual como fundamento de la *culpa in contrahendo*, concluyendo que tal era la que debía invocarse. Frente a la objeción de que no podía nacer responsabilidad contractual si en definitiva el contrato no había nacido o si ello había ocurrido, había sido anulado, se responde que la declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido perfeccionarse, no invalida **todos** los efectos del acto jurídico, sino únicamente aquellos que se refieren a **la ejecución** de las obligaciones contractuales. El contrato nulo o no perfeccionado sigue produciendo **otras obligaciones** no vinculadas con la ejecución del convenio, como la restitución de las cosas entregadas por las partes, devolución de las arras, pago de las indemnizaciones que correspondan, etc. No cree Ihering que deba ser la **buena fe** de la parte damnificada la razón por la cual se le indemnice por un daño causado en el proceso de formación del contrato, pues la contraparte también podría haber actuado de buena fe al realizar el hecho

²¹ BOFFI Boggero, Luis María, ob. cit., pág. 836.

²² BREBBIA, Roberto, ob. cit., pág. 280.

dañoso (como ocurrió con quien por error, y por ende sin mala fe, escribió quintales en vez de libras). La verdadera razón ha de fundarse en la **culpa** en que incurre una de las partes, es decir, en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro. Tal **deber de diligencia**, comienza con la emisión de la oferta.

Por cierto, la conclusión de Ihering, en orden a encuadrar la *culpa in contrahendo* en la esfera de la responsabilidad contractual, es criticada por la doctrina moderna, por dos razones fundamentales:

1° Porque se desprende de los textos romanos en los que se basó, que nos estaríamos moviendo en el campo extracontractual, pues el contrato ha nacido nulo; y

2° Porque en los casos de compraventa de *res extra commercium*, hay dolo y no culpa²³.

Con todo, sin perjuicio de compartir estas críticas, debe reconocerse el esfuerzo de Ihering por subrayar la necesidad de indemnizar a quien creía celebrar un contrato válido, aunque éste en definitiva no pudo prosperar, por contener una causal de invalidez.

Según veremos, la tesis de Ihering tuvo una recepción parcial, en el BGB o Código Civil alemán, del año 1900.

Gabriel Faggella, profundizará las ideas de Ihering. A diferencia del jurista alemán, Faggella, en su obra publicada en el año 1906 y que titula “*De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica*”, sitúa el inicio de una posible responsabilidad precontractual antes de la emisión de la oferta. La responsabilidad, para este autor, nace a partir del inicio de los tratos previos. Sostenía Faggella que en toda negociación, se distinguen dos períodos: el **primer período**, en el que las partes discuten, cambian ideas, proyectan el negocio, y que corresponde a las tratativas previas. Este primer período, a su vez, se subdivide en dos momentos: el **primer momento**, cuando el negocio es “*concebido*” en abstracto por los interesados, y que corresponde a las tratativas previas propiamente tales; luego, el **segundo momento**, cuando dicho negocio deja de ser algo abstracto y los interesados buscan concretarlo, elaborando la oferta; como refiere Brebbia²⁴, en este segundo momento del primer período, cada parte, enterada de la exigencia de la otra, hace un balance de la situación, pasa revista a los puntos sobre los que en principio existe acuerdo y entonces, una de ellas, generalmente la que ha tomado la iniciativa de las negociaciones, se encarga de redactar una oferta definitiva. De esta forma, el primer período concluye al emitirse por una de las partes la oferta. El **segundo período**, es aquél en que se define el negocio mediante la manifestación de una oferta en firme y su posterior aceptación. En este segundo período también se observan dos momentos: el **primer momento**, que va desde el análisis de la oferta hecho por su destinatario y se extiende hasta su aceptación; y el **segundo momento**, que transcurre desde la aceptación hasta el

²³ DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., pág. 171.

²⁴ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), pág. 282.

cumplimiento del contrato²⁵. Este primer momento del segundo período, en el cual el lazo que une a las partes se ha estrechado más aún, y por ende en el que el grado eventual de responsabilidad por la ruptura de las negociaciones se hace más acentuado²⁶, también podría cesar al producirse la ruptura o desacuerdo de las partes, que impide la formalización del contrato.

Después de precisar Faggella estos dos períodos y cuatro momentos (tres de los cuales forman parte, propiamente, de las relaciones precontractuales), determina el autor italiano las consecuencias jurídicas que se derivan de los mismos, mientras el contrato aún no se perfecciona. Para ello, plantea dos puntos de vista, uno negativo y otro positivo, según se trate de los resultados que no ocasionarán o que nacerán a consecuencia de las negociaciones preliminares. Los **resultados negativos** se manifiestan por el hecho que las partes mantienen, a través de todo el período precontractual, el derecho a revocación o retractación de las ofertas o contraofertas hechas. Se trata del reconocimiento del *ius revocandi*. Los **resultados positivos** dicen relación con la responsabilidad civil emergente de los hechos realizados por las partes en el período precontractual. Para Faggella, el solo hecho de entrar en negociaciones en vista de la formación de un contrato constituye un hecho colocado bajo la protección de un derecho. Si bien es cierto que las partes pueden separarse en cualquier momento de las negociaciones, la ruptura intempestiva de las mismas puede originar responsabilidad cuando de la misma se derivan daños. Se considera que ha habido retiro intempestivo siempre que una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, es decir, no hayan culminado con la celebración del contrato o en la ruptura definitiva por falta de acuerdo. Ahora bien, el fundamento de esta responsabilidad no se encuentra en la culpa, como creía Ihering, sino en **la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones**. Tal violación puede existir sin que haya dolo o negligencia, siendo suficiente una trasgresión arbitraria, sin motivo, de las tratativas²⁷.

Boffi sintetiza las ideas de Faggella en los siguientes términos:

- 1° En el período previo al nacimiento del contrato, se visualizan los dos períodos ya mencionados;
- 2° El fundamento de la eventual responsabilidad, no es la culpa, sino la trasgresión del acuerdo para entablar negociaciones. Dicha trasgresión puede acontecer sin dolo o culpa;
- 3° La indemnización sólo debe cubrir los gastos reales en que incurrió uno de los partícipes y no el lucro cesante²⁸.

Será el jurista francés **Raymond Saleilles** quien en el año 1907, empleará por vez primera la expresión “*responsabilidad precontractual*”²⁹. Para Saleilles, el fundamento de

²⁵ Citado por SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., pág. 85.

²⁶ BREBBIA, Roberto, ob. cit., pág. 282.

²⁷ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), págs. 282 y 283.

²⁸ BOFFI Boggero, Luis María, ob. cit., pág. 836.

²⁹ Saleilles, en otra materia, será también el primero en hablar de “*contratos de adhesión*”. Véase nuestro artículo “*El contrato de adhesión ante la doctrina y el derecho nacional y comparado*”, publicado en la Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, año IX, número 4, enero-junio 2003, Santiago, págs. 347 a 368.

la obligación de indemnizar por parte de aquel que causó un daño al retirarse arbitrariamente de las negociaciones previas al contrato, se encuentra en haberse creado por la voluntad (de quien se retiró) una seguridad parcial que nació en el otro partícipe de las negociaciones de celebrar efectivamente el contrato. La extensión de esta obligación de indemnizar que recae en el que generó esta seguridad y después se retiró de la negociación, debe buscarse en **los usos y la equidad comerciales**³⁰. Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe. Existe por tanto retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Será esa violación y no la idea de culpa la que determinará las condiciones y extensión del resarcimiento. En este punto, Saleilles coincide con Faggella. Distingue el autor francés, que el resarcimiento debe limitarse a los gastos efectivamente producidos a raíz de las tratativas, si no se llegó a emitir la oferta por una de las partes; por el contrario, cuando la oferta fue emitida, en ciertos casos particulares Saleilles admite que el aceptante pueda exigir el cumplimiento del contenido de la prestación, es decir, su ejecución real (por ejemplo, cuando el oferente se comprometió, al emitir la oferta, a mantenerla dentro de un plazo y la revoca antes de su vencimiento)³¹.

La doctrina moderna, postula de esta manera que puede existir una responsabilidad previa al nacimiento del contrato, que genéricamente se denomina “*precontractual*” y que nace al cumplirse con los siguientes requisitos:

- 1° Que haya existido un acuerdo de entablar negociaciones, con miras a la celebración de un contrato.
- 2° Que el retiro de las negociaciones por una de las partes sea arbitrario, es decir, que carezca de un fundamento jurídico.
- 3° Que el retiro de las negociaciones haya causado perjuicio a la otra parte³².

4.- Las etapas del proceso contractual, para la doctrina moderna.

Esta nueva doctrina sostiene entonces que existe un período precontractual y le reconoce importancia jurídica en todas sus etapas. Se distinguen al efecto las siguientes etapas en el proceso contractual:

- 4.1 De los tratos negociales previos o negociaciones preliminares.
- 4.2 De la oferta.
- 4.3 Del cierre de negocio.
- 4.4 Del contrato preparatorio.
- 4.5 Del contrato definitivo.

Las etapas enumeradas no revisten importancia tratándose de **contratos instantáneos**. En cambio, estas fases sí pueden concurrir en los **contratos de formación progresiva**³³, representan el trayecto que la voluntad de las partes puede recorrer para

³⁰ CORRAL Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 42.

³¹ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), pág. 283.

³² SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., pág. 93.

³³ Que no debemos confundir con los contratos de ejecución progresiva, pues en éstos, no se atiende al tiempo requerido para que el contrato nazca, sino al tiempo estipulado para que el contrato se cumpla.

perfeccionar un contrato. Las revisaremos someramente, indicando, en cada caso, qué ha estimado la doctrina acerca del **fundamento de la responsabilidad** que pudiere surgir en cada una de ellas, es decir, si se trata de casos de responsabilidad contractual (como sostenían Ihering, Faggella y Saleilles), o de una responsabilidad extracontractual, o responsabilidad legal, o basada en una declaración unilateral de voluntad o en un caso de abuso del derecho, advirtiendo que la doctrina tradicional chilena, se inclinó en términos generales por la segunda tesis³⁴.

4.1 De los tratos negociales previos o negociaciones preliminares.

a) Concepto: para Rosende³⁵, se denomina etapa de la negociación preliminar al período en que las partes desarrollan una multiplicidad de conductas tendientes a conocer sus puntos de vista respecto de un negocio que se proyecta, sin que por ello se entiendan quedar obligadas.

Para Saavedra, las negociaciones preliminares consisten en *“las propuestas a negociar que anteceden a un contrato, por medio de las cuales los interesados, sin obligarse aún, se comunican recíprocamente su intención de convenir un negocio jurídico y analizan cuál podría ser el contenido del contrato a concluir y apreciar la conveniencia o no, de llegar a formalizarlo.”*³⁶

b) Forma de iniciarlos: como señala Rosende, los tratos suelen iniciarse en el instante en que las partes se ponen en contacto por primera vez y con miras a conversar y analizar, en el terreno de las meras expectativas, las condiciones de un negocio futuro. Para que se pueda hablar de tratos, es necesario que el contacto entre las partes no se haya producido en virtud de la oferta; esto obedece a que en este período, las partes no persiguen la creación de obligaciones entre ellas, sino la mera discusión sobre diversos puntos relativos al contrato cuya celebración se pretende y que tendrá por fin inmediato la elaboración de una oferta y su manifestación por el futuro oferente³⁷. Los tratos constituyen la fase exploratoria del consentimiento, en la que las partes buscan los acuerdos mínimos y esenciales para el futuro contrato sin adentrarse aun en el terreno obligatorio de la formación del consentimiento, que se inicia con la emisión de la oferta.

c) Terminación: la duración de los tratos depende de las circunstancias que los rodean. En caso de controversia, corresponderá al juez, en cada caso particular, tras ponderar las circunstancias específicas, determinar cuándo ha habido realmente ruptura de tratativas. No obstante, es posible indicar algunos casos en los que se deben entender concluidos los tratos:

³⁴ Como destaca Corral, la fundamentación contractualista de la responsabilidad precontractual se basa en afirmar que el derecho común está conformado por las reglas de la responsabilidad contractual, estimándose por ende que ellas (a falta de norma expresa) deben también aplicarse a los supuestos de responsabilidad en la formación de los contratos (como los establecidos en los artículos 98 y 100 del Código de Comercio). Tal era la opinión de Alessandri, pero con un matiz: si se trataba de la ruptura dolosa o culposa de las tratativas preliminares, entonces habría responsabilidad extracontractual, toda vez que estas negociaciones no crean entre las partes ningún vínculo jurídico: CORRAL Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 42.

³⁵ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., pág. 33.

³⁶ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 84.

³⁷ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., págs. 33 y 34.

- Cuando se ha materializado la intención que tenían las partes al iniciar los tratos, esto es, cuando se formula la oferta;
- Con mayor razón, cuando se celebra el contrato;
- Cuando una de las partes ha decidido desistirse unilateralmente de ellos; y
- Cuando las partes, de común acuerdo, estiman conveniente poner término a las conversaciones³⁸.

d) Naturaleza jurídica de los tratos negociales previos: la doctrina adopta diversas posiciones al precisar la naturaleza de las negociaciones preliminares. Hay quienes niegan su trascendencia jurídica, adhiriendo aún a los postulados de la doctrina clásica, y los califican de **meros hechos sociales**, que no engendran obligaciones jurídicas de ninguna especie. Otros, por el contrario, que integran la inmensa mayoría de la doctrina moderna, les reconocen una **naturaleza jurídica**, pero difieren en cuanto a su carácter. En esta última corriente doctrinaria, algunos sostienen que se trataría de **convenciones preliminares**, en tanto que otros, incluyen a los tratos dentro del concepto genérico de **negocios jurídicos preparatorios**.

Estima Rosende que es impropio hablar de convenciones preliminares o de negocios jurídicos preparatorios, puesto que ellos entrañan la intención de obligarse, elemento que no existe en el período de las tratativas. Agrega este autor que en este período no estamos en presencia de un acto jurídico. Cabe preguntarse entonces si nos encontramos ante un **hecho material** o ante un **hecho jurídico**. En opinión de este autor, los actos ejecutados en esta fase son hechos jurídicos, esto es, actuaciones voluntarias del hombre que no persiguen efectos jurídicos inmediatos, pero cuyo objetivo final se encuentra en la esfera obligatoria y que, en determinados casos y circunstancias, pueden engendrar obligaciones³⁹.

Saavedra, por su parte, destaca que se trata de una **relación jurídica especial**, orientada al perfeccionamiento de un contrato futuro, de manera que no puede afirmarse que se trate de una etapa negocial irrelevante para el Derecho. Si bien todavía no existe una relación obligatoria, el solo hecho de ponerse socialmente en contacto crea para ambas partes un deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone deberes no sólo negativos sino también positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas⁴⁰.

e) Distinción entre los tratos negociales previos y las figuras afines de la oferta y el precontrato: para Rosende⁴¹, existen tres elementos que sirven para diferenciar los tratos de otras figuras jurídicas similares como las dos mencionadas: la **finalidad** de la voluntad; el **contenido** de la volición; y **los efectos** que dicha voluntad es capaz de producir.

- Diferencias entre los tratos negociales previos y la oferta:
 - En cuanto a la **finalidad**: en las negociaciones, las partes pretenden, en lo inmediato, la elaboración y formulación de una oferta. En la oferta, la finalidad perseguida es obtener la aceptación para concluir el contrato.
 - En cuanto al **contenido**: los tratos persiguen elaborar las bases de una oferta; se trata de que las partes se ubiquen en las condiciones hipotéticas en que podrá

³⁸ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., pág. 34.

³⁹ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., págs. 35 y 36.

⁴⁰ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 86.

⁴¹ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., págs. 36 y 55.

celebrarse el contrato, gozando siempre de absoluta libertad para cambiar de parecer. En cambio, el proponente formula la oferta con la intención de obligarse en los términos en que está concebida.

- En cuanto a los **efectos**: en los tratos, el único efecto jurídico a que pueden dar origen es la responsabilidad emanada de un daño provocado por la conducta de alguna de las partes. Distintos son los efectos de la oferta, pues por una parte la responsabilidad puede ser mayor, y por otra su consecuencia probable será el nacimiento del contrato.

Saavedra, por su parte, destaca las siguientes diferencias entre los tratos negociales previos y una oferta:

- Los tratos negociales pueden existir o no, como fase preliminar a un determinado acto jurídico; en cambio, la oferta es un elemento esencial que no puede faltar en todo contrato.
- La importancia de los tratos negociales previos es muy relativa y dependerá de cada caso concreto; en cambio, la oferta tiene siempre una importancia fundamental, porque determina el contenido de la aceptación.
- Los tratos negociales previos pueden referirse sólo a un aspecto del contrato. La oferta, en cambio, debe ser completa, debe cubrir todos los puntos que formarán el contenido del contrato⁴².

• Diferencias entre los tratos negociales previos y los precontratos:

- En cuanto a la **finalidad**: también en este caso el factor que distingue a una y otra figura es el elemento intencional, pues mientras en los tratos preliminares no existe la intención de obligarse, esta intención constituye la esencia y finalidad de los precontratos. Así, por ejemplo, una de las especies de precontrato, la llamada promesa de contrato, es una convención como cualquier otra, en virtud de la cual las partes se obligan con el fin de celebrar un contrato futuro.
- En cuanto al **contenido**: el contrato preparatorio difiere de los tratos, en que en el primero las partes han convenido en lo sustancial y ello consta en un contrato, mientras que en los tratos la conformidad de pareceres es precaria y por ello no se refleja en un documento definitivo.
- En cuanto a los **efectos**: el precontrato obliga a celebrar un contrato futuro o a solucionar una situación jurídica aún no determinada. En los tratos, sólo existe un esquema hipotético que llegará a ser contrato cuando las partes presten su consentimiento a cada una de sus cláusulas⁴³.

f) Etapas de las negociaciones preliminares: según su grado de desarrollo, las negociaciones preliminares se dividen en dos etapas:

Primera etapa: de las negociaciones propiamente tales: se denomina como tal a todo el período anterior a la oferta. Indica las actuaciones de las partes sin intención de obligarse y que se refieren a las discusiones, intercambios de puntos de vista y al sondeo de los intereses de cada negociante.

⁴² SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 89.

⁴³ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., pág. 37.

Segunda etapa: de la puntualización: es una etapa más avanzada, en la cual las partes dejan constancia de los puntos esenciales sobre los cuales están de acuerdo en principio, aunque existan diferencias en otros elementos del futuro contrato, ya sea de la naturaleza o accidentales. Esta etapa se concreta en la emisión de una **minuta** o borrador, que es un documento en el cual las partes dejan expresa constancia de los acuerdos alcanzados hasta ese punto, aunque todavía existan aspectos en los cuales difieran. Se trata de ir dejando constancia de los acuerdos que las partes progresivamente van alcanzado durante la negociación, con el objeto de simplificar las conversaciones posteriores⁴⁴. Se podría sostener que la puntualización es una especie de pre-oferta, un documento que sienta las bases de algunas de las materias que integrarán la oferta, y en las que, desde ya, concuerdan quienes están negociando.

Se ha debatido el valor jurídico de la *puntualización*. En la legislación alemana se le reconoce eficacia, confiriéndose valor jurídico a un documento en el que constan los acuerdos sobre los elementos esenciales del contrato, aunque subsistan diferencias en lo relativo a elementos accidentales. No ocurre lo mismo en el derecho chileno. La razón primordial para negar valor jurídico a dichos acuerdos reside –a la luz de nuestra legislación- en que mal podría ser obligatorio un acuerdo esencialmente precario, más aún habida cuenta que las partes se obligan realmente a partir de la oferta. En nuestro derecho, la *puntualización* o minuta no es más que un documento preparado por las partes, con el propósito de ordenar el debate sobre el negocio propuesto. En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha fallado que una escritura que contiene espacios en blanco que dan testimonio que no ha habido acuerdos acerca de lo que debe estamparse en ellos, importa un proyecto de contrato, un contrato en elaboración no redondeado y concluído en todos sus detalles, y en consecuencia, para dejarlo totalmente terminado, es menester proceder con el acuerdo unánime de todos los otorgantes⁴⁵. Pero no se puede, a juicio de Rosende, cerrar completamente la puerta a la trascendencia o valor jurídico de la puntualización. Como señala Rosende, “...la solución puede no ser idéntica en todos los casos, pues es posible que las partes hayan estimado en realidad que el contrato se ha formado con la puntualización, pues ésta contiene todo lo que es auténticamente sustancial para el fin que se ha propuesto, y sólo han dejado al margen aspectos o modalidades que se complementarán con la obtención de un antecedente pendiente o con la aplicación de disposiciones legales supletorias del silencio de las partes, o con la buena fe creadora que debe regir el período de formación del consentimiento. En estos casos excepcionales, debe estimarse, pues, que el acuerdo básico preliminar constituye un contrato perfecto, circunstancia que deberá ser apreciada en todo caso por los Tribunales de Justicia.”⁴⁶ Por lo demás, así pareció entenderlo la Corte Suprema, que en un fallo de 23 de noviembre de 1970, pareció reconocer la existencia de un contrato válido, “...en presencia de una escritura pública firmada por las partes, pero en la que existían carillas en blanco ‘destinadas a insertar comprobantes de impuestos, contribuciones y de pavimentación’”.⁴⁷

g) Fundamento de la responsabilidad que puede originarse en los tratos negociales previos: cabe distinguir, según si había o no convención que regulaba las tratativas. Dicho de otro

⁴⁴ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 88.

⁴⁵ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. cit., págs. 38 y 39.

⁴⁶ ROSENDE Alvarez, Hugo, idem, pág. 39.

⁴⁷ ROSENDE Alvarez, Hugo, ibídem, pág. 39.

modo: las partes pueden o no fijar previamente las reglas conforme a las cuales, iniciarán sus tratativas (así, por ejemplo, se estipula que las bases propuestas por una de las partes, deberán enviarse a determinados correos electrónicos o domicilios; que los documentos o anexos deberán adjuntarse en determinado formato; y que el receptor contestará en cierto plazo, etc.). Si había convención, entonces habrá que aplicar la responsabilidad **contractual**. Si no la había, deberá aplicarse la responsabilidad **extracontractual**.

h) Importancia de los tratos negociales previos: destaca Saavedra⁴⁸ que los tratos negociales previos tienen importancia por las siguientes razones:

- Porque al contar las partes con una mayor y mejor información, pueden formarse un adecuado juicio de valor sobre la conveniencia o no de celebrar un contrato.
- Porque las partes, sin obligarse aún, pueden explorar tranquilamente las mejores condiciones, mediante la búsqueda de los acuerdos mínimos que les permitan alcanzar un futuro contrato.
- Porque de acuerdo al criterio imperante, durante esta etapa las partes están protegidas por una responsabilidad precontractual.
- Porque el intercambio de puntos de vista entre las partes, puede coadyuvar a una mejor interpretación del negocio jurídico que en definitiva se logre alcanzar. Complementando lo planteado por Saavedra, cabe tener presente aquí lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, que privilegia, por sobre lo literal de las palabras empleadas por los contratantes, su intención. Esta, puede haberse reflejado claramente en los documentos intercambiados durante los tratos negociales previos. También podría incidir en la segunda hipótesis contemplada en el artículo 1566 del Código Civil, al interpretarse las cláusulas ambiguas que hayan sido dictadas por una de las partes, en contra de ella, si la ambigüedad proviene de una falta de explicación que haya debido darse por ella.

4.2 De la oferta.

No ahondaremos en aspectos de la oferta, que corresponden al estudio de la Teoría del Acto Jurídico, sino sólo en un par de puntos vinculados con la responsabilidad precontractual y en lo que respecta al fundamento de la responsabilidad.

a) Importancia de la oferta entre los precontratantes: al emitirse la oferta, no sólo opera un cambio fundamental en **la naturaleza de las relaciones entre las partes**, sino que, además, se produce una **ampliación en el círculo de intereses** merecedores de protección legal. En relación con el cambio de naturaleza de las actuaciones de las partes, téngase presente que mientras las negociaciones preliminares se traducen en hechos jurídicos sin fuerza obligatoria, a partir de la oferta, en cambio, se constata la presencia de actos jurídicos, con los que se inicia la etapa vinculatoria en la gestación de los contratos. Varían también los intereses jurídicos merecedores de protección: dichos intereses ya no se circunscriben a **respetar el patrimonio ajeno**, ampliándose la esfera de protección al interés de **seguridad en la conclusión del contrato** e incluso la protección del **interés de cumplimiento de la prestación contractual proyectada**⁴⁹.

⁴⁸ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., págs. 86 y 87.

⁴⁹ ROSENDE Alvarez, Hugo, ob. Cit., pág. 40.

b) Diferencias entre la oferta y el precontrato: la diferencia sustancial reside en la **naturaleza jurídica** de una y otro. En la oferta existe un **acto jurídico unilateral**, mientras que en el precontrato siempre habrá un **acto jurídico bilateral**, sin perjuicio de que éste suponga la celebración de un contrato definitivo que genere obligaciones para una o ambas partes, esto es, de que sea un contrato unilateral o bilateral. Por otra parte, cabe tener presente que el precontrato constituye una fase más avanzada en la formación del consentimiento desde el instante en que las partes han manifestado sus voluntades coincidentes en orden a celebrar el contrato proyectado, con la salvedad de que reservan la celebración de dicho contrato para un momento posterior. En la oferta, en cambio, existe una sola manifestación de voluntad, la del oferente, que busca la voluntad del destinatario para formar el consentimiento, pero que dependerá de una condición suspensiva, esto es que el destinatario acepte pura y simplemente la oferta⁵⁰.

c) Fundamento de la responsabilidad generada por la oferta: la materia se encuentra resuelta en nuestro Derecho. Al efecto, cabe tener presente lo dispuesto en los artículos 98 y 100 del Código de Comercio.

Conforme al artículo 98, puede nacer responsabilidad de indemnizar por el oferente, cuando éste omitió avisar de su revocación al destinatario de la oferta, y el último aceptó extemporáneamente. En este caso, habría que aplicar las normas de la responsabilidad **extracontractual**, ya que no existe vínculo preexistente, desde el momento en que el oferente se retractó de su propuesta.

El artículo 100 del Código de Comercio, por su parte, consagra la responsabilidad que puede pesar sobre quien se retractó tempestivamente de su oferta, cuando el destinatario de la misma incurrió en gastos o se le producen perjuicios. Aquí, estaríamos ante un caso de responsabilidad **legal**.

4.3 Del cierre de negocio.

a) Concepto: suele proceder cuando se trata de contratos que, además del consentimiento, requieren la realización de formalidades. Si bien la oferta ha sido aceptada, el contrato aún no se perfecciona. Se trata entonces de una eventual etapa intermedia, entre la aceptación de la oferta y la conclusión del contrato, en la que las partes suscriben el “*cierre de negocio*”. Así, por ejemplo, cuando las dos partes suscriben, por separado, con un corredor de propiedades, un cierre de negocio, comprometiéndose a suscribir la escritura de promesa o derechamente la de compraventa de un inmueble en un cierto plazo.

Alvaro Puelma lo define como “*una estipulación en que las partes se obligan a pagarse recíprocamente una cantidad de dinero si el negocio no se realiza en un plazo determinado y una de ellas está dispuesta a realizarlo.*”⁵¹

Abeliuk subraya que el establecimiento de una multa para el evento de que una de las partes no celebre el negocio, sería un elemento esencial para caracterizar cuando estamos ante un cierre de negocio. Asimismo, es necesario que la suma de dinero o los documentos representativos de ella que corresponden a la multa, se depositen en manos de un tercero (por ejemplo, un corredor de propiedades), para que éste haga entrega de ellos al

⁵⁰ ROSENDE Alvarez, Hugo, ídem, págs. 46 y 47.

⁵¹ Puelma Accorsi, Álvaro, “*Contratación comercial moderna*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, p. 37.

que cumple el contrato de que se trata. También habría cierre de negocios, si las partes simplemente han pactado que una de ellas pagará a la otra cierta suma, si la primera se niega a celebrar el contrato definitivo y la otra está dispuesta a celebrarlo. En cambio, si una de las partes entrega directamente a la otra parte una suma en garantía de la celebración o ejecución de un contrato, estaríamos ante arras y no ante un cierre de negocio.⁵²

b) Fundamento de la responsabilidad: a juicio de Rosende, habría aquí una responsabilidad cuasicontractual (hecho voluntario no convencional que produce obligaciones), que se regiría por las reglas de la responsabilidad contractual. Corral disiente, señalando que “...no parece sencillo visualizar un verdadero cuasicontrato, ya que existe una convención (oferta aceptada). Por ello su incumplimiento originará responsabilidad contractual, pero siempre y cuando sea reconocido (el cierre de negocio) como válido y eficaz como convención innominada.” Si así no ocurriera, agrega Corral que la responsabilidad por la ruptura del cierre de negocio sería extracontractual por violación del principio general de la buena fe⁵³.

Puelma y Abeliuk entienden que se trata de un contrato innominado, de carácter consensual, bilateral y oneroso, perfectamente válido dentro del principio de la autonomía de la voluntad y además consagrado por la costumbre, que en el ámbito mercantil, suple el silencio de la ley (artículo 4º del Código de Comercio).

4.4 Del contrato preparatorio.

a) Concepto: contrato preparatorio o preliminar es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato, que por ahora no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad⁵⁴. Al decir de Fernando Fueyo, es una vinculación, nacida de contrato, cuya eficacia, en el querer de las partes, es sólo preliminar o previa, puesto que lo que se intenta es una relación futura y definitiva, la cual, ordinariamente, es entre las mismas partes concertantes. Mediante el contrato preparatorio, las partes que no pueden obtener de inmediato el resultado económico que esperan, quedan vinculadas jurídicamente y pueden mientras tanto resolver las dificultades legales, financieras, etc., hasta que una vez subsanadas, puedan celebrar el contrato definitivo y satisfacer plenamente sus intereses.

b) Clases de contratos preparatorios.

Según la doctrina, se clasifican en generales y especiales.

Entre los **contratos preparatorios generales** de más ordinaria ocurrencia se encuentran:

- El contrato de promesa de celebrar contrato (artículo 1554);
- El contrato de opción (según Fueyo, es aquel que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en

⁵² Abeliuk Manasevich, René, “Contrato de Promesa, de Opción y otros acuerdos previos”, Santiago de Chile, AbeledoPerrot y Thomson Reuters, año 2012, pp. 274 a 279.

⁵³ CORRAL Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 43.

⁵⁴ LOPEZ Santa María, Jorge, “Los Contratos. Parte General” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, segunda edición, Tomo I), pág. 160.

favor de la otra que de momento se limita a admitirla, reservándose libremente la facultad de aceptarla);

- El contrato de corretaje o mediación (en este caso, la obligación que asume una de las partes es con el corredor o intermediario, y no con la otra parte actual o futura, con la que celebrará el contrato definitivo);
- El contrato de negociación (entendido como aquél destinado a regular los tratos negociales previos).

Entre los **contratos preparatorios especiales**, son los más usuales:

- En el ámbito procesal, el contrato preparatorio de arbitraje o cláusula compromisoria (se acuerda someter un litigio, actual o eventual, a la jurisdicción arbitral, sin designarse todavía al árbitro);
- El pacto o promesa de preferencia;
- La compraventa con pacto de retroventa (que para la mayoría de los autores, es una venta bajo condición resolutoria ordinaria: artículo 1881 del Código Civil);
- El contrato de apertura de crédito o línea de crédito (en su virtud, un Banco, por ejemplo, se obliga a proporcionar préstamos en favor de cierta persona, fijándose desde ya la tasa de interés, los plazos máximos de vencimiento y demás particularidades de los mutuos, cumplida que sean por el futuro mutuuario determinadas condiciones, usualmente la constitución de garantías, el alzamiento de garantías constituidas en favor de otro acreedor, presentación de balances, estados de situación patrimonial, etc.); y
- El contrato de suscripción de acciones de una sociedad anónima en formación.

c) Fundamento de la responsabilidad: si ya se acordó el contrato preparatorio, la responsabilidad que origine su incumplimiento será contractual. Tal ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de un contrato de promesa.

4.5 Del contrato definitivo.

Contrato definitivo es aquel que se celebra cumpliendo con la obligación generada por el contrato preparatorio. Tal obligación es de hacer, y consiste en suscribir, dentro de un plazo o si se cumple una condición, el futuro contrato. En tal caso, los incumplimientos serán resueltos de conformidad con las normas de la responsabilidad contractual por infracción del contrato.

5.- Interés jurídicamente protegido en la responsabilidad precontractual.

De lo expuesto, se puede concluir que el interés jurídicamente protegido *“está referido al daño sufrido por el partícipe damnificado por haber sido envuelto en negociaciones inútiles, a raíz del retiro intempestivo y arbitrario del otro partícipe o por el ocultamiento de situaciones que resulten ser, posteriormente, causas de nulidad del contrato resultante.”*⁵⁵

Se trata de participar entonces en forma correcta y leal en las negociaciones, lo que implica por ende **actuar de buena fe**. Como refiere De Los Mozos, citando a Castán Tobeñas, *“...en la base de la formación del contrato hay ya para las partes un deber de*

⁵⁵ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., pág. 93.

lealtad recíproca y buena fe. Por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; más si llegadas las convenciones a un punto en que podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato, y una de las partes se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido.” Agrega que ante el silencio legal (en el Código Civil español), “...cabe perfectamente aplicar el principio de la buena fe (...) al ser uno de los confortantes, no sólo del Derecho de obligaciones, sino de todo el orden jurídico y que obliga a las partes a no faltar a ella o contradecirla en los tratos previos a la perfección del contrato.”⁵⁶

Para Saavedra, a modo ejemplar, constituyen conductas que no infringen este proceder de buena fe, o dicho en términos positivos, son conductas que están conformes al principio de actuar de buena fe, las siguientes:

- Participar en las negociaciones estando debidamente facultado para ello (cuando quien actúa, lo hace a nombre y en representación de otro).
- Que una de las partes no sea inducida a contratar mediante la entrega de informaciones falsas, erróneas, simuladas o incompletas.
- Que para la seguridad de las negociaciones se respeten los acuerdos de confidencialidad que se hubieren adoptado y se custodien diligentemente los documentos entregados.
- No haber ocultado hechos que podrían acarrear luego la nulidad o la ineficacia de lo acordado.
- Que las negociaciones no se prolonguen deliberadamente para luego contratar con otro.
- Que no se realicen actos disfuncionales que entorpezcan o que encarezcan inútilmente las negociaciones.
- Que una de las partes no se sustraiga o retire arbitraria o injustificadamente de las negociaciones.
- Que no se revoquen propuestas que se había prometido que no serían retiradas, etc.⁵⁷

6.- Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

La doctrina ha discutido, esencialmente, si la responsabilidad precontractual ha de fundarse en las reglas de la **responsabilidad contractual** (habiendo culpa, a juicio de algunos; o sin necesidad de que exista culpa, según otros), o por el contrario, en aquellas propias de la **responsabilidad extracontractual**. Pero junto a estas dos grandes corrientes, ha habido autores que han buscado otro fundamento, como en el **abuso del derecho**, en la **declaración unilateral de voluntad** o sencillamente en **la ley**.

Ihering, según vimos, postulaba que debían aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, lo que se explicaba, pues para él, dicha responsabilidad sólo podía nacer después de haberse formulado la oferta. Agregaba que el supuesto de la responsabilidad, era una actuación culpable de una de las partes. En síntesis, para el autor alemán, la responsabilidad precontractual se fundaba en la **culpa contractual**.

⁵⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., pág. 169, que a su vez cita a CASTÁN TOBEÑAS J.M.-GARCIA CANTERO G., “*Derecho Civil español, común y foral*” (Madrid, 16ª. Edición, año 1992).

⁵⁷ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ob. cit., pág. 94.

Faggella, en cambio, no funda la responsabilidad precontractual en la culpa, sino en el solo hecho de entrar las partes en negociaciones en vista de la formación de un contrato, produciéndose después una ruptura injustificada e intempestiva de ellas, sin esperar su término natural.

Salleilles apoya la tesis planteada por Faggella, reiterando que la responsabilidad precontractual es independiente de toda noción de culpa, fundando dicha responsabilidad en el retiro intempestivo de una de las partes, retiro que viene a ser violatorio del acuerdo expreso o tácito que habían concluido las partes, en orden a entablar negociaciones. Este retiro, hecho sin esperar que concluyeran en forma normal las tratativas (fuere contratando, fuere desechando ambas partes contratar) viene a constituir un hecho atentatorio a los principios de equidad y seguridad comercial⁵⁸.

Ripert y Josserand, por su parte, planteaban que el fundamento de la responsabilidad precontractual debía entenderse desligado de la idea de culpa y que debía encontrarse en un acto arbitrario que configura “*un abuso del derecho de no contratar*”.⁵⁹ Como señala Picasso, que adhiere al abuso del derecho como factor de atribución de responsabilidad, “*La culpa como factor de atribución no resulta en principio aplicable a quien ejerce un derecho suyo. La culpa presupone ilicitud en la conducta, y resulta por lo tanto incompatible con el ejercicio de una facultad conferida por la ley al dañador. El abuso del derecho, por el contrario, presupone el ejercicio de un derecho por parte del responsable, aún cuando, por ejercerse en contra de los fines tenidos en cuenta por la ley, o exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres, dé lugar de todos modos a la reparación del daño. En otras palabras, los derechos no se ejercen culpable o inculpablemente, sino en forma regular o antifuncional. No cabe duda de que cualquiera de las partes, en uso de su libertad de contratación tiene, en principio, un verdadero derecho de apartarse de las tratativas en cualquier momento. Siendo ello así, cuando esta facultad es ejercida ‘injustamente’, cabe responsabilizar al agente con base en el abuso del derecho como factor de atribución.*”⁶⁰ Ahora bien, agrega Picasso que el exceso de los límites impuestos por la buena fe es precisamente una de las pautas que sirven para evaluar la existencia del abuso del derecho, cuestión objetiva y no subjetiva, desde el momento que puede haber abuso del derecho sin culpa. Ahora bien, como en principio las partes tienen plena libertad para contratar o no, la regla será que ellas puedan apartarse en cualquier momento de las tratativas, y quien invoque la mala fe o el abuso del derecho, deberá demostrarlo⁶¹. La doctrina del abuso del derecho como fundamento de la responsabilidad precontractual ha sido cuestionada, sin embargo, señalándose que ella “*...no explica adecuadamente el juego de la responsabilidad en las tratativas, donde las partes no tienen una sobre la otra ningún derecho, sino que pesa sobre ambas la obligación de guardar una conducta diligente, ni tampoco durante la etapa posterior, en los casos de muerte e incapacidad sobreviniente del solicitante.*”⁶²

⁵⁸ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, ídem, págs. 95 y 96.

⁵⁹ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., pág. 96.

⁶⁰ PICASSO Sebastián, ob. cit.

⁶¹ PICASSO Sebastián, ídem.

⁶² BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), pág. 284.

Algunos autores han propuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual simplemente a **la ley**. Se afirma que la responsabilidad del oferente que retira su oferta, es un caso de **responsabilidad legal**. La obligación del oferente no se funda en realidad en la voluntad del que efectuó la declaración, pues el Derecho la impone aún contra esa misma voluntad. Es la ley la que quiere que quien recibe una oferta pueda tener confianza en arribar a la conclusión de un contrato en base a ella, si media aceptación. Este criterio doctrinario ha sido criticado, pues “...como todos aquellos que pretenden dar sustento teórico a una institución apoyándose solamente en la voluntad de la ley, no otorga en realidad fundamento jurídico alguno a los casos de responsabilidad precontractual.”⁶³

Hay también quienes han propuesto, como fundamento de la responsabilidad precontractual, a la **declaración unilateral de voluntad**, que en algunos casos, puede operar como una fuente de las obligaciones. En el derecho chileno, se podría sostener que tal es el fundamento de la llamada “*oferta que por sí sola obliga*”, contemplada en el artículo 99 del Código de Comercio, esto es, aquella oferta en la que el proponente se compromete a esperar que transcurra determinado plazo, para que el destinatario de la oferta la acepte o rechace, inhibiéndose en el intertanto, de entrar en negociaciones con terceros. El autor argentino Luis María Boffi, adhiere parcialmente a esta doctrina, al señalar que, a su juicio, dos son los fundamentos de la responsabilidad precontractual: la declaración unilateral de voluntad y la responsabilidad aquiliana. Plantea el siguiente ejemplo, que responde exactamente al caso del artículo 99 del Código de Comercio chileno, y que él funda en el artículo 1150 del Código Civil argentino, de tenor similar⁶⁴: “*A emite una oferta pública de vender su casa y se compromete a mantener la oferta hasta el 15 de diciembre próximo. En el interregno retira la oferta y se niega a vender. Tenemos aquí clara y categóricamente un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones. No cabe la responsabilidad ‘contractual’ ni la ‘aquiliana’*”. Agrega el autor argentino: “*Pero si A comienza las tratativas y no ha dado base que entrañe una concreta obligación emanada de su voluntad, sea formando pacto con otra persona, fuere actuando con el énfasis propio de la decisión unilateral como fuente obligacional, entonces estamos ante la burla de la ley en cuanto ésta impone la ‘obligación de no hacer’ consistente en la de no dañar al prójimo*⁶⁵. *Es el caso típico de las tratativas preliminares (...) donde no hay decisión privada lícita de donde emane una obligación. Pero es también el caso de ofertas revocables del artículo 1150, primera parte, ofertas que no llegan a ser declaraciones unilaterales de voluntad que pudiesen constituir fuente de obligaciones.*”⁶⁶ En este segundo caso, el fundamento de la responsabilidad ha de buscarse en la responsabilidad aquiliana. El mismo fundamento opera, cuando se trata de la responsabilidad que emana de un acto que resulta nulo. Al respecto, no olvidemos que Ihering elabora su doctrina a partir de casos de contratos nulos, comentados por los juristas romanos. En el caso del Código Civil argentino, Boffi cita el artículo 1056, que reza: “*Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o*

⁶³ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V), pág. 284.

⁶⁴ “*Artículo 1150: “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada.”*

⁶⁵ Que el Código Civil chileno consagra, como es sabido, en el artículo 2314.

⁶⁶ BOFFI Boggero, Luis María, ob. cit., pág. 837.

de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.” Concluye entonces Boffi: “...un acto con pretensiones de ‘jurídico’, aunque no llegue a serlo porque se le haya aplicado la sanción anulatoria, puede dar lugar a otras sanciones como la indemnización en virtud de *constituir*, además de acto jurídico frustrado, un acto ilícito. La responsabilidad sería ‘aquiliana’, lo que presupone la existencia de dolo o culpa.” En todo caso, advierte Boffi que en ciertos casos, la nulidad de un contrato no hace nacer responsabilidad para ninguna de las partes, como ocurre con aquél celebrado por dos dementes⁶⁷. En el derecho chileno, no hay una norma similar a la del artículo 1056 del Código Civil argentino, pero estimamos que también podrá pedir una de las partes la reparación de los perjuicios, considerando que de conformidad al artículo 1687, tiene derecho a ser restituida al estado anterior al de la celebración del contrato, y ello incluye ser resarcido entonces de todos los perjuicios que el acto frustrado le hubiere provocado. Ahora bien, como la declaración de nulidad implica que no hubo contrato, la responsabilidad no podría ser contractual, sino aquiliana. Sobre este particular, Pablo Rodríguez Grez, a propósito de la Ley de Matrimonio Civil, ha planteado la eventual procedencia de la indemnización de perjuicios por daños morales, que alegue uno de los ex presuntos cónyuges, cuando el matrimonio se declara nulo. Así, tratándose de la nulidad del matrimonio, sería una causal que justifique reclamar el pago de tal indemnización, por ejemplo, el ocultamiento por uno de los cónyuges de un trastorno o anomalía psíquica que fehacientemente comprobada, impida absolutamente formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; o el haber hecho creer al otro contrayente que se tenía una cualidad personal que, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, fue determinante para otorgar el consentimiento; o el haber empleado la fuerza; o el haber omitido la circunstancia de existir un vínculo matrimonial no disuelto.⁶⁸

Se deduce entonces del planteamiento de Boffi, que cronológicamente, primero aparece como fundamento la responsabilidad aquiliana, que actúa desde el inicio de las tratativas; se aplica al producirse la emisión de una oferta sin que el proponente se auto-imponga un plazo para esperar la respuesta del destinatario; y se extiende también a la eventual responsabilidad de una de las partes tras la anulación de un contrato. En cambio, si se emite una oferta obligándose el oferente a esperar el transcurso de un plazo antes de revocarla, el fundamento de su responsabilidad, en caso de retirar la oferta antes de la extinción de dicho plazo, será la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

Roberto Brebbia, por su parte, también estima que el fundamento de la responsabilidad precontractual, tratándose de aquella que puede nacer durante las tratativas preliminares, es la culpa extracontractual o aquiliana. Subraya que no es necesariamente la fuente de la responsabilidad la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones (como postulaba Faggella) ni la violación de los usos impuestos por la equidad comercial (como afirmaba Saleilles), sino que es la **actividad culposa** de una de las partes intervinientes en las negociaciones, la que puede originar para ella responsabilidad (como señalaba Ihering).

⁶⁷ BOFFI Boggero, Luis María, ob. cit., págs. 837 y 838.

⁶⁸ RODRÍGUEZ Grez, Pablo, artículo titulado “*Ley de Matrimonio Civil*”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo “Curso de Actualización Jurídica. ‘Nuevas Tendencias en el Derecho Civil’”, Santiago, año 2004, págs. 48 y 49.

Plantea el siguiente ejemplo: “Si A, residente en Buenos Aires, pide a B, que vive en Tucumán, baje a la ciudad primeramente citada para negociar un convenio y a su llegada, sin siquiera acordarle audiencia, le hace saber que ha desistido de su propósito, debe responder por los daños causados a B (gastos de viaje, estadía, etc.), no porque puso fin intempestivo a las negociaciones, sino porque actuó en forma culposa.” Afirma de esta forma Brebbia que el fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside en la culpa, que no tiene, sin embargo, fundamento contractual (como afirmaba Ihering), pues se trata de hechos realizados en un período en el que todavía no existía contrato perfeccionado. No cabe sino concluir, entonces, que la culpa precontractual se encuentra regida por las normas atinentes a la culpa aquiliana o extracontractual, aunque ello no significa que esta culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres propios que la individualizan de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos. Dos diferencias destaca Brebbia: 1° Diferencia en los sujetos intervinientes: los sujetos de la obligación de resarcir, en los casos de responsabilidad precontractual, no pueden ser otros que las personas relacionadas para la concertación de un convenio; mientras que en los supuestos de culpa aquiliana los sujetos activos y pasivos pueden ser personas extrañas sin ninguna relación previa entre sí. 2° Diferencia de grado existente entre ambas especies de culpa: existe un mayor grado de afinamiento en el concepto de culpa precontractual que en el de culpa aquiliana. El primero, atiende al especial deber que tienen las partes, durante las negociaciones, de observar una conducta prudente y leal. Sin esa buena fe, sin esa lealtad que deben presidir los actos preliminares de un contrato, el tráfico jurídico sufriría graves entorpecimientos o se paralizaría. Ello implica que una misma conducta puede ser considerada negligente y por ende sancionada como tal si se encuentra relacionada con las tratativas de contrato, y en cambio, calificarse como normal y diligente si escapa a la órbita de las negociaciones preliminares. Para ilustrar esta diferencia de grado que existe entre ambas especies de culpa, ejemplifica con el caso siguiente: “si A invita a B a conversaciones sobre un negocio en perspectiva y en cumplimiento de tal proposición –que no es todavía oferta- B realiza ciertos gastos que A podía perfectamente prever, este último debe responder a la contraparte de tales erogaciones si, verbigracia, antes de entrevistarse con ella, cierra contrato sobre la misma materia con otra persona. En cambio, si A invita simplemente a B a ir a Buenos Aires, sin entrar en tratativas de contrato –diciéndole, por ejemplo, que desearía hablarlo personalmente por un asunto de su interés-, no responde civilmente por los gastos que realice este último con motivo de su viaje. El hecho en ambos supuestos es el mismo y, sin embargo, no surte los mismos efectos, debido a la diferencia que hemos anotado entre la culpa precontractual y aquiliana.”⁶⁹

En lo que respecta al fundamento de la responsabilidad que puede nacer después de la emisión de la oferta, Brebbia considera que rige en esta etapa el mismo principio vigente durante la etapa de las tratativas, o sea, el de que las partes deben responder siempre por la conducta culposa observada durante las tratativas. Señala que “*El ius revocandi (...) no puede ser entendido más que en el sentido de que no puede obligarse al oferente a realizar la prestación material de la oferta cuando se retracta antes de ser aceptada, pero no de que no deba responder por los daños y perjuicios ocasionados cuando esa revocación ha sido culposa.*” Destaca Brebbia que en esta segunda etapa, ya formulada la oferta, la obligación de diligencia que se deben las partes, ostenta un grado más acentuado,

⁶⁹ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, op. cit., págs. 285 a 287.

considerando el estrechamiento y formalización de relaciones producido por la oferta. De esta forma, la culpa que pueda originarse en este período de la oferta, revestirá un carácter de gravedad superior a la susceptible de originarse durante las tratativas. Para ello, se apoya en el tenor del artículo 902 del Código Civil argentino, que establece: “*Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.*” Se trata, en definitiva, de responsabilidad aquiliana⁷⁰.

Otros autores, prefieren fundar la responsabilidad precontractual exclusivamente en la **responsabilidad aquiliana o extracontractual**. En tal posición, Aubry y Rau, en Francia; Santos Briz, Puig Bruteau y De los Mozos, en España. Este último, parte del supuesto que es necesario acreditar que el afectado ha sufrido un perjuicio y que dicho daño ha sido una consecuencia de la culpa, el dolo o simple mala fe en que ha incurrido la contraparte de los tratos preparatorios. En caso contrario, la simple ruptura de los tratos preparatorios es libre y no tiene consecuencias de ningún tipo. Ahora bien, puesto que no hay contrato, pues no llegó a formarse, hay que recurrir, para indemnizar el daño, a los criterios de la responsabilidad extracontractual. Se explica esta responsabilidad, pues tal como ya lo indicamos citando a De los Mozos, en la base de la formación de todo contrato, hay ya para las partes un deber de lealtad recíproca y buena fe. De los Mozos cita a su vez a de Cossío, quien en la misma línea doctrinaria, señala: “*el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece, entre ellas, una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues, una y otra, se deben un mínimo de lealtad en el trato* –se está describiendo, dice De los Mozos, la buena fe, pero una buena fe que no tiene lugar en el ámbito contractual, agregando de Cossío: “*No nos ofrece la menor duda el hecho de que cuando culposa o dolosamente se infieren a otros perjuicios con ocasión de un contrato proyectado, o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa ya que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: nos encontramos ante un hecho de culpa extracontractual o aquiliana, derivada del hecho ilícito.*”⁷¹ Concluye De los Mozos subrayando que “*...las tesis contractualistas, remotamente inspiradas en una artificiosa construcción pandectista (alude a los casos planteados por los juristas romanos, a los que hicimos referencia, en que fundó su doctrina Ihering) se hallan desprestigiadas y totalmente en retroceso (...) estas tesis contractualistas de la responsabilidad ‘in contrahendo’ no son aceptables, aunque practiquen un contractualismo ‘light’ que ve en el inicio de los tratos un ‘contacto social’ del que deriva la imposición de un comportamiento correcto. Pero una cosa es que los tratos deban desarrollarse de acuerdo con el canon de la buena fe y, otra, que, por el hecho de emprenderlos, se derive algún tipo de obligación. Una construcción de esta naturaleza va, en última instancia, contra la ‘libertad contractual’ que constituye un principio sistemático común a la cultura jurídica occidental y no deja de incurrir también en una evidente contradicción, porque del contrato no pueden surgir obligaciones si no ha sido concluido.*”⁷²

⁷⁰ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, op. cit., págs. 287 y 288.

⁷¹ DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., págs. 182 y 183.

⁷² DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., pág. 185.

En Latinoamérica y particularmente en Chile, la posición favorable a fundamentar la responsabilidad precontractual en la responsabilidad extracontractual, ha sido la mayoritaria.

Alessandri, recordemos, hace un distingo: para él, siguiendo a Ihering, la responsabilidad precontractual es la que puede surgir en el proceso de formación de un contrato pero bajo el supuesto de haber formulado la oferta (citando al efecto los artículos 98 y 100 del Código de Comercio). Señala entonces que *“aunque no es posible calificarla de contractual, porque aquél (el contrato) todavía no existe, se rige igualmente por las reglas de esta responsabilidad”*. Agrega que se trata de la infracción de obligaciones simplemente legales, cuales son esperar la respuesta dentro de los plazos señalados al efecto y dar pronto aviso de la retracción, de manera que no cabe aplicarle las reglas de la responsabilidad delictual o cuasidelictual (porque no olvidemos que para Alessandri, las reglas de la responsabilidad contractual constituyen el derecho común, aplicables también a las obligaciones emanadas de la ley o de un cuasicontrato). En cambio –agrega Alessandri– *“la responsabilidad a que puede dar origen la ruptura de las negociaciones preliminares a un contrato, cuando esta ruptura es susceptible de producir responsabilidad, es extracontractual; tales negociaciones no crean entre las partes ningún vínculo jurídico.”*⁷³ Nótese que para Alessandri, adscribiendo a una doctrina hoy superada, las negociaciones preliminares no formaban parte de la responsabilidad precontractual. Sintetizando la posición de Alessandri, distinguimos:

1° Antes de formular la oferta: la responsabilidad que pueda generarse ha de regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual;

2° Después de emitida la oferta: cabe regular la responsabilidad por las reglas de la responsabilidad contractual, no porque haya nacido un contrato, sino porque la ley establece la responsabilidad, y porque a las obligaciones nacidas directamente de la ley, ha de aplicárseles las normas de la responsabilidad contractual, por ser estas las normas de derecho común.

Saavedra resume la doctrina mayoritariamente aceptada en nuestros días, fundada en la responsabilidad extracontractual, afirmando que la *“responsabilidad precontractual existe; pero, junto a la mayoría de los autores, estimamos que no se trata de una responsabilidad contractual, porque aún no hay contrato formado, salvo que, excepcionalmente, exista una convención entre los partícipes que regule la situación. De modo que, sostenemos que el fundamento de tal responsabilidad debe buscarse en el principio universal, acogido en casi todas las legislaciones, que obliga a obrar con prudencia y corrección sin dañar a los demás y que se sustenta en el principio jurídico general de la buena fe que obliga a ambos interesados durante todo el iter contractual (...) Para nosotros, es indudable que por el solo hecho que las personas se pongan en relación con el fin de negociar la conclusión de un contrato, se establece entre ellas una conexión que crea un estado de confianza recíproca que no debe ser defraudado. Pero, se trata de una responsabilidad (...) que se desliga del contrato proyectado...”*⁷⁴

⁷³ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, *“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”* (Santiago, Ediar-Conosur Ltda., año 1983), pág. 57.

⁷⁴ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., págs. 96 y 97.

7.- Determinación de los daños a resarcir, en la responsabilidad precontractual.

Ihering sostenía que se debía reparar todo el daño producido cuando no se concluye el contrato por la ruptura intempestiva de las negociaciones (bajo el supuesto, eso sí, de haberse formulado ya la oferta) o cuando a pesar de haberse celebrado el contrato, este es declarado nulo (recordemos que en este último caso, se basaron los juristas romanos que inspiraron a Ihering). Para Ihering, la reparación podía comprender tanto los perjuicios efectivos sufridos por la parte afectada –por ejemplo, por haber incurrido en gastos inútiles efectuados durante las tratativas negociales-, como también la pérdida de posteriores ocasiones de negociar a causa del contrato no concluído. Por lo tanto, la reparación comprendería tanto el daño emergente como también, de haberlo, el lucro cesante. Lo que debe resarcirse, plantea Ihering, ha de comprender el “*interés negativo*” o “*de confianza*”, que comprende todo el daño sufrido por aquél que confió en que se celebraría el contrato o en que este contrato sería válido (en cambio, reserva la expresión “*interés positivo*” o “*de incumplimiento*” para referirse a todo el daño causado a consecuencia de la inejecución de un contrato efectivamente celebrado).

Faggella es más restrictivo, postulando que los daños resarcibles a título de responsabilidad precontractual sólo dicen relación con aquellos gastos reales efectuados durante los tratos negociales previos y para elaborar la oferta, sin incluir por ende gastos derivados de las ocasiones contractuales perdidas. De esta forma, acepta el daño emergente pero descarta el lucro cesante. Tal es también la opinión de **Saleilles**. Lo mismo ocurre en la doctrina chilena (Avelino León Hurtado y Hugo Rosende Alvarez)⁷⁵.

Brebbia, por su parte, afirma que “...*el resarcimiento en los casos de responsabilidad precontractual, al igual que en los supuestos de responsabilidad aquiliana, debe ser integral, o sea, comprender el perjuicio efectivamente sufrido y la ganancia frustrada.*” Sin embargo, agrega que “*La regla que obliga a reparar el daño emergente y el lucro cesante encuentra su lógica limitación en la relación de causalidad existente entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio.*” En este sentido, apoyándose en los artículos 903⁷⁶, 904⁷⁷ y 905⁷⁸ del Código Civil argentino, distingue según se trata del daño indemnizable ocasionado en las tratativas preliminares o después de formulada la oferta:

1° Respecto del daño originado en la etapa de las tratativas preliminares: aquí, el damnificado sólo puede demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de las negociaciones y no la ganancia dejada de percibir, porque entre la última y el hecho culposo no existe una relación adecuada de causalidad. La privación de la hipotética ganancia no tiene por causa la ruptura culpable de las tratativas, sino la propia actividad del

⁷⁵ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., págs. 98 y 99.

⁷⁶ Artículo 903 del Código Civil argentino: “*Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.*”

⁷⁷ Artículo 904 del Código Civil argentino: “*Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.*”

⁷⁸ Artículo 905 del Código Civil argentino: “*Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.*”

damnificado al comprometerse en negociaciones con una determinada persona desechando otras perspectivas que le pudieron reportar una seguridad mayor de conclusión del contrato; 2° Respecto del daño ocasionado después de haberse formulado la oferta: en caso de retractación culposa del oferente, el damnificado tiene derecho a reclamar no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, puesto que entre dicha retractación y la ganancia frustrada existe un nexo de causalidad adecuado. En este supuesto, el lucro cesante no es más que la consecuencia racional de la revocación indebida.⁷⁹

8.- Los supuestos necesarios para que nazca el derecho a reclamar la reparación por responsabilidad precontractual.

Saavedra habla de un “*ilícito precontractual*”, que origina para el afectado derecho a pedir resarcimiento de los perjuicios. Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Debe tratarse de negociaciones tendientes a buscar un acuerdo contractual que aún no se perfecciona o que habiéndose perfeccionado, el contrato resultante es declarado nulo.

b) Durante tales negociaciones debe ocurrir una conducta antijurídica por parte de uno de los partícipes, a raíz de la cual se frustra, injustamente, el objetivo de alcanzar una relación contractual estable y además lícita.

c) Dicha conducta antijurídica debe ser reprochable, y para ello dos supuestos son necesarios: que sea imputable a uno de los partícipes de los tratos negociales previos y dañina para la contraparte.

d) Esta conducta antijurídica, reprochable, puede emanar de un incumplimiento extraconvencional (que será lo usual) o convencional, si los partícipes previamente reglamentaron los tratos previos (que la doctrina moderna francesa denomina “*contrato de negociación*”).

e) La configuración de la culpa se produce por la transgresión del principio jurídico de la buena fe con el que los partícipes deben actuar durante el curso de los tratos negociales previos.

f) Debe existir una relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica, reprochable, dañina e imputable desarrollada por uno de los partícipes durante los tratos negociales previos y los perjuicios ciertos, efectivos, sufridos por el otro de los partícipes.

g) Los sujetos activos y pasivos de la acción de responsabilidad que pueda surgir durante los tratos negociales previos son los partícipes directos en tales negociaciones. Los daños que puedan sufrir terceros a causa de estos tratos, se rigen por las reglas de la responsabilidad extracontractual⁸⁰.

Celis, por su parte, señala los siguientes requisitos:

a) Que las conversaciones o tratos previos, se hayan efectuado voluntariamente, sin existir una obligación que así lo exigiere.

b) Que los gastos en que incurre una de las partes, se hayan ocasionado a consecuencia de la conducta desplegada por la otra parte que después se retira de la negociación (por ejemplo, si una empresa llama a arquitectos para hacer los estudios de una construcción, sin advertir previamente que los estudios que se realicen no generarán un compromiso para la empresa).

⁷⁹ BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, op. cit., págs. 289 y 290.

⁸⁰ SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo, ob. cit., págs. 100 y 101.

- c) Que el tribunal considere si los gastos en que se incurre, forman o no parte de los riesgos del negocio y si éstos han sido provocados por la contraparte o han sido espontáneos.
- d) Que una de las partes se retire unilateralmente de las negociaciones⁸¹.

9.- Algunas normas relativas a la responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado.

En general, y tal como ocurre con el Código Civil chileno, los códigos extranjeros no suelen referirse expresamente a la responsabilidad precontractual.

El Código Civil italiano (de 1942), contempla dos disposiciones atinentes a la materia, los artículos 1337 y 1338, que disponen:

“Artículo 1337: Tratos preparatorios y responsabilidad precontractual. Las partes en el desarrollo de los tratos preparatorios y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe.”

“Artículo 1338: Conocimiento de la causa de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte es tenida de resarcir el daño que esta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.”

El Código Civil portugués (de 1966), establece en su artículo 227:

“Culpa en la formación de los contratos: Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los preliminares como en su formación, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte.”

Aunque no sea derecho vigente, también cabe destacar el “Anteproyecto de Código europeo de contratos”⁸² preparado por la Academia de Pavía, que dedica algunos preceptos a la materia:

“Artículo 6:

1° Cada una de las partes es libre de emprender tratos en vista de la conclusión de un contrato sin que pueda imputársele la menor responsabilidad en el caso de que el contrato no sea estipulado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2° Obra en contra de la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.

3° 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.

4° En los casos previstos en los apartados precedentes, la parte que ha obrado en contra de la buena fe queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra parte como máximo en la medida de los gastos efectuados por esta última en el curso de los tratos en vista de la estipulación del contrato, así como de la pérdida de las ocasiones similares causada por las conversaciones pendientes.”

⁸¹ CELIS Rodríguez, Rubén, ob. cit., pág. 16.

⁸² DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit., págs. 177 y 178.

“Artículo 7°:

1° En el curso de los tratos cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la cual tenga, o deba tener conocimiento y que permitan a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés por concluirle.

2° En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluído o si es tachado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe es tenida responsable frente a la otra en la medida prevista en el párrafo 4 del artículo 6. Si el contrato ha sido concluído queda obligada a restituir la suma o a entregar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de atacar el contrato por error.”

El Código Civil alemán, por su parte, recoge parcialmente la doctrina de Ihering, en los siguientes parágrafos:

- En el 122, que dispone la reparación de daños y perjuicios en los casos de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, en que se dispone indemnizar el daño sufrido por haber confiado en la validez del contrato;
- En el 179, que alude al caso del contrato celebrado por el falsus procurator, carente de poder de representación, cuando la otra parte desconocía la falta de poder; y
- En los párrafos 307 y 309, referidos al contrato nulo por imposibilidad originaria de la prestación al ser contraria a una prohibición legal o contraria a las buenas costumbres.

BIBLIOGRAFÍA:

- ABELIUK Manasevich, René, “*Contrato de Promesa, de Opción y otros acuerdos previos*”, Santiago de Chile, AbeledoPerrot y Thomson Reuters, año 2012.
- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, “*De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*” (Santiago, Ediar-Conosur Ltda., año 1983).
- BOFFI Boggero, Luis María, “*Responsabilidad (conceptos generales, con especial referencia al Derecho Civil)*”, artículo en Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979), Tomo XXIV, “*Responsabilidad precontractual*”.
- BREBBIA, Roberto, “*Culpa in contrahendo*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V).
- BREBBIA, Roberto, “*Culpa precontractual*”, artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (Buenos Aires, Driskill, año 1979, Tomo V).
- CASTÁN TOBEÑAS J.M.-GARCIA CANTERO G., “*Derecho Civil español, común y foral*” (Madrid, 16ª. Edición, año 1992).
- CELIS Rodríguez, Rubén, “*Responsabilidad Extracontractual*” (Santiago, Editorial Librotecnia, año 2004).
- CORRAL Talciani, Hernán, “*Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*” (Santiago, Editorial Jurídica, año 2004).

- DE LOS MOZOS, José Luis, artículo “*Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato*” (Madrid, Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, año 2001).
- LOPEZ Santa María, Jorge, “*Los Contratos. Parte General*” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, segunda edición, Tomo I).
- PICASSO Sebastián, artículo “*La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998*”, publicado en http://www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm (citado el 28 de febrero de 2006).
- RODRÍGUEZ Grez, Pablo, artículo titulado “*Ley de Matrimonio Civil*”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo “Curso de Actualización Jurídica. ‘Nuevas Tendencias en el Derecho Civil’”, Santiago, año 2004.
- ROSENDE Alvarez, Hugo, “*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*” (Santiago, Ediciones Universitarias de Valparaíso, año 1979).
- SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo “*La responsabilidad durante los tratos negociales previos*”, en Revista “*LEX ET VERITAS*”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004).