

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO (2008), DAÑOS Y DEBERES EN LAS TRATATIVAS PRELIMINARES DE UN CONTRATO (SANTIAGO, LEGAL PUBLISHING) 162 PP.

La responsabilidad precontractual, históricamente, ha sido tratada por la doctrina nacional a propósito de la responsabilidad extracontractual, en especial, como un caso de ausencia de contrato que genera daños. Son escasas las obras publicadas que la abordan como objeto particular de estudio, pero últimamente se ha recuperado el interés en ello, y dentro de esta órbita puede enmarcarse la obra que nos proponemos comentar.

La monografía del profesor Barrientos no intenta generar una doctrina general acerca de la responsabilidad precontractual. Solo se limita a tratar el tema de las tratativas preliminares del contrato, esto es, desde la fase de apertura de la negociación hasta la oferta. Como puede apreciarse, el tópico es particularmente específico, pero no por ello de fácil delimitación, dado que en la negociación contractual pueden interactuar múltiples formas de avance negocial en miras a la conclusión del contrato, no siempre íntegras y aún complementarias.

Tres son a nuestro modo de ver las piedras de sustento de la obra de Barrientos, a saber: la responsabilidad civil en materia de tratativas preliminares en base a la *culpa in contrahendo* de Ihering y su evolución, la buena fe (*in contrahendo*) como presupuesto o elemento de la resarcibilidad de los daños en esta etapa del *iter* contractual, y el principio de responsabilidad general *alterum non laedere*. Comentaremos cómo cada una de estos elementos se plasman en este trabajo, sin seguir el orden sistemático de la obra.

El profesor Barrientos comienza, en el capítulo I de su libro, revisando la doctrina de la *culpa in contrahendo* como presupuesto de la responsabilidad en los tratos preliminares. Hoy no es novedoso decir que la concep-

ción de la *culpa in contrahendo* nace sustantivamente a partir de Ihering, pero la reconstrucción histórica del tema, por el autor, desde el Derecho Romano hasta hoy sí lo es, y permite seguir adecuadamente las argumentaciones posteriores: la idea esencial de *culpa in contrahendo*, de tratativas preliminares y su fundamento. El trabajo en comento no se limita a un puro estudio histórico de la materia (excelentemente documentado), sino que en los capítulos finales trasunta en un estudio casuístico de los avatares que puede llevar la interrupción de negociaciones contractuales. No contento solamente con analizar a Ihering, desarrolla la evolución de la materia, tanto en el primitivo BGB como en la reforma del año dos mil uno. También su repercusión en los sistemas jurídicos italiano, portugués y francés.

Luego, Barrientos delimita conceptualmente qué es un trato preliminar, y llega a la conclusión que este mira a la concreción de las circunstancias que van a perfeccionar el futuro contrato, exentas de formalidades, llevados por los interesados o sus auxiliares, y que pueden o no anteceder a la formación del contrato, siendo su elemento diferenciador la ausencia de intención de obligarse (que en opuesto es elemento esencial de la oferta contractual). Pues bien, es en esta etapa que la noción de buena fe *in contrahendo*, o más bien la infracción a ella, es el sustento adjudicatorio de responsabilidad. La buena fe objetiva, que normalmente alude al comportamiento leal, y especialmente en esta etapa de hablar claro, evitar inexactitudes o guardar silencio, permitiendo a la otra parte verificar el real sentido del contrato, lleva al autor a un estudio casuístico de ciertas circunstancias comunes que se presentan, evitando establecer una tipificación abstracta y general. Este deber impuesto a los contratantes es el que genera la *confianza precontractual* formada por la persuasión o seguridad de que el actuar de una de las partes producirá un comportamiento favorable de la otra en aras de la conclusión del contrato. Esto

* El título de este libro y su contenido no cuentan con traducción oficial al inglés. Se sugiere la siguiente sobre el título: *LIABILITY AND DUTIES IN THE PRELIMINARY TREATS TO CELEBRATE A CONTRACT*.

permite fundamentar, asimismo, la responsabilidad por interrupción intempestiva de las negociaciones. Una infracción a la buena fe en todo este sentido no sería sino una violación al principio *alterum non laedere*.

La buena fe *in contrahendo* supone *negociación*, pero, como apunta el autor, se hace más difícil en la práctica su análisis dada la habitualidad de la contratación en masa estandarizada que permite abusos de la parte con mayor poder de negociación. De ahí que las legislaciones reaccionen sancionando las cláusulas abusivas. La necesidad de información oportuna y veraz es la garantía de la concreción eficaz del contrato.

La buena fe precontractual genera ciertos deberes que son analizados por Barrientos, principalmente el deber de información precontractual, el deber de secreto o confidencialidad y el deber de custodia. En aquellos, el autor no solo se refiere al estado chileno sobre la materia, sino que añade valiosas apreciaciones desde el punto de vista del *common law* y el derecho europeo, principalmente a través de las directrices del proyecto de Código de Pavia y los Principios Europeos de los contratos.

El deber de información tiene dos caras: por una parte una necesidad de autoimponerse de cierta información (no lo menciona de esta forma el autor), y por otro lado, la "obligación" de entregarla. Aunque el autor no se cuestiona sobre la naturaleza jurídica de este deber (¿es una obligación en el sentido tradicional del término?), sí afronta el tema con ribetes eminentemente prácticos, dadas las características tan complejas de las relaciones de consumo en la actualidad. La naturaleza de las relaciones contractuales actuales han hecho que la doctrina, y también Barrientos, caiga derrotada frente a la falta de un supuesto equilibrio contractual que permitiría llegar a los plenos conocimientos de las circunstancias del contrato en su concepción original francesa, y forzando la aceptación de que el puro consentimiento no es elemento idóneo para obtener la información contractual necesaria. De ahí que las legislaciones protectoras del consumidor intentan cubrir esta carencia práctica, justificado hace ya tiempo por amplios márgenes de la doctrina.

El límite del deber de información es otra pregunta difícil de dilucidar. Compartimos la opinión de Barrientos que en cada uno de estos temas es imposible otorgar una respuesta general y abstracta, y la doctrina solo puede limitarse a proponer "deslindes o patrones" que permitan fijar en el caso particular un criterio que solucione la controversia. Si busca el lector un código penalizador de conductas contra la buena fe *in contrahendo*, no lo encontrará porque más allá de dar ejemplos, es imposible realizar a priori esa tarea. Más difícil aún, apunta el autor, es en el caso de la contratación por medios electrónicos dada la despersonalización que supone este medio comercial.

La responsabilidad civil, en estos supuestos, no se genera por una actividad exclusivamente positiva de uno de los contratantes, dar informaciones falsas o inexactas, sino que además en omitir la información necesaria para la conclusión, que de haberse presentado el contratante, o no hubiera contratado, o hubiera contratado en términos diferentes, generando un juicio de reprochabilidad digno de ser indemnizado.

La infracción al deber de confidencialidad que imponen las fases precontractuales puede traer importantes consecuencias patrimoniales, al punto de que puede considerarse casi como un "bien", tanto que para Barrientos el infractor podría ser sujeto pasivo de una "acción penal por apropiación indebida de ideas que son de otro" (p. 101), y civilmente en un caso de enriquecimiento injusto. Por otra parte, el deber de custodia y conservación se vincula con los demás en relación a la eventual posibilidad de uno de los contratantes de inspeccionar la cosa, principalmente.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, el autor es partidario que la sede de reparación es la extracontractual. Como señala en varios pasajes de la obra, la violación a la buena fe *in contrahendo* lo es también del principio *alterum non laedere*. La inexistencia de contrato y el régimen de derecho común en materia de responsabilidad permiten llegar a esa conclusión (que por lo demás una parte importante y más nueva de la doctrina acoge desde Carlos Ducci en adelante). Comparti-

mos la opinión del autor. Intentar atribuir estos daños a la responsabilidad *contractual* no hace sino desnaturalizar la naturaleza propia de la misma, porque acá no se busca la reparación de un incumplimiento del contrato, dado que no lo hay, sino de ciertos efectos patrimoniales que ha traído la no conclusión del mismo, si ni aún hay oferta. De acá es que resulta lógico que lo que se intente reparar es el interés negativo y no el interés positivo, porque lo que se intenta es que al contratante que ha sufrido daños (principalmente gastos) se le vean resarcidos porque hubo *culpa* del otro en la no concreción del contrato. Otra cosa muy distinta, es que se llegue a celebrar el contrato pero que las faltas a la buena fe *in contrahendo* repercutan en la *ejecución* del mismo, donde nos cambiamos del tema de la responsabilidad precontractual al ámbito de la contractual, y asimismo del interés indemnizable. Por ello no es incoherente que solo se rechace por falta al deber de secreto o confidencialidad la indemnización del interés negativo, argumentando que en este supuesto se responde por todo daño. Esto porque la falta al deber de secreto puede llegar a constituir un enriquecimiento sin causa si es que se ocupa en beneficio propio y si es divulgado se pierde una ventaja pecuniaria que el resto de la sociedad no disfrutaba. Ya no estamos en caso de que existan solo costos o de la colocación al contratante en un estado similar a aquel en que no se hubiese celebrado el contrato, sino derechamente de una disminución, pero distinta, de su patrimonio.

La doctrina nacional no es unánime sobre el problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. En general, los autores que defienden su naturaleza contractual toman como sustento que la responsabilidad contractual es el derecho común (Claro Solar, Risueño). En cambio, los autores que le atribuyen responsabilidad aquiliana, disienten en el fundamento específico de la misma. Unos, porque la responsabilidad extracontractual es el derecho común (Corral); otros, porque su comisión representa en sí misma un ilícito civil (Ducci, Rosende); y otros porque constituye una violación al principio general de no dañar a otro (Domínguez Águila y Do-

mínguez Benavente), como también opina Barrientos. Incluso, se ha postulado una tercera clase de responsabilidad (Zuloaga). Esperamos que la doctrina que defiende el autor termine por prosperar, ya que coloca en relieve un deber de actuar responsable que los participantes de tratativas preliminares deben guardar, sin perjuicio que los demás argumentos que aceptan la resarcibilidad aquiliana fortalecen su aceptación.

Nota aparte resulta el interesantísimo análisis de la eventual responsabilidad precontractual en los actos jurídicos *mortis causa* y de familia. En opinión de Barrientos, en materia sucesoria, es imposible que ella se produzca, porque obviamente no puede haber negociación en un testamento (artículos 1003 y 1004 Código Civil), y aunque no lo señala el autor, se prohíben los contratos que versen sobre sucesión futura, lo que llevaría al tema de la responsabilidad civil por contrato nulo y en este caso por objeto ilícito. En relación a los actos jurídicos de familia, divide su análisis respecto del contrato de matrimonio (acto jurídico *extrapatrimonial*) y las capitulaciones prematrimoniales (acto jurídico *patrimonial* pero de familia). Dice el autor que en materia de matrimonio no puede existir responsabilidad, en los términos estudiados, ya que los efectos de la nulidad operan hacia el futuro cuando el matrimonio es nulo putativo, cuestión que bajo la Ley 19.947 es la regla general al presumir la buena fe y la justa causa de error. No nos aventuramos a compartir una opinión tan tajante como la del autor. Primero, porque por causa de nulidad hay lugar a compensación económica (siempre que se cumpla con los demás requisitos) y alguna doctrina le ha otorgado la naturaleza jurídica de una indemnización de perjuicios y que dentro de los elementos que el juez debe tener por ley es la buena o mala fe, según el artículo 62 de la Ley 19.947 (aunque este criterio legal ha sido criticado por algún autor). Además, hay doctrinas que señalan que existe indemnización de perjuicios por causa de nulidad de matrimonio independiente de la compensación económica. Respecto de las capitulaciones prematrimoniales, el autor nuevamente se cuestiona sobre el tema, llegando a una respuesta también nega-

tiva porque de estas no se constituyen consecuencias jurídicas inmediatas, y porque las eventuales sanciones a la buena fe contractual son sancionadas por vicios de forma sin atender directamente a la formación del consentimiento.

Las abundantes referencias bibliográficas, seguramente, le permitirán al lector continuar indagando sobre este tema, aunque principalmente versen sobre doctrina extranjera que es bastante más prolífica que la nuestra. No es culpa del autor que tan pocas referencias nacionales se encuentren, aunque de lo que hay, algo más podría haber comentado. Sí son frecuentes las citas de la jurisprudencia

nacional, que aunque no es exuberante en cantidad, permite entender que el tema no es puramente doctrinario, sino que reviste un marcado interés práctico, cuestión que el autor intenta reforzar a través de la obra.

En conclusión, la obra del doctor Barrientos constituye un aporte importante al renacido interés de la doctrina sobre este tema y se constituirá, con seguridad, en una fuente esencial para otros estudios sobre el mismo tema, como de la responsabilidad precontractual en general y, más ampliamente, de la buena fe como principio informador de los contratos.

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ¹

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Adolfo Ibáñez, profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes. Correo electrónico: jjcontardo@andes.cl