



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL
PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS REALES Y
SOLEMNES**

TOMÁS VEGA ÁLVAREZ

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: JUAN ANDRÉS VARAS B.

VALDIVIA - CHILE

2009



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS REALES Y SOLEMNES

Tomás Vega Álvarez

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza el trabajo del Sr. Vega da cuenta muy correctamente del problema jurídico que enfrenta, y tiene el mérito adicional de no ser demasiado extenso. En efecto, el realiza un estudio jurídico que, frente a la ausencia legislativa, y a una relativa omisión doctrinal, intenta generar criterios para resolver el espinoso tema de la eventual responsabilidad que pueda caber a quien, habiendo cerrado el consentimiento respecto de contratos (como los solemnes o los reales) en que ese consentimiento no basta para formar el consentimiento, se niega con posterioridad a celebrar la solemnidad o a hacer la tradición o entrega de la cosa que es objeto del mismo, generando con ello daños a su contraparte.

Con el propósito de explorar la resolución de su problema el tesista destina un capítulo a realizar una introducción general abordando aspectos globales relacionados con la que se denomina corrientemente responsabilidad precontractual, abordando su origen, concepto, fundamentos y régimen legal aplicable. A continuación, y con la finalidad de circunscribir el objeto de su estudio, el autor realiza una sistematización de los casos de responsabilidad precontractual, distinguiendo –junto con la doctrina comparada– los casos de responsabilidad por la generación de negocios inválidos de aquella derivada de daños producidos en las negociaciones preliminares respecto de contratos que luego se celebraron válidamente, de aquellos en que se infringen deberes de conducta en la fase precontractual (sea que luego se celebre o no el contrato), de los casos en que el contrato proyectado se frustra. Y respecto de este último supuesto, que es el que interesa a efectos del trabajo, distingue los casos de responsabilidad por ruptura de las tratativas preliminares, responsabilidad después de formulada una oferta, responsabilidad en la aceptación, y responsabilidad por negativa a perfeccionar jurídicamente un consentimiento ya formado. Al análisis de este caso dedica el tesista el capítulo siguiente, que constituye el núcleo o corazón del trabajo realizado. Allí delimita correctamente la hipótesis problemática, aborda el trato que a ella se ha dado en Derecho Comparado, centrándose en los casos alemán, español, francés, italiano y argentino, para luego explorar la escasa consideración del supuesto por la doctrina nacional. A partir de allí, intenta una distinción esencial entre la ruptura de tratativas y la negativa a perfeccionar el contrato, para postular un régimen de responsabilidad para el caso segundo en que, apartir de la concurrencia de ciertos requisitos, se hace efectiva una obligación de resarcir unos ciertos, a cuya naturaleza y extensión hace mención para finalizar la tesis.

Desde el punto de vista del fondo, debe decirse que el tema abordado por el memorista es de una muy razonable amplitud, y plantea un problema insuficientemente o mal tratado por la doctrina nacional, proponiendo soluciones razonables y sistemáticamente coherentes, lo que constituye un indiscutible mérito.

Por otra parte, la extensión relativa del tratamiento de las partes componentes del trabajo que se evalúa es adecuada y homogénea. La bibliografía utilizada puede calificarse directamente como suficiente a los fines de un trabajo como este, y el régimen de fuentes bibliográficas y de cita legal resulta todo lo riguroso que debiera. En cuanto a la forma, la redacción resulta sencilla y bastante directa, con una sintaxis adecuada, que



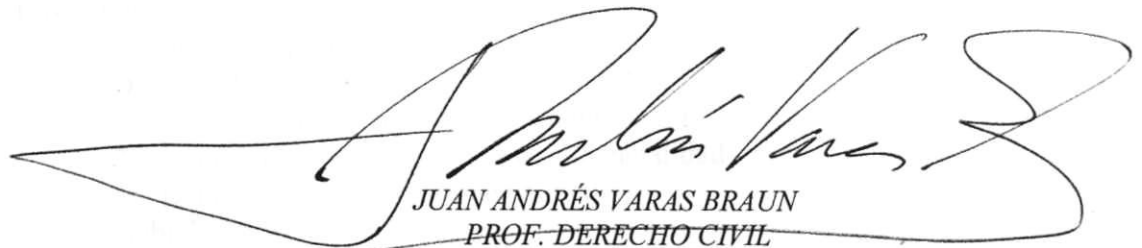
Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

permite sin mayores dificultades la comprensión de las ideas. El vocabulario técnico, por su parte, se halla empleado con mucha precisión.

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema jurídico interesante y acotado, bien planteada, y correctamente desarrollada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de don Tomás Vega Álvarez, con nota 6,8 (seis coma ocho), de manera que puede considerarse autorizada para empaste.



JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

Índice

	Pág.
Introducción	1
Capítulo I: Aspectos generales de la teoría de la responsabilidad precontractual	
1. Origen de la teoría de la responsabilidad precontractual y su ausencia en el Código Civil chileno	3
2. El fundamento de la responsabilidad precontractual	6
2.1 La teoría del abuso del derecho a no contratar	7
2.2 La teoría de los actos propios	7
2.3 La infracción al deber de cuidado como fundamento de la responsabilidad precontractual	8
2.4 El principio de la buena fe	8
a. La buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual	9
b. Los deberes precontractuales emanados de la buena fe	10
i. Deber de información	11
ii. Deberes de lealtad	12
1. Deber de actuar seria y consecuentemente	12
2. Deber de reserva, secreto o confidencialidad	13
3. Deber de conservación y custodia	14
iii. Deberes de protección	14
c. La infracción de los deberes de conducta precontractual	14
3. Régimen de responsabilidad aplicable a la responsabilidad precontractual	15
3.1 Teorías propuestas por la doctrina comparada acerca del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual	15
3.2 Teorías propuestas por la doctrina chilena acerca del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual	18
Capítulo II: Los casos de responsabilidad precontractual	
1. Generalidades	19
2. Responsabilidad en caso de invalidez contractual	20
3. Responsabilidad en caso de contrato válido	21
4. Responsabilidad en caso de frustración del contrato proyectado	21
4.1 Responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares	22
a. Las tratativas preliminares	22
b. La responsabilidad por la ruptura	24
4.2 Responsabilidad precontractual a partir de la formulación de la oferta	25
4.3 Responsabilidad precontractual en la aceptación	26
4.4 Responsabilidad por negativa a perfeccionar contratos reales y solemnes como un caso de responsabilidad precontractual	26
Capítulo III: Responsabilidad por negativa a perfeccionar contratos reales y solemnes	
1. Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes	27
1.1 La segunda fase del periodo precontractual	27
1.2 Tratamiento otorgado al caso de negativa de cumplir la formalidad por la doctrina comparada	30
a. Doctrina alemana	30
b. Doctrina española	31
c. Doctrina francesa	33
d. Doctrina italiana	34
e. Doctrina argentina	35

1.3 Tratamiento del caso otorgado por la doctrina chilena	36
1.4 Distinción entre el caso de ruptura de las tratativas preliminares y el de negativa de concluir el contrato	39
2. Requisitos para configurar responsabilidad precontractual en este caso	40
3. La obligación de resarcir	42
3.1 La imputabilidad en la responsabilidad precontractual por negativa de perfeccionar el contrato real o solemne	43
a. El dolo precontractual	43
b. La culpa precontractual	45
3.2 Reparación de los daños	45
3.3 Extensión de la indemnización	46
a. El daño al interés negativo como daño indemnizable	46
b. Daño emergente, lucro cesante y daño moral como categorías indemnizables en la responsabilidad precontractual	48
c. La pérdida de una <i>chance</i> como daño a resarcir en la responsabilidad precontractual por negativa de perfeccionar el contrato	49
Conclusiones	53
Bibliografía	55
Índice de sentencias	60

Introducción

Cotidiano es que los cambios en la realidad social fuerzan al Derecho a sufrir modificaciones con el objeto de acomodarse a las nuevas necesidades. Antes de tales modificaciones, es tarea de los autores cumplir con la labor de solucionar los problemas que el Derecho no esté en condiciones de resolver.

Desde antiguo, la vida diaria y particularmente la contratación, ha significado para las partes asumir riesgos. Dado que los contratos generalmente no se concluyen instantáneamente, sino tras un prolongado periodo de negociaciones, tales riesgos pueden significar, por ejemplo, que la contraparte, con quien se negocia la celebración de un contrato, pueda desistir de perfeccionar el negocio, luego de largas negociaciones en que cada parte ha renunciado a otras ofertas contractuales o gastado dinero en vista de la celebración del contrato.

Ante situaciones como la descrita anteriormente y otras, la responsabilidad civil sirve de contrapeso al buscar reparar los daños que no deba soportar quien los sufre. Sin embargo, últimamente han aparecido nuevas categorías de daños como es el caso del daño al interés negativo o la pérdida de una *chance* u oportunidad que deben ser consideradas como categorías indemnizatorias en un caso en concreto.

La legislación chilena actual regula de manera insuficiente el periodo precontractual y lo mismo ocurre en materia de responsabilidad precontractual, situación que presenta especial gravedad en relación al perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes y a la responsabilidad que derive para la parte que cause daños en su perfeccionamiento. De esta manera, los eventuales problemas que se puedan presentar con anterioridad al perfeccionamiento del contrato deben ser abordados desde esa premisa.

La cuestión presenta especial importancia por las características de la relación que surge entre las partes que han manifestado su consentimiento en relación al perfeccionamiento del contrato que en definitiva se frustra. Además, resulta significativo el rol que cumple el principio de buena fe en el periodo precontractual en la medida que sirve como baremo de la conducta de las partes que se encuentran en vías de celebrar un contrato. Lo anterior debe ser complementado con la participación del principio de autonomía de la voluntad, que en el periodo previo a la celebración del contrato, se configura como la facultad otorgada a las partes negociantes para desistirse de celebrar el negocio, sin que le signifique, en principio, responsabilidad alguna.

Es así como urge la necesidad de un estudio que intente dar con una adecuada protección jurídica para aquel contratante que resulte perjudicado como consecuencia de la negativa de su contraparte de concurrir al perfeccionamiento de un contrato real o solemne, una vez que el consentimiento se ha formado. Con este objetivo se emprende este trabajo.

La presente memoria de prueba, titulada “La responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes”, es un estudio que recoge doctrina comparada y nacional relativa a la responsabilidad precontractual y la aplicación de esta teoría al caso de negativa de concurrir al perfeccionamiento de un contrato real y solemne; todo ello complementado con los fallos más relevantes que los Tribunales Superiores de Justicia han dictado en la materia.

El objetivo será analizar, ante la ausencia de normas que la regulen, las propuestas dadas por la doctrina en relación a la responsabilidad que surge durante el periodo precontractual y los deberes emanados de la buena fe en dicho periodo, y así determinar la conducta que los negociantes deben observar, distinguiéndola de aquella que origina responsabilidad precontractual.

Analizar, además, los distintos problemas que surgen del estudio de la responsabilidad precontractual y los casos agrupados bajo esta idea, determinando los daños resarcibles, así como la extensión de la indemnización, con la finalidad de establecer si la parte perjudicada por el no perfeccionamiento del contrato real o solemne merece algún tipo de amparo jurídico, y en ese caso, determinar el rango o medida de la adecuada protección.

Capítulo I

Aspectos generales de la teoría de la responsabilidad precontractual

La responsabilidad civil es aquella en virtud de la cual una persona se obliga a reparar el daño causado a otra, ya sea por el incumplimiento, por el cumplimiento imperfecto o por el retardo en el cumplimiento de una obligación, o por la ejecución de un hecho ilícito¹. Actualmente en Chile la función de la responsabilidad civil, y particularmente, de la condena pecuniaria, es estrictamente reparadora, excluyendo la función punitiva y preventiva que tuvo en su origen².

En Chile, en materia de responsabilidad civil, tiene aplicación el principio de reparación integral del daño, fundado en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Según este principio, todo daño debe ser reparado por quien haya sido responsable de él. Sin embargo, este principio presenta límites porque no se puede extender el alcance de la responsabilidad más allá de lo razonable, sobre todo si se considera que las derivaciones causales de un hecho pueden ser infinitas.

Aunque existen detractores, tradicionalmente se acostumbra a clasificar la responsabilidad civil en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual³; atendiendo a las fuentes de donde la responsabilidad emana⁴. La primera se caracteriza por la existencia de un vínculo obligatorio preexistente⁵, de cuya violación deriva el deber de indemnizar⁶, en tanto que la segunda se caracteriza porque no hay obligación previa entre las partes⁷, siendo el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir⁸.

1. Origen de la teoría de la responsabilidad precontractual y su ausencia en el Código Civil chileno.

La idea de hacer responsable al negociante que, antes que el contrato se perfeccione, causa daño a su contraparte por su retiro unilateral, aparece por primera vez en Alemania

¹ Cfr. TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Segunda Edición, LexisNexis, Santiago, p. 13.

² Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil en Chile*, en *Estudios de Derecho Civil I*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, J.A. Varas B. y S. Turner Saelzer (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 598 y 599.

³ A favor de la unificación de responsabilidades ver YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, p. 82. Para ver más acerca de la dualidad o unidad de regímenes véase CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, pp. 25 y ss.

⁴ Cfr. TAPIA SUÁREZ, Orlando, *Op. Cit.*, p. 14

⁵ Cfr. *Ibidem*. También YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Op. Cit.*, p. 80.

⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 25

⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Loc. Cit.*

en 1861 bajo el concepto, forjado por Von Ihering, de culpa *in contrahendo*⁹. Ihering pretendió encontrar la base para la responsabilidad de una de las partes intervinientes en la negociación de un contrato si éste resulta nulo, principalmente por error, y origina daños al otro contratante, que había confiado en su validez. La parte que en la conclusión de un contrato no emplea la diligencia debida, incurre en culpa, que se llama por ello “*culpa in contrahendo*”.

Esta inicial doctrina se funda en el estudio de las fuentes romanas, donde era posible encontrar casos en los que, a pesar de la nulidad del contrato, se concedía a la otra parte una reparación, cuyo fundamento era una acción de carácter contractual.

Posteriormente, también en Alemania, surge la necesidad de hallar un fundamento jurídico para reparar los daños causados en el periodo de realización del contrato por comportamientos negligentes de la otra parte. Como señala Díez Picazo, “la doctrina de Ihering fue acogida por importantes sectores doctrinales e influyó en la redacción del BGB, que sin establecer una formulación de carácter general, ordena la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios en los casos de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, en que se ordena indemnizar el daño que se sufra por haber confiado en la validez de la declaración”.¹⁰ Posteriormente aparece la teoría de Leonhard que transforma el principio de responsabilidad por culpa *in contrahendo* en una responsabilidad más general por actuaciones lesivas en el periodo de formación del contrato. Sin embargo, este autor limita la aplicación de la teoría a los casos en que el contrato se ha celebrado, sin considerar los casos en que ello no ocurre¹¹.

También a principios del siglo XX, en Italia el jurista Faggella incorpora los tratos negociales previos al área de la responsabilidad civil¹², penetrando la teoría de la culpa *in contrahendo* de tal manera en el Derecho italiano que inspiró la reforma del Código Civil de 1942 e influyó decisivamente, aunque desde presupuestos normativos distintos, en la doctrina española; mientras en Francia, surge la figura de Raymond Saleilles quien en 1907 acuñó el término responsabilidad precontractual¹³.

⁹ Referencia a la obra de Von Ihering, R., “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, en ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo: tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, España, Vizcaya, 1989, p. 25. Véase también SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier, *Teoría del consentimiento*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 268; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, S.f., p. 155; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006, p. 1001 o CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁰ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Cuarta Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1993, p. 272.

¹¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 42.

¹² SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier, *Op. Cit.*, p. 268.

¹³ Cfr. ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Teoría de la responsabilidad precontractual: aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*, Santiago, Chile, LexisNexis, 2006, p. 34. También CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 42.

La relativa novedad de la idea de la responsabilidad precontractual explica porqué el Código Civil chileno no contiene una norma expresa que la establezca, a pesar de lo cual es posible observar normas dispersas que regulan la conducta precontractual de las partes. Dentro de ellas se puede mencionar las normas que regulan los vicios del consentimiento (artículos 1451 a 1459) o las relativas a la obligación de garantía por vicios redhibitorios (artículos 1858, 1859, 1861 para la compraventa; artículos 1932, 1933 y 1934 para el arrendamiento; artículo 2192 para el comodato; artículo 2203 para el mutuo). También se puede señalar el artículo 1814 inciso final que establece la responsabilidad de aquel que vendió a sabiendas lo que en todo o una parte no existía, o el artículo 2125 que rige la actuación precontractual de ciertas personas a las que se les ofrece la celebración de un mandato.

También dentro de las normas que rigen la conducta precontractual de las partes negociantes, pero ahora dentro del Código de Comercio¹⁴, se encuentran las relativas a la formación del consentimiento, específicamente en los artículos 97 a 108.

Cabe destacar además la norma que reconoce la buena fe contractual en el Derecho chileno, recogida en el artículo 1546 del Código Civil que establece que “los contratos deben *ejecutarse* de buena fe...”, lo que ha llevado a determinada jurisprudencia a concluir que este principio no sería aplicable al periodo precontractual¹⁵. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconoce que la buena fe tiene plena vigencia para regir la conducta de las partes durante la etapa precontractual, yendo más allá de la letra de dicho artículo 1546¹⁶.

En derecho comparado es posible observar casos en que códigos civiles más recientes recogen expresamente la aplicación de la buena fe a las fases previas a la celebración del contrato. Tal es el caso del Código Civil italiano, el argentino¹⁷, el Código Civil alemán o

¹⁴ Para Ramos el vacío existente en el Código Civil respecto a la responsabilidad precontractual es llenado, en algunos aspectos, por el Código de Comercio, en sus artículos 98 y 100. El primero de ellos señala que “En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación”. Mientras que el segundo señala que “La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido”. (RAMOS PAZOS, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Cuarta Edición actualizada, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 10).

¹⁵ Corte Suprema, 12 de julio de 2004, Causa Rol Civil 2622-2000, Empresa de Telecomunicaciones Asintec S.A. con Club Hípico de Concepción S.A., Identificador Legal Publishing N° 30438. Fallo criticado por DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Comentarios de jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 217-218, año LXXIII (Enero-Diciembre) 2005, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, p. 309.

¹⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Op. Cit.*, pp. 309-310. Corte Suprema, 22 de noviembre de 2001, Causa Rol Civil 2217-2000, Juan Luna Espinoza con Sergio Bobadilla Valenzuela, Identificador Legal Publishing N° 25292 (especialmente sentencia de Corte de Apelaciones).

¹⁷ *Cfr.* DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Op. Cit.*, p. 311, o LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos, Parte General*, Tomo 2, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 399. Los citados autores mencionan el artículo 1337 del Código Civil italiano y al artículo 1198 del Código Civil argentino. Véase, también SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier, *Ídem.*, quien menciona adicionalmente el caso de Grecia, Checoslovaquia y Portugal.

el chino¹⁸. En estos casos la responsabilidad precontractual tendrá su fundamento expreso en el principio general de la buena fe.

Hoy, a pesar de la diferencia de términos, la mayoría de los autores y la jurisprudencia reconocen su existencia¹⁹ y hablan indistintamente de responsabilidad precontractual o de responsabilidad por culpa *in contrahendo*²⁰.

2. El fundamento de la responsabilidad precontractual

Encontrar el fundamento de la responsabilidad precontractual significa dar con el sustento normativo que permita justificar la sanción de la conducta realizada por quien cause daños a su contraparte durante el periodo precontractual.

Los autores no coinciden en este punto. Algunos autores señalan un fundamento general para este tipo de responsabilidad que abarcaría todos los supuestos que se puedan dar, en tanto que otros se refieren al fundamento de la responsabilidad precontractual dependiendo del caso que se analiza. En la línea de los primeros autores es posible ubicar algunos fallos de los tribunales superiores de justicia.

Para fundamentar la responsabilidad precontractual en derecho comparado los autores se han apoyado en la teoría de la responsabilidad legal y en la teoría del abuso del derecho de no contratar.²¹ También se ha sostenido que en la responsabilidad precontractual el acto contra iuris deviene de la violación de un deber jurídico preexistente de origen legal: la obligación de no lesionar injustamente el derecho de otro, es decir, se configura un caso de culpa aquiliana²².

¹⁸ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Op. Cit.* p. 160.

¹⁹ La Corte de Apelaciones de Concepción reconoce la existencia de la responsabilidad precontractual en los siguientes términos: Que la existencia de esta responsabilidad pre-contractual no se discute por la doctrina ni por la jurisprudencia, partiendo de la base que las conversaciones preliminares para celebrar un negocio, pueden avanzar más de lo normal, haciendo concebir a una de las partes legítimas esperanzas sobre la celebración del contrato conversado, incurriendo incluso en gastos que pueden ser más o menos cuantiosos, y encontrar como contrapartida un desistimiento intempestivo de la contraparte, sin ninguna razón vinculada con el desarrollo mismo de las negociaciones. (Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de octubre de 2008, causa rol civil 212-2003, Inversiones Fonca y otras con Pesquera Lota Protein Ltda. Redacción del Ministro señor Freddy Vásquez Zavala).

²⁰ ZULOAGA señala que existen autores que distinguen la responsabilidad precontractual, cuando se trata de la etapa previa a la emisión de la oferta, de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, si se trata de la etapa posterior a la formación de la oferta. (ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 50). En este sentido, los autores LLAMBIAS, BENEGAS Y SASSOT señalan que “aunque algunos autores distinguen la culpa precontractual de la culpa *in contrahendo*, la distinción no se justifica. En efecto, si bien aquélla se produciría en el período previo de los trámites preparatorios con anterioridad a una oferta concreta después de lo cual ya sería culpa *in contrahendo*, en ambos casos se trata de la violación del deber general de obrar con diligencia y prudencia a fin de evitar el mal ajeno”. (LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio Y SASSOT, Rafael, *Manual de derecho civil y obligaciones*, Undécima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 74).

²¹ STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Responsabilidad Precontractual: incumplimiento del deber de información*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 49 y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Séptima edición ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 90. ambos autores señalan que la teoría de la responsabilidad legal es sostenida por Windscheid y la teoría del abuso del derecho de no contratar es sostenida por Joserand, Ripert y Spota.

²² GOLDENBERG, Isidoro H., “Responsabilidad precontractual: La ruptura de los *pourparlers*”, en su: *Indemnización de daños y perjuicios*, Responsabilidad Civil 14, Director Alberto J. Bueres, Buenos Aires Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1993, p. 162.

2.1 La teoría del abuso del derecho a no contratar

Los autores que sostienen que la responsabilidad precontractual se fundamenta en el abuso del derecho señalan que las partes que negocian la celebración de un contrato tienen el derecho de retirarse libremente de ellas, derecho que se deriva del principio de autonomía de voluntad y específicamente de la libertad contractual. En este sentido Domínguez señala que “como ocurre con todo derecho que no sea absoluto, su ejercicio no ha de ser abusivo y dañoso”²³. De manera que el derecho a desistirse, que asiste a quien negocia la celebración de un contrato, sea ejercido de manera abusiva y cause daños a su contraparte, generará la obligación para el agente de resarcirlos.

La jurisprudencia en algunos fallos ha recurrido a esta doctrina para fundamentar la obligación de indemnizar los daños a quien ha incurrido en responsabilidad precontractual. De esta manera ha señalado la Corte de Apelaciones de Concepción que “la libertad contractual no constituye un derecho absoluto, de donde se sigue que no puede ejercerse en forma abusiva, causando con ello daño a la contraparte”²⁴.

Sin embargo, tanto los autores como la jurisprudencia que utilizan esta teoría para fundamentar la responsabilidad precontractual se limitan a invocar la doctrina del abuso del derecho a no contratar, sin otorgar una justificación dogmática suficiente acerca de la calidad de derecho subjetivo que atribuyen a la posibilidad de desistirse de las negociaciones contractuales, así como tampoco se llega a formular criterios precisos que permitan determinar en qué condiciones el ejercicio de esta facultad puede ser calificado como un ejercicio abusivo de ella²⁵.

2.2 La teoría de los actos propios

Como señala Fueyo la teoría de los actos propios constituye un principio general de derecho (...) que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a

²³ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Comentarios de jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 199, año LXIV (Enero-Junio) 1996, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, p. 181.

²⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 1999, autos rol civil 1530-96, Soc. Ruz de la Barra con Comar S.A., comentada por DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales. Daños causados”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 204, año LXVI (Julio-Diciembre) 1998, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, p. 187.

²⁵ CELEDON F., Rosario y SILVERMAN V., Patricia, *Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones contractuales*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2004, p. 128. En idénticos términos, aunque cambia algunas palabras, no cita directamente a las autoras, VIVANCO LUENGO, Pablo, “Aspectos Relevantes de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones precontractuales”, en *Revista de Derecho*, Antonio Dognac R. (Director), Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N 17, Julio, Talleres de Tramo Impresores S.A., Concepción, 2008, p. 142.

un interés ajeno y el daño consiguiente. Añade que la teoría obliga a una conducta leal, honesta, confiable y que encuentra apoyo natural en la moral²⁶.

En el caso de la responsabilidad precontractual, no respetaría la situación jurídica creada quien se desiste durante el periodo precontractual sin celebrar el contrato que se ha estado negociando. En esta línea se puede ubicar a Barros, quien señala que la responsabilidad precontractual, derivada del desistimiento de una de las partes durante el periodo precontractual, puede ser calificada como un supuesto de abuso de derecho por contradicción con los actos propios²⁷.

2.3 La infracción al deber de cuidado como fundamento de la responsabilidad precontractual

Un sector de la doctrina fundamenta la responsabilidad precontractual en la infracción al estándar de comportamiento que se impone a todos los individuos en el tráfico jurídico. Para estos autores lo que se reprocha a quien interrumpe un proceso avanzado de negociaciones es el hecho de haber causado un daño a la parte que se encontraba interesada en la conclusión del contrato proyectado, en forma dolosa o negligente, violando el principio que exige no causar daño a otro (*alterum non laedere*)²⁸. Dentro de esta línea argumentativa se puede destacar la opinión de Alessandri Rodríguez cuando señala que la responsabilidad precontractual tiene por fundamento la ley o un hecho ilícito, la culpa o el dolo del contratante a quien es imputable la no celebración del contrato²⁹.

2.4 El principio de la buena fe

El deber de negociar de buena fe exige someter el juego puramente estratégico, caracterizado porque cada parte procura su propio interés, a los límites de los deberes mínimos de lealtad que se pueden esperar de un contratante honesto³⁰. Como señala López Santa María, los negociantes deben presentar las cosas tal cual son, vale decir, la buena fe exige la conducta de “hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como

²⁶ FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1990, p. 308 y 310.

²⁷ BARROS BOURIE, Enrique, “Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”, en *Revista de derecho y humanidades*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 7, Santiago, 1999, p. 11-37, citado por CELEDON F., Rosario y SILVERMAN V., Patricia, *Op. Cit.*, p. 129.

²⁸ VIVANCO LUENGO, Pablo, *Op. Cit.*, p. 143.

²⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Op. Cit.*, p.157. En el mismo sentido se encuentran las opiniones de Rosende Álvarez (ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1979, p. 157) y Ducci (DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Tercera Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 255).

³⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* en nota 9, p. 1001.

igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra”³¹.

a. La buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual

La regla de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato³².

Sobre la base de esta idea Ducci ha señalado que la esencia del delito o cuasidelito civil está constituida por la ilicitud del hecho dañino. Esta ilicitud puede consistir en no actuar en la vida del derecho con aquella buena fe que debe presidir toda actuación jurídica y que constituye un principio fundamental de nuestro ordenamiento. Este autor continúa señalando que “el incumplimiento de lo acordado a través de las etapas que regulan la formación del consentimiento es, en forma indudable, un acto de mala fe, ya que se ha quebrantado la confianza que la otra parte ha puesto en la palabra empeñada”³³.

A su vez Domínguez señala que el fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en la aplicación de los principios de la culpa, “que obligan a comportarse con la debida diligencia para no dañar a otro. Hay pues un deber de negociar de buena fe, con lealtad y diligencia. La infracción de esos deberes (...) origina responsabilidad y obligación de reparar el daño causado a la otra parte”³⁴.

Para Barros dada la inevitable indeterminación del estándar de la buena fe, el deber de cuidado se expresa más claramente en la forma negativa de la mala fe, que incluye tanto el engaño o inducción voluntaria a error de la contraparte, como la completa desconsideración de la confianza creada³⁵.

Por su parte, Zuloaga ha destacado el papel que cumple la buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual, realizando una distinción que resulta novedosa al señalar que el fundamento mediato de esta responsabilidad se encuentra en la violación de la buena fe precontractual, porque contraría a todo criterio de corrección, honestidad y lealtad el que una parte, existiendo un acuerdo de voluntades formado por su propia voluntad y la de su contraparte, luego se niegue a celebrar el contrato sobre el cual

³¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 399.

³² *Ídem.*, p. 395.

³³ DUCCI, Carlos, *Op. Cit.*, p. 255. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta al señalar que la responsabilidad precontractual “encuentra su fundamento en la transgresión del principio de buena fe aun cuando tal principio se consagra explícitamente en nuestro ordenamiento en el artículo 1546 del Código Civil en materia de contratos, habiéndose aceptado en todo caso que informa todo nuestro derecho”. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de enero de 2008, autos rol civil 457-07, Lidia Luz León Luna con CODELCO Norte Chuquicamata. Redacción de la Ministro Titular Gabriela Soto Chandía.

³⁴ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Op. Cit.*, p. 183.

³⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1002.

versa el consentimiento. También operará como fundamento inmediato y a la vez como factor objetivo de atribución de responsabilidad suficiente en los casos en que no sea posible configurar una culpa o un dolo que actúen como fundamento inmediato y como factor subjetivo de atribución de responsabilidad³⁶.

Los tribunales superiores también han fallado en este sentido. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que “la buena fe con que ha actuado una de las partes, es el fundamento inmediato de la responsabilidad demandada y si bien los precontratantes tienen derecho a desistirse, el ejercicio de éste no puede transformarse en fuente de actos ilícitos y engaños que causen perjuicios, de modo que el autor de ellos, es obligado a indemnizarlos como consecuencia de su comportamiento deshonesto y desleal”³⁷.

De lo anterior se desprende que tanto la doctrina como la jurisprudencia, sobre la base de exigir a las partes negociadoras un comportamiento leal, honesto y diligente, siguiendo los postulados de la doctrina comparada, han llegado imponer a las partes deberes positivos de conducta durante la etapa precontractual.

b. Los deberes precontractuales emanados de la buena fe

Se mencionó anteriormente que el principio de la buena fe tiene aplicación dentro de todo el *iter* contractual y que ha servido de fundamento de la responsabilidad precontractual. Además se indicó que de este principio emanan deberes para las partes dentro del periodo precontractual. A continuación se revisará cada uno de estos deberes.

Como punto de partida en esta materia, se debe tener presente que no es posible establecer un catálogo exhaustivo de aquellos deberes, porque la buena fe es un estándar abierto que sólo puede ser aplicado atendiendo a las circunstancias, de manera que su concreción depende de la particular relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales³⁸. Para García Rubio la lista de estos deberes “es incompleta, como incompleta sería cualquiera que se intentase, por exhaustiva que pretendiera ser”. Del mismo modo, esta autora señala que estos deberes “no aparecen de manera conjunta en todos los supuestos de culpa *in contrahendo*; es más, cada uno de ellos suele ser característico de una determinada hipótesis de responsabilidad precontractual, aunque a veces puede configurar ésta la violación conjunta de varios deberes”³⁹.

³⁶ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 290.

³⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de octubre de 2008, causa rol civil 212-2003, Inversiones Foncea y otras con Pesquera Lota Protein Ltda. Redacción del Ministro señor Freddy Vásquez Zavala. En este sentido la misma corte se había pronunciado en 1996 (DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Op. Cit.*, pp. 179 y ss.) y en 1999 (DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Op. Cit.*, pp. 187-188).

³⁸ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1001.

³⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 44-45.

Los deberes precontractuales cumplen varias funciones. En ocasiones funcionan como factor de calificación de un vicio de la voluntad negocial, originando la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios a favor del que confió sin culpa en la validez del acto, mientras que en otras sirven de baremo para calificar de justa o injusta la retractación del oferente o la ruptura de las tratativas preliminares y de esta manera disponer en estos casos la responsabilidad civil de quien actúa en contra de las cargas de conducta que le imponen los deberes⁴⁰.

En la determinación de los deberes precontractuales resulta evidente un conflicto de bienes. Por un lado, no existe promesa, de manera que tampoco puede haber contrato; por otro, existe un grado variable de confianza que debe ser honrada por quien la ha creado. Extender excesivamente el principio de que no hay responsabilidad sin consentimiento, puede dejar sin reparación daños que resultan del abuso o de no tomar en consideración el interés de la contraparte; por el contrario, la ampliación excesiva de los deberes precontractuales supone introducir riesgos de responsabilidad en una fase caracterizada por la ausencia de voluntad de obligarse⁴¹.

Sin pretender realizar una enumeración exhaustiva, a continuación se analizarán los distintos deberes que emanan de la buena fe durante el periodo precontractual⁴², exigidos a las partes que negocian la celebración de un contrato:

i. Deber de información

En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar de las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que pueden resultar determinantes para la prestación de su consentimiento⁴³. Pero también este deber debe ser compatibilizado con el denominado deber de autoinformarse, que traduce un nivel de diligencia exigible a toda persona que entra en negociaciones.

Este deber de información, en principio, está diseñado para proteger a la parte más débil de la relación negocial, porque recae sobre aquel precontratante que presumiblemente es poseedor de una posición dominante, como la que ocupa el vendedor profesional o el predisponente de las condiciones generales de contratación⁴⁴. Por lo mismo tiene especial

⁴⁰ SEGURA RIVEIRO, Francisco, “El interés indemnizable en las hipótesis de responsabilidad precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil II*, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani, María Rodríguez Pinto (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2006, p. 354.

⁴¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, pp. 1004.

⁴² Estos deberes precontractuales subsisten en el instante de la conclusión del contrato (LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 401).

⁴³ GALGANO, Francesco, *El negocio Jurídico*, Traducción realizada por Francisco de p. Blasco Gascó, Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blach, Valencia, 1992, p. 461.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 46.

relevancia en el ámbito del derecho de protección del consumidor⁴⁵. Pero también puede ser destinatario del deber de información un tercero, ajeno a la relación negocial como en el caso de los deberes de información de las sociedades emisoras de valores respecto de los terceros adquirentes o enajenantes de esos valores⁴⁶.

Este deber exige “que no se incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según los casos. En relación al objeto, en el seguro contra incendio es preciso informar fielmente sobre la naturaleza de los materiales de que se compone la cosa asegurada; si se trata de un vehículo asegurado contra robo, será vital conocer por el asegurador si se guarda cotidianamente en una cochera particular o pública; o bien, si queda a la intemperie durante las noches”⁴⁷.

Como señala de la Maza, el silencio será inocente, a menos que concurran los siguientes requisitos: a) que la información haya sido determinante para la formación del consentimiento del acreedor de la información, b) que exista una asimetría entre las partes, y c) que la información no sea de aquella que resulta socialmente tolerable no revelar⁴⁸.

La infracción negligente del deber de información lesiona la confianza en la validez de la información del declarante, de manera que, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por culpa *in contrahendo*⁴⁹.

ii. Deberes de lealtad

Dentro de los denominados deberes de lealtad se recogen todos aquellos que obligan a los negociadores a tener y mantener un comportamiento correcto en el curso de las negociaciones⁵⁰.

1. Deber de actuar seria y consecuentemente

⁴⁵ Respecto a la responsabilidad precontractual en el Derecho del consumidor, véase GUTIÉRREZ QUIDEL, Gustavo A., *La responsabilidad precontractual y su incidencia en el derecho del consumidor*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2008. Realizan un especial estudio del deber de información en la fase precontractual STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, 1992. Para la incidencia del deber de información en el derecho chileno véase PADILLA BERNEDO, Rodrigo, *El deber precontractual de información*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2006.

⁴⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1002.

⁴⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 400.

⁴⁸ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “El silencio de los inocentes: hacia una caracterización del deber de informar en sede precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil I, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia, 2005, J.A. Varas B. y S. Turner Saelzer (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2005, p. 175.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 53.

El deber de actuar seria y consecuentemente se manifiesta en el sentido de que nadie debe iniciar o mantener negociaciones que no tiene intención de concluir, y en general, nadie debe interrumpir de modo injustificado o arbitrario una negociación en curso⁵¹. Stiglitz denomina este deber como deber de no dañar a otro y lo explica señalando que se traduce en la necesidad de abstenerse en iniciar o proseguir negociaciones precontractuales, sin tener la intención seria de contratar o en el supuesto de provocar la ruptura de las negociaciones, unilateral e ilegítimamente, cuando se hallan avanzadas⁵². Este deber puede integrarse también dentro del genérico deber de información.

2. Deber de reserva, secreto o confidencialidad

Dependiendo del estado de avance de las negociaciones o del tiempo en que se haya estado en esta fase de contratación, una de las partes puede llegar a conocer referencias, antecedentes, informes, historiales o cualquier dato que de ser divulgado lesionaría a la otra parte.

Este deber impone a los negociantes la “reserva respecto a las informaciones adquiridas en torno al estado de los negocios del otro, a sus proyectos comerciales y a los demás aspectos de su actividad cuya divulgación pudiere causarle perjuicio”⁵³. En virtud del deber de secreto se espera que la otra parte guarde la correspondiente discreción que la información recibida amerita.

Para que la buena fe precontractual imponga este deber de secreto es necesario que las informaciones hayan sido recibidas a causa y no simplemente con ocasión de las negociaciones, vale decir, que la parte que los descubre lo haga precisamente por haber entrado en conversaciones.

Es una práctica habitual que la confidencialidad se pacte por escrito. Ejemplos de cláusulas de reserva o secreto son las licencias de tecnología y asistencia técnica o el diseño de marcas o patentes⁵⁴.

En el evento de no observar este deber, se deberá indemnizar. Esta indemnización se hará procedente toda vez que las informaciones hayan sido conocidas gracias a las tratativas entabladas. Además, la responsabilidad precontractual derivada de la violación de este deber, no variará si el contrato llega o no a celebrarse⁵⁵. Esta responsabilidad se regirá por las normas de la responsabilidad extracontractual, ya que no se ha formado negocio jurídico alguno todavía.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p. 64.

⁵³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 401.

⁵⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008, p. 101.

⁵⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 54.

3. Deber de conservación y custodia

Este es deber relativo a los objetos relacionados con el futuro contrato. Aunque para algunos autores tal deber afecta sólo o fundamentalmente a los casos en los que existe un pacto de examen o prueba de aquellos objetos o mercancías, parece más correcto extenderlo a todas las situaciones en las que, como consecuencia de los tratos, determinados bienes de los negociadores resultan expuestos a riesgos y peligros de otro modo inexistentes⁵⁶.

Este deber sólo puede entenderse relacionado con un futuro contrato entre las personas que sostienen negociaciones. Se enmarca dentro del examen de mercaderías u objetos previo a la celebración del contrato y en especial, dentro de la toma de decisiones en orden a enajenar a cualquier título las mercaderías. Se presenta entonces el deber de custodia y conservación cada vez que una de las partes entrega a la otra las cosas objeto del futuro contrato a fin de que tenga la oportunidad de inspeccionarlas o examinarlas.

Para determinar la existencia de este deber es indispensable que una de las partes haya expresado el deseo de que se guarde y custodie una cosa⁵⁷.

El incumplimiento de este deber, al igual que en el caso de los demás deberes precontractuales, genera responsabilidad precontractual, aplicándose de igual manera, el artículo 2314 y siguientes del Código Civil.

iii. Deberes de protección

Como señala García Rubio “en opinión de algunos autores, en la fase de preparación de un contrato, surge entre las partes un deber específico de protección de la persona y los bienes de la otra parte, derivado de la relación de confianza suscitada y fundado sobre la buena fe”⁵⁸.

Respecto al deber de protección de la persona existe el principio *neminem laedere*. Pero como señala Barros, “el cuidado debido no sólo deriva del principio general de no dañar a otro, sino de la especial relación que surge entre las partes con motivo de la negociación”⁵⁹. El deber de proteger los bienes de la otra parte que negocia la celebración de un contrato se presenta en casos específicos y en algunas normas del Código Civil es posible encontrar este deber.

c. La infracción de los deberes de conducta precontractual

Este caso se puede presentar igualmente si el contrato se ha celebrado o si las tratativas han fracasado, incluso sin culpa de las partes negociantes y acto seguido, una de

⁵⁶ *Ídem.*, pp. 54-55.

⁵⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 105.

⁵⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 56.

⁵⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1014.

ellas es infractor de los deberes precontractuales de conducta. En este caso la pretensión indemnizatoria se fundamentará justamente en la vulneración de uno o más deberes de conducta⁶⁰.

Para discriminar los perjuicios indemnizables en razón de infracciones de deberes precontractuales es necesario atender al fin de las normas de cuidado que el derecho impone a las partes de una negociación, de manera que el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte contratante⁶¹.

La doctrina coincide en que la infracción de deberes precontractuales puede constituir un caso de responsabilidad precontractual autónomo, a pesar de lo cual es frecuente que los autores utilicen la formula de la infracción de deberes precontractuales de conducta como complemento argumentativo para fundamentar un determinado caso de responsabilidad precontractual.

3. Régimen de responsabilidad aplicable a la responsabilidad precontractual

La respuesta a la pregunta por el régimen común de responsabilidad intenta solucionar el problema del vacío legal en materia de responsabilidad precontractual, lo que radica en definitiva, en buscar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual y por lo tanto, determinar las normas jurídicas que le serán aplicables.

Siguiendo la tendencia en la materia, el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual desde su inicio ha sido objeto de discusión doctrinaria. En este sentido, se han propuesto teorías que, intentando encontrar el régimen común de responsabilidad, sostienen que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual es contractual o extracontractual. A su vez, se han postulado otras teorías, que sin querer sostener la existencia de un régimen común en materia de responsabilidad civil, señalan que la responsabilidad precontractual posee características propias que le dan un carácter autónomo. A continuación se revisarán los principales argumentos que se han formulado para sostener cada una de estas teorías, tanto la doctrina comparada como la nacional.

3.1 Teorías propuestas por la doctrina comparada acerca del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual

⁶⁰ SEGURA RIVEIRO cuestiona que este caso dé origen a responsabilidad precontractual. Para este autor este caso tiene su origen en hechos remotos acaecidos en las negociaciones pero también la conducta se despliega después o luego de celebrado ya el acto o fracasado las negociaciones por motivos no imputables a las partes. Esta particularidad de los casos de vulneración de los deberes precontractuales permite, según el autor, considerar estos casos como de responsabilidad aquiliana o común extracontractual (SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 354). Esta opinión tácitamente distingue la responsabilidad precontractual de la extracontractual, pero tal distinción no pasa de tener relevancia teórica, pues de cualquier forma, la normativa aplicable en la práctica será la de responsabilidad extracontractual.

⁶¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1007.

Como se indicó anteriormente, quien realizó los primeros estudios en la materia fue Rudolf Von Ihering.

Este autor sostuvo la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual, fundándose en las normas del derecho romano. Para Ihering, una vez que se formula la oferta, nace para las partes un deber de diligencia que debe ser observado mientras se forma el contrato y durante su ejecución, y sobre la base de este mismo argumento, rechaza la existencia de responsabilidad alguna durante las tratativas preliminares. En definitiva, en razón de la violación de este deber de diligencia, la parte que ha sufrido un daño debe ser reparada conforme con las normas de la responsabilidad contractual.

Sin distanciarse de la teoría contractualista, Gabrielle Faggella objetó la tesis de Von Ihering y sostuvo que la responsabilidad precontractual tiene cabida en el periodo de las tratativas preliminares, afirmando que su fundamento se encuentra en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones.

En términos similares, en la doctrina francesa, sostienen la tesis contractualista Saleilles, Demolombe y Planiol.⁶²

Diez-Picazo y Gullón critican la postura de quienes asumen el carácter contractual de la responsabilidad precontractual. Señalan que “aunque algún sector de la doctrina haya afirmado la naturaleza contractual de la responsabilidad que tratamos, estimando que la buena fe lo mismo que es fuente de auténticas obligaciones que forman el contenido del contrato, genera también obligaciones de la misma naturaleza antes de su perfección, por lo tanto no parece que puedan parangonarse las dos situaciones en cuanto a aquellas obligaciones. Las primeras tienen como punto de referencia un contrato ya concertado por las partes, lo que falta en las segundas”⁶³.

Por su parte las teorías extracontractualistas parten de una misma premisa: ante la ausencia de un contrato válido entre las partes, no corresponde aplicar las normas de la responsabilidad contractual.

En este sentido, hay autores que señalan que corresponde aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual porque se trata de daños provenientes de la transgresión del principio *naeminem laedere*, sin atender su fuente y aunque no se trate de un acto ilícito *stricto sensu*.⁶⁴

Para Diez-Picazo, como no existe un contrato legalmente celebrado entre las partes “teóricamente cualquier responsabilidad durante la perfección del contrato entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”⁶⁵.

⁶² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 89.

⁶³ DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Sexta Edición, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1992, p. 81.

⁶⁴ Cfr. STIGLITZ, Rubén S. Y STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p. 48 y 49.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 81.

Para Goldenberg “la responsabilidad precontractual es de orden delictual y encuentra su fundamento en el amplio concepto de culpa contenido en el código civil (argentino), en cuanto sanciona un comportamiento negligente que no está de acuerdo con la naturaleza de la obligación y las circunstancias relativas a las personas, tiempo y lugar”⁶⁶.

Llambias, Benegas y Sassot señalan que la naturaleza de la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual “porque se dan todos los elementos constitutivos del hecho ilícito: 1) hay un hecho reprobado por la ley, que no permite que se cause daño a otro; 2) hay daño; 3) hay relación de causalidad material entre el hecho y el daño, y 4) hay una relación de causalidad moral o imputabilidad entre el agente y el hecho obrado”.⁶⁷

Para Alterini la responsabilidad precontractual queda subsumida, según los casos, en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, “sin que haya un *tertius quid*. A primera vista, puede aparecer como incongruente la afirmación de que antes del contrato haya responsabilidad de tipo contractual; pero es sólo una derivación de los límites difusos y permeables de uno y de otro sector”.⁶⁸ Por ello, señala este autor, que “es menester concluir que está regida alternativamente: (1) por las normas de los hechos ilícitos o (2) por las reglas de la declaración unilateral de voluntad.

Otra línea de fundamentación ha sido seguida por Asúa González, quien respecto al régimen de responsabilidad aplicable a la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico alemán, señala que “estamos, pues, ante una responsabilidad con un régimen propio, desarrollado y consolidado a través de los años y las necesidades concretas”. Esta autora fundamenta su postura señalando que en el ordenamiento jurídico alemán, el ámbito de la responsabilidad contractual está establecido para resarcir los daños derivados del incumplimiento de un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual tiene un ámbito de aplicación delimitado, sin que pueda indemnizarse cualquier daño que no signifique incumplir un contrato.

Sin embargo, la misma autora reconoce que “esta postura ha sido desechada por la doctrina y jurisprudencia alemana por estimar que se trata de un camino estéril porque sólo significa añadir un calificativo adicional a la responsabilidad sin solucionar otras cuestiones”⁶⁹. Además, esta postura puede ser admisible a nivel dialectico o como una expectativa de *lege ferenda*, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen, solo podrá considerarse la culpa *in contrahendo* como contractual o extracontractual. En este sentido Alterini señala que “el área de la denominada

⁶⁶ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro, *Op. Cit.*, pp. 163-165.

⁶⁷ LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio Y SASSOT, Rafael, *Op. Cit.*, p. 74.

⁶⁸ ALTERINI, Atilio A., *Contratos: civiles-comerciales-consumo*, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1999, p. 345.

⁶⁹ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 195.

responsabilidad precontractual no tiene características ontológicas propias, y tal denominación se justifica sólo en cuanto describe temporalmente el fenómeno de estar antes del contrato válido”⁷⁰.

3.2 Teorías propuestas por la doctrina chilena acerca del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual.

En Chile la doctrina no está conteste respecto a cuál es la normativa aplicable para resolver los supuestos de responsabilidad precontractual. La mayoría de la doctrina sostiene que ante la ausencia de un contrato, no cabrá hablar de responsabilidad contractual, porque los deberes de conducta están determinados por la malicia y negligencia del artículo 2314 Código Civil y por lo tanto a los supuestos de responsabilidad precontractual se le aplicarían las normas de la responsabilidad extracontractual⁷¹, porque se adecua a la naturaleza y fundamento de las obligaciones no contractuales, siendo el de la responsabilidad aquiliana el régimen común de responsabilidad⁷².

Para Rosende esta responsabilidad se originará en los principios aceptados en el Código de Comercio, los que constituyen el derecho común en materia de responsabilidad precontractual y el verdadero criterio con arreglo al cual deben enfocarse las demandas de indemnización.⁷³

Para Alessandri Rodríguez la responsabilidad precontractual, es decir, la que incide en la formación de un contrato o con motivo de ella, aunque no es posible calificarla de contractual, porque aquel todavía no existe, se rige igualmente por las reglas de esta responsabilidad.⁷⁴

Abeliuk distingue las responsabilidades expresamente previstas por la ley, en los casos de los artículos 98, inciso final, y 100 del Código de Comercio, que por ser legales, se rige por la responsabilidad contractual, que es la regla general entre nosotros; toda otra responsabilidad precontractual derivada de la ruptura de las negociaciones preliminares es extracontractual.⁷⁵

Especial mención merece la opinión que señala que la responsabilidad precontractual es materia de responsabilidad extracontractual pero un modo bastante particular, porque lo sería en aquellos casos en que el estatuto de responsabilidad por daños se flexibiliza, de

⁷⁰ ALTERINI, Atilio, AMEAL, Oscar, LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 747.

⁷¹ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 117.

⁷² Cfr. ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades: Perspectiva del derecho chileno*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 133 a 137.

⁷³ ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p. 111.

⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, Chile, 1943, p. 57.

⁷⁵ ABELIUK, René, *Las obligaciones*, Quinta Edición, v. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 912.

manera que el deber de conducta se ajuste a las exigencias de la buena fe, diferenciándose del escenario típico de la responsabilidad extracontractual⁷⁶.

Una solución distinta ha entendido que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza autónoma y por lo tanto la normativa aplicable será aquella que mejor proteja los intereses del perjudicado, siendo labor del juez acomodar la normativa existente, incluso combinando las normas de la responsabilidad contractual y extracontractual, y utilizando en último término la buena fe en caso que la normativa existente no sea suficiente⁷⁷.

Esta postura posee la ventaja de reconocer que la esencia de la responsabilidad precontractual no es equiparable a los regímenes clásicos de responsabilidad en cuanto posee características propias, pero cuando se trata de buscar la normativa aplicable, corresponde guiarse por las normas de la responsabilidad extracontractual, tal como se desprende de la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, la crítica a esta postura señala que lo precontractual no constituye una categoría autónoma de responsabilidad, lo cual implica que la responsabilidad precontractual debe poder subsumirse en alguna de las dos categorías de la responsabilidad civil⁷⁸. No obstante, en vista de la heterogeneidad de casos, la regla está dada por la responsabilidad extracontractual.

En definitiva, corresponderá al juez interpretar en cada caso y resolver si la normativa aplicable es la contractual o la extracontractual⁷⁹. Siempre y en todo caso la sentencia ha de ser razonada y razonable en sus supuestos y nada impide revisar su lógica de raciocinio.⁸⁰

Capítulo II

Los casos de responsabilidad precontractual

1. Generalidades

La razón del estudio de los distintos grupos de casos que pueden generar responsabilidad precontractual radica en que las definiciones de responsabilidad precontractual, forzosamente generales, no dan una idea clara de las realidades concretas, mucho más ricas y variadas; tal generalidad ha permitido, por otro lado, convertir el

⁷⁶ Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Op. Cit.*, pp. 139 a 143.

⁷⁷ Cfr. ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, pp. 138 a 141. La misma tesis sostiene Vivanco cuando señala que “se trata de una institución con fisonomía propia; con reglas propias que por insuficiencia legislativa, se le reconduce por defecto a la responsabilidad extracontractual, pero que coadyuva a una visión simplista de una institución que de simple no tiene nada” (VIVANCO LUENGO, Pablo, *Op. Cit.*, p. 145).

⁷⁸ LARROUCAU TORRES, Jorge, *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis jurisprudencial*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 31

⁷⁹ *Ídem.*, p. 21.

⁸⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 112.

instituto en un *cajón de sastre* donde, sin demasiado esfuerzo, cabe cualquier pretensión indemnizatoria relacionada con la formación del contrato considerada digna de protección⁸¹.

La distinción de los distintos casos que pueden originar este tipo de responsabilidad puede ser ventajosa en tanto esta clasificación puede indicar criterios generales que permitan incluir determinados casos y excluir otros de su ámbito de aplicación. En este sentido apuntan los autores quienes establecen requisitos de procedencia de la responsabilidad precontractual.

Sin embargo, respecto de los casos que originan responsabilidad precontractual no resulta aconsejable establecer un catálogo exhaustivo, porque se corre el riesgo de limitar *a priori* el ámbito de resguardo que el derecho debe establecer en favor de quien se vea perjudicado por la conducta de su contraparte en el periodo precontractual.

Por lo anterior, parece más razonable sostener que “en lugar de abordarse directamente los casos en los que se puede generar responsabilidad precontractual, pueden aglutinarse los mismos en razón de la concreta obligación que se considera vulnerada. Esta es la forma en la que se expone habitualmente la cuestión en el derecho italiano (...) y que goza también de un cierto predicamento en la literatura alemana. Desde esta perspectiva también para el derecho español cabría decir que las obligaciones en las que se plasma el mandato de la buena fe en la etapa precontractual son por ejemplo, las de informar sobre circunstancias que puedan afectar a la validez del contrato, o a no interrumpir las negociaciones cuando se produzcan determinadas condiciones.”⁸²

2. Responsabilidad en caso de invalidez contractual

Se trata de aquellas situaciones en que las partes celebran un contrato inválido y una de ellas conocía o debía conocer la causa de su invalidez y faltó a uno o más de los deberes dimanantes de la buena fe para con la otra.⁸³

La nulidad de un contrato puede ser atribuible a un hecho negligente o doloso de una de las partes: el error puede deberse a una inadvertencia culpable de quien lo sufre, como también a la falta de información acerca de la cosa que se adquiere; el dolo, por su parte, da lugar a responsabilidad por perjuicios que se siguen, haya sido o no determinante en el consentimiento y, en consecuencia, conduzca o no a la nulidad del contrato; también la omisión de una formalidad o de información acerca de la imposibilidad de la prestación

⁸¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

⁸² *Ídem.*, p. 262.

⁸³ Históricamente es el caso de responsabilidad precontractual más significativo en la medida que de él nació y sobre él se ha construido buena parte de su teoría. Probablemente por ello, algunos Códigos civiles se refieren expresa y separadamente a este tipo de situaciones, como por ejemplo, el artículo 1338 de Código Civil italiano (GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 155).

puede ser atribuible a la negligencia de una de las partes;⁸⁴ y también cabría dentro de este caso de responsabilidad el del contrato celebrado por un incapaz y el caso del contrato celebrado por el *falsus procurator*, desarrollado por la doctrina comparada⁸⁵.

En relación al caso en comento, Barros indica que como resultado de la declaración de nulidad “el contrato se reputa no haber existido y los efectos de su anulación operan retroactivamente, de modo que ningún vínculo preexistente entre el autor del daño y el demandante puede ser invocado como fundamento. En consecuencia, la responsabilidad que se sigue de la declaración de nulidad es extracontractual. Más específicamente, es un caso de infracción de deberes de cuidado precontractuales, durante la negociación o con ocasión de la celebración del contrato”. Continúa señalando este autor que los perjuicios indemnizables a la víctima en este caso “son los sufridos en razón de la confianza en la eficacia del contrato y no los que corresponden al interés contractual que suponía el contrato válido. En otras palabras, la víctima no puede demandar el lucro cesante que se sigue del contrato nulo (porque no hay contrato que se pueda invocar como fuente de la responsabilidad), sino sólo el que resulte de no haber aprovechado una oportunidad cierta de negocios por haber confiado en la validez del contrato que resultó nulo”⁸⁶.

La reparación de los perjuicios que se siguen de la nulidad atribuible a dolo o negligencia de la contraparte tiene un objeto complementario y no acumulativo respecto de las prestaciones mutuas que deben hacerse las partes a efectos de producir la *restitutio in integrum* que provoca la declaración de nulidad.⁸⁷

3. Responsabilidad en caso de contrato válido

Dentro de este grupo de casos la doctrina incluye todas aquellas situaciones en que se celebra un contrato válido y eficaz, pero que en el curso de las negociaciones una de las partes ocasiona daños a la otra que deben ser objeto de indemnización. Se trata de casos en que se celebran contratos concurriendo error o dolo y la parte perjudicada no puede o no quiere optar por la anulabilidad del contrato.

4. Responsabilidad en caso de frustración del contrato proyectado

⁸⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, pp. 1012-1013.

⁸⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, pp. 157-158. El caso del *falsus procurator* consiste en que un sujeto, sin gozar de poder de representación o traspasando los límites del que posee, concluye un contrato con un tercero que, salvo ratificación del supuesto representado o que se trate de un supuesto de apariencia representativa, va a resultar un contrato ineficaz.

⁸⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1013. Señala este autor que “sin embargo, conviene tener presente que existen casos de nulidad en que el perjuicio por lucro cesante no puede ser otro que el beneficio contractual perdido. Así ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de seguro es declarado nulo por reticencia dolosa de la compañía; en circunstancias que el fin del asegurado es obtener cobertura del riesgo, carecer de ella por negligencia o dolo de la compañía es un perjuicio que se sigue del ilícito precontractual”.

⁸⁷ *Ídem.*, p. 1014.

La autonomía de la voluntad otorga a los individuos la libertad de contratar o no hacerlo. De esta manera, la libertad contractual permite que quienes negocian la celebración de un contrato puedan durante el periodo precontractual retirarse de las conversaciones preliminares, sin que ello les signifique consecuencia jurídica alguna. Pero tal facultad no es absoluta porque si dicho retiro no tiene justificación racional y no se efectúa con prudencia, que evite a la parte contraria crearse la expectativa de que el contrato se celebrará, se deberá responder indemnizando los perjuicios⁸⁸.

Se puede presentar responsabilidad precontractual por frustración negocial: en caso de ruptura de las tratativas preliminares, en caso de la formulación de la oferta, con motivo de la aceptación y en caso de negativa de perfeccionar un contrato real o solemne.

4.1 Responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares

a. Las tratativas preliminares

A lo largo de la vida del negocio jurídico es posible distinguir una serie de fases o etapas, que son: la generación, la perfección y la consumación.⁸⁹

La fase de perfección del negocio constituye su nacimiento a la vida jurídica, mientras la fase de consumación comprende el periodo de cumplimiento del fin para el cual el negocio ha sido celebrado⁹⁰.

La primera de estas fases, la fase de generación del negocio, corresponde al periodo precontractual.

El periodo precontractual tiene lugar antes de perfeccionarse el contrato y en él, “se pueden precisar dos etapas: una corresponde a los tratos preliminares⁹¹, consistente en exploraciones, acuerdos parciales, disidencias, tanteos y reservas que permiten a cada parte sopesar las proposiciones y exigencias de la otra, enderezadas a la armonización de opiniones con miras a generar una vinculación jurídica; mientras que la segunda etapa comienza con la formulación de la oferta.”⁹²

Las tratativas constituyen diálogos preliminares al perfeccionamiento del contrato que predominan en los contratos discrecionales y no tienen lugar en los contratos en base a condiciones generales o en aquellas operaciones de escaso valor económico. En general, un sector de la doctrina ha dicho que las tratativas preliminares constituye un hecho social sin relevancia jurídica; otros señalan que se trata de negocios jurídicos preparatorios. Por

⁸⁸ SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 349.

⁸⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.* [en nota 10], p. 267.

⁹⁰ *Ídem.*, p. 268.

⁹¹ Como señala BARRIENTOS, en derecho comparado las tratativas preliminares se denominan *trattative*, para los italianos; *pourparlers préliminaires* o *accords préparatoires* para los franceses; *Vorverhandlungen* para los alemanes; y *pre-contractual dealings*, para los anglosajones. (BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 5.)

⁹² GOLDENBERG, Isidoro H., *Op. Cit.*, pp. 152-153.

último, otro sector de la doctrina dice que son hechos jurídicos que persiguen fines jurídicos.⁹³

Durante las tratativas preliminares las partes formulan interrogantes y realizan sondeos a fin de verificar la factibilidad de una ulterior contratación que satisfaga sus intereses, de manera que “resultan importantes en relación con los efectos que se derivan de aquellas situaciones en que se frustran dañosamente para una de las partes y también en relación con la interpretación del contrato ya perfeccionado, en caso de ulterior conflicto.”⁹⁴

Estas tratativas “tienen dos características definitorias: no son idóneas para concluir un contrato, pero sin embargo, tienen por fin llegar a él. Lo primero, porque de otro modo no se trataría de meros *pourparlers*, sino de la oferta y de la aceptación propiamente dichas; y lo segundo, porque sólo tienen significado jurídico cuando tienden a la elaboración de un proyecto de contrato jurídicamente vinculante.”⁹⁵

Estas exploraciones, tanteos y reservas no crean entre las partes negociantes una relación jurídica⁹⁶, lo que significa que si se interrumpen las tratativas preliminares los negociantes no podrán exigir forzosamente la celebración del negocio jurídico en ciernes.

Se trata entonces, de una infinidad de conductas negociales tendientes a que las partes conozcan sus puntos de vista respecto de un negocio en ciernes, sin que por ello entiendan quedar obligadas⁹⁷. De ello se deduce que, para que se hable de tratativas preliminares es menester la existencia de dos partes⁹⁸ en contacto negocial⁹⁹. Si bien esta

⁹³ CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Curso especializado de responsabilidad extracontractual*, Universidad Central de Chile, Colección Temas Jurídicos, N° 2, 2001, p. 12.

⁹⁴ STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, pp. 15-17.

⁹⁵ ALTERINI, Atilio A., *Op. Cit.*, pp. 325-326.

⁹⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, “Formación del consentimiento”, en su: *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*, López, A, Montes, V.L., Roca, E. Editores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 249-250.

⁹⁷ Cfr. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p. 33. ni las tratativas preliminares ni los acuerdos suscritos por las partes negociadoras durante su transcurso obligan a celebrar el contrato en discusión, porque los interesados no han manifestado aún la intención de obligarse (ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 152). La doctrina ha destacado últimamente la existencia de una serie de actos jurídicos que pueden celebrar las partes durante la etapa precontractual, cuestión que ha provocado algunos problemas por su falta de determinación y por presentar algunas similitudes con las tratativas preliminares, dificultando la práctica del operador jurídico. Son recurrentes las referencias de los autores a actos jurídicos como la minuta y el borrador, el precontrato, los acuerdos precarios o puntualización y a la carta de intenciones. De los mencionados actos jurídicos, sólo el precontrato obliga a las partes a celebrar un contrato, esto es, el contrato definitivo.

⁹⁸ MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. I, Traducción de la 5ª Edición por Luís Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 164. En el mismo sentido BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁹ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 149. La caracterización como negocial de la relación existente entre las partes que negocian la celebración de un contrato tiene su origen en la doctrina alemana. Allí se buscó fundamentar indirectamente la existencia de deberes entre las partes negociantes para determinar la procedencia de responsabilidad de aquella parte que no cumpliera dichos deberes, y del mismo modo, sostener directamente la aplicación del régimen de responsabilidad contractual a los casos de responsabilidad precontractual. La doctrina alemana comenzó señalando que entre las partes que negocian la celebración de un contrato existe una relación de carácter legal, por oposición a aquellas relaciones obligatorias de carácter negocial. La insuficiencia de tal denominación hizo que la doctrina alemana sostenga

afirmación parece de perogrullo, se ha afirmado erróneamente, que las negociaciones preliminares pueden comenzar incluso, por la invitación hecha por una parte para que otra considere la posibilidad de negociar¹⁰⁰.

Iniciadas de esta manera y con una duración indefinida¹⁰¹, las tratativas preliminares concluyen con la celebración del contrato o con el desistimiento de uno o ambos negociantes¹⁰². Sin embargo, en estricto sentido, conviene señalar que los tratos no terminan con la celebración del contrato, sino que con la emisión de la oferta¹⁰³, ya sea que hablemos de contratos reales y solemnes o de contratos consensuales.

b. La responsabilidad por la ruptura

Puede hablarse de responsabilidad por ruptura de negociaciones o tratativas preliminares no solo en los casos en que las partes negocien entre ellas su primera relación contractual, sino también aquellos otros en que el objetivo de la negociación sea un contrato posterior modificativo o novativo del anterior¹⁰⁴, siempre que la nueva negociación no sea ordenada por el contrato que ya han celebrado las partes. De lo contrario, se estaría vulnerando una cláusula contractual y la responsabilidad que origine su incumplimiento será también contractual.

El caso puede describirse de la siguiente manera: si en el curso de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura¹⁰⁵.

La creación de la situación de confianza¹⁰⁶ exige valorar el estado en que las conversaciones o negociaciones se encuentran y los comportamientos adoptados en ellas por las partes. Sólo puede hablarse de la creación de un estado de confianza cuando las

el carácter negocial de la relación existente entre las partes que negocian la celebración de un contrato. Para que se produzca un contacto negocial la doctrina alemana señaló que se necesitaba solamente que alguien penetre en un ámbito del cual otro es responsable y que ello de origen a una situación negocial que permita conducir las negociaciones a la celebración de un contrato (ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, pp. 57-61).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Cfr. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁰² VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Op. Cit.*, p. 250.

¹⁰³ ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.* También ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Loc. Cit.*, quien luego afirma supuestos de responsabilidad contractual en la etapa posterior a la formulación de la oferta. En contrario véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos... Cit.*, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 277.

¹⁰⁵ *Ídem.*, p. 278.

¹⁰⁶ ASÚA GONZÁLEZ se refiere a la vaguedad del término confianza utilizado en materia de responsabilidad precontractual señalando que “pocos términos habrán sido utilizados de forma más genérica y sin precisar su alcance que el de confianza”. Luego la misma autora explica que el origen del término se encuentra en tres preceptos del BGB que son reflejo de la teoría de Ihering, a saber: el 122, el 179 II y 307, a los que hay que añadir el 309, que se remite a las consecuencias del 307 (ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 61).

conversaciones han experimentado un cierto grado de desarrollo y se encuentran ya avanzadas.

El carácter justificado o injustificado de la ruptura es un asunto de difícil determinación. Segura Riveiro señala que el retiro de las tratativas para originar responsabilidad precontractual “ha de ser intempestiva, es decir, sorpresiva, sin aviso ni tiempo para evitar los daños”¹⁰⁷. En términos generales, se considera que se encuentra justificada la ruptura de las negociaciones, cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otras circunstancias, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta. En estos casos el contratante que desee retirarse de las negociaciones está obligado solamente a comunicar estas circunstancias a su contraparte, para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación¹⁰⁸.

El daño que se debe reparar en este caso de responsabilidad precontractual debe guardar relación directa con el retiro de las negociaciones y la confianza que una de las partes creó en la otra de que las tratativas concluirían finalmente en la celebración de un contrato.

La jurisprudencia nacional referente a este caso es escasa. Sin embargo, existen fallos recientes que reconocen expresamente la existencia de la responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas preliminares¹⁰⁹.

Con todo, el problema de la ruptura de las negociaciones no radica en calificar de injusto o no el retiro, sino en establecer quién debe soportar los costos de la frustración negocial, buscando proteger el interés que sea más merecedor de tutela, yendo más allá de una sanción del comportamiento incorrecto¹¹⁰.

4.2 Responsabilidad precontractual a partir de la formulación de la oferta

A partir de la formulación de la oferta se pueden generar los siguientes casos de responsabilidad precontractual: responsabilidad por revocación de la oferta hecha en tiempo útil, pero que no ha sido llevada a conocimiento del aceptante en tiempo útil, siendo necesario para que nazca esta responsabilidad que el destinatario de la oferta la haya aceptado, desconociendo que ella había sido revocada; o la responsabilidad surgida a partir

¹⁰⁷ SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 350.

¹⁰⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 279.

¹⁰⁹ Tal es el caso de un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 1999, autos rol civil 1530-96, Soc. Ruz de la Barra con Comar S.A., comentada por DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales. Daños causados”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 204, año LXVI (Julio-Diciembre) 1998, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, p. 187. Tal fallo reitera la postura que al respecto había adoptado la misma Corte en DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Comentarios de jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 199, año LXIV (Enero-Junio) 1996, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, p. 181.

¹¹⁰ SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 353.

de los perjuicios causados al destinatario de la oferta en caso que ésta haya caducado por muerte o incapacidad sobreviniente del oferente sin que sus herederos o representante legal le hayan comunicado este hecho al destinatario de la oferta¹¹¹.

En este caso de responsabilidad precontractual cabe destacar una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que define la responsabilidad precontractual y contempla el retiro de la oferta como uno de sus casos. Sin embargo, este fallo confirma el de primera instancia y rechaza la pretensión indemnizatoria de la parte demandante que se fundamentaba en el artículo 100 del Código de Comercio por considerar que al tratarse de la formación del consentimiento de un contrato civil, no resultaban aplicables las normas del Código de Comercio¹¹².

4.3 Responsabilidad precontractual en la aceptación

Este caso de responsabilidad precontractual se configura cuando el destinatario de la oferta se niega a aceptarla, es decir, tratándose de los contratos consensuales el destinatario de la oferta se niega a contratar, sin motivo justificado, desplegando una conducta atentatoria con la buena fe y causando con ello perjuicios a su contraparte¹¹³.

No se trata de un caso de responsabilidad precontractual admitido por la totalidad de la doctrina, pues quienes defiendan la libertad contractual no verán en la negativa a contratar un caso de responsabilidad precontractual. Sin embargo, si se admite que el oferente que se retracta de su oferta causando daños a su contraparte deba indemnizar, no hay razón para negarlo respecto del destinatario de la oferta que la rechaza, causando daños a su contraparte¹¹⁴.

4.4 Responsabilidad por negativa a perfeccionar contratos reales y solemnes como un caso de responsabilidad precontractual

Al análisis de este caso de responsabilidad precontractual se dedicará el capítulo siguiente por ser el objeto principal de este trabajo.

Capítulo III

Responsabilidad por negativa a perfeccionar contratos reales y solemnes

Las siguientes líneas se dedicarán al estudio de la negativa de una de las partes a concurrir al perfeccionamiento de un contrato real o solemne, por ser este un supuesto que

¹¹¹ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, pp. 201-202.

¹¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, causa Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino, Teresa y Otros, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, año 1949, 2º parte, sección segunda, pp. 48-58.

¹¹³ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 238.

¹¹⁴ *Ídem.*, p. 239.

posee particularidades que permiten distinguirlo de los demás casos de responsabilidad precontractual vistos en el capítulo anterior.

1. Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes

1.1 La segunda fase del periodo precontractual

Se dijo anteriormente que durante el *iter* contractual se pueden identificar las fases de generación, de perfección y de consumación del negocio jurídico; y que en la fase de generación o etapa precontractual se pueden distinguir las tratativas preliminares y una segunda etapa que comienza con la formulación de la oferta.

Esta etapa que comienza con la formulación de la oferta está regida por las normas relativas a la formación del consentimiento que se encuentran en el Código de Comercio, en los artículos 97 a 108. Tal periodo comprende, desde luego, a la formulación de la oferta y su aceptación, sea que se trate de contratos consensuales o de contratos reales y solemnes. Pero además, comprende al periodo que va desde la formación del consentimiento hasta el perfeccionamiento del negocio jurídico, tratándose solamente de contratos reales y solemnes.

Y pese a que el Código de Comercio vino a llenar el *sensible vacío* existente en materia de normas relativas a la formación del consentimiento por insuficiencia del Código Civil, de la lectura de estas normas se puede afirmar que ellas se refieren a los contratos consensuales y a los contratos reales y solemnes, en la medida que los primeros requieren para su nacimiento de una oferta aceptada, pero no se puede afirmar que dicha regulación alcance a cubrir el periodo que va desde la formación del consentimiento hasta el perfeccionamiento del contrato real o solemne. Es decir, tratándose de los contratos reales y solemnes, dentro de la etapa precontractual existe una etapa posterior a la formación del consentimiento que no ha sido regulada por la ley.

Como la ley no ha establecido expresamente la conducta que deben observar las partes que han acordado la celebración de un contrato real o solemne, antes que concurran a su perfeccionamiento, en principio pueden desistirse por permitirlo la libertad contractual. Pero al igual que durante todo el periodo precontractual, en esta segunda etapa la conducta de las partes está regida por el principio de la buena fe. Para Diez-Picazo, “el desistimiento del contrato es lícito y el contrato no llega a concluirse, pero deben ser resarcidos aquellos daños que puedan haber sido originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo (...), cuando la parte que desiste no tiene una justa causa para hacerlo.”¹¹⁵

¹¹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p.276.

Formado el consentimiento, si el contrato en formación es un contrato consensual, queda perfeccionado de inmediato y no se originaría responsabilidad precontractual por el desistimiento de una de las partes con posterioridad a la formación del consentimiento porque el retiro o desistimiento de una de las partes, de un contrato consensual, adopta la forma jurídica de revocación unilateral del contrato y la parte que incurre en ella deberá responder conforme a las normas que reglan la responsabilidad contractual.

Tratándose de los negocios jurídicos reales y solemnes, ellos requieren para nacer a la vida jurídica de un elemento adicional a la simple concurrencia de la oferta y la aceptación, como es la entrega¹¹⁶ de la cosa objeto del contrato o la realización de la formalidad exigida por la ley. En atención a este elemento adicional, es que se tratan conjuntamente ambos tipos de contratos, no obstante tener presente que la entrega es un tipo de formalidad¹¹⁷ y que la categoría de los contratos reales “se encuentra sometida hoy a una profunda revisión”¹¹⁸, fenómeno este último que ha sido descrito por Abeliuk como “franca decadencia”¹¹⁹.

Entonces, puede configurarse un caso de responsabilidad precontractual, en el supuesto en que las partes hayan concluido su negociación mediante un acuerdo verbal o escrito, ineficaz como contrato válidamente celebrado, si posteriormente una de ellas no

¹¹⁶ El artículo 1443 del Código Civil chileno utiliza términos inapropiados al definir a los contratos reales, indicando que “el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere...”. Dicha impropiedad se configura por el uso erróneo del término tradición, que es un modo de adquirir el dominio y no en todos los contratos reales hay transferencia de él. Antes por el contrario, ello ocurre sólo por excepción, en el mutuo, pues el mutuuario se hace dueño de las cosas recibidas, con cargo de restituir otras de igual género, cantidad y calidad. (ABELIUK, René, *Op. Cit.*, pp. 87-88). Por esto es que se utiliza el término entrega y no tradición.

¹¹⁷ Hay autores que señalan que todos los contratos son formales. En este sentido, para ALBALADEJO, los negocios se dividen en formales y no formales, no porque unos tengan forma y otros no, sino porque unos pueden adoptar cualquier forma y otros deben realizarse de determinada forma, o de una de entre varias formas determinadas. ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Ronda Universidad, 11, Barcelona, España, Librería Bosch S.L., 1958, p. 294.

¹¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 453-455. En este sentido, los mencionados autores señalan que “fruto de la crisis ha sido la admisión de posibles contratos consensuales de préstamo, mediante los cuales el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación. (...) La configuración tradicional plantea entonces la cuestión de la eficacia y obligatoriedad de los acuerdos por los que una de las partes promete a la otra, que acepta, dar una cosa en comodato o en préstamo.

¹¹⁹ Este autor sostiene que la noción de contrato real es posible que llegue a desaparecer. Para este autor, actualmente la mantención de esta categoría “resulta sorprendente pues no tiene justificación jurídica”. La razón está en que estos contratos exigen la presencia física de la cosa objeto del contrato al momento de su perfeccionamiento y en el hecho de que la configuración del contrato de promesa de celebrar un contrato real no logra dar cuenta apropiadamente del requisito de la entrega exigida para el perfeccionamiento del contrato real ni tampoco del nacimiento de la obligación de restituir, en circunstancias que existen otros contratos, que no son reales, y del mismo modo existe la obligación de restituir. Concluye este autor señalando que “todos estos subterfugios e inconvenientes se obviarían transformando estos contratos en consensuales o solemnes, y bilaterales o sinalagmáticos.”(Cfr. ABELIUK, René, *Op. Cit.*, p. 88). A favor de la mantención de la categoría de los contratos reales está Messineo, autor que sostiene que “prescindiendo de los argumentos de orden doctrinal, se debe mantener tal distinción, puesto que algunos artículos de ley exigen la entrega de la cosa como requisito para el perfeccionamiento del contrato; y, en efecto, el requisito de la entrega corresponde a exigencias económicas o técnico-jurídicas fundamentales (en la prenda sirve para dar al acreedor la certeza de que la cosa no se sustraerá al vínculo de garantía)(...)”. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 442-443.

concorre a realizar la entrega de la cosa o la formalidad necesaria para perfeccionar el negocio, causando con ello, directa o indirectamente daños a su contraparte.

Respecto al rol que asumen los contratantes en este supuesto, Zuloaga señala que “en el caso de un contrato real, quien se niega a cumplir debe ser quien sería el acreedor de la obligación restitutoria emanada del contrato. En el contrato solemne, cualquiera de las partes puede ser quien se niegue a cumplir con la solemnidad”¹²⁰. Y no puede ser de otra manera porque una de las partes en el contrato real es quien debe entregar a la otra la cosa objeto del contrato, no pudiendo ser quien recibe la cosa sujeto de responsabilidad precontractual por la causal que se analiza a menos que su conducta provoque el incumplimiento de la entrega; en tanto que en el caso de los contratos solemnes ambas partes deben concurrir a la realización de la solemnidad exigida por la ley, de manera que la negativa de cualquiera de ellas puede dar lugar a que se configure un caso de responsabilidad precontractual.

Luego, la misma autora, haciendo referencia al tipo de formalidades, señala que “existiendo distintos tipos de solemnidades, (...) para que la causal se configure, debe tratarse de contratos solemnes en que la solemnidad esté constituida por el otorgamiento de una escritura pública o privada, puesto que en los contratos solemnes en que la solemnidad sea de otro tipo, como por ejemplo una autorización judicial, la perfección del contrato ya no depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes”¹²¹. A lo anterior deberá agregarse que pudiendo las solemnidades tener origen legal o convencional, resulta que si las partes han acordado que en lo sucesivo los contratos que celebren deberán perfeccionarse mediante la realización de alguna solemnidad y una de ellas no concurre a celebrarla, el contrato proyectado, por aplicación de las reglas generales, no tendrá valor jurídico, pero podrá producir efectos¹²² y la responsabilidad que para el agente emane de tal conducta será de carácter contractual.

Puede suceder que concurra un contrato de promesa durante la etapa precontractual iniciándose, de esta manera, la fase contractual propiamente tal, con lo cual queda concluido el periodo precontractual, sin que este acuerdo previo pueda producir los efectos propios del contrato definitivo¹²³ que aún no se ha alcanzado. Y respecto de la responsabilidad que puede surgir en el periodo precontractual, la figura del contrato de promesa tiene un rol determinante, en cuanto su existencia modifica el tipo de responsabilidad concurrente, siendo aplicables las normas de la responsabilidad contractual. Esto se explica porque la promesa es el contrato preliminar que obliga a las

¹²⁰ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 289.

¹²¹ *Ibídem*.

¹²² TRONCOSO LARRONDE, Hernán, ÁLVAREZ CID, Carlos, *Contratos*, LexisNexis, Santiago, 2006, p. 21.

¹²³ Cfr. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, pp. 48-49.

partes a celebrar un determinado contrato definitivo¹²⁴ que al momento de celebrarse esta convención no quieren o no pueden celebrar como definitivo¹²⁵, de manera que si no llega a celebrarse el contrato definitivo a causa de la conducta de una de las partes, ésta será responsable contractualmente en la medida que se presenten los requisitos legales exigidos para ello.

En síntesis, para que se configure el supuesto tipo que será objeto de estudio debe presentarse la siguiente situación: dos partes que negociando la celebración de un contrato llegan a un acuerdo verbal o escrito respecto a los elementos esenciales de un negocio real o solemne, de manera que para su perfeccionamiento falta sólo la celebración de una formalidad, como es la entrega o las solemnidades exigidas por la ley, y una de ellas no concurre a su realización, causando daños a la otra parte.

En este caso se suscita la interrogante de saber cuál es el valor del acuerdo alcanzado, si puede obligarse a la otra parte a celebrar la solemnidad; en caso contrario, qué derechos tiene la parte a quien perjudica la renuencia¹²⁶, es decir, si debe la parte perjudicada ver resarcidos los daños que ha sufrido a causa de la renuencia y cuál es la extensión de la reparación.

1.2 Tratamiento otorgado al caso de negativa de cumplir la formalidad por la doctrina comparada

a. Doctrina alemana

De conformidad al § 125 del Código Civil alemán, todo negocio jurídico que no observe la forma que la ley prescribe para darle existencia es nulo¹²⁷. Los casos en que el BGB establece para un negocio jurídico en calidad de *ad substantiam* una forma determinada son, por ejemplo, los §§ 313 (formalidad en la enajenación de bienes inmuebles), 518 (formalidad del contrato de promesa de donación), 761 (formalidad del contrato de renta vitalicia), 766 (formalidad de las cauciones), 780 (formalidad del contrato de promesa) y 781 (formalidad del reconocimiento de una deuda), y en la medida que tal requisito formal no se cumpla el contrato no será válido.

De esta manera, cuando las partes lleguen a acuerdo respecto a los elementos esenciales de un contrato formal y una de ellas se niegue a cumplir con la formalidad exigida por la ley, tal contrato no tendrá existencia para el derecho. Sin embargo debe

¹²⁴ ALTERINI, Atilio A., *Op. Cit.*, p. 337-338.

¹²⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p. 48.

¹²⁶ DUCCI, Carlos, *Op. Cit.*, p. 252.

¹²⁷ El § 125, titulado “Sanción por falta de forma”, establece que “Celebrado un acto jurídico, que carece de la forma prescrita por la ley, es nulo...” (Traducción propia).

plantearse la cuestión de una eventual reparación de los perjuicios que de tal situación se deriven para la parte que confiaba en que la forma requerida sería cumplida¹²⁸.

La mayor parte de la doctrina alemana se mueve con cautela al hablar de responsabilidad por frustración de negociaciones contractuales originada en el incumplimiento de una formalidad exigida por la ley para reconocer existencia a un contrato. Este recelo se origina en que reconocer a este caso como un supuesto de responsabilidad puede ser contraproducente por atentar contra la finalidad de la propia ley al establecer la formalidad, vale decir, la protección de una parte frente a la precipitación de la otra, y podría verse vulnerada en la medida que la perspectiva de tener que indemnizar puede llevar a no aprovecharse de la facultad que la ley otorga a las partes de poder desistirse de contratar. Pero como señala Asúa González, “no es este argumento consistente para rechazar, de plano, cualquier tipo de reparación en estos casos, pues muy similares razones cabría dar respecto a la simple ruptura de tratos ya que aquí también la ley parte de la libertad de las partes para proceder a la contratación e igualmente podría la misma verse amenazada caso de establecerse una obligación indemnizatoria”¹²⁹.

Por ello resulta más adecuado examinar cada caso y establecer si la conducta del agente cumple con los requisitos que configuran la antijuricidad, vale decir, crear en la contraparte la confianza de que el contrato se celebrará y luego negarse a cumplir con la formalidad sin motivo justificado.

Pero la responsabilidad precontractual no ha sido la única vía que ha utilizado la jurisprudencia alemana para proteger al contratante que se ha visto perjudicado cuando su contraparte no ha cumplido la formalidad que da existencia al contrato.

En el caso analizado, la parte que se ha negado a cumplir con la formalidad ha apoyado su defensa en la nulidad del contrato por falta de cumplimiento de la formalidad. Sin embargo la jurisprudencia ha entendido que hay ocasiones en que el interés en la nulidad del negocio por defecto de forma es menor que el interés en considerarlo celebrado, de manera que en tal caso, y existiendo buena fe en la otra parte, el vicio formal no podrá ser alegado y el contrato, aun sin cumplir la formalidad, se entenderá perfeccionado¹³⁰.

b. Doctrina española

En el derecho español rige el principio de libertad de forma en la contratación, consagrado en el artículo 1278 del Código Civil español. Este principio se encuentra limitado por el artículo 1280 que recoge un largo elenco de contratos que deberán constar

¹²⁸ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 158.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, pp. 137-138.

en documento público y en su último párrafo establece que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea en documento privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas. No obstante las dificultades de interpretación que encierra esta última disposición legal en relación con el artículo 1279 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia españolas estiman, con práctica unanimidad, que los contratos enumerados en el artículo 1280 son válidos entre los contratantes cualquiera sea la forma en que se hayan concluido¹³¹.

En el mismo orden de ideas la doctrina española afirma que el artículo 1280 cumple el rol de “permitir (según se desprende de ese artículo y del 1278 y del 1279, interpretados por la jurisprudencia), que los contratantes, desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para la validez del contrato, pueden recíprocamente compelerse a hacer constar por escrito el negocio”¹³², incluso, sin necesidad de que se haya pactado¹³³ y pudiéndose otorgar el documento por la autoridad, si no se aviene a hacerlo el obligado, porque se trata de una conducta no infungible¹³⁴. De esta manera, la forma resulta exigible para que tales contratos puedan ser eficaces respecto de terceros¹³⁵.

A pesar que el texto del Código Civil se refiere únicamente a las formalidades exigidas por la ley, el régimen del artículo 1279 se aplicará también cuando las partes acuerden voluntariamente una determinada forma negocial, pero no la consideren de carácter constitutivo¹³⁶. Cuando por imposición de la ley o por la voluntad de los particulares, una forma tiene carácter constitutivo Diez-Picazo distingue los supuestos de acuerdo no escrito cuando la documentación es constitutiva, por un lado, y aquellos en los que, siendo necesaria la escritura pública, existe únicamente un documento privado por otro. En el primer supuesto, con anterioridad al otorgamiento y suscripción del documento el contrato no existe y, por tanto, las partes están aún en fase de tratos previos, lo que les permite desistir de ellos. En el segundo supuesto, esto es, la hipótesis en que la forma solemne, legal o convencional, es el documento público y las partes se limitan a suscribir un documento privado, el acuerdo contenido en tal documento constituirá un contrato inválido y, en concreto, nulo por defecto de forma¹³⁷. Cualquiera de las partes podría, entonces, negarse a llenar la forma pública y, si la otra demandase el cumplimiento contractual, la primera podría oponer la nulidad por falta de forma como defensa¹³⁸. Sin embargo, Diez-Picazo, siguiendo en este punto a la doctrina alemana, estima que la acción

¹³¹ *Ídem.*, pp. 134-135.

¹³² ALBALADEJO, Manuel, *Op. Cit.*, p.761.

¹³³ *Ídem.*, nota 15.

¹³⁴ *Ídem.*, nota 16.

¹³⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 254.

¹³⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, pp. 136-137.

¹³⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, pp. 196-197.

¹³⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p 137.

de nulidad fundada en un vicio formal podrá quedar enervada en todos aquellos casos en los que, por contravenir los dictados de la buena fe, su ejercicio resulte abusivo o constituya un inadmisibles *venire contra factum proprium*¹³⁹.

Cuando la doctrina española señala que las partes que celebran un contrato solemne que en definitiva no se documenta, pero que si tiene valor entre ellas y que pueden compelerse a celebrarlo si una de ellas se niega, se refiere a ciertos contratos que “pueden existir válidamente aun cuando el documento no se haya otorgado, pero no pueden producir sus efectos mientras no se hayan documentado” porque lo que en realidad ocurre es que los artículos 1278 a 1280 se refieren a contratos que no son solemnes en sentido estricto “y por ello en tales contratos no puede producirse el supuesto de responsabilidad que se estudia, puesto que con el solo consentimiento el contrato se forma, quedando las partes vinculadas contractualmente y obligadas a otorgar la documentación”¹⁴⁰. Pero si se trata de contratos solemnes, la ausencia de solemnidad impedirá su nacimiento y perfección como contrato¹⁴¹.

Sin embargo la doctrina española señala que la sanción más justa para quien se niega a llenar la forma pública mediando un comportamiento dañoso o negligente es la responsabilidad por culpa *in contrahendo*¹⁴², responsabilidad que podría extenderse al interés de cumplimiento cuando la parte que pretende hacer valer la nulidad formal haya actuado de manera dolosa y la otra ignore la necesidad de forma pública, especialmente en el caso en que la parte protegida haya sufrido un perjuicio grave¹⁴³.

c. Doctrina francesa

El código civil francés no contempla expresamente la clasificación de los contratos en consensuales, reales y solemnes. Sin embargo la doctrina considera que tal clasificación tiene plena acogida en el derecho francés. Respecto de esta clasificación Josserand señala que “en principio, los contratos se perfeccionan por el acuerdo de las voluntades y prescindiendo de toda exigencia de forma. Nuestro derecho francés no es un derecho formalista. Salvo las dificultades de prueba, una venta verbal tiene el mismo valor que una venta celebrada ante notario. Excepcionalmente, la ley somete ciertos contratos a la observación de formas determinadas¹⁴⁴”.

En los contratos consensuales no cabe configurar el caso de responsabilidad precontractual que se analiza.

¹³⁹ *Ídem.*, p. 137.

¹⁴⁰ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 296-297.

¹⁴¹ *Ibidem.*

¹⁴² GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, p. 140. ALBALADEJO, Manuel, *Op. Cit.*, p. 765.

¹⁴³ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Op. Cit.*, pp. 140-141.

¹⁴⁴ JOSSEERAND, Louis, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial parlamento Ltda., Santiago, 2008, p. 35.

Los contratos reales no existen sino cuando se ha efectuado la entrega de la cosa. Tal es el caso en el derecho francés del préstamo de consumo, préstamo de uso, depósito y prenda. Si quien debe realizar la entrega se niega a efectuarla, existiendo el consentimiento formado, no se le puede forzar a la entrega. Pero sería posible pedir una indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual sobre la base de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés¹⁴⁵ que regulan la responsabilidad por delitos y cuasidelitos¹⁴⁶.

Para la doctrina francesa, la solemnidad puede ser impuesta por la ley con función constitutiva, caso en el cual la forma recibirá el nombre de necesaria, en la medida que constituye un elemento del contrato y en los casos en que falte esta solemnidad el contrato será inválido incluso entre las partes. Tal sería el caso de contratos como la donación entre vivos (artículo 931), el contrato de matrimonio (artículo 1394, § 1) o el contrato hipotecario (artículo 2127). Dado que la falta de otorgamiento de la solemnidad origina la invalidez del contrato, se podría solicitar una indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual derivada de la nulidad del contrato, en contra de la parte que lo celebró conociendo o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba. Otra opción sería solicitar una indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual derivada de la negativa de una de las partes de celebrar la solemnidad correspondiente basada en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés¹⁴⁷.

d. Doctrina italiana

En el derecho italiano se distingue entre contratos consensuales, reales y solemnes. Los contratos consensuales son la regla general y en ellos el consentimiento es suficiente para perfeccionarlos¹⁴⁸, de manera que en ellos no tendría lugar el caso de responsabilidad precontractual que se analiza.

Los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa sobre la que versan. Son contratos reales en el derecho italiano el mutuo (artículo 1813), depósito (artículos 1766 y 1777), comodato (artículo 1803) o la prenda (artículo 2794). Si una de las partes se niega a efectuar la entrega habiéndose formado el consentimiento de celebrar un contrato real, se generará un caso de responsabilidad precontractual que de acuerdo al derecho italiano se regirá por el artículo 1337 del Código Civil, en la medida que tal negativa constituya una violación de la buena fe precontractual.

¹⁴⁵ El artículo 1382 del Código Civil francés señala que “Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”. Por su parte el artículo 1383 señala que “Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia.”

¹⁴⁶ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, pp. 298-299.

¹⁴⁷ *Ídem.*, pp. 299-300.

¹⁴⁸ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 105.

Los contratos solemnes se perfeccionan por la celebración de la respectiva solemnidad. El artículo 1350 del Código Civil italiano establece cuales son los contratos que se perfeccionan por el cumplimiento de determinadas formalidades.

Como consecuencia de lo anterior, señala Messineo, “cuando la forma es constitutiva, podrán tenerse antes del uso de la forma, negociaciones más o menos avanzadas, pero no el contrato, ni aún el correspondiente contrato preliminar”¹⁴⁹. “Pero - continúa el autor- de la inobservancia de la forma constitutiva no siempre deriva la nulidad del contrato; puede derivar algunas veces sólo su ineficacia o una menor intensidad de efectos”¹⁵⁰.

La negativa de una de las partes de celebrar la solemnidad para perfeccionar el contrato solemne dará origen a un caso de responsabilidad precontractual cuando tal conducta sea contraria a la buena fe precontractual establecida en el artículo 1337 del Código Civil italiano. Sin embargo, la jurisprudencia italiana ha rechazado una obligación de reparar en aquellos casos en los cuales la ley exige un requisito de forma para perfeccionar el contrato por entender que no es lícita la ignorancia de tal requisito de forma por las partes¹⁵¹.

Lo anterior se justifica porque el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne es considerado un caso de responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones precontractuales. Para que se configure este caso de responsabilidad precontractual la jurisprudencia exige confianza de uno de los contratantes en la realización del contrato, interrupción injustificada y perjuicio para la otra parte¹⁵². Tal confianza resulta tutelable en situaciones de casi compromiso¹⁵³, como es el caso en que existe un consentimiento formado. Cuando se presenten los demás requisitos, la negativa de concluir un contrato real o solemne generará la obligación de reparar los daños causados, fundada en el artículo 1337 de Código Civil italiano.

e. Doctrina argentina

El Código Civil argentino distingue entre contratos consensuales, reales y solemnes. Los contratos consensuales quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento. Por ello en su perfeccionamiento no puede tener lugar el caso de responsabilidad precontractual que se analiza.

¹⁴⁹ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General...* Cit., p. 151.

¹⁵⁰ *Ídem.*, p. 152.

¹⁵¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 214.

¹⁵² *Ídem.*, p. 221.

¹⁵³ *Ídem.*, p. 222.

Los contratos reales para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra entrega de la cosa sobre que versa el contrato. Son contratos reales en el derecho argentino el mutuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitución de prenda y de anticresis.

Alterini señala que en el derecho argentino existen contratos no formales y contratos formales propiamente dichos o solemnes, y que éstos últimos a su vez pueden ser contratos solemnes absolutos y contratos solemnes relativos. “En los primeros la inobservancia de la forma impuesta lo priva de todo efecto civil, en tanto que respecto de los segundos la inobservancia de la forma impuesta obsta a que quede concluido como tal y produzca los efectos que las partes quisieron, a pesar de lo cual tiene aptitud para generar otros efectos distintos”. Utiliza como ejemplo la compraventa de inmuebles, que debe ser celebrada por escritura pública y señala que si las partes realizan el contrato por instrumento privado, no queda concluido como contrato de compraventa, pero igualmente las partes tienen el derecho a demandar la escrituración, esto es, a pretender que un tribunal disponga que sea otorgada la formalidad faltante. Vale decir, “el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto como formalidad solemne relativa comporta una obligación de hacer; y, si alguna de las partes no concurre al acto en que debía ser otorgado, el tribunal lo hace en representación del remiso, por sí, o por persona designada al efecto, siempre que estén cumplidas todas las demás obligaciones pendientes, o sea asegurado su cumplimiento”.¹⁵⁴

1.3 Tratamiento del caso otorgado por la doctrina chilena

En Chile, como se ha señalado, el artículo 1443 del Código Civil distingue entre contratos consensuales, reales y solemnes. Los contratos consensuales se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, de modo que respecto de ellos no es posible sostener la ocurrencia del caso de responsabilidad precontractual que se analiza.

Los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa sobre la que versan, mientras que los contratos solemnes se perfeccionan con el cumplimiento de la solemnidad exigida por la ley.

En materia de formación del consentimiento la doctrina tradicional señala que en los contratos reales y solemnes el consentimiento sólo se forma por la entrega o por el cumplimiento de la solemnidad de que se trata¹⁵⁵. Vale decir, en los contratos reales y solemnes, la tradición o entrega de la cosa y el cumplimiento de la solemnidad constituye la forma de manifestar la voluntad¹⁵⁶, de manera que el negocio es inválido como tal si no

¹⁵⁴ ALTERINI, Atilio A., *Op. Cit.*, pp. 235-244.

¹⁵⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p.102.

¹⁵⁶ CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Op. Cit.*, p. 11. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, Álvarez Cid, Carlos, *Op. Cit.*, p. 20. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Quinta ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 220. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema: 3 de septiembre de

adopta la forma exigida y la misma consecuencia se deriva para el consentimiento que se ha formado¹⁵⁷. En este sentido y a propósito de la compraventa de inmuebles – contrato solemne por excelencia-, la doctrina ha señalado que desde la autorización del notario la escritura pública está perfeccionada, de manera que si ambas partes han firmado pero una de ellas se arrepiente y retira la firma antes que el notario autorice la escritura, no existe consentimiento.¹⁵⁸

Si se acepta esta postura como correcta se concluiría que sin la solemnidad respectiva, carece de todo valor el negocio, lo que parece correcto, y además con ello se sustrae absoluta relevancia jurídica al acuerdo alcanzado, lo que no resulta conveniente, teniendo presente que la formación del consentimiento y el perfeccionamiento del contrato son dos fenómenos jurídicos diferentes.

Por lo demás, de la lectura del artículo 1443 del Código Civil, que define a los contratos solemnes como aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil; no es posible colegir tal inferencia en la medida que el legislador entiende que la solemnidad y la manifestación de la voluntad no constituyen términos homologables. De lo contrario, así lo habría manifestado.

Además, se equipara, en el marco de la teoría del negocio jurídico, el consentimiento con las solemnidades, cuestión que no parece razonable.

Por lo anterior resulta más adecuado sostener que la forma requerida por el ordenamiento, en cada caso, es necesaria para que se constituya válidamente el negocio. En este sentido se dice que la solemnidad es *constitutiva*.¹⁵⁹ En estos casos –la solemnidad- cumple el papel de presupuesto de la existencia misma del contrato y por consiguiente de su validez -y sólo cuando la solemnidad se ha realizado- puede decirse que el contrato ha nacido a la vida jurídica y se ha perfeccionado.

Lo que ocurre en realidad es que en los contratos reales y solemnes la formación del consentimiento y el perfeccionamiento del contrato son fenómenos jurídicos distintos, siendo la formalidad el modo previsto por el ordenamiento jurídico para llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la seriedad de todo lo que se ha acordado, protegiendo de esta manera a los más débiles, pero nunca el mecanismo para manifestar la voluntad, porque ésta ya se ha manifestado.

2002, autos rol civil 2908-2001, Pedro Lippi Verdugo con Ángel Mella Vallejos, N° identificador Legal Publishing 25840 (específicamente considerando cuarto); 17 de mayo de 2001, causa rol civil 1594-2000, María Luisa Olmedo Riesco con Elsa Kuncar Silhi y Sergio Mario Ortiz Ferrari, N° identificador Legal Publishing 18618.

¹⁵⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Op. Cit.*, p. 68 y 294.

¹⁵⁸ DIEZ DUARTE, Raúl, *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1989, p. 123.

¹⁵⁹ MOZOS, José Luis de los, *El negocio Jurídico*, Estudios de derecho civil, Madrid España, Editorial Monte Corvo S.A., 1987, pp. 440-409.

En estos casos un acuerdo de voluntades con prescindencia de la solemnidad, es nulo como negocio jurídico.¹⁶⁰ Pero no por ello carente de todo valor en sí mismo como consentimiento formado¹⁶¹.

Para León Hurtado el acuerdo alcanzado por las partes es la consecuencia de una oferta jurídicamente válida y aceptada, y no simples conversaciones preliminares; de manera que esta oferta debe regirse por los artículos pertinentes del Código de Comercio, que son los que han venido a llenar el vacío de la legislación comercial y civil. Para este autor debe obligarse a indemnizar a aquel contratante que no cumplió lo convenido. Esta solución, concluye el autor, es la más justa y la más conveniente para asegurar la seriedad de las transacciones¹⁶².

Otra opinión ha mantenido Tapia, que ha seguido a la jurisprudencia de los tribunales franceses y belgas para concluir que si ha habido un acuerdo de voluntades perfeccionado, ya que una de las partes ha hecho la oferta de celebrar el contrato y la otra ha aceptado dicha oferta, es necesario concluir que se ha formado un contrato precedente de aquel que las mismas partes concluirán¹⁶³. Vale decir, para este autor el consentimiento que han logrado las partes constituye un contrato consensual celebrado por las partes con anterioridad a la celebración del contrato real o solemne definitivo.

Lo anterior debe ser cotejado con la opinión de Ducci, que sostiene que el acuerdo alcanzado “no reúne los requisitos legales para ser considerado un contrato de promesa, lo que radicaría únicamente en que no se podrá exigir legalmente el cumplimiento del contrato acordado”¹⁶⁴, pero nada más.

Razonable es la opinión de Corral, que postula que el acuerdo alcanzado pero carente de valor como contrato debe ser reconocido como una convención innominada¹⁶⁵, cuyos efectos estarán dados *ex post*, en la eventualidad de producirse daños para alguna de las partes. Como señala Risueño, es unánimemente aceptado que convención es todo acuerdo de voluntad, y si bien se considera que el derecho sólo debe ocuparse de aquellas

¹⁶⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, pp. 256-257.

¹⁶¹ En este sentido se pronuncia la Corte de apelaciones de Rancagua cuando sostiene que “establecida la calidad de instrumento privado, de su contenido se desprende que corresponde a un contrato, a una convención libremente celebrada entre el comprador y demandante y el vendedor y demandado. Este contrato de compraventa da cuenta de que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra la pagó en dinero, por lo que la venta es perfecta al momento en que las partes convinieron en la cosa y en el precio. Pero, como se trata de un bien inmueble, para que se reputa perfecta ante la ley, el contrato debe otorgarse por escritura pública, lo que no ha ocurrido en autos; Que al no haber concurrido con su firma al contrato de compraventa la cónyuge del vendedor, la escritura pública que se extendía para perfeccionar la compraventa del inmueble no fue autorizada por el Ministro de Fe, pero no ha perdido su calidad de contrato válidamente celebrado ente el vendedor y el comprador”. Corte de Apelaciones de Rancagua, 17 de agosto de 2001, Causa rol civil 16779-2000, caratulada Luis Humberto Gómez Meza con Augusto Segundo Cabello Canales, N° identificador Legal Publishing 23048.

¹⁶² LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Tercera Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 76.

¹⁶³ TAPIA SUÁREZ, Orlando, *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁶⁴ DUCCI, Carlos, *Op. Cit.*, p. 253.

¹⁶⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 43.

convenciones que crean, modifican o extinguen obligaciones, (...) ello no excluye la posibilidad de que tengan cierto valor en derecho, convenciones que no se refieran a obligaciones. Se trata de convenciones que no tienen el efecto jurídico de generar un compromiso firme y definitivo; pero fuera de tal reserva, el uso universal hace que deban ser consideradas como hechos jurídicos, esto es, como hechos que pueden producir, sin ser tal la intención directa de las partes, efectos de derecho¹⁶⁶.

Con todo, resulta claro que aunque el consentimiento se ha formado pero es ineficaz para perfeccionar el contrato, “nunca se podrá obligar a contratar a alguien (...) a modo de indemnizar los daños que pudo haber producido”.¹⁶⁷

1.4 Distinción entre el caso de ruptura de las tratativas preliminares y el de negativa de concluir el contrato

Para un sector de la doctrina, comprada como nacional, el caso de negativa de concluir el contrato real o solemne se reconduce al supuesto general de ruptura injustificada de negociaciones precontractuales¹⁶⁸. El motivo de esta afirmación se fundamenta en el alto grado de similitud existente entre ambos casos de responsabilidad precontractual.

Sin embargo, entre dichos supuestos existen diferencias, que configuran lo particular de cada caso de responsabilidad precontractual y que exige un tratamiento diferenciado para cada uno de ellos.

La similitud principal a que se hacía referencia anteriormente radica en que en ambos casos existe frustración del negocio que las partes pretendían celebrar, es decir, en ambos casos se produce un quiebre del periodo precontractual imputable a una de las partes, de manera que finalmente el contrato no se llega a celebrar.

Luego, las diferencias son: a) el alto grado de avance de las negociaciones –si es que se puede llamar así a la etapa en que el consentimiento se encuentra formado–, que parecen hallarse en el tramo final y definitivo, distante del caso de ruptura de simples tratativas, caso en el cual las partes comienzan recién las negociaciones y el acuerdo no se observa próximo en el tiempo porque debe que ser fruto de negociaciones, seguidas por una oferta y la subsecuente aceptación; b) la idea de confianza, existente respecto a la celebración del contrato que en definitiva resulta frustrado, se observa más claramente en el caso de negativa de concluir el contrato que en el de ruptura injustificada de negociaciones contractuales; c) en el caso de negativa de concluir un contrato existe entre las partes un

¹⁶⁶ RISUEÑO, Manuel María, “De las obligaciones precontractuales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, Derecho, 1934, p. 76.

¹⁶⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁶⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 276. ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 158. En Chile BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, pp. 1000 y ss.

consentimiento formado respecto a los aspectos esenciales del negocio real o solemne de manera que para que sea perfecto sólo falta el cumplimiento de la formalidad exigida por la ley, distante del caso de ruptura de simples tratativas, en las que no existe todavía un consentimiento formado, ni aún respecto a los aspectos esenciales del contrato que las partes esperan celebrar en el futuro; y d) el principio de la libertad contractual, que permite a las partes poner término a las negociaciones, se encuentra limitado por la propia voluntad de las partes, una vez que las negociaciones han dado lugar a la formulación de la oferta, y con mayor intensidad tal fenómeno se produce cuando la otra parte ha aceptado esa oferta, de manera que sólo en casos calificados¹⁶⁹ las partes podrán poner término unilateralmente al periodo precontractual, mientras que el mencionado principio encuentra plena acogida en la etapa de las tratativas preliminares, gozando las partes de la mayor libertad para desistirse de las negociaciones en la medida que no han limitado voluntariamente tal facultad y por lo mismo la responsabilidad que pueda corresponder a la parte que se desista de ellas es de difícil concreción por encontrarse amparada por dicho principio.

Esta distinción permite sostener que si la mayoría de la doctrina acepta la procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares, con mayor razón se reconocerá en el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne, porque se ha avanzado en la intensidad de la relación precontractual en un grado incluso mayor que el existente con la sola emisión de la oferta¹⁷⁰. La razón de lo anterior estriba en que si se acepta que la ruptura de simples tratativas preliminares en ciertos casos y concurriendo ciertas condiciones da origen a responsabilidad precontractual, vale decir, por ruptura de las primeras instancias de las negociaciones, cuando una de las partes ni siquiera ha propuesto una oferta que deba ser aceptada por la otra; con mayor razón se generará responsabilidad precontractual cuando las partes han alcanzado un acuerdo respecto a los extremos esenciales del futuro contrato y tan sólo falta para entenderlo perfecto el cumplimiento de la formalidad, sea la entrega o la realización de la solemnidad exigida por la ley.

2. Requisitos para configurar responsabilidad precontractual en este caso

Se entiende que para que surja responsabilidad por negativa a perfeccionar el contrato real o solemne se requiere que se haya formado el consentimiento para celebrar un contrato real o solemne, que una de las partes se niegue a realizar la entrega de la cosa o a cumplir con la solemnidad respectiva¹⁷¹, la producción de un daño en el patrimonio de una

¹⁶⁹ Un ejemplo de ello es la existencia de una ocasión más provechosa o ventajosa de negocios. Tal situación es un motivo justo de retirada, y si la parte no la aprovechó, sólo a ella le es imputable (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 280).

¹⁷⁰ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 307.

¹⁷¹ Cfr. ZULOAGA RÍOS, Margarita, *Op. Cit.*, p. 291.

de las partes, y la relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante¹⁷².

El primer requisito, esto es, que se haya formado el consentimiento para celebrar un contrato real o solemne, se configura en la medida que conste que existe acuerdo acerca de los aspectos esenciales del contrato que se discute. Siendo la confianza el bien protegido, es lógico que el ilícito sólo pueda producirse cuando la negociación tiene un grado de madurez suficiente, de modo que sólo falte la formalización o la discusión de los aspectos puramente instrumentales para que el contrato se perfeccione¹⁷³.

El hecho de que una de las partes se niegue a realizar la entrega de la cosa o a cumplir con la solemnidad respectiva configura, según Zuloaga, una conducta antijurídica en la medida que se incumple un acuerdo de voluntades válidamente concluido y por lo tanto, concluye la autora, “es una conducta contraria a Derecho”¹⁷⁴.

Luego, la parte que se niegue a realizar la entrega de la cosa o a cumplir con la solemnidad respectiva debe actuar sin motivo plausible o “razón legítima, resultado brutal y unilateral”¹⁷⁵. Zuloaga no comparte esta exigencia en la medida que “si la revocación de la oferta acarrea una responsabilidad, sin que se deba atender a su justificación, con mayor razón ello debe ser así estando el consentimiento ya formado, puesto que el grado de vinculación de las partes es mucho más intenso”¹⁷⁶. Teniendo la parte que se desiste justificación pertinente, sólo persiste el deber de diligencia de informar a la contraparte de la ruptura, de modo de evitarle mayores costos¹⁷⁷.

Se requiere también que el demandado haya creado o alimentado en la contraparte la certeza de que la negociación finalizará con la celebración del contrato. Ello puede ocurrir mediante una declaración explícita en tal sentido, pero también mediante la propuesta de realizar actos que suponen esa certeza, como puede ser la invitación a poner término a la actividad que el demandante entonces realizaba, la petición o autorización para efectuar arreglos en la casa que se pretende vender u otras igualmente inequívocas¹⁷⁸.

Si falta alguno de los requisitos que hacen procedente, en este caso, la responsabilidad precontractual, “el daño lo soportará la víctima, porque es el riesgo de toda negociación y si se ha incurrido en un gasto de consideración, puede ser que quien lo

¹⁷² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, “Daños por tratos preliminares en el Código Civil”, en *La Semana Jurídica* (Santiago). <En línea>, Reporte Área Jurídica, información correspondiente a la semana del 06.02.2009 al 12.02.2009 [Citado 17 de Septiembre de 2009] Disponible en la World Wide Web: <<http://productos2.legalpublishing.cl/newletter/juridico/reportejuridico-496/content-3932.html#5#5>>.

¹⁷³ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1010.

¹⁷⁴ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 292.

¹⁷⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1011. En el mismo sentido ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Op. Cit.*, p. 158, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Op. Cit.*, p. 157.

¹⁷⁶ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Loc. Cit.*

¹⁷⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 279.

¹⁷⁸ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1011.

realizó haya actuado imprudentemente”¹⁷⁹. Por lo anterior, como señala Barros “quien quiera asegurarse un contrato, y actuar confiado en que este se celebrará, puede convenir un contrato de promesa u otros contratos preliminares, en la medida que se logre acuerdo en los aspectos fundamentales; por el contrario, si no hay acuerdo sobre aspectos que para la otra parte son determinantes, la confianza en que la negociación prosperará debe ser atribuida, en principio, a una equivocada percepción de quien incurre en gastos o realiza otros actos que suponen que el contrato se celebrará”¹⁸⁰.

La responsabilidad precontractual que se origine por la concurrencia de los requisitos antes expuestos se regirá, según la doctrina mayoritaria¹⁸¹, por las normas de la responsabilidad extracontractual¹⁸².

3. La obligación de resarcir

En general, para que surja la obligación de resarcir, se requiere que se haya cometido una acción u omisión voluntaria que haya causado un daño, que el acto o hecho que produce el daño sea el resultado de una conducta dolosa o culpable del actor y que exista una relación de causalidad entre la conducta y el daño provocado¹⁸³.

Ante un consentimiento formado pero carente de valor como contrato real o solemne perfectamente válido, la conducta del agente consiste en manifestar su voluntad en relación a la celebración del negocio y luego negarse a llevar a cabo la entrega o a celebrar la solemnidad correspondiente. Vale decir, una de las partes manifiesta su voluntad con el objetivo de celebrar un contrato real o solemne que la otra parte, con o sin negociaciones previas, acepta; y luego cualquiera de ellas se niega a perfeccionar el contrato.

En seguida, respecto a la relación de causalidad, se requiere que los perjuicios se conecten causalmente con la negativa de concluir el contrato por parte del agente productor de los daños. Pero los daños con los que se relaciona la conducta no son directos, porque el simple hecho de no concluir un contrato, cuando existía un acuerdo de voluntades en ese sentido, no constituye un daño en sí mismo. Por lo tanto los daños con los que se relaciona

¹⁷⁹ CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Op. Cit.*, p. 14.

¹⁸⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1012.

¹⁸¹ DUCCI, Carlos, *Op. Cit.*, p. 256. BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 1004. RAMOS PAZOS, René, *Op. Cit.*, pp. 12 y 13. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁸² Sin embargo, hay autores que se inclinan por la aplicación del estatuto de responsabilidad contractual porque las partes han concluido un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos (ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 291) o porque entre las partes se ha formado un concurso real de voluntades que origina una relación cuasicontractual (ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Op. Cit.*, p. 111). Sostiene también la existencia de una relación cuasicontractual, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Op. Cit.*, 173. Sin embargo este autor disiente respecto de la aplicación del estatuto de responsabilidad contractual y señala que se debe aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual en el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne porque la conducta constituye un ilícito civil (De la Maza Gazmuri, Iñigo, “Caso práctico: retiro unilateral de tratativas preliminares y responsabilidad precontractual”, en *Revista Responsabilidad Civil: Casos prácticos*, De la Maza Gazmuri, Iñigo, Pizarro Wilson, Carlos, LexisNexis, 2006, p. 58).

¹⁸³ ROCA TRIAS, Encarna, “La responsabilidad civil extracontractual”, en su: *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*, López, A, Montes, V.L., Roca, E. Editores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2001, p. 309.

la negativa de concluir el contrato son aquellos que indirectamente haya sufrido la víctima y en definitiva, puedan ser acreditados.

Como señala Stiglitz, nunca se responderá de las consecuencias remotas y no habrá nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, ni tampoco si los daños se producen por un hecho propio de la víctima o de un tercero extraño.¹⁸⁴

3.1 La imputabilidad en la responsabilidad precontractual por negativa de perfeccionar el contrato real o solemne

En términos generales, para que el daño sea imputable al agente, es necesario que la conducta sea realizada mediando culpa o dolo. Así resulta de relacionar los artículos 2314 con los incisos 3º y 4º del artículo 2284 del Código Civil. La primera de estas normas expresa que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. Luego se responde por haber incurrido en delito o cuasidelito, y en conformidad al artículo 2284, en el primer caso hay intención de dañar (dolo) y en el cuasidelito, un hecho culpable¹⁸⁵.

Por lo anterior, la atribución fundada en factores subjetivos implica que la ley ha de señalar que determinada persona debe responder de determinados daños causados en la etapa precontractual, únicamente en función de un juzgamiento de la conducta humana, basado en patrones valorativos de tipo ético: la idea de culpabilidad¹⁸⁶.

a. El dolo precontractual

El dolo o malicia consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, es decir, se causa daño a otro en forma deliberada. El dolo puede ser positivo o negativo. Es positivo si consiste en la ejecución de un hecho y negativo si se trata de una abstención. Además puede ser directo o eventual. Será directo si se causa daño a otro existiendo clara intención por parte del agente y eventual si se realiza una acción u omisión sin ánimo de causar daño, pero representándose el agente la posibilidad de que su actuar puede causarlo¹⁸⁷.

Respecto del dolo en la responsabilidad precontractual, en analogía con lo que ocurre en caso de ruptura injustificada de negociaciones preliminares, pero con mayor intensidad, en el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne, la mala fe puede consistir en iniciar las negociaciones sin intención seria de contratar, o de prolongarlas sin querer concluir las, o no cumplir lo acordado una vez que se ha formado el consentimiento.

¹⁸⁴ STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁸⁵ RAMOS PAZOS, René, *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁸⁶ STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p.35.

¹⁸⁷ RAMOS PAZOS, René, *Loc. Cit.*

Se trata de un propósito definido de fraude, no de una mera conducta caprichosa, y es indudable, que tal conducta, en cuanto produce daño, constituye propiamente un ilícito civil¹⁸⁸. En el fondo, el agente realiza afirmaciones y conductas que crean una apariencia que no corresponde a la realidad.

Tal apariencia se puede lograr a través de una infinidad de medios. El más usual consiste en declaraciones falsas durante la negociación que crean en la contraparte la apariencia de que en definitiva el contrato se celebrará. Para ello el agente incluso participa del proceso de formación del consentimiento, manifestando su voluntad en relación a la celebración del contrato proyectado. Tal impresión en la contraparte se crea también por medio del ocultamiento de la verdadera intención del agente, esto es, que no participará del perfeccionamiento del contrato. De este modo, en este caso de responsabilidad, el sujeto se vale del ocultamiento deliberado de la verdad y a la vez realiza explícitamente declaraciones falsas que alimentan la confianza de la contraparte. Esta conducta puede tener como objetivo distraer a la contraparte para que pierda oportunidades de negocios o en razón de la confianza creada a partir del alto grado de avance de las negociaciones obtener información acerca de un proyecto o producto, que de otra manera no hubiese podido obtener.

También actúa con dolo el sujeto que se hubiere negado deliberadamente a concurrir al perfeccionamiento del contrato, tras haber participado del proceso de formación del consentimiento; previendo que el resultado de su conducta sería la frustración injusta de la conclusión del contrato y actuando consiguientemente motivado hacia ese resultado, a sabiendas y con intención de dañar¹⁸⁹. En este caso el sujeto concurre a las negociaciones con intención seria de causar daño a su contraparte y con ese objetivo manifiesta su voluntad, asintiendo en la celebración del contrato real o solemne, pero llegado el momento de participar del perfeccionamiento del contrato desiste, sin que los daños causados a su contraparte sean relevantes en su actuar.

Además, constituye un comportamiento doloso el incumplimiento de lo acordado a través de las distintas etapas que regulan la formación del consentimiento. Se trata, en forma indudable, de un acto de mala fe, en la medida que se ha quebrantado la confianza que la otra parte ha puesto en la palabra empeñada. Por tratarse de un proceder de mala fe es, necesariamente, ilícito y constituye por tanto un delito civil¹⁹⁰.

Desde el punto de vista objetivo, el dolo se realiza por cualquier conducta apta para engañar; es la subjetividad con que se ejecuta esa conducta lo que distingue al dolo y lo

¹⁸⁸ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Daños y deberes...* Cit., p. 51.

¹⁸⁹ STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p.39.

¹⁹⁰ DUCCI, Carlos, *Op. Cit.*, p. 255.

hace especialmente reprochable. En su forma básica esa subjetividad envuelve la conciencia de la situación perjudicial para otro y la intención de provocarla¹⁹¹.

b. La culpa precontractual

Al igual que el dolo, la culpa también es definida por el Código Civil, pero implícitamente. De las definiciones que se dan en el artículo 44 se desprende que la culpa, que en ese artículo y los artículos 2319 y 2329 es sinónima de descuido o negligencia, es decir, la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios¹⁹². La culpa no admite graduación en materia extracontractual, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito contractual donde se distingue la culpa grave, leve y levísima.

En materia precontractual, quien actúa negligentemente no tiene el propósito deliberado de frustrar la celebración del contrato ni actúa con intención de dañar a su contraparte, pero se llega igualmente a ese resultado por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo¹⁹³.

Además, la culpa debe ser apreciada de acuerdo al artículo 1546 del Código Civil que establece el principio de la buena fe que, según se indicó anteriormente, tiene aplicación en todo el *iter* contractual. De manera que el análisis sobre el reproche subjetivo, que pueda merecer la conducta del sujeto que se niega a entregar la cosa o a cumplir la solemnidad una vez que ha convenido en la celebración del contrato, debe efectuarse a partir de la certeza de que esa conducta, debía ceñirse a las exigencias de la recíproca lealtad, sin apartarse de la buena fe¹⁹⁴.

Bajo estas condiciones, la exoneración de responsabilidad basada en la ausencia de culpa queda condicionada a que la parte demandante no logre la acreditación de un actuar negligente por parte del agente. Ello tiene plena concordancia con la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual, en la medida que la culpa no se presume, debiendo probarla quien la alega.

En la eventualidad que concurren los requisitos antes expuestos, cabe preguntarse por los daños que deben ser indemnizados.

3.2 Reparación de los daños

El principio que rige la reparación de los daños en el ordenamiento jurídico chileno es el de la reparación integral del daño, lo que significa que todo el daño y nada más que el

¹⁹¹ NÚÑEZ CARRERA, David, “Declaraciones y silencios en el ámbito precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil II*, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani, María Rodríguez Pinto (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2006, p. 332.

¹⁹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁹³ STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p.35.

¹⁹⁴ *Ídem.*, p.37.

daño efectivamente sufrido por la víctima debe ser reparado, de manera que la reparación tenga por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado¹⁹⁵.

Si bien el ordenamiento jurídico no contiene un concepto de daño, se entenderá que se trata de “toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor”¹⁹⁶.

3.3 Extensión de la indemnización

Como punto de partida para determinar la extensión de la indemnización en el caso de negativa de perfeccionar un contrato real o solemne es necesario recordar que el principio sobre el cual se debe trabajar es el de la reparación integral del daño. De esta manera se debe reparar todo el daño sufrido por la víctima a causa de la conducta del agente, sin extenderla más allá de lo que efectivamente haya significado el daño, porque en tal caso se perjudicará indebidamente la situación jurídica del agente dañoso.

Sobre esta premisa, no resulta razonable excluir *a priori* determinados daños de la reparación que corresponda a la víctima por la conducta dañosa de la contraparte, ni tampoco asumir que la indemnización debe incluir necesariamente determinada categoría de daños.

a. El daño al interés negativo como daño indemnizable

La doctrina no está conteste en cuanto a la determinación de los daños a resarcir en la responsabilidad precontractual, pero pareciera haber consenso en que debe indemnizarse el interés negativo.

La idea de interés negativo es creación de Von Ihering y da cuenta del interés que resulta dañado en las hipótesis de responsabilidad precontractual. Teóricamente, el interés negativo se contrapone al interés positivo. Como señala Díez-Picazo, el interés positivo es el llamado interés de cumplimiento o interés de la ejecución de un contrato, mientras que el interés negativo está determinado por la falta de validez o por la frustración del contrato y es el llamado interés de confianza¹⁹⁷.

De esta manera, el daño al interés positivo engloba las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación. En su consideración se mira hacia el porvenir, computando como medio idóneo de

¹⁹⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 255.

¹⁹⁶ Díez SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 25.

¹⁹⁷ Díez-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 275.

incremento patrimonial el título del acreedor que lo habilita para exigir el cumplimiento de la obligación, y obtener con ello las ventajas esperadas. Por ejemplo si A promete a B la venta de un inmueble y luego no cumple, pueden entrar en este renglón los siguientes rubros: mayor valor adquirido por ese inmueble, pérdida de una diferencia de precio de reventa ya convenida, etcétera¹⁹⁸.

El daño al interés negativo supone la ineficacia del acto jurídico que había originado la obligación, la cual queda consiguientemente sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia. El interés negativo del acreedor consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido, si se hubiera constituido la obligación. En su consideración se mira hacia el pasado, tratando de restablecer el *status quo* patrimonial anterior a la celebración del contrato que ha resultado frustrada. Entre estos daños cabe mencionar los gastos realizados con motivo de la celebración del contrato, que resultan inútiles (honorarios, sellados, comisiones, traslados, etc.)¹⁹⁹.

Zannoni ha indicado que el contenido del interés negativo está representado por el daño emergente o por el lucro cesante, provocados por la ineficacia del contrato²⁰⁰, de manera que "lo que aducirá la parte perjudicada como consecuencia de su interés negativo es que, por haber confiado en que la otra parte celebraría efectivamente la operación – que da nacimiento al negocio- ha perdido las *chances* de celebrar otro negocio válido que le habría reportado lucro. Por supuesto que la pérdida de las *chances* deberá ser probada por quien la alega; pero si esa prueba existe, no sería razonable negar la procedencia del resarcimiento por frustración de la *chance*"²⁰¹.

Para Barrientos "la indemnización de los daños en estos casos no puede sobrepasar en ningún caso el límite del llamado interés negativo, cual es, el derecho del que negoció infructuosamente a ser colocado en la misma situación que tendría si no hubieran comenzado las negociaciones."²⁰²

A pesar de que existen ámbitos en que es posible su intersección, resulta evidente que tanto el interés negativo como el interés positivo, en principio, no tienen relación con el daño emergente y el lucro cesante, "ni deben tenerse por sinónimos de ellos"²⁰³.

¹⁹⁸ LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio Y SASSOT, Rafael, *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 112 y 113.

²⁰¹ *Ídem.*, p.112. Zannoni reconoce explícitamente adherir a la teoría que admite que el resarcimiento del interés negativo en forma amplia.

²⁰² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Daños y deberes... Cit.* p. 112.

²⁰³ SEGURA RIVEIRO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 358. Este autor comparte la crítica realizada a la idea de interés negativo y señala que "es sólo un recordatorio que la indemnización no puede comprender lo que hubiera valido la celebración y posterior ejecución del contrato frustrado, pero no significa que dentro del daño causado por esa frustración no se pueda incorporar todos los daños que la causalidad imponga (...)"

b. Daño emergente, lucro cesante y daño moral como categorías indemnizables en la responsabilidad precontractual

En lo que respecta al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral como categorías indemnizables en el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne, no existe una respuesta unívoca en la doctrina. Cabe destacar que el daño moral como categoría indemnizable no ha sido tratado por la doctrina más allá de vagas referencias.

El lucro cesante en caso de responsabilidad por negativa de concluir un negocio real o solemne estará caracterizado por las ganancias que la parte perjudicada dejó de percibir en razón de las tratativas precontractuales que no progresan por culpa de la otra parte²⁰⁴, es decir, consiste en la privación de la ganancia que pudo haberse obtenido por la parte perjudicada de no haber participado de tan avanzadas negociaciones que finalmente no concluyeron con la celebración del contrato. Deberá ser motivo de resarcimiento en la medida en que constituya un daño cierto.

Mientras que en este caso el daño emergente estará constituido por los gastos realizados en razón del negocio frustrado²⁰⁵.

Para Valpuesta Fernández, la reparación “no alcanza a los beneficios que hubiera generado el contrato no celebrado, ni a las ganancias dejadas de obtener por otra propuesta contractual no concluida, sino sólo a los desembolsos que se hubieran hecho con ocasión del contrato frustrado (...)”²⁰⁶

Llambias, Benegas y Sassot señalan que el responsable debe reintegrar al acreedor los gastos efectuados (daño emergente), como asimismo compensarle la pérdida de la ganancia (lucro cesante), que habría podido concretar si hubiese encarado otro negocio, lo que dejó de lado con motivo del que estaba pendiente de conclusión y que se frustró, pero queda fuera de la cuestión para medir la cuantía de la reparación, la posterior valorización de los bienes comprendidos en el contrato frustrado por la culpa del responsable, ya que ello integra el interés positivo del acreedor, que en este supuesto no es resarcible.²⁰⁷

León señala que “en todo caso, la reparación de los daños se limita a los gastos que haya hecho la parte (daño emergente) y no a las posibles utilidades del negocio (lucro cesante).”²⁰⁸

Como indica Zuloaga, “el monto de la indemnización por el daño al interés negativo podría alcanzar el del interés positivo. Deberá indemnizarse el daño emergente (...), el

²⁰⁴ ZANNONI, Eduardo A., *Op. Cit.*, p. 113.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Op. Cit.*, p. 251.

²⁰⁷ LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio Y SASSOT, Rafael, *Op. Cit.*, pp. 74-75. Comparten esta idea Stiglitz y Stiglitz, porque consideran que quedan excluidos los daños propiamente derivados del incumplimiento de la obligación, de los cuales no puede el acreedor pretender se le indemnice, por la sencilla razón de que el contrato, precisamente, no se perfeccionó, o perdió su eficacia (STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Op. Cit.*, p. 56).

²⁰⁸ LEÓN HURTADO, Avelino, *Op. Cit.*, p. 73.

lucro cesante (...), y el daño moral, cuya existencia y configuración dependerá según el caso concreto de que se trate”.²⁰⁹

c. La pérdida de una *chance* como daño a resarcir en la responsabilidad precontractual por negativa a perfeccionar el contrato

Cuando surgen preguntas respecto de los límites entre certeza, probabilidad y mera eventualidad de los daños, aparece el problema de la pérdida de una *chance* u oportunidad.

Se ha señalado con precisión que la certidumbre del daño futuro encierra siempre un alea. Ahora bien, el alea puede afectar o estar referido a la evolución futura de un daño actual, o el alea traduce la realización misma del daño. Solo en este segundo caso se está ante la pérdida de *chance*, pues, en el primer caso, el juez opera a partir de un daño cierto actual que se proyectará, también, al futuro²¹⁰.

Barros señala que el problema se presenta en sede de causalidad. Para este autor se trata de casos en que “el daño ya se ha producido, pero no se sabe con exactitud si es atribuible al hecho del demandado. Así ocurre si la culpa del demandado aumentó el riesgo de que se produjera el daño o provocó la pérdida de una oportunidad de impedir ese daño”.²¹¹

Zannoni pareciera enfrentar más claramente el problema al señalar que “cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una *chance*, de una probabilidad, existen a la vez un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.”²¹²

Como señala Chabas “la hipótesis es aquella de un interés en juego (por ejemplo, ganar un proceso) que se ha perdido, habiendo cometido el agente un hecho culposos. Pero no existe certeza que ese hecho culposos haya sido siquiera una condición *sine que non* de la pérdida del interés, pues éste habría podido perfectamente desaparecer, por causas naturales, sin la culpa del agente. Resulta, entonces, que el interés en juego era aleatorio, que existían solamente oportunidades de obtenerlo²¹³”, pero dichas oportunidades se han perdido.

²⁰⁹ ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Op. Cit.*, p. 293.

²¹⁰ ZANNONI, Eduardo A., *Op. Cit.*, p. 77.

²¹¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 240.

²¹² ZANNONI, Eduardo A., *Op. Cit.*, p. 76.

²¹³ CHABAS, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, ed. Flandes indiano, colección derecho francés contemporáneo, Santiago de Chile, 2009, p. 76.

“La *chance* es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esta esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la *chance* y no el beneficio esperado, como tal”²¹⁴.

Trasladando el problema al caso en cuestión, corresponde determinar si tal *chance* u oportunidad existe y en caso afirmativo establecer en qué consiste.

Pareciera que una oportunidad o *chance* existe en el caso de negativa de concluir un contrato real o solemne desde el momento que la llamada *alea* existe, es decir, hay una circunstancia de la cual el damnificado pudo haber participado, pero no logró hacerlo por culpa del agente dañoso, independiente de que quien se vio perjudicado haya obtenido ganancias o no, como consecuencia de esa oportunidad que se ha perdido.

Vivanco plantea el problema de la pérdida de una *chance* en el caso de ruptura de negociaciones precontractuales señalando que “existe gran controversia (...) respecto de la posibilidad de compensar a la víctima de la ruptura por aquellas oportunidades de contratar que surgieron, y fueron perdidas o rechazadas por esa parte negociante, precisamente por la confianza depositada en la operación emprendida”²¹⁵. Pero pareciera que el *quid* de la reparación por pérdida de una oportunidad en el caso en comento no radica en aquellas oportunidades de negocios perdidas o rechazadas, en la medida que tales oportunidades frustradas constituyen el costo de oportunidad que implica emprender cualquier actividad económica.

Por esto, para las partes que negocian la celebración de un eventual contrato, la *chance* perdida consiste en no haber tenido la posibilidad de participar de las consecuencias que la vida del negocio ofrece, lo que les supondría poner en movimiento su habilidad y calidades personales dentro del libre juego del mercado, porque en ausencia del contrato, claramente no han podido siquiera participar de esa posición.

La doctrina que ha negado la reparación por la pérdida de una *chance*, ha situado el centro de gravedad del problema en la incertidumbre definitiva que existe de que la obtención del beneficio patrimonial se concretara²¹⁶.

Por otra parte quienes están a favor de la reparación, admitida por buena parte de la doctrina y jurisprudencia, señalan que es específica de la *chance* y no del hecho sometido a

²¹⁴ MOSETT ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, Argentina, 1980, p. 72.

²¹⁵ VIVANCO LUENGO, Pablo, *Op. Cit.*, p. 147.

²¹⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Op. Cit.*, p. 77.

ella; se indemniza por ejemplo, la pérdida de la probabilidad de ganar un pleito y no el "daño positivo" que significa perderlo.²¹⁷

En el caso en comento la probabilidad perdida que se debe indemnizar es la de participar de las consecuencias directas que conlleva el perfeccionar el contrato frustrado, y nada más; de manera que una indemnización en este sentido no debe alcanzar eventuales o remotas consecuencias sino que intentar que la parte negociadora que vio perjudicada su posibilidad de poder participar de la situación que le habría reportado el haber celebrado el contrato sea resarcida, sin que tal resarcimiento signifique la celebración del contrato.

Se debe tener presente, eso sí, la dificultad de la prueba que este daño conlleva y la dificultad de su cuantificación; pero una vez que la parte perjudicada ha logrado probarlo, no existe impedimento para rechazar tal pretensión. Ese potencial de oportunidades se erige como un perjuicio autónomo, cuyo monto es calculado multiplicando el valor del interés en juego por el porcentaje de oportunidades.²¹⁸

La pregunta que surge en esta situación es la de cómo conciliar una eventual indemnización que, en atención del principio de la reparación integral, pretenda resarcir además el daño por pérdida de una *chance* u oportunidad sin que con ello se vea perjudicado el interés del agente dañoso. La respuesta no resulta sencilla de manera que los tribunales deberán ser muy cautelosos cuando deban otorgar reparaciones en este sentido.

En definitiva resulta indudable que deben ser resarcidos aquellos daños que puedan haber sido originados sobre la base de la confianza producida por el acuerdo futuro que se logrará cuando la parte que se niega a suscribir el documento, no posee una justa causa para hacerlo.²¹⁹ Asimismo, más allá de la discusión teórica, pareciera que el umbral mínimo de la reparación estará determinado por el llamado interés negativo y por el daño emergente, mientras que el daño al interés positivo y el lucro cesante deberán ser objeto de prueba, lo mismo que el daño moral y la eventual oportunidad perdida; de manera que si llegan a acreditarse unos u otros daños, no habrá problema en que sean objeto de indemnización.

Para la doctrina, la regla de la causalidad permite al intérprete en cada caso concreto evaluar debidamente el alcance del daño reparable. Por ello, resulta poco útil la limitación del resarcimiento a una determinada categoría de daños, siendo preferible descartar el empleo de fórmulas apriorísticas de compensación que dieran lugar a tantas interpretaciones encontradas.²²⁰

²¹⁷ MOSETT ITURRASPE, Jorge, *Op. Cit.*, pp. 72-73. LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio Y SASSOT, Rafael, *Op. Cit.*, pp. 74-75.

²¹⁸ CHABAS, François, *Op. Cit.*, p. 76

²¹⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Daños y deberes... Cit.*, p. 115.

²²⁰ GOLDENBERG, Isidoro H., *Op. Cit.* en nota N° 10, p. 168.

De todo lo anterior, resulta que respecto de este caso de responsabilidad precontractual, procede una medida especial de reparación que, en definitiva, estará determinada por la aplicación del principio de reparación integral del daño.

Conclusiones

La fase precontractual, no contemplada por el Código Civil chileno, toma cada vez más importancia teórica y su determinación resulta de gran valor en relación a la responsabilidad que se produzca en ella. Esto se produce porque en la etapa precontractual, las partes negociantes poseen libertad para no celebrar el contrato pero, al mismo tiempo, no pueden defraudar la confianza de su contraparte a medida que crece la intensidad de la negociación.

El fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en el principio de la buena fe. Este principio juega un rol principal porque en ocasiones sirve de fundamento inmediato, caso en el cual no será necesario acudir a otras consideraciones para fundar la responsabilidad precontractual. Tal es el caso, por ejemplo, en que la conducta del agente sea manifiestamente dolosa y contraria a los postulados de la buena fe. Pero además la buena fe precontractual puede servir como fundamento mediato, es decir, permitir fundar la responsabilidad precontractual de manera indirecta, cuando se acuda a otros fundamentos, igualmente válidos, que tengan como apoyo directo el principio de la buena fe.

Por la propia naturaleza de las cosas no es aconsejable establecer un catálogo exhaustivo de los casos de responsabilidad precontractual porque se corre el riesgo de dejar sin protección situaciones que a todas luces son merecedoras de resguardo de parte del derecho. Sin embargo, el estudio de los distintos casos resulta útil dadas las particularidades que cada uno de ellos presenta. Lo mismo se puede concluir respecto de los deberes emanados de la buena fe en la etapa precontractual, en atención a que este es un principio cuyos efectos se irradian a todo el derecho privado.

El consentimiento formado que no posee todavía las características de un contrato perfeccionado no puede carecer de efectos jurídicos, sobre todo si se trata de configurar una hipótesis de responsabilidad precontractual, porque no es razonable que frente a un consentimiento formado, cualquiera de las partes pueda prescindir de su existencia y negarse, por ello, a concluir un contrato.

El régimen de responsabilidad, aplicable al caso en que una de las partes se rehúse a perfeccionar el contrato, tiene características propias, que están dadas por la especial relación que surge entre las partes una vez que han prestado su consentimiento para perfeccionar un contrato real o solemne. Pero a pesar de ello, es razonable y más justa la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual dada la configuración del ordenamiento jurídico chileno, como lo ha sostenido la mayoría de la doctrina nacional.

Para que la parte que se rehúse a celebrar el contrato deba responder por los daños que ha ocasionado a la otra parte, debe haber actuado en forma dolosa o negligente.

Objetivamente una conducta de este tipo puede revestir cualquier modalidad y resulta insuficiente catalogar de negligente o dolosa la conducta de rehusar a celebrar el contrato, sin atender a otras consideraciones que permitan al juzgador llegar a la conclusión de que el agente ha actuado en forma negligente o con intención seria de dañar a su contraparte.

La reparación de los daños provocados por el no perfeccionamiento del contrato real o solemne está guiada por las particularidades que presente cada caso en concreto. De esta manera, se debe extender a todo aquello que sea posible acreditar ante los tribunales, porque no resulta aconsejable excluir *a priori* de la reparación determinados daños, porque en abstracto se diga que significan un menoscabo que corresponde al perjudicado soportar. Así, es posible que se presenten casos en que es posible sostener que la parte perjudicada merece ser reparada por los daños que haya sufrido tanto por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, como por los daños al interés negativo o interés positivo, incluso si considera que la negativa de su contraparte le ha hecho perder *chances* u oportunidades que de otro modo hubiera aprovechado.

Entonces, en el ordenamiento jurídico chileno, a pesar de ausencia de regulación expresa, es posible configurar un sistema de protección para el contratante que resulte dañado por la negativa de su contraparte de perfeccionar el contrato, una vez que se ha formado el consentimiento. Tal sistema de protección se articula a partir de las normas de la responsabilidad extracontractual; tiene como elemento fundador a la buena fe precontractual, permitiendo calificar la culpa o el dolo en la conducta del agente porque se entiende que no es suficiente la mera negativa del actor; y en virtud del principio de la reparación integral del daño deberán ser reparados todos los perjuicios que sean debidamente acreditados en las instancias correspondientes.

Por último y a pesar de no ser éste el fin de este trabajo, debe mencionarse que es importante una reforma legislativa en la materia, que tenga en cuenta las particularidades de la institución y del ordenamiento jurídico chileno. Y una opción en este sentido es ampliar expresamente la aplicación del principio de la buena fe al periodo precontractual, como forma de actualizar el ordenamiento jurídico chileno a las nuevas exigencias de la realidad social.

Bibliografía

- ABELIUK, René, *Las obligaciones*, Vol. II, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Ronda Universidad, 11, Barcelona, España, Librería Bosch S.L., 1958.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, S.f.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, Chile, 1943.
- ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades: Perspectiva del derecho chileno*, LexisNexis, Santiago, 2007, 86-137.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos: civiles-comerciales-consumo*, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1999.
- ALTERINI, Atilio, AMEAL, Oscar, LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo: tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Vizcaya, Universidad del País Vasco, 1989.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, “Daños por tratos preliminares en el Código Civil”, en *La Semana Jurídica* (Santiago). <En línea>, Reporte Área Jurídica, información correspondiente a la semana del 06.02.2009 al 12.02.2009 [Citado 17 de Septiembre de 2009] Disponible en la World Wide Web: <<http://productos2.legalpublishing.cl/newletter/juridico/reportejuridico-496/content-3932.html#5#5>>.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”, en *Revista de derecho y humanidades*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 7, Santiago, 1999.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Séptima edición ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- CELEDON F., Rosario y SILVERMAN V., Patricia, *Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones contractuales*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2004.
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Curso especializado de responsabilidad extracontractual*, Universidad Central de Chile, Colección Temas Jurídicos, N° 2, 2001, pp. 11-46.

CHABAS, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, ed. Flandes indiano, colección derecho francés contemporáneo, Santiago de Chile, 2009.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

DIEZ DUARTE, Raúl, *De la prueba del contrato. Estructura civil y procesal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2008, pp. 6-23.

DIEZ DUARTE, Raúl, *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1989.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 17-28.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Cuarta Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1993.

DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Sexta Edición, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1992.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Comentarios de jurisprudencia” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 217-218, año LXXIII (Enero-Diciembre) 2005, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 305-316.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H., DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen A., “Responsabilidad precontractual. Retiro inmotivado de las negociaciones preliminares”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 199, año LXIV (Enero-Junio) 1996, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 179-188.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H. y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen A., “Ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales. Daños causados”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 204, año LXVI (Julio-Diciembre) 1998, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 187-188.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil en Chile”, en *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005*, J. A. Varas B. y S. Turner Saelzer (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2005, pp.585-605.

DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Tercera Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1990.

GALGANO, Francesco, *El negocio Jurídico*, Traducción realizada por Francisco de p. Blasco Gascó, Lorenzo Prats Albentosa, Editorial Tirant lo Blach, Valencia, 1992.

GARCÍA RUBIO, M. Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

GOLDENBERG, Isidoro H., “Responsabilidad precontractual: La ruptura de los *pourparlers*”, en su: *Indemnización de daños y perjuicios*, Responsabilidad Civil 14, Director Alberto J. Bueres, Buenos Aires Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1993.

GUTIÉRREZ QUIDEL, Gustavo A., *La responsabilidad precontractual y su incidencia en el derecho del consumidor*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2008.

JOSSERAND, Louis, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial parlamento Ltda., Santiago, 2008.

LARROUCAU TORRES, Jorge, *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis jurisprudencial*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 7-49.

LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Tercera Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

LLAMBIAS, Jorge, BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael, *Manual de derecho civil y obligaciones*, Undécima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos, Parte General*, Tomo 2, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

MAZA GAZMURI, Iñigo de la, “Caso práctico: retiro unilateral de tratativas preliminares y responsabilidad precontractual”, en *Revista Responsabilidad Civil: Casos prácticos*, De la Maza Gazmuri, Iñigo, Pizarro Wilson, Carlos, LexisNexis, 2006, pp. 47-63.

MAZA GAZMURI, Iñigo de la, “El silencio de los inocentes: hacia una caracterización del deber de informar en sede precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005*, J. A. Varas B. y S. Turner Saelzer (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 127-177.

MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. I, Traducción de la 5ª Edición por Luís Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977.

MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

MOSETT ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, Argentina, 1980.

MOZOS, José Luis de los, *El negocio Jurídico*, Estudios de derecho civil, Madrid España, Editorial Monte Corvo S.A., 1987.

NÚÑEZ CARRERA, David, “Declaraciones y silencios en el ámbito precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani y María S. Rodríguez Pinto (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 323-344.

PADILLA BERNEDO, Rodrigo, *El deber precontractual de información*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2006.

ROCA TRIAS, Encarna, “La responsabilidad civil extracontractual”, en su: *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*, López, A, Montes, V.L., Roca, E. Editores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2001.

RAMOS PAZOS, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Cuarta Edición actualizada, LexisNexis, Santiago, 2008.

RISUEÑO, Manuel María, “De las obligaciones precontractuales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, Derecho, 1934.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1979.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier, *Teoría del consentimiento*, editorial jurídica Conosur, Santiago, 1994.

SEGURA RIVEIRO, Francisco, “El interés indemnizable en las hipótesis de responsabilidad precontractual”, en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani y María S. Rodríguez Pinto (Coordinadores), LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 345-362.

STIGLITZ, Rubén S., STIGLITZ, Gabriel A., *Responsabilidad Precontractual: incumplimiento del deber de información*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, LexisNexis, Santiago, 2006.

TRONCOSO LARRONDE, Hernán, Álvarez Cid, Carlos, *Contratos*, LexisNexis, Santiago, 2006.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, “Formación del consentimiento”, en *Derecho civil: derecho de obligaciones y contratos*, López, A, Montes, V.L., Roca, E. Editores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 249-258.

VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Quinta ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

VIVANCO LUENGO, Pablo, “Aspectos Relevantes de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones precontractuales”, en *Revista de Derecho*, Antonio Dougnac R. (Director), Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N 17, Julio, Talleres de Tramo Impresores S.A., Concepción, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-119.

ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Teoría de la responsabilidad precontractual: aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*, LexisNexis, Santiago, 2006.

Índice de sentencias

“Empresa de Telecomunicaciones Asintec S.A. con Club Hípico de Concepción S.A.”, Corte Suprema, 12 de julio de 2004, Causa Rol Civil 2622-2000, Identificador Legal Publishing N° 30438.

“Juan Luna Espinoza con Sergio Bobadilla Valenzuela”, Corte Suprema, 22 de noviembre de 2001, Causa Rol Civil 2217-2000, Identificador Legal Publishing N° 25292.

“Inversiones Foncea y otras con Pesquera Lota Protein Ltda.”, Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de octubre de 2008, causa rol civil 212-2003, Redacción del Ministro señor Freddy Vásquez Zavala.

“Soc. Ruz de la Barra con Comar S.A.”, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 1999, autos rol civil 1530-96. Comentada por Domínguez Benavente, Ramón, Domínguez Águila, Ramón y Domínguez Hidalgo, Carmen, “Ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales. Daños causados”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 204, año LXVI (Julio-Diciembre) 1998, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 187-188.

“Lidia Luz León Luna con CODELCO Norte Chuquicamata”. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de enero de 2008, autos rol civil 457-07, Redacción de la Ministro Titular Gabriela Soto Chandía.

“Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino, Teresa y Otros”, Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, año 1949, 2º parte, sección segunda, pp. 48-58.

“Pedro Lippi Verdugo con Ángel Mella Vallejos”, Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, autos rol civil 2908-2001, N° identificador Legal Publishing 25840.

“María Luisa Olmedo Riesco con Elsa Kuncar Silhi y Sergio Mario Ortiz Ferrari”, Corte Suprema, 17 de mayo de 2001, causa rol civil 1594-2000, N° identificador Legal Publishing 18618.

“Luis Humberto Gómez Meza con Augusto Segundo Cabello Canales”, Corte de Apelaciones de Rancagua, 17 de agosto de 2001, Causa rol civil 16779-2000, N° identificador Legal Publishing 23048.