

LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2019): *La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual* (Santiago, Thomson Reuters) 304 pp.

En octubre de 1865, el Presidente de la República don José Joaquín Pérez y su Ministro de Justicia don Federico Errázuriz se dirigen a sus “conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados” para someter a su conocimiento y aprobación el Código de Comercio. En su famoso mensaje, redactado en realidad por don José Gabriel Ocampo, se indica que el título primero del proyecto trata un asunto de suma relevancia omitido en el Código Civil, relativo a “cuando las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos”, y que con ello se estaba llenando “un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”. Lo anterior se tradujo, como es sabido, en la regulación contenida en Código de Comercio relativa a la formación del consentimiento. Estas reglas, en síntesis, prescriben que el consentimiento se forma al concurrir dos actos unilaterales y sucesivos: la oferta y la aceptación. Teniendo ellas lugar, tendremos un contrato obligatorio para las partes, y ante su incumplimiento el acreedor podrá recurrir a los derechos y acciones que la legislación civil le otorga. Por el contrario, si dichos actos unilaterales no tienen lugar en la forma indicada por el Código de Comercio, no hay contrato, y con ello, dicha tutela se nubla, o derechamente, se desaparece.

Justamente, la profesora López emprende el espinoso desafío de ensayar cuáles son los medios de tutela con que las partes cuentan en la fase precontractual y cómo ellos se relacionan o conviven con la tutela contractual. Para ello, la autora se basa en múltiples publicaciones que ha realizado sobre la materia, contenidas, principalmente, en las revistas científicas de mayor prestigio de nuestro país. Si bien lo anterior no se advierte a simple vista, queda de manifiesto en la madurez de sus ideas y la claridad con que expone sus argumentos.

La profesora López indica en la bajada del título de su monografía, que ella consiste en una “aproximación desde el Código Civil chileno”. Ello no es del todo cierto, la autora no solo realiza un acabado análisis del Código Civil, sino que examina detalladamente la doctrina y jurisprudencia nacional existente sobre la materia. Igualmente, la profesora López da cuenta de un profundo estudio de la doctrina europea, especialmente de la española, siguiendo de cerca las ideas de don Antonio Morales Moreno. Asimismo, la autora recoge y estudia con admirable inquietud los avances del llamado “Moderno Derecho de la Contratación”, plasmados en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y en instrumentos internacionales de *soft law*, tales como, los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC), los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), entre otros.

Por otro lado, es menester destacar la atinencia e importancia práctica de la obra. La dicotomía “aceptación y oferta” a la que arriba aludimos y que ha fijado históricamente la frontera entre lo contractual y lo precontractual, puede que permanezca vigente para las transacciones más simples del tráfico jurídico, en donde no es recurrente la participación de abogados y aún menos probable su posterior examen judicial. Sin embargo, ella desaparece en los negocios más complejos, pensemos en contratos de compraventa de empresas o

activos relevantes, financiamientos, contratos de construcción, contratos de suministro de energía o materiales, arrendamientos comerciales de largo plazo, entre otros, en donde normalmente se generan disputas de diversa índole que requieren ser resueltas por un tercero imparcial.

Dichos contratos generalmente quedan plasmados en largos y detallados instrumentos, cuyas versiones firmadas se intercambian al momento del “cierre del negocio” de forma más o menos simultánea, no pudiéndose distinguir entre una oferta y una aceptación. El contenido de dichos contratos es negociado arduamente por las partes, en sucesivas reuniones presenciales o remotas, en donde se intercambia información sensible del negocio en cuestión y se efectúan declaraciones de diversa naturaleza. Así, se van alcanzando pequeños acuerdos en múltiples temas que luego sirven de base para la conformación del contrato que finalmente se suscribe. Sumemos a lo anterior, que es cada vez más común en estos procesos la firma de “cartas de intención”, “memorándums de entendimiento”, “ofertas no vinculantes” y otros instrumentos atípicos. En ellos, las partes plasman sus intereses, pero dejan expresa constancia de su intención de no quedar vinculadas jurídicamente, escapando de la lógica tradicional de los contratos preparativos.

¿Qué ocurre si las negociaciones se frustran y el contrato no llega a celebrarse?, ¿tienen algún valor jurídico las declaraciones emitidas?, ¿deben las partes respetar ciertos deberes de conducta durante la negociación?, ¿puede la parte perjudicada en las tratativas preliminares buscar protección en el Derecho? ¿el hecho de que las partes hayan celebrado un contrato borra todo lo antes ocurrido? Son estas relevantes preguntas las que la profesora López responde juiciosamente en su libro.

La autora divide su obra en dos partes. En la primera, aborda la tutela precontractual del acreedor, entendido como la parte perjudicada en dicha fase del negocio, construyendo un verdadero sistema de protección para ella, en donde coexisten tres tipos de tutela. En primer lugar, una **tutela aniquilatoria**, representada por la nulidad relativa. En segundo lugar, una **tutela resarcitoria**, personificada en la indemnización de perjuicios precontractual, y, en tercer lugar, una **tutela satisfactoria**, que se materializa en la adaptación del contrato.

Acerca de la nulidad relativa, la autora busca dismantelar su entendimiento (sumamente arraigado en nuestra tradición jurídica) como “sanción civil”, con el objetivo de prescindir de su declaración judicial y transformarla en un medio de tutela compatible con la resolución del contrato. En concreto, la autora aboga por concebir a la nulidad relativa como un “derecho potestativo” del contratante perjudicado, quien podría solicitar (o más bien notificar) la nulidad a su contraparte o confirmar la validez del contrato. En el primer caso, sería carga de la contraparte acudir a los tribunales de justicia para objetar la nulidad del acto jurídico.

La indemnización de perjuicios en sede precontractual (tutela resarcitoria) es concebida como un remedio ante la infracción de deberes de lealtad e información, los cuales la autora sustenta en la buena fe objetiva. En particular, se examinan como supuestos de aplicación la ruptura injustificada de las tratativas preliminares, la celebración de un contrato inválido, la pérdida de la facultad de anular el contrato, la emisión de declaraciones inexactas, entre otros. Con relación a este punto, extrañamos un análisis del tratamiento que esta materia recibe en el *common law*. Seguramente, ello se debe a que la noción continental de

que las partes deben actuar de buena fe durante las tratativas preliminares (y que de ello emanan ciertos deberes de conducta para las mismas) no ha tenido buena acogida en el Derecho anglosajón. Así, puede verse en el famoso fallo de la Cámara de los Lores *Walford v. Miles* (1992), y su deliberada omisión en el *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205) y en el *Uniform Commercial Code* (§1-304). Nos parece que una crítica a esta corriente enriquecería futuras ediciones de la obra, toda vez que la autora usa frecuentemente insumos foráneos para fundamentar sus posturas.

Continuando con el estudio de los medios de tutela precontractual, la autora se refiere a un asunto escasamente tratado en Chile: la adaptación del contrato. Este se plantea como un remedio precontractual cuyo objeto es la rectificación del contrato ante supuestos de error (ya sea unilateral o compartido) y excesiva desproporción de las prestaciones. Su propósito sería recomponer la “simetría prestacional inicial” del contrato, pero manteniendo la vigencia de este, permitiendo al contratante perjudicado satisfacer su interés por medio de la modificación de los términos contractuales originalmente convenidos. Con relación al error, la autora propone una interesante relectura de su regulación en el Código Civil y, siguiendo a Vidal y De la Maza, lo concibe como un dispositivo de distribución de los riesgos de la información defectuosa entregada durante la negociación del contrato. Entendiendo de esta forma al error, la profesora López sostiene que no habría impedimento en que la o las partes afectadas por él, se inclinen por adaptar el contrato en vez de anularlo, en la medida que ello sea conveniente y posible.

En la segunda parte de la monografía, se analiza la relación de la tutela precontractual con la tutela contractual. Para ello, la autora consideró necesario describir brevemente los remedios del acreedor ante el incumplimiento contractual, delineando el tipo y alcance de tutela que cada uno de ellos otorga. De esta forma, la profesora López deja la pista despejada para aterrizar en la parte más novedosa de su obra, relativa a las confluencias y exclusiones que tienen lugar entre la tutela contractual y la precontractual.

La autora comienza esta parte analizando los casos en que ambas tutelas pueden concurrir, denominándolos **concursos verticales o zonas de confluencia**. Para su análisis, la profesora López agrupa los remedios en binomios en base al tipo de tutela que ellos otorgan (binomios tuitivos), recurriendo a la clasificación ya mencionada entre tutela aniquilatoria, resarcitoria y satisfactoria. Con acierto, la autora previene que el cumplimiento específico y la suspensión del cumplimiento (remedios propios de la fase contractual), no tienen un correlato en la fase precontractual, pues ninguno de ellos busca la satisfacción directa del interés de los contratantes.

El primer binomio tuitivo que la profesora López trata es el de la nulidad relativa y la resolución por incumplimiento, correspondiente a la tutela aniquilatoria, pues por medio de ambos remedios se puede dejar sin efecto un contrato. A continuación, la autora se detiene en los supuestos de procedencia del binomio, indicando que ellos son el error sustancial, el error accidental, el error en la persona y el dolo vicio del consentimiento. Sin embargo, en caso de que las partes hayan incluido una cláusula resolutoria en su contrato, y el incumplimiento resolutorio constituya a la vez un vicio de nulidad relativa, para López “prevalece la autonomía de la voluntad, de modo que el acreedor solo podrá instar por la resolución” (p. 193).

Luego, la autora se pregunta si la tutela aniquilatoria existente en ambas fases (precontractual y contractual) es simétrica o no. Sobre la base de los diferentes efectos que la nulidad y la resolución producen y los distintos plazos de prescripción aplicables, la autora concluye que no lo son. Estas diferencias se acrecientan por la postura que la profesora López sostiene en materia de resolución, atribuyéndole una retroactividad limitada solo a ciertas hipótesis.

El segundo binomio tratado en la obra dice relación con la tutela resarcitoria, el que está compuesto por la indemnización precontractual y la indemnización contractual. Sobre este punto, destacamos que la profesora López advierte que la tutela resarcitoria que se brinda en las dos sedes es, también, asimétrica. Así, por regla general, la indemnización en sede precontractual solo va a cubrir el interés negativo o de confianza (que busca dejar al acreedor en el estado que se encontraba antes de contratar), se regirá por las reglas de la responsabilidad extracontractual y en la mayoría de los casos deberá esgrimirse de forma complementaria a la nulidad derivada de vicios del consentimiento. En cambio, la indemnización contractual comprende el interés positivo o de cumplimiento (pretendiendo dejar al acreedor en el estado al que hubiera llegado si el deudor hubiere cumplido el contrato), y, tal como sostuvo en su tesis doctoral, la profesora López promueve la autonomía de la acción indemnizatoria en la fase contractual.

El tercer binomio tuitivo analizado por la autora es el de la adaptación del contrato y rebaja del precio. Estos remedios pretenden alcanzar la tutela satisfactoria, pero no están orientados a la obtención de la prestación inicial, sino que a una versión modificada de ella. Sobre esta materia, cabe avisar que la autora es partidaria de una aplicación extensiva de la rebaja del precio como remedio contractual, aplicable no solamente a los casos reconocidos expresamente en el Código Civil, sino que, toda vez que el acreedor haya recibido una prestación defectuosa. No obstante, la autora señala que la adaptación del contrato y la rebaja del precio no tendrán muchos supuestos de confluencia, pues si bien estos medios de tutela “se activan con la ruptura del equilibrio prestacional, en la precontractual este es originario, en tanto en la contractual es funcional” (p. 220). De todas formas, ello podría tener lugar en casos en que se produzca una asimetría prestacional relevante, que pueda situarse tanto en la fase precontractual como en la contractual. Al igual que en los casos anteriores, la profesora López concluye el análisis del binomio adaptación del contrato / rebaja del precio, indicando que la tutela brindada por ellos es asimétrica, lo que se manifiesta en un método de cálculo diverso para alterar los términos del contrato.

Terminando con las zonas de confluencia, la autora aboga por la opción del acreedor para elegir la tutela a la cual acogerse. Con este objeto, la profesora López debe argumentar en contra de lo estipulado en los PICC, los que establecen la incompatibilidad entre los medios de tutela precontractual y contractual (art. 3.2.4). Sobre el particular, destacamos dos de los argumentos que ella esgrime. En primer lugar, sostiene que el derecho de opción es un derecho sucedáneo del derecho de crédito, lo que ha tenido gran aceptación en la doctrina en materia de **concurso horizontales**, por lo cual, a la misma conclusión debería llegarse en materia de **concurso verticales**. En segundo lugar, la interpretación armónica de los artículos 1841, 1861 y 1932 del código de Bello nos llevaría a otorgar la opción al acreedor, “pues una lectura detenida (de dichos artículos) permite sostener que estos, de

una u otra forma, reconocen el derecho a escoger entre la protección que otorga al acreedor la fase precontractual y la contractual” (p. 234).

Finalmente, la profesora López dedica la última sección de su monografía a la **exclusión de tutelas**, es decir, supuestos en que se advierte una imposibilidad de convergencia entre la tutela contractual y la precontractual. La autora comienza revisando la ruptura injustificada de las tratativas preliminares como supuesto de tutela, y descarta, como es previsible, la aplicabilidad de la tutela contractual. Luego, se sumerge en aguas más turbulentas, como el contrato preparatorio frustrado (tanto en su versión vinculante como no vinculante), el incumplimiento de un contrato preparatorio perfecto (los que llega a calificar como actos jurídicos híbridos que se sitúan en ambas fases), y la fuerza económica como vicio del consentimiento.

A modo de comentario general de la monografía, echamos en falta un análisis desde la perspectiva del deudor de los asuntos en ella tratados, y en especial, una evaluación de su derecho a cumplir la obligación. En este punto, la autora sólo se suma a las críticas planteadas por un sector de la doctrina nacional respecto del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, el cual faculta al deudor a interponer la excepción de pago durante todo el estado del juicio. Entendemos que el libro trata sobre la “tutela del acreedor”, pero nos parece que dicha tutela no puede apreciarse completamente sin ser contrastada con los derechos del deudor.

Cabe destacar que este es un tema plenamente vigente en el denominado “Derecho Uniforme de los Contratos”, en donde se reconoce el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento y a solicitar más tiempo para cumplir su obligación. Así puede verse en la CISG, PECL y PICC, que reconocen y regulan estos derechos, fundados en criterios de eficiencia económica, de manera que el “remedio” del acreedor no sea más gravoso que la “enfermedad” causada por del deudor. La debida valoración de estos derechos necesariamente se traduce en una reducción de la libertad del acreedor para escoger qué medios de tutela puede escoger y cuándo puede activarlos, lo cual, seguramente impacta el funcionamiento y aplicación de los binomios tuitivos propuestos por la profesora López.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que la obra de la profesora López constituye una gran contribución a la dogmática del Derecho Civil, pues analiza asuntos de alta complejidad y de escaso tratamiento doctrinal en nuestro país, y promueve audaces formas de entender viejas instituciones jurídicas con la finalidad de estructurar un sistema coherente de medios de tutela para el acreedor. Muchas de ellas, probablemente, serán debatidas en la academia, al ir en contra de dogmas sumamente enraizados en nuestra tradición jurídica. Recuérdese, por ejemplo, la desjudicialización de la nulidad relativa esbozada por la autora.

Por último, destacamos la buena escritura y edición de la obra. Ella cuenta con un lenguaje simple pero elegante a la vez, y se encuentra bien organizada, dividida en partes, capítulos y secciones lógicamente concatenadas, lo cual facilita su lectura. Por todo lo anterior, el libro de la profesora Patricia López constituye, sin duda, un material de consulta obligatoria para todos quienes estudien la tutela precontractual y su relación con los remedios contractuales.

FELICIANO TOMARELLI
Universidad de los Andes

