

## RESEÑA: RELIANCE IN THE BREAKING-OFF OF CONTRACTUAL NEGOTIATIONS

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI\*

Isabel ZULOAGA, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective* (Intersentia, 2019).

### I. EN LOS EXTREMOS MORA EL EXCESO<sup>1</sup>

En *Walford v Miles*,<sup>2</sup> una sentencia de la House of Lords de 1992, Lord Ackner señaló lo siguiente:

(...) la idea de un deber de llevar a cabo negociaciones de buena fe es inherentemente contraria a la posición adversarial que adoptan las partes que se encuentran negociando. Cada parte de las negociaciones tiene derecho a perseguir su propio interés, siempre y cuando no proporcionen representaciones falsas.<sup>3</sup>

Por su parte, a propósito de los deberes precontractuales de información, el profesor italiano Francesco Galgano ha indicado que:

En estos casos 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 las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de que un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite

---

\* Universidad Diego Portales, Chile (inigo.delamaza@udp.cl).

1 Sobre esto ver DE LA MAZA GAZMURI (2020), *passim*.

2 [1992] 2 AC 128.

3 *Walford v Miles* (1992), p. 173.

de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio.<sup>4</sup>

Ambos son extremos, ambos, por lo tanto, deben ser evitados. No es buena política pública tratar a quienes negocian un contrato como si fueran sociópatas, pero tampoco lo es exigirles una conducta propia de un filántropo, *in medio veritas est*.

Una lectura cuidadosa del libro en que la profesora Isabel Zuloaga volcó su tesis doctoral suministra buenos insumos para pensar las cosas de esta manera, resultando de utilidad para conjurar los riesgos que entrañan tanto los arrebatos de la buena fe como el escepticismo del derecho inglés frente a ella.

## II. LA ZONA DE PENUMBRA

Según anuncia Zuloaga al comienzo de su libro, sus esfuerzos analíticos se limitan a una de las posibles variaciones del retiro unilateral de las tratativas preliminares; se trata de lo que denomina el “caso paradigmático” (*paradigm case*) (p. xxxiv). Este caso tiene lugar toda vez que existiendo una negociación (que no ha culminada en ningún tipo de contrato, ni preparatorio ni definitivo) en la cual han existido gastos y sin que exista intención de dañar, una de las partes, que ha suscitado en la otra la otra parte la confianza de que el contrato se perfeccionará, se retira (p. xxxiv).

En mi opinión lo que hace realmente interesante en términos de responsabilidad civil un escenario como el que ofrece la autora es que se encuentra –para utilizar con cierta libertad un término hartiano- en una “zona de penumbra” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

---

4 GALGANO (1992), p. 461 (con todo, una mirada sobre la opinión del mismo autor en la misma obra sobre el dolo por omisión muestra una opinión más ponderada, en p. 309). En el mismo sentido, a propósito de la cognoscibilidad del error, Pietrobon ha sostenido que: “La aplicación general del principio de la buena fe debería conducir a no tutelar la posición, evidentemente desleal, de quien se da cuenta del error ajeno y de la fuerza determinante que aquel tiene sobre la parte contraria y, a pesar de saberlo, calla y concluye igualmente el contrato (PIETROBON, p. 126). En el mismo sentido Betti ha señalado respecto de las tratativas preliminares que “el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone eventualmente, no solo deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas, tal y como cada uno las conoce, según su ciencia y conciencia (BETTI, p. 92).

Es cierto, no existe aún un contrato y, por lo mismo, no parece posible exigir a las partes los intensos deberes de colaboración que, bajo la forma de las obligaciones, impone el derecho de contratos. Sin embargo, tampoco se trata de una situación paradigmática de ilícitos extracontractuales, en las cuales, previo a la comisión del ilícito (imaginemos un atropello) no hay relación alguna entre las partes.

De alguna manera, el escenario en que se plantea el caso que interesa a Zuloaga se encuentra en alguna parte del continuo que es posible trazar en los extremos configurados por el escenario típico del contrato (por ejemplo, una compraventa) y del ilícito extracontractual (por ejemplo, un atropello). Y esta ubicación en la penumbra determina que, ni el enfoque propio de la colaboración entre las partes que engendra el perfeccionamiento de un contrato ni aquel de indiferencia que suele caracterizar a la responsabilidad extracontractual sean completamente adecuados aquí.

Y, entonces, si no me equivoco, lo que Zuloaga pretende es alumbrar esa penumbra a través de la idea de confianza.

### III. EL DISCRETO ENCANTO DEL MÉTODO COMPARATIVO

Se trata de una empresa extremadamente atractiva y el resultado es uno por el cual se debe felicitar a la autora, entre otras cosas, porque no ofrece más de lo que está dispuesta a dar.

El enfoque que emplea Zuloaga es el propio de una de las versiones del método comparativo que le permite mostrar que, respecto de su caso paradigmático, no existe equivalencia funcional entre la aproximación de los derechos alemán, francés y chileno por una parte y el inglés por la otra.

Desde luego existe un enorme valor en lo que la autora logra. Una cosa es afirmar algo así —que parece relativamente intuitivo— otra es acreditarlo con el esmero y claridad que logra la autora.

Sin embargo —y en esto no hay crítica, sino, simplemente, una constatación— existen otros extremos que quedan más abandonados. Así, por ejemplo, la caracterización de las negociaciones desde una perspectiva más multidisciplinaria (económica, filosófica, sociológica, etc.) que contribuya a evaluar la adecuación de la idea de confianza como un dispositivo que ilumine la zona de penumbra.

Por otra parte, la idea de confianza, que viene a desarrollar un enorme trabajo en la tesis de Zuloaga es, según me parece, extremadamente correcta y la distinción entre “*trust dimension*” y “*expectation dimension*” sugerente, aunque, para efectos de su trabajo la única relevante sea la segunda. Igualmente, aunque no sea una idea original, es correcto que el reproche consiste en crear una apariencia que luego se defrauda. Igualmente, existen páginas valiosas dedicadas a la legitimidad de la confianza pues, aunque escasamente teóricas, indican circunstancias objetivas a partir de las cuales puede extraerse dicha legitimidad (pp. 156-158). Se echa en falta, sin embargo, una articulación entre la legitimidad de la confianza y la falta de justificación del retiro pues, como sucede en todos los ordenamientos jurídicos, la responsabilidad exige imputabilidad subjetiva. Es cierto, dicha imputabilidad subjetiva puede procurarse a través de la creación de confianza, pero sucede que lo que gatilla la responsabilidad es el retiro, por lo mismo, parece necesario un estudio acerca del carácter justificado o injustificado del retiro que yo no he sabido encontrar en la tesis.<sup>5</sup>

En fin, es muy probable que aún se pueda añadir algo sobre el tratamiento de la buena fe; señaladamente que la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva parece ser completamente digna de abandono y, en su lugar, establecida una distinción entre el principio general y sus manifestaciones. También siembra dudas en un lector continental la idea de que pueda abandonarse el uso de la buena fe en el periodo de las tratativas preliminares y reemplazarlo por la confianza (p. 165). En realidad, según me parece, un lector continental señalaría que la confianza es la forma que asumen las exigencias que formula el principio general de la buena fe frente a la cuestión de las tratativas preliminares. Muy probablemente, a ese lector el abandono de la buena fe le parecería más bien fútil, salvo que se le explicara que, de esa manera, es más probable que sea aceptada por el derecho inglés.

En fin, sirviéndose del método comparativo, la profesora Isabel Zuloaga ha realizado una obra valiosa tanto para lectores del mundo continental como respecto de aquellos del *common law*. Para volver al principio, al presentar las exigencias de la buena fe durante el periodo contractual de una forma mesurada, que equilibra las posiciones, eventualmente adversariales, de ambas partes, conjura el riesgo de la posición filantrópica ilustrada por Galgano. De otra parte, al lector del *common law* le enseña que, quizás, la inherente repugnancia que sentía Lord Ackner por la buena fe se atenúe si se presenta de una manera sobria e inteligente como lo hace la profesora Zuloaga.

---

5 Se trata, pero de manera extremadamente leve, en las páginas 148-149.

---

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BETTI, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones* (Editorial Revista de Derecho Privado).

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2020). “El retiro unilateral de las negociaciones en los PLDC”, en VIDAL, Alvaro y SEVERIN, Gonzalo (eds.), *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica* (Thomson Reuters), pp. 123-140.

GALGANO, Francesco (1992), *El negocio jurídico* (Tirant lo Blanch).

PIETROBON, Vittorino (1971). *El error en la doctrina del negocio jurídico* (trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado).

ZULOAGA, Isabel (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective* (Intersentia).