

© Copyright 2020, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Causa nº 1872/2010 (Casación). Resolución nº 58029 of Corte Suprema, Sala Primera (Civil) of December 29, 2011

Resolution Date: December 29, 2011

Movimiento: SENTENCIA DE REEMPLAZO

Rol de Ingreso: 1872/2010

Rol de Ingreso en Cortes de Apelación: 2247-2009 C.A. de Valparaíso

Rol de Ingreso en Primer Instancia: -0-0

Issuing Organization: Sala Primera (Civil)

Id. vLex VLEX-436726158

Link: <https://app.vlex.com/#vid/jimenez-mira-david-armijo-cerda-antonio-436726158>

TextSantiago, veintinueve de diciembre de dos mil once.

En cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo que corresponde de conformidad con la ley.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, eliminando los considerandos de octavo a décimo segundo.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que la demanda de autos se basa en la responsabilidad precontractual de la demandada, lo que hace necesario un examen de este concepto.

En la doctrina se han dado diversas definiciones de lo que debe entenderse por responsabilidad precontractual. El profesor Arturo Alessandri Rodríguez señala que es aquella que incide en la formación de un contrato (Arturo Alessandri Rodríguez, ?De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno?, Editorial Universitaria, Santiago, pág. 57). Hugo Rosende Álvarez indica que hay responsabilidad precontractual cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación del consentimiento (Hugo Rosende Álvarez, ?Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual?, Ediciones

Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, pág. 19).

SEGUNDO: Que la etapa de las tratativas preliminares se encuentra dentro del período precontractual, esto es, aquella etapa de negociaciones que precede al perfeccionamiento del contrato. Las tratativas constituyen un conjunto de negociaciones encaminadas a explorar los respectivos intereses de las partes. Comienzan desde el momento en que las partes manifiestan su voluntad de negociar y se extienden generalmente hasta el momento en que una de ellas formula una oferta de contrato. No obstante, las tratativas pueden concluir directamente en la celebración del contrato definitivo o, bien, en la celebración de un contrato de promesa. También es posible ponerles término a través del desistimiento bilateral de las partes o, como sucedió en este caso, por el retiro unilateral de una de las partes (Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro, ? Responsabilidad civil. Casos prácticos?, Legal Publishing, Santiago, pág. 49).

Para comenzar a examinar el retiro unilateral conviene tener presente que en las tratativas preliminares las partes recién se encuentran explorando la posibilidad de celebrar un contrato, por lo mismo, no contraen ninguna obligación de permanecer en ellas. Estas conservan su libertad para retirarse unilateralmente en cualquier momento. En otras palabras, las partes conservan su libertad de contratar o no hacerlo. Este principio de libertad contractual debe, sin embargo, vincularse con un cierto deber de comportamiento de las partes durante las tratativas preliminares, cuya infracción es uno de los requisitos de la responsabilidad precontractual (De la Maza y Pizarro, ob. cit., pág. 49).

En doctrina no se discute el derecho de retirarse de las tratativas, pues sería un derecho absoluto, por lo mismo, no cabe duda respecto de la posibilidad de que tenía el demandado de retirarse de las negociaciones. Lo que se discute es bajo qué condiciones el retiro genera obligación de indemnizar el daño causado.

TERCERO: Que entre los deberes precontractuales de quienes participan de las tratativas preliminares está el deber de lealtad, que exige llevar adelante las negociaciones de buena fe, esto es, con el propósito efectivo de celebrar un contrato; y que también suponen deberes de cuidado al terminar la negociación, cuando se ha creado en la contraparte la confianza de que se celebrará el contrato. 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 honesto. Sin embargo, no es posible definir esos deberes con precisión, porque la buena fe es un estándar abierto, que sólo puede ser aplicado atendiendo a las circunstancias. Por eso, su concreción depende de la particular relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales (Enrique Barros Bourie, ? Tratado de responsabilidad extracontractual?, Editorial Jurídica, Santiago, pág. 1001).

CUARTO: Que así las cosas, procede dilucidar qué debe entenderse por buena fe.

La buena fe es un principio general del derecho. Ella evoca la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La buena fe subjetiva, de carácter psicológico, y la buena fe objetiva, como estándar de conducta.

La buena fe en sentido subjetivo es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto

en una situación jurídica regular, de actuar conforme a derecho. Se aprecia in concreto por el sentenciador, mediante la averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado.

La buena fe objetiva encuentra consagración legal en el artículo 1546 del Código Civil, cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, por consiguiente, los contratos obligan no sólo lo que en ellos se expresa. La buena fe, objetivamente considerada, es un estándar legal, un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio, prudencia y sabiduría del juez de la causa. Este principio 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 posteriores a la terminación del contrato. La buena fe objetiva se aprecia in abstracto, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar la conducta socialmente exigible a las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable (Jorge López Santa María, ¿ Los contratos. Parte general?, LegalPublishing, Santiago, 2010, pág. 344).

Por lo tanto la buena fe, al ser un principio general del derecho y en especial de la contratación civil, se debe considerar su aplicación en todo el iter contractual, desde la etapa de tratativas preliminares, la celebración del contrato, ejecución del mismo, interpretación contractual e inclusive el período postcontractual.

QUINTO: Que es necesario hacerse cargo del conflicto entre libertad y confianza, la buena fe se limita a exigir el respeto más elemental de la contraparte. Aún en sistemas jurídicos que reconocen explícitamente deberes precontractuales, que protegen la confianza creada en la contraparte en la negociación, se asume que ello no puede ser un camino para que nazcan obligaciones sin consentimiento, ni tampoco para introducir riesgos imprevisibles por el hecho de iniciar negociaciones. Por esto, muy especialmente en el ámbito precontractual, 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 creada (Enrique Barros, ob. cit., pág. 1002).

La mala fe consiste en el caso de la ruptura injustificada de la relación precontractual, en iniciar los tratos sin intención seria de contratar, o de prolongarlos sin querer concluir las negociaciones, o romperlas unilateralmente sin motivo justificado (Marcelo Barrientos Zamorano, ¿Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato?, LegalPublishing, Santiago, pág. 51).

SEXTO: Que establecido el concepto de responsabilidad precontractual y lo que debe entenderse por tratativas preliminares, es necesario dilucidar la naturaleza jurídica de la responsabilidad que acarrea la infracción del deber de lealtad y de buena fe que tienen las partes en estas tratativas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, previamente se debe tener presente lo siguiente. La autonomía privada se expresa en la regla del artículo 1545, en cuya virtud el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Mientras no haya consentimiento, no nacen obligaciones contractuales entre las partes, pues éstas tienen por antecedente necesario la voluntad de obligarse. Sin embargo, durante la negociación del

contrato surgen para las partes deberes de cuidado. Si las partes regulan sus negociaciones mediante acuerdos en principio u otras convenciones preliminares, los deberes recíprocos devienen en obligaciones contractuales, en los términos de esos acuerdos. A falta de esos contratos, los deberes de cuidado que las partes deben emplear en la negociación están impuestos por el derecho, y no por la convención, de modo que la responsabilidad precontractual es extracontractual (Barros, ob. cit., pág. 1004).

A pesar de su naturaleza extracontractual, la responsabilidad por incumplimiento de deberes de cuidado durante la negociación o conclusión de un contrato presenta analogías contractuales, en atención a la relación negocial que surge con ocasión de las tratativas contractuales. La oferta de contratar y la negociación contractual dan lugar a deberes de cooperación y lealtad. En otras palabras, no se trata de deberes de cuidado que se tienen respecto de extraños absolutos, sino de quienes han sido invitados a contratar o con quienes se negocia actualmente un contrato. Por eso, aunque en la etapa precontractual no existe consentimiento perfeccionado, ni hay deber jurídico de concluir positivamente la negociación, existe un contacto negocial que impone deberes de protección, de lealtad y de diligencia para evitar daños a la otra parte (Barros, ob. cit., pág. 1004).

A mayor abundamiento el profesor Hugo Rosende está conteste en la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual. Dicho autor señala que la violación de este comportamiento de buena fe, implícito en el derecho chileno por ser la noción de buena un principio general de nuestra legislación, importa la comisión de un acto ilícito que causa daño en los términos de los artículos 2284 y 2314 del Código Civil. La naturaleza del hecho es extracontractual y se tratará de una obligación nacida sin que exista previamente convención y en virtud del hecho voluntario de una de las partes (artículo 2284 del Código Civil), que dará lugar a la restitución de lo ganado indebidamente conforme a los principios del enriquecimiento injusto, o bien a la indemnización propia de los actos ilícitos, de acuerdo con las normas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil (Rosende, ob. cit., págs. 60, 69 y 98).

SÉPTIMO: Que establecida la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, se debe dilucidar cuáles son los requisitos para que opere dicha responsabilidad, y por tanto, nazca la obligación de reparar los daños causados.

Los elementos que deben estar presentes en este tipo de responsabilidad civil, de carácter extracontractual, son: a) La creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) El carácter injustificado e intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares; c) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y d) La relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante (Barrientos, ob. cit., pág. 51).

OCTAVO: Que en ausencia de estipulaciones sobre gastos o riesgos entre los precontratantes, que es lo que ha acontecido en el caso en estudio, cabe determinar qué tipo de perjuicios son indemnizables.

Una negociación contractual frustrada puede lesionar diversos intereses de las partes. Ante todo, la negociación supone costos, porque exige asignar horas de trabajo del propio personal, contratar abogados, auditores y otros especialistas, efectuar viajes y, en general, realizar las

más diversas acciones conducentes a tomar una decisión de negocios. En seguida, puede ocurrir que una de las partes, en la confianza de que la negociación resultará exitosa, adopte decisiones de inversión, deje un trabajo o deseche otras oportunidades de negocio. Por lo tanto, en una negociación contractual están comprometidos intereses que tienen distintos sustentos: los costos que naturalmente supone la negociación, los gastos y demás perjuicios que se siguen de haber confiado una parte en que el contrato en definitiva se perfeccionaría y el interés económico representado por el contrato que se negocia (Barros, ob. cit., pág. 1007).

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. El ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino en haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, como en este caso sería respecto de la ocasión de las rupturas de las negociaciones. En consecuencia, el perjuicio está dado por los efectos que se siguen de haber puesto la confianza en la diligencia y buena fe de la contraparte, de modo que la pretensión indemnizatoria tiene por finalidad que el demandado ponga al actor en la situación en que se encontraría si esos específicos ilícitos no se hubieran realizado.

Por estos motivos, la regla general será que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse, sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado (Barros, ob. cit., pág. 1007).

Rosende Álvarez señala que los gastos pueden ser espontáneos o provocados. Los primeros son los que realiza una persona en vista de la celebración de un contrato o de una serie de contratos, sin contar para ello con el consentimiento de la persona con la que se va a contratar. Los segundos requieren el consentimiento en que se efectúen, que exista una manifestación de voluntad que mueva a realizarlos o se cree la apariencia de que son indispensables para proseguir las conversaciones. El consentimiento dado a los tratos por sí solo no basta para hacer nacer la responsabilidad por los gastos efectuados y la relación de causalidad debe encontrarse en un antecedente más inmediato que no puede ser otro que la voluntad de los interesados en que el gasto se haga. Excepcionalmente, el gasto realizado sin el consentimiento de ambas partes merece ser reparado, lo que acontece cuando obedezca a una apariencia creada, como si se hace aparecer como imprescindible, aunque no se ordene hacerlo.

ATXbrdr0 Deben indemnizarse todos los gastos y perjuicios que sean una consecuencia directa de la revocación, en otros términos de que se haya privado al destinatario de su facultad de disponer libremente sobre el destino de la oferta. Habrá que entender que los perjuicios indemnizables incluyen el daño emergente, el lucro cesante e incluso el daño moral, siempre que sean consecuencia directa de la revocación. El único límite en la indemnización está en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato (Rosende, ob. cit., pág. 99).

NOVENO: Que debe probar la violación del deber de buena fe, con culpa o dolo, la parte que alegue esa transgresión. Pues la buena fe según el artículo 707 del Código Civil, y conforme señala el artículo 1698 del mismo cuerpo legal, incumbe probar las obligaciones o su extinción

al que alega aquéllas o éstas

Que según se desprende de los escritos principales de este expediente, tanto de la demanda, como de la contestación de la misma, resulta un hecho no discutido entre las partes que tanto el demandante como el demandado iniciaron serias negociaciones para celebrar un futuro contrato de compraventa sobre el inmueble ubicado en Avenida Fabres (actual Avenida Cartagena) N° 285, comuna de Cartagena. Que dicho inmueble consiste en un establecimiento comercial de giro supermercado. Que frente a la imposibilidad técnica de celebrar el contrato definitivo de compraventa, las partes acordaron suscribir un contrato de promesa de compraventa sobre el establecimiento comercial anteriormente individualizado.

Que según la prueba documental acompañada por ambas partes, no objetada, especialmente los proyectos de contrato de promesa y de garantía, rolantes a fojas 67 a 68, 75 a 79 y de las copias de los correos electrónicos enviados entre los abogados de las partes, rolante a fojas 80 y 81, y de la prueba confesional rendida en autos, tanto de la parte demandante como demandada, las partes estaban conformes en el precio del establecimiento comercial en la suma de \$125.000.000.- (ciento veinticinco millones de pesos), además de celebrar un contrato de promesa de compraventa, pero tenían desavenencias en cuanto al pago del saldo de precio de \$25.000.000.- (veinticinco millones), además del contenido de la cláusula penal.

Que las tratativas preliminares entre el demandante y el demandado se encontraban bastante avanzadas, creando un escenario de confianza en el demandante de que se celebraría el contrato de promesa de compraventa sobre el establecimiento comercial. Prueba de esto son el inventario realizado por las partes de la mercadería del establecimiento, la auditoría encargada por el demandante sobre proyección de ganancias, especialmente el hecho de que iban a concurrir a celebrar el contrato de promesa de compraventa a la notaría.

El demandado reconoce en la prueba confesional rolante a fojas 133 y siguientes, en la pregunta N° 18 del pliego de posiciones, señala que el motivo porqué no concurrió a la notaría a firmar la escritura de promesa de compraventa: ?No es efectivo, nosotros somos tres personas y las tres personas teníamos que firmar y yo fui el que no quiso porque no convenía?.

Esta declaración demuestra claramente la mala fe del demandado en su actuar, pues su desistimiento es intempestivo y sin justificación legítima, debiendo reparar los perjuicios causados por su actuar negligente.

DÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto se acogerá la demanda de autos, en cuanto se fija la indemnización que le corresponde recibir al actor por concepto de daño emergente.

Que por el mérito del certificado del Banco del Desarrollo, de fecha 21 de agosto de 2008, que rola a fojas 169, se tiene por probado los gastos efectuados en virtud de tasación y retasación de la propiedad, notaría, certificados y estudios de títulos por la suma de \$700.301 (setecientos mil trescientos un pesos).

Que por concepto de asesoría legal completa, que se evaluará en el 2% del precio del establecimiento acordado, según se desprende de la prueba aportada, tanto de los proyectos de contratos acompañados, de los correos electrónicos y de la prueba confesional rendida por la

parte demandante y por la parte demandada, la que ascendió a \$125.000.000.- (ciento veinticinco millones de pesos), debiendo solucionar el demandado la suma de \$2.500.000.- (dos millones quinientos mil).

Que por confesión del contador acompañada a fojas 122, se tiene por probada la asesoría contable y financiera por la suma de \$1.000.000.- (un millón de pesos).

UNDÉCIMO: Que se apreciará el daño moral, como lesión a intereses extrapatrimoniales sufridos por la parte demandante, por la infracción a la buena fe, por el actuar desleal de la parte demandada por su retiro intempestivo de las tratativas preliminares, en la suma de \$2.500.000.- (dos millones y medio).

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1546 y 2314 y siguientes del Código Civil, SE DECLARA que se REVOCA la sentencia de 5 de enero de 2010, que rola a fojas 299, y en su lugar se declara que se acoge la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por don David Alejandro Jiménez Mira en contra de don Antonio de los Ángeles Armijo Cerda sólo en cuanto se condena a éste último a pagarle al demandante la suma de cuatro millones doscientos mil trescientos un pesos, por concepto de daño emergente y por concepto de daño moral, la cantidad de dos millones quinientos mil pesos, sumas que deberán ser reajustadas, más los intereses legales que correspondan hasta su pago efectivo, sin costas.

Se previene que el Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo concurre al acuerdo, con las precisiones que expresa a continuación, sin compartir el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual, la que en su concepto se rige por las reglas de la responsabilidad contractual, como por el hecho que ésta la determina principalmente el antecedente de la negociación y la acción u omisión generadora del daño, para lo cual tiene presente las siguientes consideraciones:

1°.- Que el derecho de los contratos en materia civil se rige por el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, que da origen a otros principios:

A) Libertad contractual, que se descompone en: 1) Libertad de conclusión, que permite a las partes decidir libremente: i) si contrata o no lo hace; ii) que tipo de contrato celebra, y iii) la contraparte con quien se vincula. 2) Libertad de configuración interna, por el cual se puede fijar el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen en mejor forma la voluntad de las partes.

B) Consensualismo, según el cual la oralidad es suficiente para obligar a las personas, por lo que es posible que existan contratos verbales, que se expresan en el aforismo ?solus consensus obligat?.

C) Fuerza obligatoria, se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo ?pacta sunt servanda?.

D) Efecto relativo de lo acordado, vinculando sus derechos y obligaciones a quienes son parte en el contrato, sin que se pueda afectar a terceros, a quienes no les empece, surge así el latinismo *res inter alios acta*, que se refuerza en la norma antes recordada, en que el contrato es una ley sólo para los contratantes.

Tales principios, derivados de la doctrina clásica, han tenido diversas limitaciones y excepciones, las que sin duda los precisan, pues en todo cuanto no se les afecte, restringiéndolos o se disponga una norma que establezca efectos diversos, tienen plena y completa aplicación los mencionados principios en la forma indicada. El legislador podrá regular las materias que estime corresponde dotar de un estatuto especial, pero en aquellos casos en que no ocurra se formará el consentimiento, que es obligatorio para las partes, por la sola manifestación de voluntad coincidente que se expresen los contratantes. Es más, el Código Civil establece el principio que el hecho lícito y voluntario de una persona es suficiente para ser obligada, al efecto se puede leer el artículo 578: *“Derecho personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; De éstos derechos nacen las acciones personales?”*; el artículo 1437 dispone: *“Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ? ?, y el artículo 2284 señala: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. ??. A tal principio se añade el desarrollado por el Código de Comercio, en cuanto a que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones, tanto al reglar la formación del consentimiento, cuanto al reglamentar diferentes actos particulares, en especial la promesa de recompensa. Del mismo modo la legislación especial ha dotado de efecto vinculante a actos unilaterales tales como la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheque y la Ley sobre Letra de Cambio y Pagaré. En lo que interesa al caso, no es dudoso que constituye fuente de obligaciones un hecho lícito y voluntario de las personas, la declaración unilateral de voluntad, la convención y la ley, pero además y de manera aislada, todo hecho que irroque daño a otra persona, también puede generar responsabilidad para los partícipes del mismo.*

En todo caso, respecto del tema de la formación del consentimiento la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado, reconociendo que existe un proceso de *“iter contractual”*, que distingue entre tal proceso y el resultado final, preocupándose el derecho de ambos aspectos, sin embargo, el Código de Bello puso mayor atención en la regulación de las relaciones jurídicas constituidas. Siguiendo esta misma política y línea legislativa, reconociendo el procedimiento previo que tienen algunas convenciones, se han determinado y denominado de distinta manera cada una de las etapas, entre las que se reconocen: negociaciones preliminares, puntualización, tratativas, oferta, cierre de negocios, contrato preparatorio y contrato definitivo. Estas actuaciones pueden estar en secuencia, como también ser omitidas y llegar inmediatamente al contrato definitivo. **En otras palabras, no resulta indispensable pasar por las referidas etapas, sino en los casos que sea necesario y sin que determine su existencia la naturaleza del contrato que en definitiva se desee concluir, sea éste consensual, real o solemne. El principio de la autonomía de la voluntad, como los que derivan de éste, permiten acordar libremente tales actuaciones, las que tienen efecto vinculante, de manera tal que el incumplimiento culpable es posible que genere la responsabilidad civil pertinente.**

2°.- Que, sin que sea necesario repasar todo lo relativo a la formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales, ya es un aspecto pacífico, que el Código de Comercio regula esta materia, estipulaciones a las que se refiere su mensaje, al aludir al Libro II, Título I, expresa: "En este mismo Título se trata de un asunto difícil como importante, omitido en la Ordenanza y aun en el Código Civil. Frecuentemente ocurre la necesidad de fijar el momento y el lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos, y careciendo de reglas claras y precisas que dirijan el juicio del jurisconsulto e ilustren la conciencia del magistrado, es indispensable invocar las opiniones acomodaticias e inseguras de los autores que han examinado con más o menos profundidad esos puntos. Para obviar dificultades de tanta trascendencia, el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil."

3°.- Que en síntesis, el sistema clásico de fuente de las obligaciones del Código Civil, ampliado por el Código de Comercio, el cual añade la voluntad unilateral, recoge los principios destinados a generar confianza en las tratativas preliminares. Se estructura así un sistema autónomo precontractual, en el cual no alcanza a generarse un vínculo derivado de un negocio jurídico unilateral o bilateral, arranca del deber de comportarse correctamente, evitando el fraude y la especulación, que su comportamiento es la expresión seria de vincularse con posterioridad. Aquí, el presupuesto indispensable está determinado por que no se ha llegado a constituir expresamente una relación de la cual fluya una obligación.

Si bien el Código Civil reguló la relación jurídica constituida, el Código de Comercio avanzó en mirar los pasos previos a la generación de la obligación, pero siempre sobre la base de una obligación contraída.

En el caso de autos nos encontramos ante el comportamiento previo a la generación de una obligación específica y expresa, es una aplicación anticipada de la regla o principio de la buena fe objetiva, la cual impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas. En este sentido cobra plena aplicación el artículo 1546 del Código Civil, en cuanto exige de las partes un comportamiento ético y leal, de modo que se requiere de ellas cumplan sus cargas contractuales y precontractuales de acuerdo a todo lo que les sea exigible teniendo en principal consideración tales parámetros de confianza y fidelidad, los que corresponde reclamar con mayor intensidad en quienes ofrecen sus servicios al público, con ciertos contornos de certidumbre. En efecto, será la naturaleza de las cosas la cual determine los contornos de ese comportamiento.

4°.- Que con el propósito de delimitar los aspectos de mayor importancia, resulta pertinente precisar que conforme con la definición dada por el artículo 2116 del Código Civil: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera ..." Los elementos de este negocio se pueden sintetizar: (i) se trata de un contrato; (ii) en virtud de ello, el mandante confía al mandatario la gestión de uno o más negocios; y (iii) el mandatario se hace cargo de los negocios por cuenta y riesgo del mandante. En cuanto al primer elemento debemos decir que, conforme con lo prescrito por el art. 2124 del Código citado, "el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario", la que puede ser expresa o tácita. La falta de aceptación acarrea la inexistencia o nulidad del mandato.

Teniendo en consideración que el Código Civil ha sentado el principio general, que en el mandato sólo cobra existencia con el concurso real de voluntades. Si no hay concurso de voluntades entre mandante y mandatario, el mandato no se forma y, en consecuencia, este último no queda obligado ni contrae responsabilidad alguna. "Si da principio a la ejecución del encargo actúa simplemente como agente oficioso y no tiene más derechos y obligaciones que los señalados por la ley a propósito del cuasicontrato de agencia oficiosa...? (David Stitchkin B., "El Mandato Civil", Editorial Jurídica de Chile, página 115). La diferencia con el mandatario es que obra sin el consentimiento de la persona cuyos negocios gestiona, sino por propia iniciativa. En cuanto a los otros dos elementos lo substancial del mandato "consiste en la confianza que una persona deposita en otra para correr los riesgos del beneficio o la pérdida que le puede acarrear le gestión de un negocio jurídico o económico, que afectará exclusivamente al mandante y que administrará y realizará él mandatario" (David Stitchkin B., id., pg. 63).

Por otra parte, como lo señala el art. 2286 del Código Civil: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos".

Además, el mandato puede referirse a un negocio que no interesa al mandante ni al mandatario, sino exclusivamente un tercero. En este caso, mandante y mandatario adquieren los derechos y contraen las obligaciones que deriven del respectivo contrato, sin que al reclamarse su ejecución pueda el mandatario alegar la falta de interés del mandante en la acción deducida. Y esto, porque este último tiene interés en la acción, puesto que al encomendar el negocio contrae respecto del tercero las responsabilidades del agente oficioso, si ha obrado sin su autorización. Desde luego, lo dicho tiene lugar siempre que el que encomiende la gestión de negocios ajenos lo haga con la intención de obligarse, de asumir por su parte los riesgos del negocio, contrayendo los derechos y deberes propios del mandante. En otras palabras, la propuesta del mandante debe consistir en una oferta seria de contratar. Si el que propone a otro la gestión de un negocio ajeno no lo hace con la intención de obligarse como mandante, no hay mandato sino una simple "recomendación de negocios ajenos" (art. 2121 del Código Civil). En este caso, el que hace la recomendación no entiende obligarse, no se forma el contrato y por lo mismo, no existen ni acreedor ni deudor.

Como señala el profesor Stitchkin, "la distinción entre el mandato y la recomendación es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias que rodean la oferta o la recomendación. Si la oferta se ha hecho con la intención de obligarse, habrá mandato; en caso contrario, simple recomendación" (op_ cit. pg. 250).

5°.- Que lo expresado da un contexto adecuado que precisa el ámbito de la responsabilidad precontractual, lo cual tiene relevancia para definir el iter contractual, en la que no se ha generado un vínculo entre las partes. Sin embargo, esa circunstancia no es determinante en la generación de responsabilidad, si no el resultado de la actuación misma: el daño, el cual ha sido ocasionado producto de la confianza generada en el demandante y en el comportamiento desleal de la demandada, todo lo que ha contrariado el principio general de la buena fe.

6°.- Que, en concepto del ministro que previene, la responsabilidad contractual presupone la

existencia de un vínculo preexistente, cuya violación genera la obligación de reparar los perjuicios. Si bien obligación, como vinculación jurídica ex - ante y responsabilidad, como carga patrimonial ex ? post, son conceptos diversos, se les vincula puesto que el incumplimiento de la primera genera la segunda.

En la responsabilidad extracontractual no existe vinculación previa, constituyéndose la acción u omisión generadora del daño la que determina su estudio, para precisar la concurrencia de los elementos que la constituyen. Se origina en la transgresión del principio que nadie puede dañar a otro.

La responsabilidad precontractual, si bien participa de la extracontractual en la inexistencia de vínculo, adquiere sus contornos más apropiados en la de carácter contractual, que, además, en concepto de quien previene constituye el régimen de responsabilidad general y subsidiario en el derecho civil.

De este modo, la indemnización de perjuicios por responsabilidad civil precontractual, desde un punto de vista general se puede indicar, en un plano conceptual, que es la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de satisfacer una prestación, como consecuencia y efecto de transgredir la confianza creada en la contraparte y producto de la deslealtad en su actuar con motivo de los tratos destinados a concluir un negocio jurídico, concurriendo las demás exigencias legales de capacidad, imputación, culpabilidad, perjuicios y relación de causalidad entre la acción y el daño.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

Rol N° 1872-10.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Juan Araya E., Guillermo Silva G. y Abogados Integrantes Sra. Maricruz Gómez de la Torre V. y Sr. Domingo Hernández E.

No firma la Abogada Integrante Sra. Gómez de la Torre, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizado por la Ministra de fe de la Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de diciembre de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

1

1