

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL "CIERRE DE NEGOCIOS"

ISABEL MARGARITA ZULOAGA RÍOS*

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la negociación de diversos contratos, de mayor o menor complejidad, es frecuente en la práctica que se alcancen diversos acuerdos durante la etapa precontractual previa a la celebración del contrato objeto de la negociación. Podemos denominar genéricamente a esta diversidad de acuerdos como "acuerdos preliminares precontractuales", utilizando tanto las expresiones "preliminar" y "precontractual" por cuanto dichas nociones no son necesariamente sinónimas y buscamos una denominación que sea lo más amplia posible. Si bien la dictación del Código de Comercio en 1865 vino a llenar la laguna existente en materia civil, normando la formación del consentimiento (artículos 97 a 106), se obvió la etapa de las tratativas o negociaciones preliminares, lo cual se explica porque en la época de dictación de dicho código la doctrina clásica imperante postulaba que las tratativas sólo constitúan hechos sociales carentes de valor jurídico.

En la actualidad, es indudable que la falta de regulación del período de las negociaciones en el Derecho chileno y la evolución que se ha producido en los modelos de contratación hacia procesos de negociación, que no corresponden necesariamente a una secuencia única y perfectamente identificable de oferta y aceptación, han generado diversas dificultades que nuestro ordenamiento jurídico debe enfrentar. Específicamente en relación a los acuerdos preliminares precontractuales, una primera dificultad es determinar la naturaleza jurídica de estos

* Doctor en Derecho de la Universidad de Oxford, Reino Unido; Profesora de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avda. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Dirección electrónica: isabel.zuloaga@uc.cl. Agradezco los comentarios formulados por los profesores Jaime Alcalde, Álvaro Vidal, Rodrigo Momberg, Pablo Manterola y por el abogado señor Francisco Vergara.

acuerdos, es decir, establecer si se trata o no de contratos y, en caso afirmativo, de qué tipo (un contrato preparatorio o definitivo, típico o atípico, por ejemplo), de otro tipo de convenciones, o de simples manifestaciones de voluntad. Una **segunda** dificultad, una vez calificada la naturaleza jurídica del acuerdo, es establecer los efectos que dichos acuerdos podrían producir, tanto en relación con su validez y exigibilidad como en cuanto a las sanciones que se podrían originar y el correspondiente régimen de responsabilidad aplicable. Hacemos particular hincapié en la importancia de tener claridad acerca de los remedios disponibles al momento de litigar, para los efectos de formular correctamente las pretensiones del actor. Así, dependiendo de la naturaleza jurídica del acuerdo, éste podrá dar lugar a una indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual (debiendo determinarse si se rige por el régimen contractual o extracontractual), o podrá dar lugar a los remedios por incumplimiento contractual (debiendo, por ejemplo, determinarse si las obligaciones incumplidas admiten o no un cumplimiento forzado).

Dos puntos que quisiéramos desde ya despejar es que la noción de acuerdos preliminares precontractuales es más amplia que la de los contratos preparatorios y también va más allá del solo análisis de la responsabilidad precontractual. Con relación a lo primero, el contrato preparatorio se define como aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato (el definitivo) que, por ahora, ellas no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad¹. Es decir, el contrato preparatorio constituye, en sí mismo, un contrato, por lo que respecto de él no cabe duda acerca de su naturaleza contractual; mientras que un acuerdo preliminar precontractual podría o no, según los elementos que se presenten en el caso concreto, constituir un contrato, ya sea preparatorio o definitivo. Si bien es frecuente que durante las negociaciones se celebren contratos preparatorios, sea típicos (como el contrato de promesa²) o atípicos (como el contrato de opción³), también es perfectamente posible que durante las negociaciones se celebren contratos definitivos diferentes del contrato objeto de la negociación como, por ejemplo, un contrato que regule la distribución de los gastos incurridos o los trabajos adelantados en el

¹ LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 165.

² ABELIUK (2012), p. 21.

³ Salvo en los casos particulares en que ha sido reconocido en nuestra legislación: artículo 169 inciso final del Código de Minería y Ley N° 19.281, de 1993; ABELIUK (2012), pp. 202-203, 224; LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 167.

evento que las negociaciones fracasasen⁴. En relación al segundo punto, tal como adelantábamos, el incumplimiento de un acuerdo preliminar precontractual, dependiendo de su naturaleza jurídica, podrá dar lugar a una indemnización de perjuicios por concepto de responsabilidad precontractual, si es que se trata de un acuerdo que no constituye un contrato, o se generarán los efectos del incumplimiento contractual, si es que estamos frente a un verdadero contrato.

En este trabajo nos referiremos específicamente a un tipo de acuerdo preliminar precontractual, el llamado "cierre de negocios", y a las dificultades que las incertidumbres respecto de su naturaleza jurídica y efectos han producido. Analizaremos en primer lugar las teorías que se han formulado en nuestro Derecho acerca de la formación del consentimiento, para esclarecer la relación que las mismas tienen con el acuerdo objeto de nuestro estudio. Luego procederemos a analizar el desarrollo doctrinal que ha tenido el llamado cierre de negocios en Chile para, a continuación, centrarnos en las dificultades que el mismo ha generado para nuestro Derecho. En este último aspecto nos detendremos en el uso que se ha dado al cierre de negocios en la negociación y formación de contratos solemnes, particularmente en la compraventa de inmuebles, y en la negociación y formación de contratos consensuales.

II. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Debemos primero referirnos a las teorías acerca de la formación del consentimiento para entender cómo las mismas se vinculan con el surgimiento de la noción del cierre de negocios. En su obra clave sobre responsabilidad precontractual, ya en 1979 Rosende Álvarez identificaba una doctrina "clásica" sobre la formación del consentimiento, la cual estima equivocada⁵. Esta doctrina presenta diversos planteamientos, la mayoría de los cuales han sido superados por la doctrina moderna, pero como hasta el día de hoy persisten algunos vestigios de la doctrina clásica, es conveniente referirse a cada uno de sus planteamientos. En primer lugar, ésta postula que las normas del Código de Comercio relativas a la formación del consentimiento (artículos 97 a 106) sólo son aplicables a contratos mercantiles, mas no a contratos civiles, ya que, al estar dichas normas contenidas en un Código especial, no procedería

⁴ ROSENDE (1979), p. 62.

⁵ ROSENDE (1979), pp. 102, 107-108.

aplicarlas en materia civil⁶. En segundo lugar, sostiene que las normas del Código de Comercio relativas a la formación del consentimiento sólo rigen la formación del consentimiento de contratos consensuales, pero no de contratos reales o solemnes, ya que el artículo 101 del Código de Comercio ("Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales...") así lo evidenciaría⁷. En tercer lugar, respecto de contratos reales o solemnes, considera que el consentimiento se forma solamente con la tradición o con el cumplimiento de la solemnidad de que se trate, respectivamente⁸. De esta forma, en estos contratos la formación del consentimiento coincidiría con la celebración del contrato⁹. En cuarto lugar, la responsabilidad por revocación de la oferta que contempla el artículo 100 inciso 1° del Código de Comercio no sería aplicable en casos de contratos civiles, particularmente reales o solemnes, puesto que si la ley comercial ha establecido esta responsabilidad, la misma debe ser considerada de excepción y no procedería su aplicación por analogía¹⁰. Consecuencialmente, la responsabilidad por revocación de la oferta sólo sería aplicable en casos de contratos comerciales consensuales, y la única responsabilidad que podría surgir en la formación del consentimiento de un contrato real o solemne sería de naturaleza contractual por incumplimiento de un contrato de promesa¹¹. Antes de que se celebre un contrato de promesa, sólo podría haber responsabilidad por la comisión de un ilícito civil, gobernado por las reglas de la responsabilidad extracontractual¹².

La doctrina clásica fue acogida en una relevante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1948¹³. La causa versa sobre la negativa de los futuros vendedores de suscribir la escritura pública, que ya había sido suscrita por la futura compradora, para perfeccionar un contrato de compraventa de un bien raíz. Esta sentencia es clave en cuanto reconoce, al menos teóricamente, la responsabilidad precontractual y la define sobre la base de la noción

⁶ Según lo expuesto por ROSENDE (1979), pp. 15, 101. También ROSENDE (1996), pp. 341-342.

⁷ ROSENDE (1979), pp. 15, 102, 109.

⁸ ROSENDE (1979), p. 102.

⁹ ZULOAGA (2008), p. 286.

¹⁰ ROSENDE (1979), p. 102.

¹¹ ROSENDE (1996), p. 342.

¹² ROSENDE (1996), p. 341.

¹³ *Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino* (1948).

de "confianza", expresamente identificando la responsabilidad por revocación tempestiva de la oferta regulada en el artículo 100 inciso 1° del Código de Comercio como un caso de responsabilidad precontractual. Además, señala que si bien en el Código Civil no existen normas que contemplen expresamente esta responsabilidad, sí existen normas que regulan las obligaciones que se contraen sin convención, las cuales nacen de la ley o del hecho voluntario de una de las partes (artículo 2284), por lo que si en la formación del consentimiento de un contrato se ocasiona un daño como consecuencia de un hecho ilícito, sea doloso o culpable, se debe responder por los perjuicios sufridos que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido. Sin embargo, esta sentencia confirma la de primera instancia, en la que se desecha la demanda en todas sus partes. En la demanda se pidió una indemnización de perjuicios (consistentes en los honorarios pagados a un ingeniero calculista por los estudios del anteproyecto para la construcción de un edificio en la propiedad, los honorarios de un arquitecto por un levantamiento del terreno y plano respectivo, y el mayor precio del costo de la construcción por alza de la mano de obra y de los materiales) por la retractación tempestiva de la oferta, con base en lo dispuesto en el referido artículo 100 inciso 1° del Código de Comercio; solicitándose, en subsidio, una indemnización de los perjuicios causados por la comisión de un cuasidelito, sobre la base de los artículos 2284 inciso 4°, 2314 y 2317 del Código Civil, configurado por la negativa de los demandados de otorgar la solemnidad correspondiente para perfeccionar el contrato de compraventa del bien raíz, respecto del cual ya se había formado el consentimiento. Finalmente, y nuevamente en subsidio, se pidió una indemnización de perjuicios por infracción de un contrato de promesa de celebrar el contrato de compraventa del bien raíz, de acuerdo con los artículos 1553 N° 3 y 1554 del Código Civil. Se rechaza la petición principal de la demandante de una indemnización de perjuicios por revocación de la oferta según el artículo 100 del Código de Comercio, por cuanto se considera que al tratarse de la formación del consentimiento de un contrato civil (compraventa de un bien raíz) no es posible aplicar por analogía disposiciones legales de excepción como es el artículo 100 inciso 1° del Código de Comercio. Es decir, esta sentencia claramente adopta la doctrina clásica sobre formación del consentimiento. En cuanto a la segunda petición en subsidio, ella es desechada puesto que se estima que los demandados no han incurrido en un comportamiento ilícito culpable, ya que sólo han ejercido su legítimo derecho de no perseverar en las gestiones tendientes a la celebración del contrato proyectado, obrando dentro de la regla de la buena fe, pues hicieron todo de su parte para que el contrato se llevara a efecto dentro

de un plazo prudente y usual en esta clase de operaciones entre particulares. Finalmente, en relación con la última petición en subsidio, se rechaza puesto que se falla que no existe un contrato de promesa por cuanto el documento al que se alude (una carta) no reúne ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 1554 del Código Civil.

Rosende Álvarez formuló los lineamientos de la que pasaría a ser la doctrina “moderna” sobre formación del consentimiento¹⁴. En primer lugar, basado principalmente en el antecedente histórico de la clara intención del legislador expresada en el Mensaje del Ejecutivo del Código de Comercio de 1865, en cuanto a que dicho Código vino a llenar “un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil” (refiriéndose a las disposiciones del mismo que regulan la formación y el nacimiento de las obligaciones contractuales), concluye que las normas sobre formación del consentimiento del Código de Comercio son de aplicación general, es decir, se aplican tanto a contratos comerciales como civiles¹⁵. Ello ya había sido reconocido por renombrados juristas como, por ejemplo, Claro Solar, quien indicaba que las referidas disposiciones de nuestro Código de Comercio, inspirándose en la equidad natural y en los principios generales del Derecho, tienen un carácter de generalidad que las hace aplicables en materia civil¹⁶. En cuanto a la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Temuco, ya en una sentencia de 5 de agosto de 1935¹⁷, es decir, anterior a la antes mencionada sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1948¹⁸, en un caso que también decía relación con la compraventa de un bien raíz, reconoció que a falta de texto expreso que resuelva la cuestión acerca de la formación del consentimiento en el Código Civil, es necesario buscar la solución que sea más conforme con el espíritu de la legislación, con la equidad y con las necesidades prácticas, lo cual lleva a concluir que los artículos 97 a 106 del Código de Comercio, que rigen la formación del consentimiento en los contratos, deben aplicarse en materia civil. Hoy es claro que dichas normas regulan la formación del consentimiento de los contratos tanto en materia comercial

¹⁴ ROSENDE (1979), pp. 104 y siguientes.

¹⁵ ROSENDE (1979), pp. 104-105; ROSENDE (1996), pp. 342-343.

¹⁶ CLARO SOLAR (1937), p. 55. En el mismo sentido, VARELA (1966), pp. 6-7 y ROSSEL (1966), p. 66.

¹⁷ *Haury con Geisser* (1935).

¹⁸ *Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino* (1948).

como en materia civil, a pesar de que algunos autores manifiestan preocupación en cuanto a que ello no estaría totalmente claro en la jurisprudencia¹⁹.

En segundo lugar, la doctrina moderna establece que los artículos 97 a 106 del Código de Comercio rigen la formación del consentimiento tanto para los contratos consensuales como para los contratos reales y solemnes, ya que todos ellos necesitan del consentimiento como requisito para su existencia, consentimiento que se forma de la misma manera en estas tres clases de contratos²⁰. En tercer lugar y muy relacionado con lo anterior, la doctrina moderna reconoce que, respecto de los contratos reales y solemnes, el consentimiento puede quedar plenamente formado antes de que se proceda a la entrega o se cumpla con la solemnidad, sólo que este consentimiento es ineficaz para perfeccionar el contrato, lo cual ocurrirá cuando se proceda a la entrega o se cumpla con la solemnidad²¹. Rosende denomina a este consentimiento formado pero ineficaz para dar nacimiento a un contrato real o solemne como “cierre de negocios”²². En cuarto lugar, en la formación del consentimiento de todo tipo de contratos (consensuales, reales y solemnes), pueden surgir diferentes responsabilidades según la etapa en la que se encuentren las partes. Así, podrá surgir responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones durante las negociaciones preliminares, la cual indiscutidamente se rige por las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual²³. También podrá generarse responsabilidad por revocación de la oferta basándose en el artículo 100 inciso 1° del Código de Comercio, respecto de la cual se discute el régimen de responsabilidad aplicable²⁴. También será posible que, tanto respecto de contratos consensuales como contratos reales o solemnes, las partes hayan

¹⁹ Por ejemplo, CONTRERAS (2016), T. I, pp. 267-268.

²⁰ ROSSEL (1966), pp. 66-67.

²¹ ROSENDE (1979), p. 111.

²² ROSENDE (1979), p. 111; ROSENDE (1996), p. 341.

²³ Por ejemplo, ROSENDE (1979), p. 60; DOMÍNGUEZ BENAVENTE *et al.* (1996), p. 182; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005), p. 45; BARROS BOURIE (2006), pp. 1004, 1008; DE LA MAZA (2006), p. 142; DE LA MAZA Y PIZARRO (2010), p. 56; BARRIENTOS (2010), p. 117; CELEDÓN Y SILBERMAN (2010), pp. 132-133.

²⁴ Por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005), pp. 43, 45, argumenta que esta responsabilidad, si bien no es posible calificarla de contractual, se rige por las reglas de la responsabilidad contractual porque, al tratarse de la infracción de una obligación legal, se aplica la responsabilidad de Derecho común, la cual sería la responsabilidad contractual. En el mismo sentido, ROSENDE (1996), p. 345. CORRAL (2013), pp. 37, 39, en cambio, argumenta que siendo la responsabilidad de Derecho común la extracontractual, el régimen de responsabilidad aplicable a los casos de obligaciones legales relacionadas con la oferta debe ser el extracontractual.

celebrado un contrato preparatorio (sea o no un contrato de promesa), en cuyo caso es indiscutido que el régimen de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento es el contractual²⁵. Finalmente, si las partes han acordado un “cierre de negocios”, sea que se trate de un contrato consensual, real o solemne, existen divergencia de opiniones en cuanto a cuál es el régimen de responsabilidad aplicable²⁶.

La doctrina moderna, la cual es la mayoritaria hoy en día, considera que en los contratos reales y solemnes debe existir un consentimiento, al igual que en los consensuales, porque el consentimiento es un requisito de todo acto jurídico bilateral²⁷. El consentimiento, sea cual sea el contrato de que se trate, queda formado con la perfecta superposición de la oferta y la aceptación. Sin embargo, la diferencia entre los contratos consensuales, por un lado, y los contratos reales y solemnes, por otro lado, en cuanto a la formación del consentimiento, está en que, en los primeros, con la formación del consentimiento se perfecciona el contrato, mientras que, en los segundos, el consentimiento no basta para perfeccionar el contrato. En los contratos reales y solemnes, una vez formado el consentimiento, el contrato no estará celebrado mientras no se proceda a la entrega de la cosa o al cumplimiento de la solemnidad correspondiente, respectivamente.²⁸ A diferencia de lo que ocurre respecto de los contratos consensuales, en los cuales la formación del consentimiento y la perfección del contrato necesariamente coinciden, en los contratos reales y en los contratos solemnes, la formación del consentimiento y la perfección del contrato no serán coincidentes, sino que necesariamente la formación del consentimiento precederá a la perfección del contrato. El lapso de tiempo que puede transcurrir entre estos momentos variará en cada caso, siendo en ocasiones breve y, en otras, prolongado.

Debemos hacer hincapié en el hecho de que, en la actualidad, los modelos de contratación que se dan en la práctica no siguen necesariamente la tradicional secuencia de la formulación de una oferta y la emisión de una aceptación, es decir, la concurrencia de la oferta y la aceptación hoy en día es solamente uno de los posibles mecanismos a través de los cuales se podrá formar el con-

²⁵ ROSENDE (1996), p. 341.

²⁶ Esto será analizado en detalle en la sección III siguiente.

²⁷ Lo que sigue fue expuesto en ZULOAGA (2008), pp. 286-287.

²⁸ En este sentido, por ejemplo, EILER (1935), pp. 152-153; ROSENDE (1979), p. 111; LEÓN HURTADO (1991), p. 53; CLARO SOLAR (1992), pp. 57, 113; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1993), pp. 88, 113; DUCCI (2016), pp. 252.

sentimiento. Así, se ha reconocido que, en las modernas concepciones acerca de la formación de los negocios, no son suficientes las conclusiones clásicas y simples que ofrecen las reglas sobre formación del consentimiento del Código de Comercio²⁹. En efecto, el mecanismo de oferta y aceptación es demasiado simple para dar cuenta completa de la realidad consistente en que, con frecuencia, la celebración de un contrato es fruto de un complejo proceso de negociaciones entre las partes, que lleva desde los primeros contactos hasta la conclusión de un contrato³⁰. Durante el período de negociaciones, particularmente en negocios de mayor complejidad e importancia, es posible que se den diversas actuaciones, las cuales pueden estar en secuencia, pero también una o más pueden ser omitidas, para llegar a acordar el contrato definitivo. Así, por ejemplo, lo ha reconocido la Corte Suprema en una sentencia de 2010, en la cual se identifican las siguientes actuaciones: negociaciones preliminares, puntualización, tratativas, ofertas, cierre de negocios, contrato preparatorio y contrato definitivo³¹. La propia Corte indicó que “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”³².

III. DESARROLLO DOCTRINAL DEL CIERRE DE NEGOCIOS

El reconocimiento por parte de la doctrina nacional de la existencia de la etapa de las negociaciones preliminares o tratos, como etapa previa a la emisión de la oferta, que se puede presentar en el proceso de formación del consentimiento, particularmente de contratos importantes o en que la complejidad e importancia de los negocios requiere de una discusión previa³³, se produjo en los años treinta del siglo XX. Siguiendo a los juristas extranjeros Faggella³⁴ y Saleilles³⁵, quienes incorporaron la fase precontractual, previa a

²⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2013), p. 53.

³⁰ ARENAS (2012), p. 118.

³¹ *Zirotti Bruning con Segovia Montealegre* (2010).

³² *Zirotti Bruning con Segovia Montealegre* (2010), considerando Duodécimo.

³³ RISUENO (1933), pp. 22-23; EILER (1935), p. 70.

³⁴ FAGGELLA (1906).

³⁵ SALEILLES (1908).

la oferta, al ámbito del Derecho, la doctrina nacional reconoció que en esta fase precontractual no sólo podía surgir responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones³⁶, sino que también durante las negociaciones las partes podían alcanzar “acuerdos parciales” reglando los diversos puntos que les interesaban. Estos acuerdos no tendrían el carácter de contratos ya que las partes no entienden aún obligarse y, por tanto, deben distinguirse de los contratos preliminares como, por ejemplo, la promesa de celebrar un contrato, los cuales son verdaderos contratos, ya que las partes les dan fuerza obligatoria³⁷, y deben también distinguirse del contrato objeto de las negociaciones³⁸. Estos acuerdos parciales serían verdaderas convenciones que tendrían por objeto dejar constancia de los puntos sobre los que se ha llegado a acuerdo, de manera de facilitar la redacción del proyecto final³⁹. Sin embargo, estas convenciones “no tienen nada que ver con obligaciones”, ya que las partes no buscan comprometerse de ninguna forma: ni a mantener los puntos ya acordados, ni a continuar las negociaciones, ni a llegar a la formulación de una oferta firme⁴⁰.

Luego Rosende Álvarez desarrolla estas ideas explicando que en la fase de las tratativas las partes buscan alcanzar acuerdos mínimos y esenciales en relación con el futuro contrato, pero sin adentrarse aún en el terreno de lo obligatorio, el cual se iniciaría con la emisión de la oferta⁴¹. Por tanto, considera que no corresponde hablar de “convenciones preliminares” o de “negocios jurídicos preparatorios”, sino que se trata de “hechos jurídicos”, puesto que no existe la intención de obligarse⁴². Previamente Fueyo Laneri había indicado que el documento que contiene los puntos esenciales sobre los que se ha logrado entendimiento usualmente se llama, en el ámbito de los negocios, “memorándum”, “memo” o “apuntes”, el cual no tiene carácter vinculatorio para las partes ya que se entiende por las mismas que tiene un carácter enteramente

³⁶ RISUEÑO (1933), p. 60; EILER (1935), p. 71.

³⁷ RISUEÑO (1933), pp. 22-23, 59.

³⁸ EILER (1935), p. 70.

³⁹ RISUEÑO (1933), p. 24. En términos similares, EILER (1935), p. 70.

⁴⁰ RISUEÑO (1933), pp. 24-25.

⁴¹ ROSENDE (1979), p. 35.

⁴² ROSENDE (1979), pp. 35-36.

provisional⁴³. Tanto Fueyo como Rosende postulan la existencia de una etapa un tanto más avanzada, llamada “puntualización”, en la cual las partes negociadoras dejan constancia de los puntos esenciales sobre los cuales están de acuerdo en principio, existiendo aún diferencias en cuanto a otros elementos (ya sean de la naturaleza o accidentales)⁴⁴. La puntualización sería un acuerdo parcial y esencialmente precario, documentado en un instrumento, que tiene por objeto simplemente ordenar el debate sobre el contrato objeto de la negociación⁴⁵. Domínguez Águila reconoce que, en negocios de mayor importancia, los tratos preliminares pueden ser extensos y durante los mismos pueden alcanzarse acuerdos parciales hasta llegar al negocio completo⁴⁶. Este avance desde un acuerdo inicial a otros acuerdos parciales sucesivos para llegar a celebrar el contrato definitivo, involucra puntualizaciones y cartas de intención que ponen de manifiesto los acuerdos alcanzados, pero que no importan el incumplimiento de un contrato en caso de desacuerdos posteriores⁴⁷.

Enfocándonos en el acuerdo que se puede alcanzar durante las negociaciones llamado “cierre de negocios”, hemos detectado que esta noción admite variedad de significados en la doctrina. Ya hemos mencionado que Rosende Álvarez denominó como cierre de negocios al consentimiento ya formado, pero ineficaz para dar nacimiento a un contrato real o solemne⁴⁸. Es decir, en su visión, se ha avanzando aún más en la etapa precontractual ya que se ha llegado a un acuerdo total respecto de los elementos del contrato objeto de la negociación, faltando únicamente el cumplimiento de la solemnidad para que el contrato quede perfeccionado. En su opinión, el cierre de negocios constituiría una relación cuasicontractual que generaría una responsabilidad que obliga a indemnizar daños y perjuicios en caso de retractación. De esta manera, el derecho de retractarse subsiste para ambas partes hasta el momento en que se cumpla la solemnidad o se haga entrega de la cosa, pero la parte que se desiste puede incurrir en un supuesto de responsabilidad precontractual por los daños y perjuicios causados a la otra parte. Esta responsabilidad

⁴³ FUEYO LANERI (1964), pp. 25-26. Otros lo denominan “minuta” o “borrador”, según indica SAAVEDRA (1994), p. 267.

⁴⁴ FUEYO LANERI (1964), p. 26; ROSENDE (1979), p. 38.

⁴⁵ ROSENDE (1979), p. 38.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2013), p. 50.

⁴⁷ GÓMEZ Y ROSENDE (2000), p. 301.

⁴⁸ Lo que sigue en ROSENDE (1979), p. 111.

emanaría de los principios del Código de Comercio, los cuales constituirían el Derecho común en materia de responsabilidad precontractual, y se regiría por las reglas de la responsabilidad contractual⁴⁹. Cabe destacar que Rosende Álvarez⁵⁰ relaciona la noción del cierre de negocios con la actividad de los corredores de propiedades, a quienes califica como personas que hacen de su profesión participar en la formación de consentimientos, cumpliendo como principal función el acercar a los futuros contratantes, actuando como verdaderos “acercadores de voluntades”. En su actividad, identifica una primera fase, la cual llama de “ubicación del destinatario”, en la cual una persona le encarga a un corredor de propiedades que le ayude a encontrar compradores para su propiedad y el corredor procede a realizar diversas diligencias con el objeto de ubicar a posibles interesados. Luego vendría una fase de “conocimiento de la proposición” y su consiguiente aceptación o rechazo. Si es que hay aceptación, se alcanzaría la etapa del “cierre de negocios”, en la cual el consentimiento queda plenamente formado, las partes acuerdan celebrar el contrato proyectado y le pagan al corredor sus honorarios o comisión.

Puelma Accorsi identifica el origen del “cierre de negocio” en la institución de las arras, la cual se encontraría en desuso en nuestro medio, ya que la costumbre la ha reemplazado por una forma de contratación denominada cierre de negocio⁵¹. Los corredores de propiedades chilenos, en sus prácticas con respecto a la celebración de compraventas de inmuebles, le dieron una especial fisonomía a las arras⁵². En los negocios que recaen sobre propiedades raíces, dado que la celebración del contrato y la transferencia del bien son solemnes, normalmente no es posible que la celebración del contrato coincida con el momento en que se forma el consentimiento de las partes. La época en que las partes están de acuerdo en las condiciones comerciales de la operación se acostumbra denominar el “cierre del negocio”. Así, correrá un período de tiempo desde el cierre del negocio hasta su concreción mediante la firma de la promesa de compraventa o de la compraventa misma. Durante este período de tiempo cabe la posibilidad de que alguna de las partes se desista del negocio, ya sea porque encontró una mejor oferta o sencillamente porque decidió retractarse. Ante esta posibilidad de que se produzca el desistimiento en un

⁴⁹ ROSENDE (1979), p. 111; ROSENDE (1996), pp. 341, 347.

⁵⁰ Lo que sigue en ROSENDE (1979), p. 111.

⁵¹ PUELMA ACCORSI (2000), p. 254.

⁵² Lo que sigue en PUELMA ACCORSI (2002), p. 37.

negocio “cerrado”, en la práctica se ha creado el cierre de negocio para dificultar o entorpecer un posible desistimiento y también para asegurar el pago de la comisión al corredor. En su opinión, el “cierre de negocio propiamente tal” (el cual es diverso del contrato de promesa) sería un acto en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a pagarse una cierta cantidad de dinero si el negocio no se celebra en una época determinada y una de ellas estaba dispuesta a ejecutarlo⁵³. Además, indica que, en algunos casos, se busca dar mayor fuerza al cumplimiento de estas obligaciones recíprocas mediante la entrega a un tercero, el cual generalmente es el corredor de propiedades, de cheques, letras o pagarés extendidos por una parte en favor de la otra, con instrucciones escritas que las partes le dan al tercero acerca de cómo y cuándo proceder en cuanto a la entrega de estos documentos. El contenido de estas instrucciones generalmente consiste en que el tercero debe devolver a cada parte su respectivo documento si el negocio se celebra, y entregar ambos documentos a la parte dispuesta a realizar el negocio si el mismo no se celebra⁵⁴. De esta manera, bajo la tesis de Puelma Accorsi, los elementos esenciales necesarios para que se configure un cierre de negocios son los siguientes: (i) que el objeto de las obligaciones recíprocas de las partes sea el pago de una determinada cantidad de dinero y no la celebración de un contrato; es decir, que se trate de obligaciones pecuniarias recíprocas y condicionales de dar (no de hacer); (ii) que la condición de la cual pende el nacimiento de la obligación recíproca de pagar consista en la no celebración en una época prevista (establecida mediante una condición o un plazo) de un negocio determinado, sea por causa imputable a la otra parte o por caso fortuito, si así se estipula expresamente; (iii) que una de las partes esté dispuesta a la celebración del negocio. La entrega de documentos y el nombramiento de un tercero como depositario de los mismos o como árbitro, que se suelen pactar en la práctica, no serían elementos esenciales del cierre de negocio⁵⁵. En cuanto a su naturaleza jurídica, el cierre de negocio sería constitutivo de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal, atípico, preparatorio en un sentido económico en cuanto propende en forma indirecta a la celebración del contrato definitivo, puro y simple no

⁵³ PUELMA ACCORSI (2002), pp. 38, 41.

⁵⁴ PUELMA ACCORSI (2002), p. 38.

⁵⁵ PUELMA ACCORSI (2002), p. 41.

obstante que las obligaciones que de él emanan están sujetas a modalidades, y que puede ser consensual o solemne⁵⁶.

Hay autores que coinciden con la visión de Puelma Accorsi acerca del cierre de negocios⁵⁷. Sin embargo, otros no la comparten del todo. Así, Abeliuk coincide con Puelma Accorsi en cuanto a que el desarrollo del cierre de negocios ha derivado de los negocios que recaen sobre bienes raíces, los que, debido a su carácter solemne y a la intervención de abogados e instituciones financieras, no es posible concretar de inmediato, por lo que para avanzar y para "cerrar rápidamente el trato" se firman cierres de negocios⁵⁸. En cambio, no comparte la tesis de Puelma Accorsi de que lo que caracterizaría, como elemento esencial, al cierre de negocios es la multa que se impone al que se desista del negocio, puesto que, en opinión de Abeliuk, a falta de multa procederá la indemnización de perjuicios ordinaria⁵⁹. Al igual que Puelma Accorsi considera al cierre de negocios como un contrato, pero difiere en cuanto a algunas de las características que tendría este contrato. En opinión de Abeliuk, el contrato de cierre de negocios sería (i) consensual, (ii) sujeto a modalidad esencial para el caso de no celebrarse el contrato buscado, ya que si éste no se otorga nace la obligación de pagar la multa, si ella se ha pactado, o la indemnización de perjuicios, de no haberse pactado multa, (iii) definitivo (no preliminar), y (iv) bilateral y oneroso⁶⁰.

Finalmente, otros autores nacionales siguen la línea sentada por Rosende Álvarez en cuanto no consideran al cierre de negocios como un contrato que se caracterizaría (o no)⁶¹ por la estipulación de una multa en caso de no celebración del contrato objeto de la negociación (típicamente una compraventa de bienes raíces), sino que se trataría de un consentimiento formado respecto de la celebración de un contrato solemne o real en que no se ha cumplido con la correspondiente solemnidad o con la entrega de la cosa. Ya vemos que Rosende Álvarez considera a esta relación como de carácter cuasicontractual en la que puede surgir responsabilidad precontractual por la retractación, regida

⁵⁶ PUELMA ACCORSI (2002), p. 42.

⁵⁷ Por ejemplo, CONTRERAS (2016), T. II, pp. 993-1000.

⁵⁸ ABELIUK (2012), pp. 274-275.

⁵⁹ ABELIUK (2012), pp. 275-276, 278.

⁶⁰ ABELIUK (2012), pp. 278-279.

⁶¹ Según se siga la visión de PUELMA ACCORSI (2002) o la de ABELIUK (2012) precedentemente expuestas.

por las normas de la responsabilidad contractual⁶². Ducci, en cambio, si bien reconoce que en los contratos reales y particularmente en los contratos solemnes puede darse el caso de que se haya formado el consentimiento, pero que cualquiera de las partes no concurra a otorgar la formalidad con la cual nace el contrato, considera que, una vez formado el consentimiento, el incumplimiento de lo acordado constituye un delito o cuasidelito civil; es decir, genera responsabilidad extracontractual⁶³. Destaca que no es posible obligar a la otra parte a celebrar el contrato ni es posible exigir directamente el cumplimiento del contrato acordado porque normalmente el acuerdo alcanzado no reúne los requisitos legales para ser considerado como un contrato de promesa⁶⁴. Sin embargo, estima que "repugna a un criterio elemental de equidad" que un acuerdo libremente pactado, cuyo cumplimiento lleva envuelta la buena fe de las partes, pueda dejarse de cumplir por cualquiera de ellas sin que esto importe sanción alguna⁶⁵. Si bien Ducci no utiliza la terminología de "cierre de negocios" cita a Rosende Álvarez al respecto, manifestando que, en su opinión, no existe propiamente un derecho a retracto, sino que se trata de una imposibilidad de exigir directamente el cumplimiento del contrato por falta de un contrato de promesa. Pero concuerda plenamente con el nacimiento de una responsabilidad precontractual, sólo que estima que el incumplimiento de lo acordado es un acto de mala fe, al haberse quebrantado la confianza que la otra parte había puesto en la palabra empeñada, por lo que, si se ha causado daño a la otra parte, este ilícito configurará responsabilidad extracontractual⁶⁶. Corral, por su parte, cita a Rosende Álvarez en relación con las distintas etapas que pueden presentarse en la formación de un contrato y, específicamente en el caso del cierre de negocios, estima que "no parece sencillo visualizar un verdadero cuasicontrato", ya que existe una oferta aceptada, es decir, una convención⁶⁷. Por tanto, distingue entre el supuesto en que sea posible reconocer al cierre de negocios como una convención innominada válida y eficaz, en cuyo caso su incumplimiento originará responsabilidad contractual, y el supuesto en que ello no sea posible, en cuyo caso su ruptura dará lugar a res-

⁶² Ver texto que sigue a nota 48 arriba.

⁶³ DUCCI (2016), pp. 252, 255.

⁶⁴ DUCCI (2016), pp. 252-253.

⁶⁵ DUCCI (2016), p. 253.

⁶⁶ DUCCI (2016), pp. 254-256.

⁶⁷ CORRAL (2013), p. 39.

ponsabilidad extracontractual por violación del principio general de la buena fe⁶⁸. Finalmente, coincide con Ducci en cuanto a que no parecería equitativo autorizar la indemnización de perjuicios en caso de retractación tempestiva de la oferta y negarla en caso de revocación de este negocio precontractual⁶⁹.

IV. DIFICULTADES GENERADAS CON RELACIÓN AL CIERRE DE NEGOCIOS

La falta de regulación en el Derecho chileno de las negociaciones y de los acuerdos que en dicha fase se pueden alcanzar ha generado dificultades respecto del cierre de negocios, el cual, al tratarse de una institución creada por la costumbre, muchas veces sin la intervención de abogados, se presenta en la práctica bajo diversas formas, a veces ambiguas o contradictorias, produciéndose confusiones entre el cierre de negocios y otras figuras como el contrato de promesa, la cláusula penal o las arras⁷⁰. En la visión de Puelma Accorsi de lo que constituye un cierre de negocio, la gran diferencia entre el contrato de promesa y el cierre de negocio se encontraría en el tipo de obligaciones pactadas; así, si se pacta una obligación de hacer consistente en celebrar el contrato definitivo, se trataría de un contrato de promesa (en la medida que se cumplan todos los requisitos del artículo 1554 del Código Civil), mientras que si se pactan obligaciones recíprocas de pagar dinero en el evento de no celebrarse el negocio, se trataría de un cierre de negocio⁷¹. En el caso de convenciones "híbridas" en que se confunden el cierre de negocio y la promesa, conteniéndose estipulaciones de ambas figuras, habrá que interpretar el documento en su genuino sentido, centrándose en si el efecto querido por las partes era obligarse a celebrar un contrato definitivo (sería una promesa) u obtener el pago recíproco de prestaciones de dinero si no se celebra el negocio (sería un cierre de negocio)⁷². Sin embargo, según veremos a continuación, con referencia a la negociación y celebración de compraventas de bienes raíces, la distinción entre cierre de negocio y promesa está lejos de ser clara. En cuanto a la cláusula penal, el cierre de negocio se diferenciaría de la misma por ser

⁶⁸ CORRAL (2013), p. 39.

⁶⁹ CORRAL (2013), p. 39.

⁷⁰ PUELMA ACCORSI (2002), p. 38.

⁷¹ PUELMA ACCORSI (2002), pp. 40-41.

⁷² PUELMA ACCORSI (2002), pp. 40-41.

un contrato principal que versa sobre obligaciones de pago recíproco en las condiciones convenidas, mientras que la cláusula penal constituye un pacto accesorio de obligaciones derivadas de un contrato principal⁷³. Sin embargo, Corral estima que en el ámbito de las relaciones precontractuales se puede pactar una cláusula penal para el caso de incumplimiento de un acuerdo preliminar como, por ejemplo, un cierre de negocios, en cuyo caso no hay duda de que se está frente a una pena que accede a una obligación de fuente contractual⁷⁴. Finalmente, el cierre de negocio no constituye dación de arras, sean civiles o comerciales, porque no hay entrega de cosas, ya que en el cierre de negocio las partes sólo adquieren obligaciones recíprocas de pago y no constituye una garantía de una obligación principal, por su carácter de contrato principal⁷⁵.

A continuación, nos referiremos a ciertas dificultades específicas que se pueden producir tanto respecto de la negociación y celebración de contratos reales y solemnes, como consensuales, enfocándonos en la problemática relativa a la determinación de la normativa aplicable al cierre de negocios.

1. En los contratos reales y solemnes

La incertidumbre en cuanto a qué constituye esencialmente el "cierre de negocios" y cuáles son sus efectos ha llevado a ciertas confusiones al momento de litigar ante los tribunales. Así, se ha identificado un grupo de casos en la jurisprudencia en relación con contratos de compraventa de inmuebles en que se había acordado su celebración, incluso en ocasiones dándose inicio al cumplimiento del mismo, pero sin haberse cumplido con la solemnidad de su otorgamiento por escritura pública. En nuestra opinión, estos supuestos conforman un grupo particular de casos de responsabilidad precontractual, que podemos denominar como "responsabilidad precontractual por la negativa de perfeccionar un contrato solemne". Estos casos son distintos de los supuestos de "responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones para la celebración de un contrato solemne", puesto que en estos últimos casos el consentimiento no se ha formado aún, faltando todavía elementos por acordar, las partes siguen claramente en la etapa de las negociaciones y

⁷³ PUELMA ACCORSI (2002), p. 43.

⁷⁴ CORRAL (2012), p. 92.

⁷⁵ PUELMA ACCORSI (2002), p. 43.

una de ellas decide retirarse de las mismas⁷⁶. En los casos que pasaremos a analizar, en cambio, en la visión de la doctrina moderna sobre formación del consentimiento, el consentimiento ya se ha formado, hay completo acuerdo sobre todos los elementos del contrato, pero el contrato de compraventa de un bien raíz no se ha perfeccionado porque una de las partes se niega a proceder al otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

En algunos fallos se adoptó la doctrina clásica sobre formación del consentimiento. Así, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa "Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino"⁷⁷ ha sido criticado por la doctrina por considerar que la negativa de una de las partes de firmar la escritura de compraventa de un bien raíz, después de estar convenidos todos los elementos del contrato, es un acto "perfectamente lícito"⁷⁸.

En nuestra opinión, en la mayoría de los casos que pasamos a revisar, las demandas han fracasado debido a que se formularon erróneamente en términos de buscar una responsabilidad contractual.

En la causa "Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela"⁷⁹ las partes habían acordado verbalmente la compraventa de un terreno de propiedad del demandado, fijando todos los aspectos del mismo e incluso procediendo al pago del precio y a la entrega material del terreno. Ambas partes sabían que se debía suscribir una escritura pública de compraventa, pero el otorgamiento de la misma se pospuso hasta que el vendedor pudiera sanear los problemas que presentaban sus títulos. Una vez que tal saneamiento tuvo lugar, el vendedor se negó a suscribir la escritura pública de compraventa del terreno, alegando diferencias en los deslindes acordados. El comprador, por su parte, había realizado fuertes inversiones en el terreno y se encontraba llano al otorgamiento de la escritura. El demandante solicitó que se declarara que el demandado estaba obligado a suscribir la escritura pública de compraventa, pidiendo en subsidio indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. Evidentemente no se podía condenar al vendedor a suscribir la escritura de compraventa, puesto que no existía ningún contrato que lo obligara a ello (la compraventa no se hallaba perfeccionada ni se había celebrado un contrato de promesa). Por lo

⁷⁶ Ejemplos de estos supuestos se encuentran en las siguientes sentencias: *Forestal Bto-Bto S.A. con Madesal* (1996), *Jiménez Mira con Armijo Cerda* (2011).

⁷⁷ *Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino* (1948). Ver texto que sigue a nota 13 arriba.

⁷⁸ LEÓN HURTADO (1991), pp. 58-59.

⁷⁹ *Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela* (2001).

mismo, tampoco se le podía conceder una indemnización por incumplimiento contractual, ya que no existía ningún contrato que se hubiese incumplido. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones⁸⁰ intentaron proteger al demandante, otorgándole indemnización de perjuicios, pero fundándose en bases distintas: el primero se basó en la responsabilidad extracontractual del demandado, y la segunda en la responsabilidad precontractual del mismo (sin determinar si era contractual o extracontractual). La sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca incluso señala que se comparte la opinión del profesor Rosende Álvarez, quien sostiene la subsistencia del derecho de retracto mientras no se haya perfeccionado el contrato solemne mediante el cumplimiento de la respectiva solemnidad, sin perjuicio de la obligación del que se retira, fundada en la buena fe, de indemnizar a su contraparte por los daños causados⁸¹. La Corte Suprema⁸², en cambio, consideró que la acción del demandante se basaba en el artículo 1489 del Código Civil (acción de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios). Por tanto, casó de oficio la sentencia de la Corte de Apelaciones por el vicio de *ultra petita*, dictando una sentencia de reemplazo en la que sostuvo que debido a que el contrato de compraventa no se había perfeccionado y la existencia de un contrato de promesa no se había probado, no era posible pedir un cumplimiento contractual y, debido a que la indemnización demandada era por incumplimiento contractual, ésta tampoco era procedente, rechazando la demanda en todas sus partes.

En el caso "Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo S.A."⁸³ se había acordado la venta de un fundo de propiedad del banco al demandante. El demandante ya estaba en posesión de la propiedad, con el conocimiento del banco, porque el demandante había pagado una suma de dinero a la dueña anterior para que esta última pudiera pagar al banco el saldo de precio adeudado y le vendiera directamente la propiedad al demandante. Sin embargo, la dueña anterior no pagó al banco y éste ejecutó la hipoteca. El demandante pidió al banco en distintas ocasiones que firmaran un contrato de promesa de compraventa, pero el banco respondió que no era necesario y que el contrato definitivo de compraventa se celebraría en cuanto el demandante demostrara que tenía los

⁸⁰ *Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela* (1997), invalidada y reemplazada por *Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela* (1999).

⁸¹ *Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela* (1999), considerando Sexto.

⁸² *Luna Espinoza con Bobadilla Valenzuela* (2001).

⁸³ *Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo S.A.* (2006).

fondos para pagar la primera cuota del precio. El demandante alegó que hizo esto mediante la entrega de un pagaré por dicho monto a un notario y también pagando al banco un monto que se le pidió para cubrir gastos. El banco envió a dicha notaría un borrador del contrato de compraventa y cuando el demandante fue a firmarlo (alrededor de un mes después) supo que el banco había vendido la propiedad a otra persona, la cual estaba, en ese mismo momento, firmando la escritura de compraventa. El demandante demandó al banco por la retractación unilateral del cumplimiento de un “contrato preparatorio de compraventa”, pidiendo indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. La Corte Suprema⁸⁴ estuvo de acuerdo con la Corte de Apelaciones de Santiago⁸⁵, la cual había adoptado la doctrina clásica, en cuanto a que el demandante no había tenido una voluntad firme de formalizar su consentimiento mediante la firma de la escritura de compraventa y concluyó que ningún acuerdo que originara obligaciones existía y que, por tanto, no era posible que existiera un incumplimiento que diera lugar a una indemnización contractual. Sin embargo, en la opinión minoritaria del ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, procedía otorgar una indemnización de perjuicios en sede contractual por incumplimiento de un contrato preparatorio diferente a la promesa de contrato: el cierre de negocios. Pareciera que el señor ministro sigue la argumentación de Rosende Álvarez.

En la causa “Sepúlveda González con Lacoste Morgado”⁸⁶ las partes habían negociado la compraventa de una propiedad. Según el demandante, habían acordado verbalmente que celebrarían el contrato de compraventa más adelante. El demandante efectuó mejoras en la propiedad y la ocupó en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con la demandada. El demandante alegó que había enviado a la demandada un borrador de promesa de compraventa en varias oportunidades, pero que no se había firmado. Luego de unos meses, la demandada le informó al demandante que sólo le vendería a un precio mucho mayor y que la renta de arrendamiento también era un monto muy superior al acordado. El demandante desocupó la propiedad debiendo la renta y demandó indemnización de perjuicios por “incumplimientos contractuales” en relación con un “acuerdo de compraventa”. La Corte Suprema⁸⁷ ratificó el fallo de la

⁸⁴ *Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo S.A.* (2006), considerando Octavo.

⁸⁵ *Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo S.A.* (2003).

⁸⁶ *Sepúlveda González con Lacoste Morgado* (2011).

⁸⁷ *Sepúlveda González con Lacoste Morgado* (2011).

Corte de Apelaciones de San Miguel⁸⁸, el cual adoptaba la doctrina clásica, y consideró que la demanda fallaba porque no existía un contrato de promesa, porque no se había probado que las partes habían alcanzado el acuerdo alegado por el demandante. También sostuvo que no había sido alegado ni probado que las negociaciones se habían roto de una manera intempestiva, sino que sencillamente las negociaciones habían fracasado. Finalmente, sostuvo que el artículo 2329 del Código Civil no había sido infringido ya que el mismo no dice relación con la demanda, pues en ésta se alegó el incumplimiento de acuerdos precontractuales y no una conducta culpable de la demandada.

En otros fallos se ha adoptado la doctrina moderna sobre formación del consentimiento en los contratos solemnes y se han aclarado los efectos que produce un cierre de negocios, los cuales son distintos a los de un contrato de promesa. Esta jurisprudencia más reciente es bienvenida por cuanto subsana la confusión presente en algunos fallos anteriores en cuanto a los efectos que produce el incumplimiento de un cierre de negocios. Por ejemplo, en una sentencia de 2010, la Corte Suprema indicó que un acuerdo preliminar, como el cierre de negocios, no necesariamente corresponde concretarlo en un contrato preparatorio de promesa, el que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1554 del Código Civil, requiere de mayores especificaciones, sin perjuicio que ambos generan obligaciones personales de celebrar un contrato posterior⁸⁹. Una primera causa que cabe destacar en la jurisprudencia más reciente es “Territoria S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada”, en la que la Corte Suprema declaró que la acción a pedir cuando un contrato de compraventa de un inmueble no se ha perfeccionado debido a la negativa de una de las partes de otorgar la solemnidad, aunque el consentimiento para celebrar el contrato ya se ha formado, es una indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual (regida por las normas de la responsabilidad extracontractual), y no el cumplimiento forzado de un contrato que no se ha perfeccionado. Ello es así aunque se acepte (según lo alegado por el demandante) que un acuerdo para concluir un contrato de compraventa (diverso al contrato de promesa) constituye un contrato innominado válido⁹⁰. Esta postura ha sido ratificada en la causa “Lange Haensgen con Ibáñez Santa María” en la cual la Corte Suprema rechazó la pretensión

⁸⁸ *Sepúlveda González con Lacoste Morgado* (2010).

⁸⁹ *Zirotti Bruning con Segovia Montealegre* (2010), considerando Decimocuarto.

⁹⁰ *Territoria S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada* (2012), considerando Duodécimo de la sentencia de reemplazo.

del demandante de que se había concluido un contrato preparatorio, diverso a un contrato de promesa, que daba lugar a la obligación de celebrar el contrato de compraventa, declarando la Corte que el contrato de promesa regulado en el artículo 1554 del Código Civil es el contrato preparatorio destinado a generar la obligación de celebrar otro contrato; lo cual no impide que puedan existir otros acuerdos preparatorios, cuyo objeto no sea la celebración de un contrato como, por ejemplo, pactos de preferencia, acuerdos de exclusividad, contratos que obligan a negociar o incluso contratos que organizan el proceso de las negociaciones. Al mismo tiempo, la Corte reconoció que era posible indemnizar los perjuicios precontractuales sobre la base de las normas de la responsabilidad extracontractual (lo que no se invocó en este caso)⁹¹.

Esto se ve de alguna manera reafirmado en la causa "Urrea Fuentes con Corpbanca", en la cual se formó el consentimiento para celebrar un mutuo hipotecario, pero el contrato de mutuo (contrato real) no se perfeccionó porque el banco finalmente no entregó el dinero al demandante. La Corte Suprema otorgó una indemnización de perjuicios al demandante, pero la sentencia no es clara en cuanto al fundamento sobre el cual se concede la indemnización: si se trata de ruptura de negociaciones, revocación de una oferta, revocación de una aceptación o incumplimiento de un preacuerdo⁹². Sin embargo, estimamos que es posible considerar a este caso como un cierre de negocios respecto de un contrato real, es decir, como un caso en que se ha formado el consentimiento, pero no se ha perfeccionado el contrato real por la negativa de proceder a la entrega del dinero. En un caso similar, la demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de mutuo hipotecario fue rechazada, declarándose que la demanda debió haber sido por indemnización de perjuicios extracontractual⁹³.

Estimamos que la postura sostenida por la Corte Suprema en "Territoria con Inmobiliaria Leja" y en "Lange con Ibáñez" es la correcta. En este tipo de casos no procede intentar obtener la conclusión forzada de la compraventa de un inmueble con base en un "cierre de negocios" u otro acuerdo preparatorio atípico que no cumpla con los requisitos para constituir una promesa, así como tampoco procede solicitar una indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. Lo que procede es pedir una indemnización de

⁹¹ *Lange Haensgen con Ibáñez Santa María* (2015), considerando Octavo.

⁹² *Urrea Fuentes con Corpbanca* (2012).

⁹³ *Mendoza Lara con Banco Santander Banefe* (2014).

perjuicios en sede extracontractual por responsabilidad precontractual por la negativa de otorgar la solemnidad. Lo mismo es aplicable cuando se trata de contratos reales en que se ha formado el consentimiento y no se ha procedido a la entrega de la cosa, sobre la base de la decisión de la Corte Suprema en "Urrea con Corpbanca". Sin embargo, al no estar esto claramente definido, en la mayoría de estos casos no se ha podido proteger a los demandantes porque los mismos han demandado en sede contractual, fundado en incumplimientos de contratos definitivos que no se han celebrado, en contratos de promesa que no existen, o en acuerdos innominados, como el cierre de negocios, que no pueden generar la obligación de celebrar el contrato definitivo.

2. En los contratos consensuales

En la visión de Rosende Álvarez del cierre de negocios como un acuerdo en que el consentimiento se encuentra formado, pero no se ha cumplido aún con la correspondiente solemnidad o con la entrega de la cosa⁹⁴, el cierre de negocios no tendría aplicación en los contratos consensuales, ya que en ellos la formación del consentimiento coincide con la celebración del contrato. Sin embargo, si se sigue la visión de Puelma Accorsi del cierre de negocio como un contrato que se caracteriza por la estipulación de obligaciones recíprocas de pagar una cantidad de dinero para el caso que el contrato definitivo no se celebre en la fecha que corresponda, siempre que una de las partes esté dispuesta a celebrarlo⁹⁵, el cierre de negocio podría operar en el ámbito de las negociaciones para la celebración última de un contrato consensual, ya que el cierre de negocio no se podría confundir con el contrato definitivo que se busca y estaría dotado de mayor eficacia en caso de que no se celebre el contrato definitivo. Bajo la tesis de Abeliuk, la celebración de un cierre de negocios en la negociación de un contrato consensual también sería posible, pero estimamos que en su visión la estipulación de una multa en caso de no celebración del contrato buscado no es lo que esencialmente caracteriza a este acuerdo⁹⁶. Es probable que, en la práctica, el cierre de negocios se confunda con otros tipos de acuerdos preliminares precontractuales que frecuentemente se celebran en el ámbito de negociaciones de importantes

⁹⁴ Ver texto que sigue a nota 48 arriba.

⁹⁵ Ver texto que sigue a nota 52 arriba.

⁹⁶ Ver texto que sigue a nota 58 arriba.

contratos consensuales como, por ejemplo, en operaciones de financiamiento y en operaciones de compra de empresas, especialmente cuando se trata de contratos internacionales. De esta forma, un cierre de negocios se podría confundir, por ejemplo, con un *memorandum of understanding*⁹⁷, *letters of intent*⁹⁸, *terms of agreement*, *heads of agreement* u otro documento similar, cuya obligatoriedad y efectos dependerán del contenido específico que les den las partes y de la ley que resulte aplicable, por lo que es recomendable que indiquen expresamente en el documento si existe o no la intención de quedar vinculados contractualmente⁹⁹.

V. CONCLUSIONES

El cierre de negocios es una figura atípica en nuestro Derecho y estimamos que su uso puede generar más problemas que beneficios en la práctica. El punto de partida ya es problemático puesto que no hay acuerdo en la doctrina en cuanto a qué constituye un cierre de negocios, pudiéndose distinguir al menos dos grandes lineamientos: el de Rosende Álvarez que identifica al cierre de negocios como un consentimiento formado pero imperfecto para perfeccionar un contrato real o solemne, y el de Puelma Accorsi que ve en el cierre de negocios un contrato que genera obligaciones recíprocas de pagar una multa en el evento que no se celebre el contrato definitivo. Esta divergencia doctrinal y falta de regulación del período de las negociaciones, y de los acuerdos que se pueden alcanzar durante las mismas, han llevado a confusiones al momento de litigar y a sentencias en ocasiones erradas. Ello nos lleva a cuestionar la conveniencia de utilizar el cierre de negocios como instrumento que manifiesta la existencia de un acuerdo respecto de la futura celebración de un contrato real o solemne. A pesar de que razones de ahorro de tiempo y de costos legales podrían llevar a las partes a preferir cierres de negocios en vez de contratos de promesa, estimamos que, salvo que se estipulen muy claramente las cláusulas del cierre de negocios, otorgándole obligatoriedad y eficacia en cuanto a que se deberá pagar una multa en el evento que cualquiera de las partes se niegue a perfeccionar el contrato, sigue dando mayor certeza jurídica a las partes

⁹⁷ MARÍN (2012), pp. 286 y siguientes.

⁹⁸ CARRASCO PERERA (2010), pp. 125 y siguientes.

⁹⁹ ACUNA (2002), p. 176.

el derechamente acordar un contrato de promesa que cumpla con todos los requisitos del artículo 1554. Además, al preferir la vía de la promesa, quedan indiscutidamente disponibles todos los efectos que se producen por el incumplimiento de un contrato, incluyendo el pedir el cumplimiento forzado del contrato definitivo, que últimamente es lo que usualmente buscan las partes. Por otro lado, en el caso de la negociación de contratos consensuales, también nos merece duda el que el cierre de negocios sea más útil que una promesa, si lo que se busca es últimamente celebrar un contrato definitivo. En estos contratos creemos que el cierre de negocios sólo presta una real utilidad si contiene la estipulación de una multa recíproca en caso de negativa de cualquiera de las partes de celebrar el contrato definitivo, pero en tal caso puede resultar difícil distinguir a un cierre de negocios de una cláusula penal o, mejor dicho, de un contrato penal. Además, en el ámbito de la contratación internacional se corre el riesgo de que el uso de la terminología "cierre de negocios" sólo genere confusiones en relación con otros documentos preliminares de frecuente uso en el tráfico comercial. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico existe una clara necesidad de otorgar parámetros de certeza jurídica a los operadores jurídicos cuando utilizan instrumentos como el llamado cierre de negocios, el cual parece ser de uso cada vez más frecuente en nuestro país, al menos en el ámbito de la compraventa de inmuebles.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago: Legal Publishing Chile, tercera edición.
- ACUÑA SBOCCIA, Guillermo (2002). "El contrato internacional. Problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento", en Hernán CORRAL y Guillermo ACUÑA (editores). *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad*. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 6. Santiago: Ediciones Universidad de los Andes.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno (Título 35 del Libro IV del Código Civil)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1993). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- ARENAS GARCÍA, Rafael (2012). "Contratos internacionales de negociación", en María Fernanda VÁSQUEZ y José Carlos FERNÁNDEZ (directores). *Derecho mercantil internacional. La unificación del Derecho privado*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2010). *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. Santiago: LegalPublishing, segunda edición.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010). "Las cartas de intenciones", en José María ÁLVAREZ y Ángel CARRASCO (directores). *Adquisiciones de empresas*. Navarra: Editorial Aranzadi, tercera edición.
- CELEDÓN, Rosario y SILBERMAN, Patricia (2010). *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO SOLAR, Luis (1937). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Tomo XI De las obligaciones II. Santiago: Imprenta Nascimento.
- CLARO SOLAR, Luis (1992). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Volumen V, Tomo XI De las obligaciones II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2016). *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I. Santiago: Legal Publishing Chile, cuarta edición actualizada.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2016). *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo II. Santiago: Legal Publishing Chile, cuarta edición actualizada.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: LegalPublishing Chile, segunda edición actualizada.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012). *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE LA MAZA, Iñigo (2006). "El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual", en Iñigo DE LA MAZA (editor). *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2010). *Responsabilidad civil. Casos prácticos*. Santiago: AbeledoPerrot, quinta edición.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2013). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.

- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1996). "Comentarios de jurisprudencia 1. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Retiro inmotivado de las negociaciones preliminares". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 199. Concepción. Enero-junio.
- DUCCI CLARO, Carlos (2016). *Derecho Civil. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición.
- EILER RAUCH, Sara (1935). *De la Formación del Consentimiento en los Contratos*. Santiago: Editorial Nascimento.
- FAGGELLA, Gabriele (1906). "Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica", en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, volumen III.
- FUEYO LANERI, Fernando (1964). *Derecho Civil*, Tomo Quinto: Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Volumen II: Contratos preparatorios, Volumen II 1. Santiago: Imprenta y Lito. Universo, segunda edición.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2000). "Comentario crítico", en Fundación Fernando Fueyo Laneri. *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Título preliminar, teoría de la imprevisión, contratos preparatorios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters, sexta edición.
- MARÍN NARROS, Héctor (2012). *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*. España: Bosch Editor.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2002). *Contratación comercial moderna*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000). "Los contratos preparatorios. Ponencia principal", en Fundación Fernando Fueyo Laneri. *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Título preliminar, teoría de la imprevisión, contratos preparatorios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RISUEÑO FERRARO, Manuel María (1933), *De las obligaciones precontractuales*. Santiago: Soc. Imp. y Lito. Universo.

- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979). *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- ROSENDE, Hugo (1996). "La responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes", en Enrique PÉREZ *et al. Instituciones modernas de Derecho Civil: Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur.
- ROSSEL, Mario (1966). *La indemnización de perjuicios en la formación del consentimiento y en el contrato de transporte terrestre*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago: Editorial Universitaria.
- SALEILLES, Raymond (1908). "De la responsabilidad precontractual a propósito de un estudio sobre la materia". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Año V N° 6. Santiago, mayo.
- SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1994). *Teoría del consentimiento*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur.
- VARELA, Raúl (1966). *Derecho Comercial. Obligaciones y contratos*, Tomo III. Santiago: Editorial Universitaria.
- ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita (2008). *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*. Santiago: LegalPublishing, tercera edición.

NORMAS CITADAS

- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Código de Minería.
- Ley N° 19.281, Establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa. *Diario Oficial*, 27 de diciembre de 1993.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Caja de Crédito Popular con Schiavetti viuda de Maino, Teresa y otros (1948): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948 (acción de indemnización de perjuicios), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 46, 1949, 2ª parte, sección 2ª, p. 48.

- Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996): Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996 (indemnización de perjuicios), rol 1374-93. Ratificada por sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999.
- Haury con Geisser (1935): Corte de Apelaciones de Temuco, 5 de agosto de 1935 (nulidad de contrato), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 34, 1937, 2ª parte, sección 2ª, p. 28.
- Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles (2011): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011 (casación en el fondo), rol 1872-2010.
- Lange Haensgen, Hans Walter con Ibáñez Santa María, Adolfo (2015): Corte Suprema, 23 de septiembre de 2015 (casación en el fondo), rol 1077-15.
- Luna Espinoza, Juan con Bobadilla Valenzuela, Sergio (2001): Corte Suprema, 22 de noviembre de 2001 (casación de oficio), rol 2217-2000, *Gaceta Jurídica*, Año 2001, noviembre, N° 257, p. 70.
- Luna Espinoza, Juan con Bobadilla Valenzuela, Sergio (1999): Corte de Apelaciones de Talca, 8 de noviembre de 1999 (juicio ordinario), rol 53423, *Gaceta Jurídica*, Año 2001, noviembre, N° 257, p. 63.
- Luna Espinoza, Juan con Bobadilla Valenzuela, Sergio (1997): Primer Juzgado de Letras Civil de Talca, 31 de marzo de 1997 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios), rol 76330, *Gaceta Jurídica*, Año 2001, noviembre, N° 257, p. 56.
- Mendoza Lara, Patricia con Banco Santander Banefe (2014): Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de septiembre de 2014 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato), rol (114-2014). Ratificada por sentencia de la Corte Suprema de 4 de junio de 2015, rol 27186-2014.
- Sepúlveda González, Abel con Lacoste Morgado, Marcela Paz (2011): Corte Suprema, 22 de septiembre de 2011 (casación en el fondo), rol 4170-2010.
- Sepúlveda González, Abel con Lacoste Morgado, Marcela Paz (2010): Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de abril de 2010 (indemnización de perjuicios), rol 17-2010.
- Sepúlveda Rey, Jorge con Banco del Desarrollo S.A. (2006): Corte Suprema, 10 de octubre de 2006 (casación en el fondo), rol 486-2004, Legal Publishing N° 35392.

- Sepúlveda Rey, Jorge con Banco del Desarrollo S.A. (2003): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de noviembre de 2003 (indemnización de perjuicios), rol 7900-2000, Legal Publishing N° 35392.
- Territoria S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada (2012): Corte Suprema, 31 de agosto de 2012 (casación de oficio), rol 3647-2012.
- Urrea Fuentes, Cristián con Corpbanca (2012): Corte Suprema, 12 de abril de 2012 (casación en el fondo), rol 218-2011.
- Zirotti Bruning, Carlos Camilo con Segovia Montealegre, Joaquín y otra (2010): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2010 (casación en el fondo), rol civil 2723-2009.

A PROPÓSITO DEL CASO DE OBLIGACIÓN NATURAL DEL
ARTÍCULO 1470 N° 4° DEL CÓDIGO CIVIL*

JAIME ALCALDE SILVA**

El presente trabajo pretende delimitar el alcance del caso de obligación natural mencionado en el artículo 1470 N° 4° del Código Civil, el cual se refiere a aquellas obligaciones que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba. El supuesto fue de introducción tardía en el proceso de elaboración del Código Civil y proviene de las Partidas, donde existían además otros dos casos semejantes que no pasaron al código. En éste, el rechazo de la demanda presentada por el acreedor debe decir relación sólo con defectos probatorios, vale decir, con la falta de aportación de los medios suficientes para dar por establecida la existencia de la obligación. Por consiguiente, no tienen el carácter de obligación natural los casos en que la demanda se rechaza por consideraciones de fondo, de orden procesal, por un error del juez o porque el defecto probatorio incide en la determinación de la cuantía de la prestación, pero no en su existencia. En todos ellos, la procedencia de una nueva demanda del acreedor quedará condicionada a la concurrencia de la cosa juzgada o la prescripción extintiva como reglas de clausura del sistema patrimonial, las que determinarán la suerte de la cuestión debatida.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1470 CC abre la clasificación de las obligaciones distinguiéndolas en civiles y naturales según si conceden o no acción al acreedor para solicitar el cumplimiento de la prestación. Dentro de esa partición, las obligaciones

* El autor agradece los comentarios efectuados por los Profesores Patricio Carvajal Ramírez y José Joaquín Ugarte Godoy después de la lectura de la ponencia que este trabajo desarrolla.

** Profesor asistente de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, 832000 - Santiago de Chile. jcalcald@uc.cl.