

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

En cumplimiento a lo ordenado en el fallo precedente y lo estatuido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTO:

Se reproduce el fallo en alzada, y lo expresado en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia de casación, y teniendo en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que, como se precisó en la sentencia de casación, el hecho ilícito en que se fundamenta la responsabilidad extracontractual demandada lo constituye tanto el retiro intempestivo y unilateral de las negociaciones con recepción y uso de información relevante, así como la pérdida de oportunidad de ofertar el proyecto a otros actores del mercado o participar de los llamados de CORFO para la investigación de materias relativas al estudio de los demandantes.

El fallo de primera instancia indica en sus motivos vigésimo segundo y vigésimo tercero que existieron tratativas preliminares con el fin de buscar apoyo a cuyo propósito, los demandantes, contactaron a José Elorriaga Uribe, para que buscara interesados en desarrollar su proyecto y éste no tenía limitaciones o restricciones en su búsqueda; en este contexto, precisa luego, las partes tienen derecho a interrumpir las negociaciones si no se concretan ciertos requerimientos, siendo necesario acreditar los requisitos propios de la responsabilidad extracontractual. Al efecto, precisó en su considerando vigésimo tercero, que no existió prueba sobre la existencia del hecho ilícito, *“pues hubo tratativas dentro de un marco donde existían diversos estudios al respecto”* y tampoco se probó *“que la demandada aportara algún conocimiento relevante confidencial pues en la postulación al proyecto Corfo, postuló con otras instituciones investigadoras y es la propia parte demandante quien*



reconoce en su observación a la prueba que no puede probar si la demandada aportó o no conocimiento confidencial’.

Como puede observarse, la parte demandante vinculó, en la construcción de su demanda, tanto la entrega de material confidencial como la utilización de éste en el proyecto CORFO en que participó la demandada junto a otras empresas e instituciones, elementos esenciales que no han sido establecidos en el proceso, tal como refiere latamente el fallo de primera instancia que se revisa.

SEGUNDO: Que conviene, asimismo, recordar que la doctrina ha señalado que la regulación legal, en materia civil, de la formación del consentimiento no recoge la realidad práctica, en cuanto, previo a la oferta, suele existir un período anterior de negociación o tratativas preliminares, cuyo es el caso de lo alegado en esta causa.

El tema ha sido objeto de un muy detallado análisis a fin de establecer si, en esta etapa previa a la formación del contrato, podría o no surgir una responsabilidad para los partícipes de la negociación; responsabilidad que suele denominarse “*precontractual*”

Sobre la materia, es necesario considerar que durante el período precontractual aún no hay intención de obligarse, sino que existe libertad para negociar, debatir distintas posturas, y así explorar si es o no bueno contratar, intercambiando información.

La *doctrina tradicional* señala que el principio que impera es el de la libertad de contratar y, por lo tanto, hay ausencia de obligaciones. Consecuentemente, no existe reproche si hay un desistimiento unilateral y no hay responsabilidad porque se ejerce el libre derecho de desistirse del eventual contrato, aunque haya daños.

La *doctrina moderna*, en cambio, cree que si puede haber responsabilidad.

Al respecto, Faguella sostiene que habrá responsabilidad cuando una de las partes se retira arbitrariamente de las negociaciones, y es



arbitrario cuando hay una violación de la confianza que se genera al consentir, al tratar, o bien cuando se viola el “pacto de garantía” al negociar, que tiende a resguardar que las negociaciones seguirán su curso normal hasta llegar a la celebración de un contrato o hasta el fracaso de las negociaciones, por existir intereses económicos irreconciliables. (citado por Saavedra Galleguillos, Francisco (2004), “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en Revista *Lex et veritas*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK, Santiago, Editorial Metropolitana, Vol. 2. p. 85)

Se critica a Faguella por su extrema rigidez; nadie negociaría en esas condiciones. Por lo mismo, otros autores afirman que no puede haber responsabilidad sin culpa; y hay culpa cuando se infringen los usos impuestos y la equidad comercial. En la misma línea, Barrientos afirma que la confianza que se ha creado en el otro, apreciable objetivamente, y su infracción intencional por uno de los tratantes y que origina un daño patrimonial, supone desprestigiar la buena fe. (Barrientos Zamorano, Marcelo (2010): *Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato* (Legal Publishing, segunda edición, enero de 2010, pp. 53 y 55)

Según Roppo, así como el aceptante que experimenta la retractación puede tener derecho al contrato o derecho al resarcimiento, conforme a lo que logre probar y argumentar en torno de la oportunidad o inoportunidad de aquella, lo mismo vale para la parte involucrada en la formación progresiva del contrato, y sorprendida por la salida de la contraparte que abandona una tratativa que está bastante avanzada, o prácticamente concluida. Si prueba que el contrato se ha formado, tiene derecho al contrato, en caso contrario, tiene derecho, por lo menos, al resarcimiento. (Roppo, Vincenzo (2004): “Divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos” en *Estudios sobre el Contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (V.V.A.A.) (trad. Leysser L. León, Lima, ARA Editores, segunda edición,



p. 512.) Tal indemnización –afirma Monateri– se limita al *interés negativo* y no puede extenderse al perjuicio sufrido por la frustrada celebración del contrato. (Monateri, Pier Guiseppe (2004): “La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano” en *Estudios sobre el Contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, V.V.A.A. (trad. Leysser L. León, Lima, ARA Editores, segunda edición, p. 533).

Rosende, por su parte, señala que para que nazca responsabilidad precontractual se requiere:

a. Que exista consentimiento en las tratativas preliminares o acuerdo en negociar. Siempre se debe respetar el principio de la libertad para negociar (decidir si se contrata o no), pero cuidando de respetar el patrimonio ajeno. Las partes deben ejercer su libertad dentro del marco de la buena fe que morigera lo anterior. Si se viola la buena fe negociando y se causa un daño con culpa, cabe la indemnización pues se está cometiendo un ilícito civil. Si el hecho es ilícito hay un delito civil. Si el hecho es lícito, también podría haber responsabilidad precontractual, pues puede tratarse de un caso de enriquecimiento sin causa.

b. Que se hayan efectuado gastos por una de las partes en vías del contrato. Hay que distinguir:

- si *las partes han estipulado* la forma en que se han de solventar los gastos, accidentes, etc., regirá el acuerdo entre las partes de la negociación y habrá, consecuentemente, responsabilidad contractual;

- en cambio, *si no se ha estipulado nada al respecto*, será necesario determinar quién paga por ellos en la etapa de negociación. Para este efecto, será menester dilucidar si los gastos se realizaron antes de la negociación o durante ella. (i) Respecto de los gastos incurridos antes de la negociación, estos son de cargo de quien los realiza, por ejemplo, gastos por publicidad, porque ceden en beneficio propio, salvo que otro se haya aprovechado también de los mismos pues, en ese caso,



habría enriquecimiento sin causa en la medida que no sea motivo de lucro para quien se empobreció. (ii) Respecto de los gastos incurridos durante las tratativas, deberá distinguirse quién soportó el gasto y a quién beneficia. No hay derecho a reembolso respecto de los gastos que se hacen por iniciativa propia y que ceden, también, en beneficio propio. En cambio, tratándose de los gastos incurridos por iniciativa propia y que benefician a ambos, habrá derecho a repetir cuando existe enriquecimiento sin causa.

c. *Debe existir un retiro unilateral de las negociaciones contrario a la buena fe.* Desde el momento en que tiene lugar un retiro, se materializa el riesgo de no realizar el negocio, existe certeza de la no realización del negocio. Sin embargo, por ese solo hecho no hay responsabilidad, porque si así fuera nadie negociarían. Hay que buscar un equilibrio entre la libertad para negociar y el respeto al patrimonio ajeno, y ese equilibrio es la buena fe. (Rosende Álvarez, Hugo (1979), *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979, páginas 29 a 35).

TERCERO: Que esta Corte Suprema (SCS Rol N° 45.515-2017) ha tenido ocasión de referirse al tema que se analiza y lo ha hecho en los siguientes términos:

“*Cuarto:* Que las tratativas contractuales o precontractuales constituyen diálogos, intercambios de información y evaluaciones de factibilidad preliminares que preceden a la asunción de obligaciones contractuales y permiten a los negociantes establecer los términos del contrato que procuran celebrar.

Acerca de la responsabilidad precontractual Rudolf von Ihering forjó la teoría de la culpa *in contraendo* apuntando que la diligencia propia del contrato no sólo se exigía en las relaciones ya establecidas, sino también en las relaciones contractuales en vías de formación.



En nuestro país, el profesor Hernán Corral Talciani al abordar esta materia expresa que *“las reglas de responsabilidad aplicables a los casos de obligaciones legales relacionadas con la oferta deben ser complementadas por las normas de la responsabilidad extracontractual. En caso del cierre de negocios, no parece sencillo visualizar un verdadero cuasicontrato, ya que existe una convención (oferta aceptada). Por ello su incumplimiento originará responsabilidad contractual, pero siempre y cuando sea reconocido como válido y eficaz como convención innominada”*. Añade que *“en caso contrario la responsabilidad por su ruptura será extracontractual por violación del principio general de la buena fe”* (Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, febrero de 2004, pág. 43).

Quinto: Que en el mismo sentido Enrique Barros Bourie expresa que *“mientras no haya consentimiento, no nacen obligaciones contractuales entre las partes, pues éstas tienen por antecedente necesario la voluntad de obligarse (artículo 1445). Sin embargo, ya 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 preparatorios, cuya interpretación y efectos pertenecen al derecho de los 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”* (Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 2006, págs.. 1003-1004).

De lo antes expuesto es posible colegir que el caso sub lite debe ser resuelto a la luz de lo dispuesto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, toda vez que las tratativas preliminares llevadas a cabo por las partes no concluyeron con la celebración de un contrato y, por ende,



éstas no quedaron vinculadas por convención alguna. Lo expuesto descarta la aplicación de los artículos 97 a 109 del Código de Comercio, de manera que cabe desechar los errores de derecho en que se funda el presente arbitrio, en tanto no se refieren al régimen de responsabilidad aplicable en la especie.

Sexto: Que la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. El primero de ellos estatuye que *“el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. Esta responsabilidad civil surge cuando se verifica un hecho voluntario, ilícito, imputable, que ha sido la causa de un daño a las personas.

Al efecto, durante las tratativas preliminares no existe un vínculo contractual pero las partes se encuentran vinculadas por una relación de confianza, que da lugar a determinados deberes de conducta exigibles, particularmente deberes precontractuales. *“Estos deberes precontractuales dependerán de las circunstancias concretas del caso, pero se suelen señalar dentro de estos, el deber de información, protección y confidencialidad, en este sentido no hay duda de la existencia de dichos deberes, los que son regidos en gran medida por criterios de lealtad en las negociaciones”* (Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N° 1, año 2012, Universidad de Talca, “Algunas Consideraciones sobre el deber de información en las tratativas preliminares: un análisis desde el Código Civil Chileno”, Diego Matías Valdés Quinteros).

El citado autor sostiene que cada parte espera de la otra que se comporte conforme a la buena fe, de manera que la oferta de contratar y la negociación contractual conlleva los deberes de cooperación y lealtad, ello implica que en este tipo de responsabilidad civil deben estar presentes los siguientes elementos: a) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado;



b) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes; y c) 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.

El ilícito en este caso 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 sería la ruptura intempestiva de las negociaciones. Por ende, *“la regla general será que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), 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).

En iguales términos el profesor Marcelo Barrientos Zamorano afirma que *“La buena fe en la etapa in contrahendo requiere hablar claro, evitar hacer afirmaciones inexactas o guardar silencio sobre ciertas informaciones que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato”*. Considera el autor que *“La confianza creada, apreciable objetivamente, y su infracción intencional por uno de los tratantes, que origina un daño patrimonial, supone desprestigiar la buena fe”* (*“Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato”*, Legal Publishing, 2º Edición, enero de 2010, págs. 53 y 55).

Séptimo: Que tratándose de la responsabilidad extracontractual en el contexto de las tratativas preliminares es importante recalcar que el retiro durante esta fase es un derecho para las partes, pero ello no excluye la responsabilidad por los daños que se generen por aquel que se desiste sin causa o arbitrariamente. Es así como el profesor Barros afirma que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones no tiene jamás por antecedente el mero hecho de que el contrato no llegue a celebrarse,



sino las hipótesis en que una parte ha abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole daño (ob. cit., pág. 1008).

En el mismo sentido el profesor Barrientos refiere que *“Llegados a aquel instante de la negociación en que la confianza en el actuar del otro es asumida como parte de la continuación de las mismas, y habiendo sido lograda ella a través de acciones o prácticas que de ordinario hacen presumir tal confianza en el curso normal o previsible de los negocios de acuerdo a la práctica jurídica, la ruptura intempestiva e injustificada de las negociaciones preliminares aparece como ilegítimo ejercicio de libertad de parte de una de ellas”* (ob. cit., pág. 59).

Para que opere el resarcimiento por el retiro intempestivo se requiere que la negociación esté en un estado de avance tal que exista acuerdo acerca de los aspectos esenciales del contrato que se discute, como también que el demandado haya creado en la contraparte la certeza de que la negociación concluirá en un contrato. *“La responsabilidad por ruptura de las negociaciones debe ser entendida de mejor manera a la luz del abuso de una potestad jurídica, que no exige intención de dañar pero sí una grave desconsideración del interés de la contraparte que es incompatible con la buena fe”* (Barros, ob. cit., pág. 1012).”

CUARTO: Que, en la misma línea en que se viene razonando, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido oportunidad de pronunciarse, todavía con mayor precisión, acerca de los requisitos y condiciones para que la infracción o retiro de las tratativas preliminares puede ser fundamento de responsabilidad extracontractual.

Como punto de partida en su determinación, se ha expresado que toda persona tiene la posibilidad de concluir los contratos que estime pertinente y con quien lo crea apropiado, sin embargo, se ha indicado *“...las partes intervinientes tienen la obligación de obrar dentro de los límites de la buena fe que debe manifestarse en una conducta leal y*



honestas, poniendo cada una lo necesario para que el contrato se llegue a perfeccionar. Los tratos preliminares no obligan a contratar, pues ello sería contrario a la libertad contractual; pero sí la de indemnizar perjuicios si las negociaciones se interrumpen abruptamente, sin causa justificada, porque la libertad contractual no constituye un derecho absoluto, de donde se sigue que no puede ejercerse en forma abusiva, causando con ello daño a la contraparte.” (*Ramón Domínguez Águila, “Responsabilidad extracontractual. Ruptura injustificada de negociaciones avanzadas. Daños causados”, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción N° 204, año LXVI, julio-diciembre 1998, página 187 y 188*).

El fundamento último de la responsabilidad precontractual lo constituye la violación del deber de negociar de buena fe, lo que no constituye una obligación precisa, sino solamente un deber genérico de conducta cuya concreción depende la particular relación que surge entre las partes a partir de la oferta o de las primeras tratativas contractuales. (Corte Suprema Rol 1872-2010).

Desde esta perspectiva el precontrato es una relación jurídica que deja sentada las pautas para dar vida o conducir a los efectos de un contrato definido por lo que como toda relación jurídica crea derechos y obligaciones entre las partes, su ruptura sin fundamento ofrece posibilidad a la parte afectada de intentar las acciones que permitan su satisfacción o simplemente de obligar al cumplimiento del precontrato o reclamar los daños y perjuicios que se deriven de éste.

QUINTO: Que, lo esencial discutido en este caso resulta ser sí el estado de las conversaciones mantenidas por las partes y la entrega de información en las reuniones en que participaron, tenía la entidad suficiente para determinar la ocurrencia de un quiebre en una razonable confianza de la otra parte. Ello implica precisar, entonces, cuál resulta ser el momento en que los interesados, en ejercicio legítimo de su



derecho a no contratar, pierden la libertad de decidir si concluirán o no el contrato donde el retiro requiere de alguna justificación que lo autorice.

En efecto, en escenarios de complejas tratativas, como se evidencia en este caso, dado el largo espacio de tiempo ocurrido desde que habrían comenzado las negociaciones, las partes deben necesariamente asumir un riesgo por el retiro de la otra, a menos que existan elementos que constituyan una apariencia diversa y que inequívocamente demuestren que las voluntades estaban destinadas a la suscripción de un contrato. Así, se ha sostenido que: “...b) para que pueda plantearse la responsabilidad (precontractual) se requiere ante todo que la negociación esté en un estado de avance tal que exista acuerdo acerca de los aspectos esenciales del contrato que se discute (artículo 1444).” La certeza de que se celebrará el contrato como consecuencia del actuar del demandado, resulta ser un elemento esencial para separar el ejercicio legítimo a no contratar, y “Ello puede ocurrir mediante la declaración explícita en tal sentido, pero también mediante la propuesta de realizar actos que suponen esa certeza, como puede ser la invitación a poner término a la actividad que el demandante entonces realizaba, la petición o autorización para efectuar arreglos en la casa que se pretender arrendar u otras igualmente inequívocas”, ya que “... la creación de confianza en la contraparte no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad, porque mientras el consentimiento no está formado conforme a la ley, cada parte deberá contar con que la otra tenga un motivo sobreviniente para desechar el contrato.” (*Enrique Barros Bourie. “Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, año 2006 – reimpresión 2012-, páginas 1010 y 1011).*

SEXTO: Que, de todo lo precedentemente expuesto, es posible concluir que el elemento indicado –certeza de la celebración de un contrato- no concurre en la especie, tal y como fue asentado en la



sentencia que se revisa, tanto porque efectivamente no hay constancia de haberse acreditado el carácter confidencial de la información que formó parte de las conversaciones de las partes, al tratarse de antecedentes contenidos de manera electrónica en internet y de público acceso, y cuanto porque no existen elementos de juicio que sirvan para estimar que el proyecto entregado fuese el mismo utilizado por el consorcio en que participó la demandada junto a otras empresas y entidades en el proyecto de CORFO.

Sin duda, las tratativas sostenidas por las partes no se manifestaron en elementos vinculantes propios de un contrato, aún en etapa de formación, ni se han determinado sus características esenciales, se trata pues de probar qué elementos del acuerdo han dejado de verificarse para determinar que la retractación haya dejado a los demandantes con una legítima expectativa frustrada que no sea aquella íntima derivada de la imposibilidad de desarrollar su proyecto, pues ella sola no alcanza a la afectación de la buena fe objetiva como elemento esencial de la responsabilidad demandada.

En efecto, no se encuentra acreditada en autos la existencia de una ruptura ilícita o retractación intempestiva de las negociaciones habidas entre las partes que vulnere la confianza legítima y constituya un supuesto fáctico susceptible de generar responsabilidad y, por consiguiente, el deber de indemnizar los perjuicios que se reclaman.

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, es necesario dejar asentado que no ha existido prueba ni de las reclamaciones acerca de estas conductas o de los ítems indemnizatorios solicitados por los actores, lo que resulta más evidente tratándose de la solicitud de daño moral, el que se ha fundado en la aflicción y frustración de haber perdido la opción de celebrar un contrato con otro actor del mercado; sin embargo, aquello no es posible presumirlo de la sola ocurrencia del hecho ilícito



que fundamenta la demanda, el que, por lo demás, como se ha dicho, no ha resultado acreditado bajo esta categoría.

No se probó, ni tampoco se rindió prueba acerca de la efectividad de la existencia de una relación vinculante en sede precontractual como tampoco la pérdida de una oportunidad de negocios como daño.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se **confirma**, la sentencia de seis de enero de dos mil diecisiete, dictada por el Tercer Juzgado Civil de Santiago.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Enrique Alcalde R.

Rol N° 29.662-2018



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Guillermo Silva Gundelach, Arturo José Prado Puga, Mauricio Alonso Silva Cancino y María Angélica Cecilia Repetto García y el Abogado Integrante Enrique Alcalde Rodríguez . Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil veintidós.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

