



EL ESTATUS LEGAL DE LOS *HEADS OF AGREEMENT* EN CHILE

Legal Status of Heads of Agreement in Chile

AGUSTÍN MARTORELL A.*

Resumen

Este artículo se refiere al estatus legal de los *heads of agreement* en Chile. Dado que estos instrumentos jurídicos son ampliamente utilizados en Chile, y que no cuentan con una regulación específica, es necesario construir una argumentación para entender sus efectos jurídicos, lo que significa que pueden encuadrarse en regímenes extracontractuales o contractuales. El artículo concluirá que, para determinar el régimen jurídico aplicable a los *heads of agreement*, los jueces tendrán que revisar si el consentimiento se ha formado.

Palabras Clave: *heads of agreement; responsabilidad contractual, daños extracontractuales, consentimiento*

Abstract

This article refers to the legal status of the Heads of Agreement in Chile. Since these legal instruments are widely used in Chile, and they do not have specific regulations, there is the need for constructing an argument for understanding their legal effects, meaning that they may fall under torts or contractual regimes. The article will conclude that, in order to determine the legal regime applicable to heads of agreement, judges will need to review whether the consent was formed.

Keywords: *heads of agreement; contractual liability; torts; consent*

I. INTRODUCCIÓN

Los *heads of agreement* desempeñan un papel importante en el desarrollo de los negocios y, en general, en la actividad comercial. A grandes rasgos, establecen los términos esenciales de la negociación en las transacciones comerciales. Con los *heads of agreement* las partes en una relación comercial acuerdan los términos básicos de su negociación y mantienen abiertos los demás aspectos para ser acordados en un contrato definitivo.

Hay muchas razones por las que las partes pueden llegar a un acuerdo preliminar. Desde una perspectiva comercial, las partes pueden querer dar efecto a sus negociaciones o asegurar, por ejemplo, la exclusividad y la confidencialidad. Aunque los acuerdos preliminares son más frecuentes en los sistemas del *common law*, también se han convertido en una práctica

* Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez (amartorell@prieto.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5114-9145>. Master en Derecho de Energía y Recursos Naturales, Universidad de Melbourne, Australia. Socio Área Ambiental de Prieto Abogados. Artículo recibido el 19 de julio de 2018, aceptado para su publicación el 6 de enero de 2022. Traducción de Fluent Traducciones.

estándar a nivel internacional y se han adoptado en otros países que no son sistemas del *common law*. En particular, las industrias basadas en la exploración y explotación de recursos y en el desarrollo de infraestructura energética han adoptado estos acuerdos preliminares. Las razones pueden variar, pero lo más probable es que las empresas internacionales se sientan más seguras con estos conocidos documentos.

El uso indiscriminado de los *heads of agreement* en los sistemas jurídicos que no son del *common law* puede dar lugar a problemas en jurisdicciones con prácticas y tradiciones diferentes. La ejecutabilidad y validez de un acuerdo también difieren de una jurisdicción a otra. Esto, en consecuencia, exige el análisis del efecto de las negociaciones preliminares en cada jurisdicción pertinente.

Chile también es parte de la tendencia en esta materia. Se ha generalizado el uso de instrumentos jurídicos extranjeros sin tener en cuenta las consecuencias y efectos legales. Los *heads of agreement* son sólo un ejemplo de ello. Las preguntas que surgen entonces son: ¿cuál es el estatus legal de los *heads of agreement* en Chile? ¿Cómo interactúa con los distintos instrumentos jurídicos del sistema? ¿Cuáles son sus efectos? ¿Generan o no responsabilidades contractuales?

Estas interrogantes son fundamentales para adoptar una práctica extranjera de manera responsable. Los abogados y todos los participantes de las industrias que utilizan estos acuerdos preliminares deben ser conscientes de lo que están haciendo y de los efectos o las repercusiones legales de sus acciones, cuando celebran estos acuerdos en Chile. Este artículo analiza el estatus legal de los *heads of agreement* en el sistema jurídico chileno y da respuesta a las preguntas formuladas anteriormente. Para ello, el artículo ofrece un contexto general sobre los *heads of agreement* y, en particular, el contexto de los *heads of agreement* en Chile. A continuación, se analiza si los *heads of agreement* en Chile son contratos o meras tratativas preliminares. La principal consecuencia de este análisis es que, si los *heads of agreement* se consideran tratativas preliminares, el régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual. Por el contrario, si son contratos, el régimen aplicable es el de los contratos. Como se explicará, existen diferencias bastante importantes entre ambos regímenes. Además, este artículo discute los significados y la relevancia de la distinción entre considerar los *heads of agreement* como daños extracontractuales o como contratos y, finalmente, concluye que el elemento que desencadena la distinción entre una y otra opción dentro del sistema legal chileno es si las partes han consentido en crear obligaciones.

II. LOS HEADS OF AGREEMENT

Las transacciones comerciales utilizan ampliamente los *heads of agreement* en las fases previas de las negociaciones.¹ De hecho, muchos sectores de la economía utilizan los *heads of agreement* como práctica habitual.² Los *Joint Ventures* no son una excepción a esta regla.³ En

¹ HOMBURGER & SCHUELLER (2002), p. 512.

² HOMBURGER & SCHUELLER (2002), p. 512.

³ SCHWARTZ & SCOTT (2007), p. 694.

este sentido, parece necesario prestar atención a comprender qué son los *heads of agreement* y sus principales usos para apreciar su papel en el contexto de, por ejemplo, los *joint ventures* y, en cierta medida, en todos los demás sectores de la economía en los que se utilizan. En principio, un *heads of agreement* bien redactado puede ser una herramienta muy útil, mientras que una poco clara puede ser fuente de futuros litigios.⁴ En consecuencia, una comprensión adecuada de la naturaleza jurídica y los efectos de los *heads of agreement* es fundamental para que los abogados presten un buen asesoramiento jurídico.⁵ En la segunda parte se explicará qué se entiende por “*heads of agreement*”.

2.1 ¿Qué son los *heads of agreement*?

Los *heads of agreement* son un tipo de acuerdo preliminar.⁶ Dependiendo de la jurisdicción, los *heads of agreement* también pueden ser memorándum de entendimiento, cartas de intención, hojas de términos, entre otros términos. Independientemente del nombre, un *heads of agreement* es un instrumento que precede a un acuerdo definitivo, y cuya finalidad es potenciar la fase de negociación en las transacciones comerciales.⁷ Constituyen una de las primeras etapas del ciclo de vida de una transacción comercial.⁸

Aunque en la actualidad estos acuerdos son ampliamente utilizados, no siempre ha sido así. En las jurisdicciones del *common law*, los tribunales no siempre han aceptado la ejecutabilidad de los acuerdos preliminares.⁹ Se consideraban *acuerdos por acordar*, e incluso se consideraban absurdos y contradictorios.¹⁰ Sin embargo, a mediados del siglo XX, los tribunales empezaron a reconocer estos instrumentos y a darles efecto.¹¹ En las jurisdicciones de derecho continental, la fuente de los *acuerdos por acordar* no está clara, y hay muchas discusiones sobre este tema.¹² Sin embargo, en la actualidad, estas jurisdicciones utilizan ampliamente el contrato de promesa como forma de *heads of agreement*.¹³ Por otra parte, los *heads of agreement* también se utilizan en las jurisdicciones de derecho continental. E incluso, algunas jurisdicciones de derecho continental han regulado expresamente este tipo de acuerdo.¹⁴ En consecuencia, aunque en sus inicios hubo algunas dudas en su uso, hoy en día

⁴ HOMBURGER & SCHUELLER (2002), p. 535.

⁵ WOLFF (1994), p. 301.

⁶ O'CALLAGHAN y BERNAU (2013).

⁷ GOSFIELD (2004), p. 55.

⁸ GOSFIELD (2003), p. 100.

⁹ FOREMAN (2014), p. 15.

¹⁰ FOREMAN (2014), p. 17.

¹¹ FOREMAN (2014), p. 18.

¹² ABELIUK (1971), p. 22.

¹³ ABELIUK (1971), p. 23.

¹⁴ ABELIUK (1971), p. 22.

tanto las jurisdicciones de derecho continental como las del *common law* están familiarizadas con esta institución.

La principal peculiaridad de los *heads of agreement* es que no todas las obligaciones contenidas en ella son vinculantes para las partes.¹⁵ Normalmente incluyen obligaciones vinculantes para las partes y otras que no lo son.¹⁶ Esta característica supone una excepción a la estructura general de los acuerdos.¹⁷ Determinar cuáles son las obligaciones de los *heads of agreement* que deben ser vinculantes y la intención de vincularse de las partes son cuestiones muy debatidas.¹⁸

En consecuencia, existen diferentes tipos de acuerdos preliminares en cuanto a su carácter vinculante.¹⁹ Pueden ir desde la mera hoja de términos para planificar las negociaciones hasta aquellos que fijan casi todas las condiciones negociables como el precio o la fecha de ejecución del contrato definitivo.²⁰ En este sentido, y siguiendo la jurisprudencia al respecto, algunos autores distinguen entre dos tipos diferentes de acuerdos preliminares.²¹ El primer tipo se refiere a aquellas negociaciones preliminares en las que las partes están de acuerdo en todas las condiciones relevantes del negocio, pero aún queda pendiente la determinación de unos mínimos detalles específicos.²² Por otro lado, en el segundo tipo están los acuerdos en los que aún no se han acordado todas las condiciones, pero las partes expresan su voluntad de seguir negociando bajo ciertas condiciones.²³ Las consecuencias de cada uno de estos tipos y su validez dependerán de la jurisdicción donde se celebren.²⁴

Como se mencionó anteriormente, muchos sectores de la economía los *heads of agreement* en sus relaciones comerciales.²⁵ La pregunta es entonces para qué se utilizan.

2.2 ¿Para qué se utilizan los *heads of agreement*?

Los *heads of agreement* son útiles para tratar las cuestiones que están pendientes en un proceso de negociación,²⁶ indicando las etapas a negociar o dando un calendario a las

¹⁵ GOSFIELD (2004), p. 55.

¹⁶ TESTANI y LENTZ (2011), p. 12.

¹⁷ GOSFIELD (2004), p. 55.

¹⁸ Véase MCLAUCHLAN (2002), pp. 521-530.

¹⁹ GOSFIELD (2004), p. 55.

²⁰ GOSFIELD (2004), p. 55.

²¹ FOREMAN (2014), p. 18.

²² FOREMAN (2014), p. 18.

²³ FOREMAN (2014), p. 19.

²⁴ FOREMAN (2014), p. 19.

²⁵ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 512.

²⁶ FOREMAN (2014), p. 15.

negociaciones.²⁷ En las operaciones complejas, las partes pueden necesitar tiempo para analizar detenidamente las condiciones de la operación, o para llevar a cabo un proceso de *due diligence* y así evaluar adecuadamente el objetivo de la operación.²⁸ En este sentido, la negociación preliminar ofrece a las partes la posibilidad de regular, por ejemplo, cómo llevar a cabo el proceso de *due diligence*, o discutir los criterios para fijar un precio.

Además, los *heads of agreement* pueden proporcionar una plataforma y establecer los términos ya acordados para evitar futuros malentendidos.²⁹ De este modo, las partes pueden entablar una relación formal y jurídica sin resolver todos los detalles de la relación comercial y tener la confianza de que ciertos puntos no se reabrirán para ser discutidos de nuevo.³⁰

Desde otra perspectiva, los *heads of agreement* también pueden indicar el nivel de compromiso de una parte en relación con la transacción pertinente.³¹ De hecho, el *heads of agreement* puede clasificarse según este criterio.³² En las transacciones complejas, las partes dedican tiempo y recursos a evaluar los diferentes aspectos de la transacción, como los jurídicos, financieros y comerciales. En este sentido, las partes se sienten más seguras gastando sus recursos cuando la contraparte también se compromete con la transacción.³³ Por ejemplo, una de las partes puede esperar la exclusividad de la otra durante el periodo de negociación para saber que la inversión durante esta fase es tomada en serio por la otra parte.³⁴

Así pues, como afirmación general, los *heads of agreement* son un mecanismo para gestionar los riesgos que conllevan las negociaciones iniciales, y para proteger los intereses de las partes durante estas fases de negociación,³⁵ y especialmente cuando las cosas van mal en las negociaciones³⁶. La pregunta que surge naturalmente es cuáles son esos riesgos. La respuesta se encuentra en el contenido principal de los *heads of agreement*.

2.3 ¿Cuál es el contenido principal de los *heads of agreement*?

Dado que diferentes sectores de la economía utilizan los *heads of agreement*,³⁷ puede haber asuntos que sólo se apliquen a un sector específico. No obstante, es posible identificar algunas cuestiones estándar o habituales que aparecen en la mayoría de los *heads of*

²⁷ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 511.

²⁸ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 511.

²⁹ FOREMAN (2014), p. 15.

³⁰ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 511.

³¹ FOREMAN (2014), p. 15.

³² GOSFIELD (2003), p. 106.

³³ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 511.

³⁴ FOREMAN (2014), p. 30.

³⁵ CREED (2010), p. 1254.

³⁶ Véase SCHOPF *et al.* (1996).

³⁷ HOMBURGER y SCHUELLER (2002), p. 512.

agreement.³⁸ Cada una de estas cuestiones podría ser objeto de largas discusiones, pero en este artículo sólo se tratarán en detalle las cuestiones más comunes de los *heads of agreement*.³⁹

Es necesario distinguir entre las disposiciones que generalmente se consideran vinculantes y las que no lo son. Las disposiciones que generalmente se consideran vinculantes para las partes son la intención de las partes, la buena fe en las negociaciones, la exclusividad, las limitaciones de responsabilidad de las partes, la confidencialidad y el acceso a la información, quién cargará con los gastos de las negociaciones, los supuestos de incumplimiento o terminación anticipada,⁴⁰ y —aunque no se mencionen con frecuencia— la jurisdicción y la ley aplicable.

Cada uno de estos temas refleja un riesgo al que se enfrentan las partes.⁴¹ Por ejemplo, un comprador potencial de una empresa puede sentirse más seguro en la transacción si sabe que es el único comprador potencial debido a una cláusula de exclusividad.⁴² En este caso, será más probable que el comprador potencial invierta tiempo y recursos en la transacción si se da la exclusividad o si las partes acuerdan incluir una comisión por cancelación de la operación, porque el riesgo de negociaciones paralelas está controlado. Además, mantener la transacción bajo confidencialidad puede ser beneficioso para ambas partes, evitando los riesgos de las expectativas de terceros, particularmente en transacciones importantes, y la divulgación de información sensible, entre otros.⁴³ Estos son algunos ejemplos de cómo la negociación preliminar gestiona los riesgos de las transacciones.

En cuanto a las disposiciones no vinculantes, éstas suelen consistir en asuntos que las partes establecen en el acuerdo preliminar para proseguir con las negociaciones y que se fijarán en el contrato definitivo. Por ejemplo, las partes pueden tener discusiones preliminares sobre los ajustes del procedimiento debido a las conclusiones de procesos de *due diligence*, o la duración del proceso de *due diligence*. Estas disposiciones se han considerado no vinculantes.

En resumen, los *heads of agreement* son instrumentos utilizados en las primeras fases de las transacciones comerciales, con la peculiaridad de que no todas las disposiciones que contienen son vinculantes para las partes. Las partes los utilizan para hacer frente a los riesgos que conllevan las primeras etapas de las negociaciones y para establecer un calendario o un plan para las mismas. Como se ve, la proliferación del uso de los *heads of agreement* se hizo evidente. Chile no se quedó atrás en el uso de estos acuerdos y, en consecuencia, comenzó a utilizarlos ampliamente.

³⁸ GOSFIELD (2003), p. 145.

³⁹ Véase, en general, GOSFIELD (2003).

⁴⁰ GOSFIELD (2003), p. 165.

⁴¹ CREED (2010), p. 1254.

⁴² GOSFIELD (2003), p. 153.

⁴³ GOSFIELD (2003), pp. 157–158.

III. LOS *HEADS OF AGREEMENT*: ¿TRATATIVAS PRELIMINARES O CONTRATOS?

La naturaleza jurídica de los *heads of agreement* en esta discusión se refiere a la categoría jurídica que tienen los *heads of agreement* dentro del contexto chileno. Básicamente, la pregunta es si los *heads of agreement* son un contrato en sus propios términos o un instrumento previo que conduce a un contrato. Reformulando la pregunta utilizando el concepto jurídico, la cuestión es si los *heads of agreement* tienen una naturaleza jurídica contractual o entran en la categoría de negociaciones precontractuales, y en consecuencia su naturaleza jurídica es extracontractual.

La incorporación de esta figura a la jurisdicción nacional no es inocua y es necesario aclarar su validez y efectos. El desafío que presentan los *heads of agreement* en el sistema chileno es que la ley chilena no contempla una regulación específica para ellas y, en consecuencia, los abogados se ven obligados a andar con pies de plomo. Básicamente, una buena asesoría legal en estas complejas transacciones supone el conocimiento adecuado y profundo de las instituciones legales que las rodean. Las siguientes partes de este artículo pretenden ser una contribución para proporcionar dicho asesoramiento legal.

Como afirmación general, en el derecho civil chileno los actos de cualquier entidad pueden tener un carácter contractual o extracontractual,⁴⁴ aunque pueden coincidir las pretensiones que se derivan de ellos.⁴⁵ La principal diferencia entre ellos radica en la naturaleza de las obligaciones, y en el régimen jurídico aplicable a cada una de estas categorías.⁴⁶ Así, un *heads of agreement* puede ser contractual o extracontractual. Dado que los *heads of agreement* están presentes al inicio de las negociaciones y aún no hay claridad sobre la existencia de obligaciones vinculantes en esta etapa, es necesario determinar la categoría pertinente en la que se encuadran. Como se analizará, las consecuencias jurídicas de estas categorías son bastante diferentes.

La importancia de esta cuestión radica en las consecuencias de su respuesta. Como se analizará más adelante, la validez, los efectos y los remedios que se derivan del incumplimiento de los *heads of agreement* son diferentes en función de la respuesta a la pregunta de si son contratos o no. Por citar sólo un ejemplo, los elementos a indemnizar en caso de incumplimiento de un estándar de conducta que surgirá de la responsabilidad extracontractual son diferentes de los que surgen de las obligaciones contractuales. Para determinar el estatus jurídico de los *heads of agreement* en el derecho chileno es necesario resolver la cuestión de la naturaleza de los *heads of agreement*.

En consecuencia, a continuación se analizarán estas dos opciones de comprender los *heads of agreement* en el contexto chileno. Como se ha dicho, pueden ser obligaciones contractuales o bien estándares de conducta extracontractuales.

⁴⁴ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 12.

⁴⁵ Véase CORRAL (2010).

⁴⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 21.

3.1 Los *heads of agreement* como tratativas preliminares

Las tratativas preliminares son las fases iniciales de la formación del consentimiento entre las partes que pretenden celebrar un contrato.⁴⁷ En esta fase, las partes de una relación no se han puesto de acuerdo sobre las condiciones por las que se obligarán. Están explorando las condiciones, pero no hay un consentimiento definitivo.

Durante las tratativas preliminares, las partes son libres de establecer los términos y condiciones de sus futuras etapas en las negociaciones.⁴⁸ Esto significa, entre otras cosas, que las partes pueden elaborar los documentos que consideren necesarios para alcanzar su objetivo. Por ejemplo, es probable que las partes establezcan un cronograma para discutir las condiciones de las transacciones.

Esto suena bastante parecido a lo descrito en los *heads of agreement*, comentada anteriormente. De hecho, hay algunas razones para creer que los *heads of agreement* son tratativas preliminares. Como se ha comentado, los *heads of agreement* consisten en instrumentos utilizados en las primeras etapas de las transacciones comerciales, de modo que tienen lugar en conjunto con las tratativas preliminares. Además, el contenido de los *heads of agreement* puede ser, en algunos aspectos, no vinculante para las partes, lo cual es la regla general para las tratativas preliminares. En consecuencia, hay razones para considerar que los *heads of agreement* son equivalentes a las tratativas preliminares en el contexto chileno. No es sorprendente que algunos autores no hagan distinciones entre estas tratativas y los *heads of agreement*.⁴⁹ En cambio, se concentran en distinguir las negociaciones de la oferta irrevocable, porque esta última tiene una regulación específica. Esto explica que sea posible concebir los *heads of agreement* como tratativas preliminares.

La legislación chilena no contempla ninguna regulación específica para estas tratativas. La consecuencia de ello es que los autores y los tribunales deben recurrir al ordenamiento vigente para afirmar la existencia de obligaciones durante este período.⁵⁰ La construcción tradicional de los deberes durante este período se basa en el principio de buena fe, entendido como un deber de negociar de buena fe. Además, estos deberes pueden relacionarse con la tensión entre libertad y confiabilidad que caracteriza la relación entre las partes en un proceso de negociación.

El principio de la buena fe ha sido reconocido sistemáticamente en el sistema chileno.⁵¹ Los tribunales lo han utilizado como un principio general del derecho.⁵² La idea de un principio general del derecho en el contexto chileno significa que no sólo se aplica a una rama determinada o específica del derecho, sino que inspira y se extiende a todo el sistema jurídico, aunque la ley no lo indique expresamente. En un caso reciente, la Corte Suprema chilena

⁴⁷ BARROS (2006), p. 1001.

⁴⁸ CELEDÓN y SILBERMAN (2010), p. 18.

⁴⁹ DE LA MAZA (2006), p. 132.

⁵⁰ BARROS (2006), p. 1004.

⁵¹ Véase, p.ej., GUZMÁN BRITO (2002); EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013); IRURETA (2011).

⁵² Véase, p.ej., *Cominor Ingeniería y Proyectos S.A. con SQM* (2014).

volvió a afirmar que el principio de buena fe se aplica no sólo en las relaciones contractuales sino también en todas las ramas del derecho, reafirmando una posición ya establecida.⁵³ Además, también hay casos en los que el principio de buena fe se ha aplicado directamente a la etapa precontractual.⁵⁴ Esto significa que no hay duda de que este principio se aplica a las relaciones precontractuales.

La fuente legal de aplicación del principio de buena fe se encuentra en el Código Civil chileno.⁵⁵ En su artículo 1546 este establece que los contratos deben cumplirse de buena fe. La buena fe obliga a las partes a cumplir las obligaciones expresamente indicadas en el contrato, y también todo aquello que, según la naturaleza de la obligación, la ley o la costumbre, pertenezca a la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato.⁵⁶ Aunque esta sección sólo menciona los contratos, la Corte Suprema de Chile ha indicado que esta sección debe entenderse como un principio general del derecho chileno y, por lo tanto, se aplica a todas las situaciones jurídicas.⁵⁷

En base a lo anterior, los autores han indicado que durante la fase de negociación las partes tienen ciertos deberes mutuos que surgen del principio de buena fe.⁵⁸ En términos generales, estos deberes pueden referirse a la obligación de negociar de buena fe, compartir información, ser leales entre sí, entre otros. El lenguaje y las obligaciones concretas que se derivan de ellos no están claros, ya que se trata de normas abiertas. Esto implica que el contenido concreto de estos deberes no puede fijarse *ex ante* y depende de los hechos del caso concreto. No obstante, lo que este principio significa es que, aunque no existan relaciones contractuales durante el proceso de negociación, las partes no son totalmente libres de hacer lo que quieran. Por el contrario, las partes tienen que comportarse de acuerdo con estas normas abstractas, a pesar de que la determinación de su incumplimiento sólo se puede hacer *ex post*.

La consecuencia jurídica de la existencia de un deber es que su incumplimiento conlleva la responsabilidad del infractor. Por ello, los autores han creado la figura de la responsabilidad precontractual, que se refiere a todos los daños sufridos durante el proceso de formación del consentimiento.⁵⁹ El principio aquí es que si una parte en una negociación incumple los deberes que surgen de los estándares de conducta precontractuales basados en el principio de buena fe, tiene que responder por todos los daños causados. Por supuesto, esto no significa que una parte que está negociando una transacción esté obligada a llegar a un acuerdo final.⁶⁰ Por el contrario, la regla general es que la terminación anticipada de las

⁵³ *Cominor Ingeniería y Proyectos S.A. con SQM* (2014), c. 14º.

⁵⁴ See, p.ej., *Territoria S.A. con Inmobiliaria Laja Ltda.* (2012).

⁵⁵ Código Civil, art. 1546.

⁵⁶ Código Civil, art. 1546.

⁵⁷ *Jimenez con Armijo* (2011), c. 4º.

⁵⁸ BARROS (2006), p. 1001.

⁵⁹ ROSENDE (1979).

⁶⁰ BARROS (2006), p. 1005.

negociaciones no implica el incumplimiento de ningún deber.⁶¹ Existe una especial preocupación por evitar la excesiva limitación de la libertad de negociación sin la obligación de llegar a un acuerdo.⁶² La única obligación que tendrían las partes en esta etapa es la de llevar a cabo las negociaciones de buena fe. Como se ha dicho, al ser estos deberes estándares de conducta generales y abstractos, no pueden especificarse *ex ante*, y para saber si existe un incumplimiento de las mismas los tribunales tendrán que revisarlas caso a caso.⁶³

La naturaleza jurídica de los deberes que se encuentran en la fase precontractual es de carácter extracontractual.⁶⁴ Esta cuestión ha generado cierto debate entre los autores.⁶⁵ Sin embargo, hoy en día la mayoría de los autores en el contexto chileno no dudan en concluir que la naturaleza de los deberes o el régimen aplicable a las tratativas preliminares es extracontractual.⁶⁶ Asimismo, los autores consideran que durante esta etapa las partes aún no han llegado a un acuerdo y, por lo tanto, no hay intención de vincularse en términos de obligaciones contractuales.⁶⁷ La principal razón para apoyar esta postura es que el fin de la responsabilidad precontractual no es proteger los intereses de un acreedor, sino salvaguardar intereses generales, como la libertad de contratación.⁶⁸ La Corte Suprema de Chile también ha llegado a la misma conclusión.⁶⁹

Uno de los puntos críticos aquí, entonces, es que, si los *heads of agreement* se entienden como tratativas preliminares, su contenido no es vinculante para las partes, y estas pueden revisar y reabrir puntos de las negociaciones como si nunca se hubieran acordado, siempre que respeten los estándares de comportamiento que surgen del principio de buena fe.⁷⁰ Esto se debe a que los estándares de conducta extracontractuales no establecen obligaciones específicas de cumplimiento *ex ante*.⁷¹ Así, la negociación preliminar no obligaría a las partes a cumplir determinadas obligaciones pactadas, sino a observar un determinado estándar de comportamiento. Asimismo, el régimen jurídico aplicable al incumplimiento de estas normas de conducta sería el extracontractual.

⁶¹ BARROS (2006), p. 1008.

⁶² CELEDÓN y SILBERMAN (2010), p. 117.

⁶³ BARROS (2006), p. 1001. Sería muy interesante analizar lo que los tribunales han dicho respecto a estas normas para comprobar si hay tendencias específicas. Sin embargo, esto quedaría fuera del alcance de este artículo.

⁶⁴ ROSENDE (1979), p. 60.

⁶⁵ CELEDÓN y SILBERMAN (2010), p. 78.

⁶⁶ Véase, p.ej., See, eg., ROSENDE (1979); CELEDÓN y SILBERMAN (2010); BARROS (2006).

⁶⁷ CELEDÓN y SILBERMAN (2010), p. 78.

⁶⁸ CELEDÓN y SILBERMAN (2010), p. 83.

⁶⁹ Véase, p. ej., *Jimenez con Armijo* (2011).

⁷⁰ RISUEÑO (2010), p. 452.

⁷¹ BARROS (2006), p. 1001.

En resumen, las tratativas preliminares son esencialmente deberes extracontractuales de cuidado que las partes se deben mutuamente debido a la situación particular de negociar los términos de una relación contractual basada en el principio general de buena fe.⁷² Existe cierta similitud entre las tratativas preliminares y los *heads of agreement*. Si los *heads of agreement* se consideraran como tratativas preliminares, su naturaleza jurídica sería extracontractual y su contenido no sería vinculante para las partes, lo que conlleva todas las consecuencias que ello implica y que este artículo analizará a continuación. Antes de hablar de estas consecuencias, es importante analizar la otra comprensión posible sobre los *heads of agreement* que las asemeja más a un contrato y, en consecuencia, las hace entrar en la categoría de obligaciones contractuales.

3.2 Los *heads of agreement* como contratos

En el contexto chileno, el segundo enfoque posible respecto de los *heads of agreement* es entenderlas como contratos. El Código Civil chileno ofrece una definición de contrato.⁷³ Según esta definición, un contrato o convención es un acto por el cual una parte asume la obligación respecto de la otra de dar, hacer o no hacer algo.⁷⁴ Los autores han criticado esta definición diciendo que hace equivalentes las convenciones y los contratos, cuando técnicamente hablando, un contrato es un tipo específico de convención.⁷⁵ Asumiendo la distinción que hacen los autores, una convención es un acuerdo de dos o más partes que pretende producir efectos jurídicos en general, mientras que un contrato es un acuerdo con la finalidad específica de crear obligaciones para las partes que lo celebran.⁷⁶ En consecuencia, cuando se dice que un *heads of agreement* es un contrato se está diciendo que la intención principal de la misma es crear una obligación para las partes que la celebran.

Más allá del nombre, hay muchas razones para entender los *heads of agreement* como contratos. En primer lugar, en este artículo se ha explicado que los *heads of agreement* son instrumentos que las partes utilizan en una transacción comercial con la expectativa de que impliquen un mayor nivel de compromiso de la otra parte.⁷⁷ Esta expectativa no tendría sentido si los *heads of agreement* no fueran, al menos en cierta medida, vinculantes para las partes. Además, el *heads of agreement* es un instrumento que puede contener la intención de las partes respecto a determinados asuntos y estas, en definitiva, esperan quedar vinculadas por dichos términos.⁷⁸ Tomemos por ejemplo una cláusula de confidencialidad que las partes pactan en un acuerdo preliminar para facilitar un proceso de *due diligence* previo a la posible adquisición de una empresa. Mediante esta cláusula, el posible vendedor intenta proteger la

⁷² BARROS (2006), p. 1004.

⁷³ Código Civil, art. 1438.

⁷⁴ Código Civil, art. 1438.

⁷⁵ MEZA BARROS (2007), p. 9.

⁷⁶ MEZA BARROS (2007), p. 9.

⁷⁷ FOREMAN (2014), p. 15.

⁷⁸ Véase, p.ej., GOSFIELD (2003).

información de su empresa y restringir el uso de dicha información. Siempre que el contrato en sí sea válido, este vendedor espera sin duda que esta cláusula sea ejecutable, lo que significa que sea vinculante para las partes. De lo contrario, el posible vendedor nunca tendría la confianza de proporcionar información sensible a un tercero. Mucho menos en un contexto en el que no hay claridad específica sobre los estándares de comportamiento exigidos para las tratativas preliminares. En consecuencia, las partes pueden enfrentarse al *heads of agreement* como si asumieran obligaciones en un sentido contractual. En este punto, este artículo no defiende esta posición, sino que se limita a indicar que hay razones para concebir los *heads of agreement* como contratos.

Si los *heads of agreement* fueran contratos, en el contexto chileno es necesario distinguir entre dos posibilidades. La primera es el acuerdo de promesa, que es un acuerdo regulado. La otra posibilidad es que el *heads of agreement* corresponda a la categoría general de contratos innominados o no regulados. Ambos presentan características y efectos diferentes, por lo que es necesario dejar claras estas diferencias.

3.2.1 El contrato de promesa

El contrato de promesa es un contrato regulado.⁷⁹ Un contrato regulado en el contexto chileno significa que las condiciones para celebrar este contrato están recogidas en la ley.⁸⁰ Está regulado en el artículo 1554 del Código Civil chileno.⁸¹ Este artículo se aplica a todos los acuerdos de promesa, sin importar el contenido específico de la promesa. Es decir, esta norma es de aplicación general.⁸² El contrato de promesa consiste en un contrato que se celebra por las partes en el que estas asumen la obligación de celebrar otro contrato definitivo.⁸³

El contrato de promesa tiene ciertos requisitos formales para ser legalmente vinculante.⁸⁴ En efecto, el artículo 1554 del Código Civil chileno establece que la promesa de acuerdo no produce efecto alguno, a menos que se celebre cumpliendo los requisitos allí señalados.⁸⁵ Estos requisitos son que la promesa debe ser por escrito,⁸⁶ que la promesa no sea inválida o nula,⁸⁷ que en la promesa se mencione el término o condición para celebrar el contrato definitivo,⁸⁸ y que la promesa contenga todos los términos y condiciones del contrato

⁷⁹ Véase Código Civil, art. 1554.

⁸⁰ BARCIA LEHMANN (2010), p. 29.

⁸¹ Código Civil, art. 1554.

⁸² ALESSANDRI (2003), p. 839.

⁸³ ALESSANDRI (2003), p. 841.

⁸⁴ ALESSANDRI (2003), p. 841.

⁸⁵ Código Civil, art. 1554.

⁸⁶ Código Civil, art. 1554.

⁸⁷ Código Civil, art. 1554.

⁸⁸ Código Civil, art. 1554.

prometido, de manera que sólo falten las formalidades legales requeridas para celebrar el contrato definitivo.⁸⁹

Quizá el más importante de estos requisitos a efectos de este artículo sea el último. Este requisito obliga a las partes a fijar todas las condiciones del contrato definitivo en el acuerdo de promesa, lo cual, como se ha visto anteriormente, no es necesariamente la regla general en materia de *heads of agreement*. En la práctica, cuando las partes celebran un contrato de promesa suelen adjuntar una versión del contrato definitivo como anexo. Esta práctica responde al requisito antes mencionado.

El requisito de fijar todas las condiciones del contrato definitivo en el contrato de promesa confiere a este último una estructura similar a los *heads of agreement* Tipo 1. Como se ha indicado anteriormente, el Tipo 1 se refiere a aquellas negociaciones preliminares en las que las partes están de acuerdo en todas las condiciones relevantes del negocio, pero aún queda pendiente la realización de detalles concretos.⁹⁰

El uso de contratos de promesa está muy extendido en algunas industrias chilenas. Por ejemplo, es muy común la celebración de un contrato de promesa previo a la adquisición de inmuebles. La razón del uso de este tipo de acuerdo en ese contexto responde a las características de esta industria en particular. Por ejemplo, el potencial comprador normalmente tiene que obtener financiamiento para la operación. Así, aunque las partes tengan todas las condiciones establecidas, la aprobación del financiamiento aparece como una condición para la ejecución del contrato definitivo. Este es un ejemplo bastante sencillo del uso del acuerdo de promesa. Sin embargo, el sector de los recursos naturales es bastante más complejo. En consecuencia, es más difícil encontrar acuerdos de promesa como práctica general, aunque sí se pueden encontrar acuerdos preliminares en general.

3.2.2 *Los heads of agreement como Contratos Inmominados*

El derecho privado chileno se inspira en gran medida en el derecho privado francés.⁹¹ El Código de Napoleón es la base del Código Civil chileno.⁹² De hecho, es el antecedente jurídico de muchas de las codificaciones de derecho privado presentes en América Latina.⁹³ Como es lógico, muchos de los principios que inspiraron el Código de Napoleón se reprodujeron en los países latinoamericanos. Esta inspiración se extiende desde la idea misma de la codificación hasta la forma en que los profesores de derecho enseñan el derecho privado

⁸⁹ Código Civil, art. 1554.

⁹⁰ FOREMAN (2014), p. 18.

⁹¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2005), p. 62.

⁹² MIROW (2000), p. 85.

⁹³ Véase GUZMÁN BRITO (2005).

en las universidades latinoamericanas.⁹⁴ En este sentido, el derecho de contratos no es una excepción.⁹⁵

Uno de estos principios —y quizás la piedra angular del derecho privado chileno— es el principio de autonomía de la voluntad.⁹⁶ Desde el punto de vista filosófico, este principio tiene dos vertientes. En primer lugar, según este principio, nadie puede ser obligado a algo que no haya consentido previamente.⁹⁷ Por otro lado, las obligaciones que alguien ha aceptado libremente deben tener efectos.⁹⁸ Desde el punto de vista económico, el principio de autonomía de la voluntad es la expresión más importante del liberalismo económico y permite la libre circulación de bienes.⁹⁹ Más allá de la interesante discusión acerca de las justificaciones del principio de autonomía de la voluntad,¹⁰⁰ lo que hay que señalar aquí es que el derecho de contratos en Chile está sometido a este principio.¹⁰¹

El principio de autonomía de la voluntad adopta, en el ámbito específico del derecho contractual, la forma de dos principios diferentes.¹⁰² En primer lugar, está el principio de libertad contractual.¹⁰³ Según este principio, las partes de una transacción son libres de fijar y acordar los términos de sus relaciones, siempre que no contravengan la moral o el orden público.¹⁰⁴ En consecuencia, las partes pueden acordar libremente los términos que consideren adecuados, siempre que estos no contravengan el orden público. En segundo lugar, está el principio del *consensualismo*.¹⁰⁵ Según este principio, el contrato nace cuando la oferta y la aceptación convergen.¹⁰⁶ Este principio es la regla general en el Código Civil chileno, aunque existen excepciones específicas en las que además de la convergencia de la aceptación y la oferta se requieren algunas formalidades como el registro.¹⁰⁷

De ambos principios surgen muchos problemas jurídicos como lo que significa el orden público, cuándo la aceptación debe ser considerada como libre, etc. Sin embargo, el análisis de estos problemas está más allá del alcance de este artículo. Lo que sí hay que destacar

⁹⁴ Véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2005).

⁹⁵ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 24.

⁹⁶ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 24.

⁹⁷ FIGUEROA (2011), p. 53.

⁹⁸ FIGUEROA (2011), p. 53.

⁹⁹ FIGUEROA (2011), p. 55.

¹⁰⁰ Véase WEINRIB (2013), p. 343.

¹⁰¹ FIGUEROA (2011), p. 55.

¹⁰² FIGUEROA (2011), p. 56.

¹⁰³ FIGUEROA (2011), p. 56.

¹⁰⁴ Véase LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), pp. 46-51.

¹⁰⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), pp. 50.

¹⁰⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), pp. 50.

¹⁰⁷ Véase el Código Civil chileno. Por ejemplo, los bienes raíces requieren registro.

es que, según estos principios, las partes en una relación pueden acordar libremente lo que consideren pertinente, y como regla general la mera convergencia de sus voluntades es suficiente para concluir los acuerdos.

Debido a lo anterior, los acuerdos preliminares pueden subsumirse en la categoría de contratos no regulados o innominados, a diferencia, por ejemplo, del contrato de promesa, que es un contrato regulado.¹⁰⁸ Como se ha dicho, en base al principio de autonomía de la voluntad, el Código Civil chileno permite a las partes de un negocio mercantil celebrar acuerdos no regulados expresamente, salvo que sean nulos o inválidos bajo la legislación pertinente.¹⁰⁹ Por lo tanto, si las partes quieren regular asuntos durante las fases preliminares de una transacción comercial, los únicos límites que tienen son los establecidos para todos los acuerdos, como la capacidad legal y el orden público. La cuestión clave para entender los *heads of agreement* como acuerdos innominados, entonces, es la formación del consentimiento entre las partes en la transacción comercial.

Si los *head of agreement* fueran considerados como un contrato, ya sea de promesa o innominado, la naturaleza jurídica de las obligaciones contenidas en él es contractual, por oposición a las responsabilidades extracontractuales. La diferencia entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales es bastante importante dentro del sistema. En consecuencia, ahora es necesario analizar su significado. En la próxima Parte IV se analizarán detalladamente las consecuencias de asumir la negociación preliminar como obligaciones contractuales o como tratativas preliminares.

3.3 ¿Existe una Naturaleza Jurídica de la Negociación preliminar en el Sistema Jurídico chileno?

3.3.1 El problema de la categorización

Como se ha analizado anteriormente, la principal característica de los *heads of agreement* es que contienen obligaciones vinculantes y no vinculantes, y las partes de un contrato pueden establecer libremente los términos y condiciones de un acuerdo preliminar concreto.¹¹⁰ Además, el lenguaje de los *heads of agreement* varía en cada situación particular, por lo que no es posible indicar *ex ante* la naturaleza jurídica de un *heads of agreement* concreto. Sin embargo, lo que sí puede identificarse es el elemento que marca la diferencia entre los *heads of agreement* como obligaciones contractuales o los *heads of agreement* como deberes de diligencia de responsabilidad extracontractual. Se trata del consentimiento. Si hay consentimiento, las partes han llegado a un contrato. Si no lo hay, se encuentran en el ámbito extracontractual. La pregunta que ahora necesita ser respondida es cuándo se forma el consentimiento en el derecho chileno.

¹⁰⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), p. 97.

¹⁰⁹ BARCIA LEHMANN (2006), p. 163.

¹¹⁰ GOSFIELD (2003), p. 55.

3.3.2 *El consentimiento en el derecho chileno*

No es necesario que el consentimiento o acuerdo se refiera a una transacción completa. Es posible crear obligaciones específicas para establecer las condiciones para entablar una relación comercial. Por ejemplo, no es necesario llegar a un acuerdo sobre todos los términos de una compra. En su lugar, el consentimiento puede referirse a obligaciones específicas, como la exclusividad y la confidencialidad. Como se verá, lo más importante es la convergencia de la oferta y la aceptación. Esto se debe a que el consentimiento o acuerdo en el derecho chileno consiste en dos actos jurídicos diferentes: la oferta y la aceptación.¹¹¹ Sólo cuando la oferta y la aceptación convergen, las obligaciones contractuales se crean y tienen existencia legal.¹¹² Esta interpretación es común tanto en las jurisdicciones de Derecho Continental como en las del *common law*.¹¹³ Por supuesto, esta afirmación no dice demasiado, por lo que requiere un análisis más profundo de cada uno de los dos elementos.

i. La oferta

Históricamente, la legislación chilena no ha proporcionado una definición conceptual para el concepto de oferta.¹¹⁴ Sin embargo, la Corte Suprema de Chile ha dicho que la oferta es la expresión de voluntad para dar, hacer o no hacer algo.¹¹⁵ Además, los autores coinciden en una definición de la oferta diciendo que es el acto unilateral por el cual una parte propone a otra la celebración de un contrato de tal manera que, si la otra parte acepta sin condiciones, se configura el consentimiento, y las partes han celebrado un contrato.¹¹⁶

Debido al creciente interés en la materia, actualmente la legislación chilena contempla tres regímenes diferentes que regulan la oferta.¹¹⁷ En primer lugar, está el Código de Comercio, que regula los requisitos de la oferta en los actos mercantiles,¹¹⁸ luego la oferta para efectos del derecho del consumidor,¹¹⁹ y finalmente la oferta para la compra de bienes internacionales.¹²⁰ A los efectos de este artículo, el marco normativo pertinente es el previsto en el Código de Comercio, aunque algunos de los requisitos se aplican a todos estos marcos.¹²¹

¹¹¹ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 26.

¹¹² SEGURA RIVEIRO (2005), p. 26.

¹¹³ Véase, p.ej., PATTERSON *et al.* (2012), p. 53.

¹¹⁴ VARAS y MOMBERG (2006), p. 63.

¹¹⁵ Véase *Martinez y otro con Coexpan Chile S.A.* (2005).

¹¹⁶ PESCIO (1978), p. 50; VARAS y MOMBERG (2006), p. 62.

¹¹⁷ VARAS y MOMBERG (2006), p. 62.

¹¹⁸ Código de Comercio, arts. 97-105.

¹¹⁹ Ley N° 19.946.

¹²⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías 1980.

¹²¹ VARAS y MOMBERG (2006), p. 66.

La oferta debe cumplir ciertos requisitos para ser válida.¹²² Además, hay muchas categorías para analizar la oferta en cuanto a los medios para hacerlo.¹²³ Además de los medios de manifestación de la oferta, el factor crucial consiste en identificar los elementos necesarios para tener una oferta válida en el sistema chileno.

(ii) La intención de obligarse

Cuando una parte ofrece llevar a cabo una transacción comercial, su manifestación debe ser seria y bajo el entendimiento de que, si la otra parte acepta la oferta, la primera quedará vinculada por lo que ha ofrecido.¹²⁴ Los autores han indicado que existen dos requisitos para reconocer una oferta realizada con la intención de obligarse.¹²⁵ En primer lugar, debe existir la intención de la parte de quedar vinculada por los términos exactos de la oferta.¹²⁶ En segundo lugar, la intención de obligarse debe manifestarse en la oferta.¹²⁷ Esto último no significa que la oferta tenga que decir literalmente que la parte quiere quedar vinculada.¹²⁸ Es necesario que la situación permita concluir la intención de obligarse.¹²⁹ Otros autores han identificado la intención de obligarse con la intención de buscar un fin reconocido por la ley.¹³⁰

La jurisprudencia no ha añadido demasiado a este requisito. Sólo hay una idea originada en los tribunales chilenos que merece ser destacada. La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que la manifestación de voluntad no está necesariamente vinculada a ninguna fórmula sacramental específica. Cualquier expresión de la misma es suficiente para la creación del acuerdo.¹³¹ Esta idea está en conexión con lo anterior en cuanto a que lo más relevante es que del contexto se pueda deducir la intención de obligarse. No importa si hay una fórmula específica para expresar dicha intención o no.

(iii) Precisión o completitud de la oferta

La oferta tiene que ser completa o, al menos, indicar todos los requisitos esenciales del acuerdo propuesto.¹³² Este requisito parece claro, pero cuando se aplica a casos concretos presenta muchas dificultades.¹³³ Además, en el ámbito del derecho de los consumidores ha

¹²² VARAS y MOMBERG (2006), p. 64.

¹²³ VIAL DEL RÍO (2007), p. 65.

¹²⁴ VIAL DEL RÍO (2007), p. 64.

¹²⁵ VARAS y MOMBERG (2006), pp. 65–66.

¹²⁶ VARAS y MOMBERG (2006), p. 66.

¹²⁷ VARAS y MOMBERG (2006), p. 65.

¹²⁸ VARAS y MOMBERG (2006), p. 65.

¹²⁹ VARAS y MOMBERG (2006), p. 65.

¹³⁰ VIAL DEL RÍO (2007), p. 47.

¹³¹ DÍAZ (2014), p. 17.

¹³² SANDOVAL (1992), p. 10.

¹³³ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 42.

generado muchas dificultades prácticas.¹³⁴ La determinación de la precisión de la oferta y su completitud es una cuestión de hecho y debe analizarse caso a caso.¹³⁵ Sin embargo, existe este principio que establece que si el contrato está regulado tiene que contener todos los elementos esenciales indicados por la ley y, si es un contrato no regulado, entonces tiene que tener todos los elementos que permitan al aceptante aceptar de manera sencilla.¹³⁶ Por supuesto, este principio sigue estando sujeto a los mismos problemas prácticos, pero al menos da una idea más o menos clara de lo que se puede esperar.

(iv) Oferta a una Persona Determinada

El tercer requisito de la oferta en el sistema chileno es que tiene que ser a una persona determinada.¹³⁷ Este requisito suscita muchas discusiones en el derecho de los consumidores.¹³⁸ Sin embargo, en el contexto de las transacciones comerciales complejas que utilizan la negociación preliminar es menos probable que haya ofertas a personas indeterminadas que puedan plantear problemas con respecto a este requisito.

En resumen, la oferta es un acto unilateral que requiere ser realizado con la intención de obligarse, en términos íntegros, y a una persona determinada. Además de estos requisitos, existen los requisitos generales de todo acto que pretenda tener efectos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico chileno. Esto significa que la persona que realiza el acto debe tener la capacidad legal para realizarlo, y que la voluntad no esté afectada por una causa de nulidad señalada en la ley. Además, para crear un acuerdo la oferta tiene que estar disponible para su aceptación o estar vigente en el momento de la aceptación.¹³⁹

2. La aceptación

La aceptación es el acto por el cual el destinatario de la oferta expresa su conformidad con los términos de la misma.¹⁴⁰ Si la aceptación cumple los requisitos legales, se produce un encuentro de voluntades y, en consecuencia, un acuerdo.¹⁴¹ Estos requisitos legales son los siguientes.

¹³⁴ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 43.

¹³⁵ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 42.

¹³⁶ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 43.

¹³⁷ SANDOVAL (1992), p. 11.

¹³⁸ SANDOVAL (1992), p. 11.

¹³⁹ SANDOVAL (1992), pp. 11-12.

¹⁴⁰ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 50.

¹⁴¹ SANDOVAL (1992), p. 15.

(i) Correspondencia entre la oferta y la aceptación

La aceptación no puede modificar ninguna parte de la oferta.¹⁴² Según este requisito, la oferta y la aceptación deben converger en los mismos términos.¹⁴³ Esta es una visión tradicional que ha generado muchos problemas en las transacciones comerciales modernas.¹⁴⁴ De hecho, ha sido superada por la práctica moderna.

(ii) La Aceptación tiene que ser Comunicada Oportunamente

Hay que destacar dos elementos en relación con este requisito. Primero, la aceptación debe ser comunicada, el método no importa.¹⁴⁵ A este respecto, la aceptación puede ser explícita o inferirse de la conducta.¹⁴⁶ En algunas circunstancias, podría exigirse un método específico de aceptación.¹⁴⁷ Asimismo, en algunas circunstancias cualificadas, el silencio puede constituir un método de aceptación.¹⁴⁸ En segundo lugar, la aceptación debe ser oportuna.¹⁴⁹ Esto significa que la aceptación debe comunicarse mientras la oferta se encuentre vigente.¹⁵⁰

Hay muchas otras normas que regulan algunas cuestiones específicas como la aceptación enviada por correo, u otras que están fuera del alcance de este artículo. Lo que debe notarse aquí es que sólo cuando convergen una oferta válida con una aceptación válida se forma el consentimiento y, en consecuencia, es posible identificar un contrato con todas las consecuencias analizadas anteriormente. Por lo anterior, la negociación preliminar sólo es un contrato cuando de las circunstancias particulares el juez puede inferir o interpretar la existencia de una oferta válida y su correlativa aceptación válida. En la siguiente sección se discutirán brevemente algunas ideas prácticas sobre el estatus de la negociación preliminar dentro del sistema legal chileno.

3. Consentimiento y heads of agreement

Como se ha discutido, el elemento que distingue los *heads of agreement* como contratos y los *heads of agreement* como tratativas preliminares es el consentimiento. Dado que el contenido específico de los *heads of agreement* es una cuestión de hecho, la conclusión no puede ser una sola, sino que dependerá del caso concreto. Sin embargo, lo que los jueces y todos los actores relevantes deben tener en cuenta es que el elemento que hará la distinción es el consentimiento.

¹⁴² SANDOVAL (1992), p. 16.

¹⁴³ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 51.

¹⁴⁴ SEGURA RIVEIRO (2005), p. 51.

¹⁴⁵ BARCIA LEHMANN (2006), p. 46.

¹⁴⁶ BARCIA LEHMANN (2006), p. 46.

¹⁴⁷ B BARCIA LEHMANN (2006), p. 46.

¹⁴⁸ Véase, p.ej., STITCHKIN (1975), p. 128; Código Civil, art. 2125.

¹⁴⁹ BARCIA LEHMANN (2006), p. 46.

¹⁵⁰ Código de Comercio, art. 102.

Por ejemplo, si un *head of agreement* escrito solo contiene un calendario para las negociaciones, lo más probable es que se clasifique como una tratativa preliminar. En este caso, no se forma el consentimiento y no se asumen obligaciones específicas. Así, las partes sólo se deben mutuamente un estándar de conducta basado en el principio de buena fe. Por el contrario, si, por ejemplo, un memorándum de entendimiento contiene obligaciones específicas como la confidencialidad o la exclusividad, y las partes las aceptan válidamente, dichas obligaciones son exigibles. Más complejo sería el caso del contrato de promesa, en el que la obligación es celebrar el contrato definitivo. Sin embargo, debido a los estrictos requisitos del contrato de promesa no es muy probable ver a una parte asumiendo obligaciones sin la conciencia de hacerlo.

Los abogados deben identificar los intereses de sus clientes para seguir una estrategia acorde con esos intereses. Por ejemplo, si un cliente sólo se está acercando a un posible negocio sin intenciones claras de llegar a un acuerdo formal, el rol del asesor jurídico es evitar instrumentos o comportamientos que puedan interpretarse como ofertas o aceptaciones. Por el contrario, si existe una intención seria de vincularse —o vincular a la otra parte— en una relación comercial, los abogados deben acercarse haciendo ofertas o aceptaciones claras. No obstante, deben tener siempre presentes las consecuencias de cada una de las vías.

IV. POR QUÉ ES IMPORTANTE: LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS *HEADS OF AGREEMENT* COMO RÉGIMEN EXTRA CONTRACTUAL Y COMO RÉGIMEN CONTRACTUAL EN CHILE

Existen muchas diferencias entre el régimen aplicable a las tratativas preliminares —que es el régimen extracontractual o de daños— y el régimen aplicable a los contratos. Algunas de estas diferencias son más importantes que otras a efectos de este artículo.¹⁵¹ Asumiendo esto, esta parte se centrará en las diferencias más importantes entre comprender los *heads of agreement* como contratos o como estándares de comportamiento extracontractual.

4.1 La culpa

Mientras que en el derecho de contratos chileno la culpa admite diferentes categorías, en el derecho de daños la culpa es una y sólo una categoría.¹⁵² En este punto, sólo nos referimos a la culpa y excluimos explícitamente la discusión sobre los incumplimientos intencionales o las conductas dolosas.¹⁵³ La culpa forma parte de la atribución subjetiva de responsabilidad. Se aplica tanto a las acciones contractuales como a las extracontractuales.¹⁵⁴

¹⁵¹ Para un análisis completo, véase, en general, BARROS (2006), pp. 978-1071.

¹⁵² BARROS (2006), p. 976.

¹⁵³ RODRÍGUEZ GREZ (1999), p. 142.

¹⁵⁴ CORRAL (2003), p. 207.

En el ámbito extracontractual, la culpa significa la falta de debida diligencia en la realización de una acción.¹⁵⁵ Este tipo de culpa no admite diferentes categorías, y su análisis debe ser en abstracto.¹⁵⁶ Esto último significa que los jueces deben apreciar la falta de debida diligencia según estándares generales de conducta en lugar de la apreciación de la situación particular del infractor.¹⁵⁷ El estándar exigido en el derecho de daños es el *buen pater familias*.

A diferencia de lo extracontractual, la culpa contractual admite tres categorías diferentes de culpa.¹⁵⁸ El artículo 44 del Código Civil chileno establece esta categorización.¹⁵⁹ En primer lugar, existe la culpa grave. La culpa grave, según la citada disposición, significa no gestionar el negocio de un tercero con el deber de cuidado que incluso las personas negligentes suelen tener con sus propios negocios.¹⁶⁰ Este estándar de culpa es el mínimo reconocido en las relaciones contractuales, por lo que se asimila a la conducta dolosa.¹⁶¹ En segundo lugar, está la culpa leve, que se define como el estándar de cuidado que las personas suelen utilizar en sus propios negocios.¹⁶² Esta es la norma general para la mayoría de los sistemas jurídicos.¹⁶³ Por último, está la culpa levísima, que el *Código Civil chileno* define como el deber de cuidado que un hombre reflexivo emplearía en sus propios negocios importantes.¹⁶⁴

La relevancia de la distinción incluida en la culpa contractual es que diferentes contratos implicarán diferentes requisitos de cuidado.¹⁶⁵ El Código Civil chileno establece que, si un contrato sólo beneficia al acreedor, el deudor sólo tiene que responder por culpa grave.¹⁶⁶ Por ejemplo, en una donación que sólo beneficia a una parte, el donante sólo responderá por culpa grave. Por su parte, si un contrato beneficia a ambas partes, entonces el estándar aplicable es la culpa leve.¹⁶⁷ Por último, si el contrato sólo beneficia al deudor, éste responderá por culpa levísima.¹⁶⁸

En consecuencia, si la negociación preliminar se considerara tratativas preliminares, el estándar de conducta exigido es sólo uno. El análisis se haría en términos de si las acciones del

¹⁵⁵ ABELIUK (2008), p. 821.

¹⁵⁶ CORRAL, (2003), p. 213.

¹⁵⁷ CORRAL (2003), p. 214.

¹⁵⁸ ABELIUK (2008), p. 907.

¹⁵⁹ Código Civil, art. 44.

¹⁶⁰ Código Civil, art. 44.

¹⁶¹ ABELIUK (2008), p. 823.

¹⁶² ABELIUK (2008), p. 823.

¹⁶³ ABELIUK (2008), p. 823.

¹⁶⁴ Código Civil, art. 44.

¹⁶⁵ ABELIUK (2008), p. 824.

¹⁶⁶ Código Civil, art. 1547.

¹⁶⁷ Código Civil, art. 1547.

¹⁶⁸ Código Civil, art. 1547.

infractor infringen un estándar general de cuidado que se espera de toda persona razonable en su situación. Por el contrario, si la negociación preliminar se considerara un contrato, los jueces tendrían que revisar las obligaciones asumidas en el contrato y analizar si se trata de un acuerdo que beneficia al acreedor, a ambas partes o al deudor, para determinar si la parte que no cumple la obligación estaba obligada a hacerlo según el estándar específico exigido para el contrato concreto. En este último caso, la práctica sugiere que la regla general es que la negociación preliminar es beneficiosa para ambas partes, por lo que el estándar generalmente aplicado sería la culpa leve. Sin embargo, no es difícil imaginar situaciones en las que sólo una parte puede beneficiarse de un contrato preliminar. Por ejemplo, si la negociación preliminar sólo contiene una obligación de confidencialidad para una de las partes, el estándar requerido puede cambiar. El estándar específico variará en función de cada negociación preliminar concreta. Estas distinciones han sido ampliamente aplicadas por la Corte Suprema de Chile.¹⁶⁹

4.2 La prueba de la culpa

Como regla general, en el derecho contractual chileno el incumplimiento de un acuerdo se presume cometido con culpa, mientras que en materia de responsabilidad extracontractual el demandante tiene que probarlo.¹⁷⁰ De hecho, en lo que respecta a los contratos, el artículo 1698 del *Código Civil chileno* establece que la carga de la prueba de la existencia de la obligación recae en el demandante.¹⁷¹ Una vez que el demandante ha probado la existencia de la obligación, se presume la culpa.¹⁷² En consecuencia, es el demandado quien debe probar que actuó con la diligencia requerida para la obligación concreta o que existieron razones como *la fuerza mayor* que le liberan de cumplir dicha obligación.¹⁷³ La Corte Suprema de Chile ha reconocido esta interpretación.¹⁷⁴ También los estudiosos han llegado a la misma conclusión.¹⁷⁵

Por otro lado, la parte perjudicada en la responsabilidad extracontractual tiene que probar que la otra parte incumplió el estándar de conducta exigido por la ley.¹⁷⁶ Esto significa

¹⁶⁹ Véase *Arce con Silva* (1953). Este caso se considera esencial para entender cómo los tribunales utilizan las diferentes categorías de negligencia.

¹⁷⁰ BARROS (2006), p. 976.

¹⁷¹ Código Civil, art. 1689.

¹⁷² BARROS (2006), p. 982.

¹⁷³ Código Civil, arts. 1547 y 1689.

¹⁷⁴ Véase, p.ej., *Vidal Heuisler y otros con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (2015), C. 15.

¹⁷⁵ ABELIUK (2008), p. 826.

¹⁷⁶ ABELIUK (2008), p. 826.

que la carga de la prueba recae en el demandante.¹⁷⁷ Por lo tanto, este caso es justo lo contrario al derecho de contratos.¹⁷⁸

En cuanto a la negociación preliminar, la diferencia es clara. Si la negociación preliminar fuera tratativa preliminar, y en consecuencia el régimen aplicable fuera el extracontractual, la parte afectada por un supuesto incumplimiento soportaría la carga de la prueba de la culpa.¹⁷⁹ Por el contrario, si la negociación preliminar fuera un contrato, la culpa se presumiría y el demandante sólo tendría que centrarse en la prueba de la existencia de la obligación supuestamente incumplida.

4.3 La prescripción de las acciones

Existen diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual en cuanto a la interposición de acciones ante tribunales.¹⁸⁰ El artículo 2515 del Código Civil chileno establece un plazo de prescripción para la interposición de las acciones derivadas de los contratos, como regla general.¹⁸¹ Según éste, el plazo de prescripción de las acciones judiciales derivadas del incumplimiento de un contrato es de cinco años a partir de la fecha en que la obligación es exigible.¹⁸² Existen algunas excepciones a esta regla, pero no son relevantes para el contexto de la negociación preliminar.¹⁸³

El plazo indicado anteriormente no se aplica a las acciones de responsabilidad civil.¹⁸⁴ De hecho, en el caso de la responsabilidad extracontractual, aunque también hay algunas excepciones, la regla general para el plazo de prescripción es de cuatro años desde la realización del hecho que dio lugar a la acción.¹⁸⁵ Tanto los plazos de prescripción contractual como extracontractual están fijados por la ley y las partes no pueden acordar su ampliación.¹⁸⁶

Las consecuencias de la prescripción en Chile son objeto de gran debate.¹⁸⁷ Los autores han debatido si es el derecho a iniciar un procedimiento judicial o la propia obligación la que queda excluida por la prescripción.¹⁸⁸ Además de este interesante debate doctrinal, existe una

¹⁷⁷ A ABELIUK (2008), p. 826.

¹⁷⁸ ABELIUK (2008), p. 217.

¹⁷⁹ ABELIUK (2008), p. 217.

¹⁸⁰ BARROS (2006), p. 979.

¹⁸¹ Código Civil, art. 2515.

¹⁸² Código Civil, art. 2515.

¹⁸³ Para un análisis completo de las limitaciones legales en Chile, véase, en general, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004).

¹⁸⁴ BARCIA LEHMANN (2010b), p. 244.

¹⁸⁵ Código Civil, art. 2332.

¹⁸⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 41; véase también BARCIA LEHMANN (2012), p. 146.

¹⁸⁷ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 47.

¹⁸⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 48.

consecuencia práctica crucial de la expiración de un plazo de prescripción. Dicha consecuencia es que crea una excepción para el demandado contra cualquier reclamación basada en la acción supuestamente cometida o el derecho supuestamente afectado.

Entre el cuarto y el quinto año se vuelve crítico. Durante este periodo, sólo es posible la acción contractual, sin crear una excepción para el demandado. Cuando las partes están realizando importantes inversiones en las fases preliminares de un proyecto, pueden estar dispuestas a preservar las acciones durante el mayor tiempo posible. Si la negociación preliminar se considerara un contrato, el plazo de prescripción duraría un año más en comparación con el plazo de prescripción general de la acción extracontractual. Este año puede marcar toda la diferencia en el éxito de un litigio.

4.4 La estructura de las acciones

Las acciones son diferentes para los contratos y para los daños extracontractuales en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales o de estándares de comportamiento, respectivamente.¹⁸⁹ Los contratos, en los sistemas de derecho civil, crean obligaciones de dar algo, de realizar una acción o de no realizar una acción específica.¹⁹⁰ Por consiguiente, en los casos de incumplimiento de contratos, el demandante puede solicitar, además de la indemnización por los daños causados, el cumplimiento obligatorio de las obligaciones incumplidas.¹⁹¹ Dado que ésta no es la regla general en los sistemas del *common law*,¹⁹² esta idea requiere más explicaciones.

El artículo 1460 del Código Civil chileno distingue entre tres tipos diferentes de obligaciones.¹⁹³ En primer lugar, están las obligaciones de dar algo, que pueden significar la obligación de transferir la propiedad o cualquier otro *derecho real*, o de entregar la tenencia sobre un objeto.¹⁹⁴ En segundo lugar, están las obligaciones de realizar algo, en las que una persona o entidad jurídica asume la obligación de ejecutar una determinada acción,¹⁹⁵ por ejemplo, prestar un servicio o realizar una obra de arte. En tercer lugar, están las obligaciones de no realizar una acción concreta. El objetivo de este tercer tipo de obligación es la abstención de realizar una acción que de otro modo estaría permitida.¹⁹⁶ Esto es coherente con el artículo 1438 del Código Civil chileno, que establece que hay tres tipos de obligaciones: obligaciones de dar, de realizar o de evitar cierta acción o resultado.

¹⁸⁹ BARROS (2006), p. 987.

¹⁹⁰ ABELIUK (2008), p. 369.

¹⁹¹ BARROS (2006), p. 987.

¹⁹² PATTERSON *et al.* (2012), p. 561.

¹⁹³ Código Civil, art. 1460.

¹⁹⁴ ABELIUK (2008), p. 370.

¹⁹⁵ ABELIUK (2008), p. 373.

¹⁹⁶ ABELIUK (2008), p. 373.

Estas tres categorías tienen una importante diferencia en cuanto a los remedios que el demandante puede reclamar en caso de incumplimiento.¹⁹⁷ En las obligaciones de dar, el demandante puede elegir entre el pago de una indemnización o el cumplimiento específico de la obligación correspondiente.¹⁹⁸ Asimismo, en las obligaciones de no realizar una acción, el demandante puede elegir entre solicitar la indemnización o la reversión obligatoria de la acción realizada en incumplimiento de la obligación.¹⁹⁹ En las obligaciones de dar, el demandante no tiene esta opción.²⁰⁰ En el caso de las obligaciones de dar, los demandantes tienen que buscar primero el cumplimiento de la obligación de dar, y sólo cuando no es posible cumplir con dicha obligación, el demandante puede buscar la indemnización.²⁰¹ Aunque el *Código Civil chileno* no indica expresamente esta conclusión, los autores han interpretado sistemáticamente el *Código Civil chileno* llegando a esta conclusión.²⁰² Algunos autores van más allá de esta distinción e indican que en todos los casos la primera opción del demandante debe ser el cumplimiento forzoso de la obligación en lugar de la indemnización directa.²⁰³

El régimen aplicable en materia extracontractual es diferente. Dado que el fundamento de la indemnización es el daño, el derecho que surge para la víctima es siempre la indemnización.²⁰⁴ La indemnización surge para la víctima porque el objetivo principal es compensar a la persona perjudicada por el incumplimiento de una norma de conducta que afecta a un interés protegido por la ley²⁰⁵. En consecuencia, en el derecho de daños, extracontractual, no existe la opción entre prestaciones específicas. Siempre surge el derecho a la indemnización.

La relevancia de esto para el análisis de los *heads of agreement* es crucial. Si los *heads of agreement* se consideraran contratos, la parte afectada por un incumplimiento tendría derecho a hacer cumplir la obligación específica contenida en él. Por ejemplo, si existiera la obligación de proporcionar cierta información, la parte afectada tendría derecho a hacer cumplir dicha obligación, obteniendo la información que se indica en el acuerdo. Más importante es el caso del contrato de promesa. Según el *Código Civil chileno*,²⁰⁶ el contrato de promesa crea una obligación de hacer. Esta obligación de hacer significa la obligación de firmar el contrato definitivo. En consecuencia, si las partes celebran unos *heads of agreement* en los términos de un contrato de promesa, estarán creando una obligación de firmar el contrato

¹⁹⁷ ABELIUK (2008), p. 813.

¹⁹⁸ Código Civil, art. 1553.

¹⁹⁹ Código Civil, art. 1553.

²⁰⁰ ABELIUK (2008), p. 813.

²⁰¹ ABELIUK (2008), p. 813.

²⁰² Véase, en general, ABELIUK (2008), pp. 812-814; BARCIA LEHMANN (2012), pp. 84-87; BARROS (2006), p. 987.

²⁰³ BARROS (2006), p. 987.

²⁰⁴ BARROS (2006), p. 987.

²⁰⁵ BALKIN & DAVIS (2013), p. 4.

²⁰⁶ Código Civil, arts. 1553 y 1554.

definitivo. En la práctica, es poco probable que una parte obligue a la otra a firmar un contrato. Más aún si se trata de una relación a largo plazo. Sin embargo, es importante conocer las consecuencias y efectos jurídicos de determinados instrumentos. El asesoramiento jurídico no puede ignorar los derechos y deberes que se están creando, sean o no susceptibles de producirse.

Por otra parte, si los *heads of agreement* se consideraran tratativas preliminares, el único derecho que surgiría en caso de incumplimiento de los estándares de comportamiento sería la indemnización. En consecuencia, no existe la posibilidad de obligar a la otra parte a realizar acciones concretas. El único derecho que tiene la víctima es una indemnización por el perjuicio sufrido. Esto nos lleva al otro punto relevante de la distinción: las diferencias en lo que se puede obtener como indemnización en estos dos regímenes jurídicos distintos.

4.5 La indemnización de daños y perjuicios

Hay dos cuestiones importantes en relación con las indemnizaciones de que dispone la víctima de una infracción de estándares de cuidado o de los contratos.²⁰⁷ Ambas están relacionadas con la medida y la lejanía de los daños a indemnizar. De entrada, los únicos daños reconocidos en el sistema chileno son los daños compensatorios.²⁰⁸ Dentro de los daños compensatorios, existen dos categorías diferentes. En primer lugar, están los daños patrimoniales, que se refieren a las pérdidas económicas de la víctima.²⁰⁹ Dentro de ellos, el daño emergente y el lucro cesante.²¹⁰ La segunda categoría se refiere a las pérdidas que no pueden ser calculadas preliminarmente en términos de mercado.²¹¹ En general, los autores chilenos se refieren a ellos como *daños morales*,²¹² o también pueden identificarse en una versión más sofisticada como *daños no pecuniarios*.²¹³ Este último ha sido reconocido hace relativamente poco tiempo por el derecho inglés.²¹⁴

La otra categoría relevante que requiere explicación es la de los daños previsibles e imprevisibles.²¹⁵ Esta categoría se aplica a los daños patrimoniales antes mencionados, y se refiere a la lejanía de los daños.²¹⁶ Los daños previsibles son aquellos que eran predecibles en

²⁰⁷ BARROS (2006), p. 990.

²⁰⁸ AZAR (2009), p. 24.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 225.

²¹⁰ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 225.

²¹¹ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 225.

²¹² Véase, p.ej., RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 225; BARROS (2006), p. 990.

²¹³ Véase, en general, BARRIENTOS (2008).

²¹⁴ ATIYAH & SMITH (2005), p. 422.

²¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 229.

²¹⁶ Código Civil, art. 1558.

el momento en que las partes celebraron un contrato²¹⁷ o en que se produjo el incumplimiento del estándar de conducta.²¹⁸ Por el contrario, los daños imprevisibles son aquellos que no podían ser esperados por las partes en el momento de celebrar el contrato²¹⁹ o del incumplimiento del estándar de comportamiento.²²⁰ Dicho esto, es posible entender las diferencias entre ambos marcos.

La responsabilidad extracontractual aplica el principio de reparación íntegra del daño.²²¹ Según este principio, la persona perjudicada debe ser restituida al estado en que se encontraba antes de la acción que le causó el daño.²²² De este principio se derivan tres consecuencias importantes. En primer lugar, la cuantía de la indemnización debe ser acorde al daño causado y no a la gravedad de la infracción.²²³ En segundo lugar, el *quantum* de la indemnización debe ser equivalente al daño causado.²²⁴ Por último, y relacionado con los dos anteriores, se debe indemnizar todo el daño sufrido por la víctima.²²⁵

La tercera consecuencia es la que desencadena o evidencia la principal diferencia con el régimen indemnizatorio contractual.²²⁶ Utilizando el marco descrito anteriormente, la tercera consecuencia significa que en un caso de incumplimiento de un estándar de conducta deben indemnizarse todos los daños, es decir, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, así como todos los daños imprevisibles. Como se verá, el régimen contractual no sigue la misma regla.²²⁷

En las relaciones contractuales, el reconocimiento del principio de indemnización íntegra del daño es limitado.²²⁸ Los límites provienen de dos aspectos diferentes. En primer lugar, en el régimen contractual los daños imprevisibles sólo son indemnizables cuando la parte incumplidora ha actuado con la intención de incumplir el contrato o con una conducta dolosa.²²⁹ En consecuencia, en los casos de culpa, cualquiera que sea el estándar de culpa exigido según el acuerdo específico, los daños imprevisibles no son indemnizables.²³⁰

²¹⁷ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 229.

²¹⁸ BANFI (2012), p. 3.

²¹⁹ RODRÍGUEZ GREZ (2009), p. 229.

²²⁰ BANFI (2012), p. 3.

²²¹ Código Civil, art. 2329.

²²² DIEZ (1997), p. 160.

²²³ DIEZ (1997), p. 161.

²²⁴ DIEZ (1997), p. 161.

²²⁵ DIEZ (1997), p. 161.

²²⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2012), p. 564.

²²⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2012), p. 565.

²²⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2012), p. 564.

²²⁹ Código Civil, art. 1558.

²³⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO (1998), p. 240.

La segunda diferencia significativa se refiere a los daños morales. En Chile, la indemnización del daño moral en el marco contractual ha sido objeto de un intenso debate a lo largo de los años.²³¹ Históricamente, el daño moral no ha sido reparado ni en el régimen contractual ni en el extracontractual.²³² Sin embargo, en los años 20 los tribunales comenzaron a reconocerlo, pero sólo para el régimen extracontractual.²³³ En los años 50, los tribunales empezaron a dudar en incluir los daños morales en el ámbito contractual.²³⁴ Hoy en día es posible encontrar muchas sentencias de la Corte Suprema chilena que reconocen el daño moral en las relaciones contractuales.²³⁵ Además de estos casos, la Corte Suprema chilena sigue dudando en el reconocimiento del daño moral en la responsabilidad contractual porque no existe una ley que explícitamente lo reconozca.²³⁶ Esta vacilación crea una diferencia significativa entre los regímenes. Mientras que existe un acuerdo generalizado sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral en la responsabilidad extracontractual, en el caso de los contratos, a la Corte Suprema chilena y la doctrina les ha costado crear un espacio para ellos.

En consecuencia, si los *heads of agreement* fueran tratativas preliminares, el ámbito de las indemnizaciones sería más amplio que el contractual y, especialmente en lo que se refiere a los daños morales que puedan surgir del incumplimiento, habría certeza de que son indemnizables.

Como se ha visto, el régimen aplicable a los *heads of agreement* tiene muchas consecuencias jurídicas. Los abogados y las partes interesadas no pueden ignorar estas cuestiones. Sin embargo, sabemos que los *heads of agreement* son un instrumento diseñado por las partes y, en consecuencia, no tienen un contenido específico previo. Por ello, es necesario abordar la cuestión de si son acuerdos o no para atender a las normas que contempla el sistema chileno para identificar la naturaleza jurídica de los mismos.

²³¹ Véase JANA y TAPIA (2004), p. 173.

²³² JANA y TAPIA (2004), p. 176.

²³³ JANA y TAPIA (2004), p. 176.

²³⁴ JANA y TAPIA (2004), p. 176.

²³⁵ Véase, p.ej., *Stange con Ripley Puerto Montt South Store* (2013); *Ocharan con Gonzalez* (2014); *Morín con Empresa Chilquinta Energía S.A.* (2010).

²³⁶ JANA y TAPIA (2004), p. 180.

V. CONCLUSIONES

Los *heads of agreement* son utilizados internacionalmente. Chile siguió esta práctica probablemente para dar más comodidad a los inversores internacionales que estaban acostumbrados a ellas. Sin embargo, el estatus legal y las consecuencias de estos documentos dentro del sistema legal chileno no han sido estudiados. En este sentido, este artículo ha analizado y discutido las principales cuestiones relativas al estatus legal de los *heads of agreement* en Chile. En esta materia, el artículo ha afirmado que, por sus características, los *heads of agreement* pueden ser un contrato o un instrumento de tratativas preliminares, cada uno de ellos reconocido de forma diferente por el derecho chileno. Las consecuencias de esta categorización son importantes: en esta clasificación se encuentran los daños indemnizables, los estándares de culpa o incluso las obligaciones asumidas por las partes. Dado que el contenido específico de un *heads of agreement* es una cuestión de hecho, en este artículo se ha analizado el elemento que traza la línea entre las tratativas preliminares y los contratos: el consentimiento. Durante las tratativas preliminares, el consentimiento aún no se ha formado, por lo que no hay obligaciones contractuales sino estándares de comportamiento, mientras que en los contratos se asumen obligaciones específicas y, en consecuencia, las partes tienen derecho a hacerlas cumplir.

Los abogados deben entender los intereses de sus clientes y trasladarlos al mundo jurídico. El asesoramiento jurídico en materia de *heads of agreement* debe tener en cuenta las diferentes categorías comentadas. Equivocarse en esta materia o dar un asesoramiento erróneo podría ser un terrible —y costoso— error. Este artículo pretende analizar las principales cuestiones jurídicas que debe afrontar los *heads of agreement* en el sistema chileno y proporcionar los elementos esenciales para no cometer dicho error.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK Manasevich, René (1971). *El Contrato de Promesa* (Lopez - Viancos).
- ABELIUK Manasevich, René (2008). *Las Obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed.).
- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo (2003). *De La Compraventa Y de La Promesa de Venta. Vol. 2* (Editorial Jurídica de Chile).
- ATIYAH, P.S. y SMITH, Stephen A. (2005). *Atiyah's Introduction to the Law of Contract* (Clarendon Press - Oxford, 6ª ed.).
- AZAR Denecken, José Ignacio (2009). *Los Daños Punitivos y sus Posibilidades en el Derecho Chileno* (Universidad de Chile).
- BALKIN, R.P. y DAVIS, J.L.R. (2013). *Law of Torts* (Chatswood, N.S.W. LexisNexis Butterworths, 5ª ed.).
- BANFI del Río, Cristian (2012). "Hacia Una Reparación Integral Del Daño Extracontractual Limitada a Los Hechos Dolosos O Gravemente Negligentes", *Ius et Praxis*, vol. 18, pp. 3-32.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2006). "La Autonomía Privada Como Principio Sustentador de La Teoría Del Contrato Y Su Aplicación En Chile", *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°3, pp. 159-185.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010a). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo 1. Del Acto Jurídico* (Editorial Jurídica de Chile).
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010b). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo 2. De Las Fuentes de Las Obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile).
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012). "Estudio Sobre La Prescripción Y Caducidad En El Derecho Del Consumo", *Revista chilena de derecho privado*, n°19, pp. 115-163.
- BARRIENTOS Zamorano, Marcelo (2008). "Del Daño Moral Al Daño Extrapatrimonial: La Superación Del Pretium Doloris", *Revista chilena de derecho*, vol. 35, n°1, pp. 85-106.
- BARROS B., Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).
- CELEDÓN Förster, Rosario y SILBERMAN Veszpremi, Patricia (2010). *Responsabilidad Precontractual Por Ruptura de Negociaciones Contractuales* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).
- CORRAL Talciani, Hernán (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL Talciani, Hernán (2010). "Concurrencia de Acciones de Responsabilidad Civil Contractual Y Extracontractual En Los Daños Causados Por Accidentes Del Trabajo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°14, pp. 69-107.
- CREED, Jesse Max (2010). "Integrating Preliminary Agreements into the Interference Torts", *Columbia Law Review*, vol. 110, n°5, pp. 1253-1293.

- DE LA MAZA Gazmuri, Iñigo (2006). “El Retiro Unilateral Como Un Caso de Responsabilidad Precontractual”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°3, pp. 131-158.
- DÍAZ Arrepol, Viviana (2014). *Elementos de Existencia Y Validez de Los Contratos* (Universidad de Chile).
- DIEZ Schwerter, José Luis (1997). *El Daño Extracontractual: Jurisprudencia y Doctrina* (Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2004). *La Prescripción Extintiva. Doctrina Y Jurisprudencia* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “La Influencia de La Doctrina Francesa En El Derecho Chileno”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°2, pp. 61-80.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1998). “Algunas Consideraciones En Torno Al Daño Como Elemento de La Responsabilidad Civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 19, pp. 237-247.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2012). “El Principio De Reparación Integral Del Daño: Sus Contornos”, en DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen; GONZALEZ Castillo, Joel; BARRIENTOS Zamorano, Marcelo and GOLDENBERG, Juan Luis (coord.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Thomson Reuters), pp. 561-572.
- EYZAGUIRRE Baeza, Cristóbal y RODRÍGUEZ Diez, Javier (2013). “Expansión Y Límites de La Buena Fe Objetiva - A Propósito Del ‘Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos’”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°21, pp. 137-216.
- FIGUEROA Yañez, Gonzalo (2011). *Curso de Derecho Civil. Vol. 3* (Editorial Jurídica de Chile).
- FOREMAN, Violeta Solonova (2014). “Non-Binding Preliminary Agreements: The Duty to Negotiate in Good Faith and the Award of Expectation Damages”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 72.
- GOSFIELD, Gregory G. (2003). “The Structure and Use of Letters of Intent as Prenegotiation Contracts for Prospective Real Estate Transactions”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 38, n°1, pp. 99-168.
- GOSFIELD, Gregory (2004). “It’s a Question of What’s Binding: A Look at Letters of Intent”, *Business Law Today*, vol. 13, n°6, pp. 54-59.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). “La Buena Fe En El Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n°1, pp. 11-23.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005). “La Influencia Del Código Civil Francés En Las Codificaciones Americanas”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales, Colección de Derecho Privado*, n°2, pp. 27-60.
- HOMBURGER, Thomas C. y SCHUELLER, James R., (2002). “Letters of Intent - A Trap for the Unwary”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 37, n°3, pp. 509-535.

-
- IRURETA Uriarte, Pedro (2011). “Vigencia Del Principio de La Buena Fe En El Derecho Del Trabajo Chileno”, *Ius et Praxis*, year 17, n°2, pp. 133-188.
- JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio (2004). “Daño Moral En La Responsabilidad Contractual a Propósito de Un Fallo de La Corte Suprema de 5 de Noviembre de 2001”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°1, pp. 171-209.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). *Los Contratos. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.).
- MCLAUCHLAN, David W. (2002). “The Legal Status of Heads of Agreement: Recent Developments”, *AMPLA Yearbook*, pp. 518-557.
- MEZA BARROS, Ramón (2007). *Manual de Derecho Civil. De Las Fuentes de Las Obligaciones. Vol. 1* (Editorial Jurídica de Chile, 9ª ed.).
- MIROW, M.C. (2000). “The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 8, n°1, pp. 83-116.
- O’CALLAGHAN, Brian and BERNAU, Justin (2013): “Preliminary Agreements: To Be or Not to Be?”, Clayton Utz, en: <http://www.claytonutz.com/publications/edition/5_december_2013/20131205/preliminary_agreements_to_be_or_not_to_be.page>
- PATTERSON, Jeannie; ROBERTSON, Andrew y DUKE, Arlen (2012). *Principles of Contract Law* (Thomson Reuters, 4ª ed.).
- PESCIO Vargas, Victorio (1978). *Manual de Derecho Civil. Vol. 2* (Editorial Jurídica de Chile).
- RISUEÑO F., Manuel (2010). “De Las Obligaciones Precontractuales I.”, en TOVALARI, Raúl, *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo 1* (Editorial Jurídica de Chile), pp. 449-478.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999). *Responsabilidad Contractual* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2009). *Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile).
- ROSENDE Álvarez, Hugo (1979). *Algunas Consideraciones Sobre La Responsabilidad Precontractual* (Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- SANDOVAL López, Ricardo (1992). *Derecho Comercial. Vol. 3* (Editorial Jurídica de Chile).
- SCHOPF, William G.; KRAUS, Kenneth E. y FLAMING, Todd H. (1996). “When a Letter of Intent Goes Wrong: Explore If You’ll Win If It’s in the Hands of a Jury”, *Business Law Today*, vol. 5, n° 3, pp. 30-34.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. (2007). “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, vol. 120, pp. 661-707.

-
- SEGURA Riveiro, Francisco (2005). “Algunas Cuestiones Actuales En Torno a La Oferta Y La Aceptación”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°3, pp. 23-60.
- STITCHKIN Branover, David (1975). *El Mandato Civil* (Editorial Jurídica de Chile).
- TESTANI, Rocco E. and LENTZ, Kurt (2011). “Avoiding ‘Benefit of the Bargain’ Damages in Letters of Intent”, *GPSolo*, vol. 28, n°6, pp. 12-13.
- VARAS Braun, Juan Andrés y MOMBERG Uribe, Rodrigo (2006). “La Oferta En Chile: Un Ordenamiento, Tres Regímenes”, *Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado*, n°3, pp. 61-94.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2007). *Teoría General Del Acto Jurídico* (Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed.).
- WEINRIB, Ernest Joseph (2013). *The Idea of Private Law* (Oxford University Press, version electrónica).
- WOLFF, Norris D. (1994). “Letters of Intent, Preliminary Agreements, and Binding Acquisition Agreements”, *Banking Law Journal*, vol. 111.

JURISPRUDENCIA CITADA**Chile**

Antonio Martínez Rojas y otro con Coexpan Chile S.A. (2005). Corte Suprema, 26/04/2005, Rol 201-2004.

Cominor Ingeniería y Proyectos S.A. con Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (2014). Corte Suprema, 30/01/ 2014, Rol 4395 -2013.

David Jiménez Mira con Antonio Armijo Cerda (2011). Corte Suprema, 29/12/2011.

Eduardo Stange Hoffmann con Ripley Puerto Montt South Store S.A. (2013). Corte Suprema, 2/10/2013.

Emilio Ocharan Meliant con Pablo González Rojo (2014). Corte Suprema, 10/11/2014, Rol 474-2014.

Francisco Arce con Silva Rigoberto (1953). Corte Suprema, 12/08/1953, Rol n/a.

Gloria Denis Morán Valín con Empresa Chilquinta Energía S.A. (2010). Corte Suprema, 19/10/2010, Rol 7076-2010.

Jaime Patricio Vidal Heusler, María Fernanda Vidal Neut, Carla Vidal Neut con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2015). Corte Suprema, 19/01/2015, Rol 7215-2014.

Territoria S.A. con Inmobiliaria Laja Ltda. (2012). Corte Suprema, 31/08/2012.

NORMAS CITADAS

Chile

Código Civil.

Código de Comercio.

Ley N° 19.496 Que Establece Normas Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores.

Tratados Internacionales

Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías 1980.