

Materiales I

“Negociaciones precontractuales y contratos preparatorios”

1. EPSTEIN, Richard. *Reglas simples para un mundo complejo*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pp. 93-111.
2. CELEDÓN, Rosario y SILBERMAN, Patricia. *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones precontractuales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2010). pp. 105-144.
3. DE LA MAZA, Íñigo. *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010) pp. 75-99
4. ABELIUK, René. *El contrato de promesa*. Editores López-Vivanco. Santiago (1971). pp. 21-70; 77-88.
5. PUELMA, Álvaro. *Contratación comercial moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1991. pp. 29-44.
6. (Optativo) LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge. *Los contratos. Parte general*, 5ª Ed., LegalPublishing Chile, Santiago, 2010, pp. 347-360.
7. (Optativo) TEMPKIN, Harvey. *When does the ‘fat lady’ sing?: an analysis of ‘agreements in principle’ in corporate acquisitions*. En: Fordham Law Review, November 1986. pp. 1-20.
8. (Optativo) FUEYO, Fernando. *La promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LIX, N° 7 y 8, primera parte. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1962. pp. 149-161.

REGLAS SIMPLES PARA UN MUNDO COMPLEJO

Richard A. Epstein



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

CAPÍTULO 4

Contratos

MIS PRIMERAS DOS REGLAS han favorecido mucho la creación de un orden en el escenario legal. La primera regla permite que los sujetos tengan control sobre sus propias vidas, mientras que la segunda asigna a cada bien un propietario. El sistema satisface al menos las preocupaciones mínimas sobre igualdad formal, porque cada uno tiene derecho a usar sus propias habilidades para adquirir bienes específicos. Cualquiera que sean las fortunas que los individuos puedan tener, las ventajas estructurales del sistema se mantienen, porque las reglas del *common law* sobre autonomía personal y propiedad individual necesariamente descentralizan el control de los recursos humanos y materiales. Ninguna persona, ningún grupo de individuos, puede decidir quién va a ser propietario de qué, ni quién tiene derecho a tratar con quién en la transferencia de trabajo o talentos.

Muy a menudo, sin embargo, el conjunto de recursos que se nos otorga naturalmente o que hemos adquirido por posesión no es el que quisiéramos tener al final. Necesitamos alguna manera de alterar el control de los recursos para aumentar su valor para todas las personas simultáneamente: por ello, es fundamental el papel que juega el intercambio voluntario. Podemos empezar enfatizando la observación económica tradicional de que algunas veces existe una enorme diferencia entre el valor de intercambio y el valor de uso, tanto del trabajo como de los recursos naturales. Por ejemplo, una computadora podría valer 100 dólares si es usada por su actual dueño. Sin embargo, podría venderse en 125 dólares en el mercado y dar 150 dólares en beneficios a un nuevo dueño. El valor de uso en el presente es menor que el valor de intercambio, que a su vez es menor que el valor de uso para el comprador. Si se bloquea el intercambio, las ganancias potenciales para el comprador y el vendedor se destruyen, sin ninguna ganancia social que lo contrapesa.

No existe, por supuesto, ninguna razón para creer que todos los bienes tienen mayor valor de intercambio que de uso. Algunas veces, uno puede usar lo que tiene mejor que su vecino. Esta es la razón por la que no todas las casas en el vecindario tienen el aviso de «se vende». Pero algunas veces un vecino o un completo extraño puede hacer mejor uso de nuestra casa que el que nosotros podemos hacer y eso explica por

qué algunas casas están a la venta. El mecanismo básico del contrato es muy simple, poderoso y universal. Esencialmente supone renunciar a algo que uno valora a cambio de algo que uno valora aún más. Si ambas partes permiten que el intercambio se produzca, habrá un enorme aumento en el bienestar general, a menos que haya algunas pérdidas sistemáticas para terceros, un tema mejor abordado al tratar la cuarta regla simple. Aún mejor es que esta simple idea de ganancias por medio del intercambio es pasible de infinitas repeticiones. Lo que se adquiere en una transacción puede ser nuevamente trabajado, empacado y revendido en otra. En tanto las ganancias comunes sean satisfechas en cada paso, no hay razón para imponer limitaciones artificiales en el número de veces en el que la gente puede confiar en esta regla. Una sola idea buena derrota a mil ideas malas.

La adquisición por medio de contratos voluntarios es insuficiente para construir un sistema entero, porque no resuelve el problema del retroceso infinito: si he adquirido mi título de ti, ¿cómo has adquirido tú el tuyo? Y, si tú lo has adquirido a través de X, entonces ¿cómo ha adquirido X el suyo? Y así sucesivamente. La idea de que cada persona es propietaria de sus propias decisiones y, mediante ellas, de su propio trabajo en la posición inicial, ingresa en esta regresión y establece una base sólida para el subsiguiente sistema de intercambio voluntario. Los principios aquí son perfectamente generales. Primero, aplicamos las reglas referentes a la propiedad sobre uno mismo y la primera posesión; luego aplicamos las reglas generales de contratos respecto a los bienes así adquiridos y, posteriormente, aplicamos las normas de responsabilidad civil extracontractual para asegurarnos de que no suceda ninguna acción de agresión inadmisible. Los cuerpos especializados de leyes sobre propiedad inmueble y trabajo simplemente salen de estas consideraciones, sin una disposición u orden legislativo especial. El *common law* ha conseguido un alto nivel de coherencia y universalidad con sus pocos principios generadores de derechos y obligaciones.

Estos intercambios contractuales también funcionan para mitigar algunos de los excesos aparentemente individualistas de un sistema de primera posesión. Los contratos no solo nos permiten intercambiar nuestro propio trabajo o cosas que hemos adquirido sino, también, intercambiar o compartir cosas que adquiriremos en algún momento futuro. Si un grupo de cazadores decide dividir su caza futura por cada miembro del grupo, la transacción es perfectamente válida aunque el intercambio voluntario tenga lugar antes de la adquisición. La obligación de transferir simplemente se difiere hasta luego de la adquisición. Así, por ejemplo, los miembros de la tripulación de una embarcación ballenera utilizan esa forma de contratación. De igual modo, si una familia o grupo social impone fuertes obligaciones a sus miembros, el primer poseedor está prohibido de compartir su pesca en concordancia con la regla aplicable. Y en los sistemas feudales, la tierra adquirida por conquista o por ocupación original puede ser parcelada a favor de los miembros del grupo a cambio de obligaciones de lealtad y ayuda —un patrón de organización social adoptado en muy diversas

culturas—. ¹ Entendida correctamente, la única función de la regla de primera posesión es excluir a los extraños de la propiedad adquirida. Ahí donde existan ganancias debido a la cooperación y al compartir, la regla del intercambio voluntario permitirá la conversión consensual de la propiedad individual en propiedad común. Las dos reglas funcionan juntas y deben ser evaluadas conjuntamente.

ABSTRACCIONES Y PERSONAS

La lógica de la ganancia mutua a partir del intercambio voluntario es perfectamente general. Se apoya únicamente en el interés propio de los individuos en un mundo de escasez. No es particular a una cultura, una época o un conjunto de valores. Más importante para estos fines, la lógica del intercambio no es exclusiva de algunos sujetos. No propone un conjunto de reglas para empleadores y otro para trabajadores, o un conjunto para señores y otro para vasallos. No crea un conjunto para la gente que es rica y poderosa, y otro para quienes son débiles o sumisos. La ley habla de dos individuos fuertemente decididos² en todos los arreglos contractuales: A y B. Estos individuos no tienen color, olor, época, tampoco nacionalidad, edad, raza o sexo conocidos. Estos individuos son abstracciones conscientes, que no son representaciones de las personas en el mundo y que son útiles precisamente porque están desligados de todo contaminado grupo de particulares. A y B (y sus amigos de C a Z) son definitivamente omnipresentes y, sin embargo, solo ocasionalmente hacen contacto con el confuso mundo del comercio que están diseñados a describir.

Existe una fría y práctica lógica detrás de esta búsqueda despiadada de abstracciones. La teoría del *common law* postulaba que, mientras se sepa que existe un A y un B, se tiene toda la información necesaria para imaginar sus autodefiniciones a partir de un contrato. No es importante para la ley (aunque sí para las partes) el que sean socios con igual proporción, o que una de las partes del contrato sea el empleador y la otra sea el trabajador. Estas relaciones, estas categorías, no son impuestas sobre los individuos privados mediante la operación de la ley; estos roles son escogidos libremente por los individuos que actúan dentro del sistema. A decide trabajar para B, y B acepta trabajar para A. Cada uno de ellos se mantiene libre de asumir otras funciones en sus relaciones con otras personas. No hay inconsistencia en el que A trabaje para B en una transacción y contrate a C en una segunda. No hay inconsistencia en que A sea dueño

¹ Véase, por ejemplo, ELLICKSON, Robert C. «Property in Land». *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 1315; GLUCKMAN, Max. *The Idea in Baroque Jurisprudence*. 1965, pp. 75-112; y POLLOCK, Frederick y Frédéric W. MAITLAND. *A History of English Law*, 2.ª ed., vol. 2, capítulo 1, 1898.

² Los expresión «individuos fuertemente decididos» traduce la frase «hardy standbys». (Nota de los traductores)

de una casa, sea inquilino en otra y constituya una hipoteca sobre una tercera. Los patrones de la vida social se determinan no por una poderosa autoridad central sino por las repetitivas e independientes decisiones de miles de individuos separados que persiguen su interés propio. No hay ningún patrón definitivo de trabajos o contratos que sea justo, apropiado o equitativo solamente por la manera en que luce. El registro definitivo se justifica solamente a partir de la «cadena de títulos» para cada transacción original.³

Esta masiva simplificación del universo social trata a todas las personas como si fueran tan fungibles como las letras del alfabeto y, por tanto, ignora o rechaza todo esfuerzo de inducir al *common law* a tomar en consideración la diferencia entre un trabajador individual, de medios limitados, y una gran corporación industrial. La crítica más relevante a este sistema, utilizado en el *common law*, condena su insuficiencia para reconocer las diferencias existentes en cuanto a la función y el *status* que hayan sido y sean aparentes a todos aquellos que se molesten en observar la operación. Los reformadores quieren desacreditar el enfoque del *common law* como una triste caricatura de la gran variedad de interacciones sociales y reemplazar las inasibles generalidades del contrato, la propiedad y los daños, con un conjunto más dividido de reglas que tome en cuenta diferencias conocidas y particulares en los roles sociales y en contextos institucionales. Las primeras formas de ley contra la discriminación comprendían, por ejemplo, una prohibición general contra la negativa a contratar o dar un ascenso por razones de raza, sexo o nacionalidad. Sin embargo, las variantes modernas, especialmente *Americans with Disabilities Act*, contienen reglas detalladas que regulan lo que puede ser exigido o hecho en cada paso del proceso de selección de personal: qué preguntas pueden hacerse sobre la historia médica, qué ayuda se puede ofrecer, qué modificaciones estructurales deben realizarse y así sucesivamente. La crítica al *common law* busca hacer a las reglas aplicables más sensibles a los temas dominantes de las relaciones humanas.

Sin embargo, ¿por qué algún analista o sistema legal intenta desatender verdades sociales evidentes y hablar solo de varios A y de varios B cuando la información específica sobre el contexto y los roles es indispensable para entender cómo se comportan los individuos y cómo operan los mercados? Para responder a esta pregunta es necesario dejar de lado los aspectos particulares para enfocarnos nuevamente en los principios generales. Es verdad que todos los individuos son diferentes en atributos naturales, en ambiciones personales, en roles sociales y en expectativas institucionales. Pero hay una sola cosa que cada uno de ellos quiere y la quiere precisamente porque cada uno es, en cierta medida, un A y un B: *desean cada vez más*. Podemos no ser capaces de

³ Para la más poderosa discusión sobre las teorías históricas y de patrones de justificación, véase NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, capítulo 7, 1974.

responder, desde un lugar desinteresado, a la pregunta «¿más de qué?» o de explicar por qué se prefiere más de esto que de aquello. En efecto, en muchas ocasiones las personas no pueden explicarse a sí mismas por qué prefieren más de un bien o producto que de algún otro; pero, más allá de este desconocimiento, sí sabemos que las personas que tienen más pueden siempre acabar con menos al entregar algo de lo que tienen a algún número de ansiosos receptores, ya sean familiares o instituciones de caridad. En contraste, la gente con menos solo puede acabar con más tomando una de dos rutas: la fuerza o el intercambio (este último término interpretado ampliamente para incluir no solo el intercambio propiamente dicho sino, también, las liberalidades).

Esta característica de querer más es universal. Es igualmente aplicable a empresas avaras y rapaces como a individuos con intereses individuales. Efectivamente, querer más no es una característica por la que debemos condenar a la gente. El deseo de querer más es una de las pocas figuras indispensables para el progreso y desarrollo humano. La pregunta correcta no es por qué queremos más sino si es posible que consigamos la mayor cantidad posible de aquello que queremos.

Solo hay dos tipos de juego (dos patrones de comportamiento) que la gente puede jugar en un mundo en el que todos quieren más y temen terminar con menos. El primer juego es conseguir más para uno tomando de alguna otra persona. El segundo es tomar más entrando a un intercambio voluntario con otra persona. Todos los ostensibles terceros casos independientes (por ejemplo, regulación estatal o error privado) son esencialmente variaciones, ya sea de la coerción o del consenso. A partir de estos presupuestos generales, el argumento de pensar acerca de la relación jurídica en términos de los inertes A y B es como sigue: cada A y B tiene determinados atributos iniciales, estos son aumentados luego por medio de cosas que se adquieren mediante la primera posesión o el intercambio voluntario. Cuando A celebra un acuerdo voluntario con B, esta constante presión por terminar con más en vez de menos conllevará que dos desigualdades críticas se satisfagan simultáneamente. La primera desigualdad señala que cuando A sacrifica algo (sea trabajo o bienes materiales) lo valorará menos que lo que recibe a cambio. La segunda desigualdad indica que cuando B sacrifica algo lo valorará menos de lo que valorará lo que recibe a cambio.

Si se toman juntas, estas desigualdades tienen un enorme significado social. Estas implican que todos los intercambios voluntarios son juegos de *suma positiva* para los participantes. El intercambio no solo transfiere activos físicos o intangibles; también aumenta la satisfacción humana reuniendo los activos con aquellas personas que más los valoran. Esa proposición se sostiene prescindiendo de cómo A y B recibieron sus atributos iniciales. Se sostiene, incluso, si nosotros como analistas no tenemos una sólida teoría del valor que explique por qué A quiere ordenar sus preferencias en una dirección y B quiere ordenarlas en otra. En tanto sepamos que todos los A y B desean más, hay suficiente garantía para que el intercambio voluntario tenga lugar. *Ambas* partes están mejor de lo que estaban antes.

Comenzando con este modesto modelo, la ley puede facilitar (no compeler sino facilitar) importantes interacciones productivas que se expandirán a lo largo del tiempo hasta abarcar a todos los individuos que posean la capacidad mínima para contratar. El sistema avanza con efectos positivos, pues los intercambios son mutuamente beneficiosos, puesto que —de otra manera— las partes no los celebrarían. No tenemos que saber *por qué* determinado intercambio será beneficioso para una persona en particular. Es suficiente saber que, dada la manifestación externa de consentimiento, este será el caso. El sistema legal puede prosperar a partir de intercambios voluntarios cuyo contenido no comprende totalmente. De otro modo, el riesgo es que cada transacción requerirá alguna demostración pública y formal de sus méritos intrínsecos para las partes como condición de su validez. En ese mundo, el resultado positivo es que el acuerdo se realice, pero solo luego de incurrir en algunos costos; lo negativo sería que las transacciones sean vetadas por agentes del gobierno que no entienden los costos y beneficios relevantes para el caso concreto y que, además, no tienen incentivos para presumir su existencia. Cualquier escenario es peor que aquel que impide el libre intercambio, por lo que el acuerdo supervisado puede dejarse de lado aun cuando, de manera optimista, creyéramos que las decisiones administrativas inteligentes desplazarán a las decisiones desinformadas. El conocimiento general detrás de los incentivos uniformes que mueven a las partes llevadas por intereses individuales es una guía más confiable sobre sus intereses que cualquier veto público sobre su acuerdo.

Sin embargo, dejando de lado el escepticismo, es posible referirnos a las formas de intercambio voluntario que deberían surgir con el tiempo, a saber, que habrá una clasificación por función: una especialización en el mercado. Para defender esa conclusión necesitamos una presuposición adicional, que es tanto crítica como acertada. Debemos asumir que, en diferentes ámbitos, existen diferencias naturales entre las personas. Desde los atributos más obvios, como en la altura, el peso y la inteligencia, hasta los menos obvios pero también importantes, como las actitudes, las habilidades y el gusto. No podemos saber exactamente cómo estos atributos se han distribuido, pero podemos decir, con total confianza, que las personas no se concentran en un único punto de la distribución: la gente no tiene talla ni peso idénticos, y lo mismo sucede con sus otros atributos, características y habilidades naturales. La biología y la sociología nos dan la seguridad de que algunas personas serán mejores en algunas cosas y que otras personas lo serán en otras cosas. Las dimensiones de estas diferencias pueden ser bastante sutiles e importantes, y algunas de ellas pueden escapar al analista externo mientras que son entendidas intuitivamente por las personas que se encuentran dentro de un particular segmento del mercado. Parece claro (dado el comportamiento de los apostadores profesionales y comerciantes) que algunas personas son mejores que otras para manejar el riesgo, mientras que otras pueden ser mejores ejecutando transacciones complejas. Los primeros podrían volverse comerciantes y los segundos, intermediarios; hecho que supondría que ambos operen en el mismo mercado financiero.

De forma similar, dentro de un acuerdo contractual, aquellas personas que son mejores soportando el riesgo podrían convertirse en propietarios y empleadores, mientras que aquellas que son menos capaces y desean enfrentar menos riesgos bien podrían estar contentas tomando un salario fijo y la mayor seguridad asociada con el estatus de empleado. Tampoco hay una razón por la que las relaciones laborales deban dividirse por líneas severas y rígidas. Es posible incorporar en los contratos laborales comisiones y bonos que reflejen un complejo sistema establecido para compartir el riesgo entre las partes. Las partes pueden mezclar y establecer el riesgo de acuerdo con lo que les satisfaga, mientras que el derecho de contratos continúa tratando a A y B como roles en vez de como personas específicas.

Mientras el proceso sigue su curso, hay una lenta transformación en la manera como el mundo opera. Empezamos con A y B aislados e indiferenciados, pero algunos A empiezan a asociarse y algunos B empiezan a asociarse. Algunas poderosas asimetrías de roles empiezan a surgir; con el tiempo podremos ver el variado mundo que observamos hoy, lleno de complejas organizaciones y empresarios individuales, tal como en la evolución vemos organismos de diferentes tamaños que llenan los muchos nichos disponibles en la naturaleza. En cada etapa, la complejidad social expuesta se alcanza por medio de un proceso de autodefinición, no de compulsión externa. Y cada transacción, cada eslabón de la cadena, es un juego de suma positiva para los participantes.

LAS LIMITACIONES TRADICIONALES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La defensa de la libertad descansa en el postulado de las ganancias mutuas por medio del intercambio. La racionalidad de esta institución provee la pista esencial para su limitación. Cuando la negociación se realiza en circunstancias en las que la ganancia mutua no es el resultado probable, hay justificación suficiente para que la ley intervenga y deje la transacción de lado. Las transacciones nunca ocurrirán si ambas partes saben que perderán; consecuentemente, el mayor daño aparece cuando una de las partes de la negociación mejora su situación con un acuerdo que probablemente empeorará la situación de la otra parte.

Ese resultado gana/pierde es idéntico al generado por el robo. La tarea, entonces, es desechar aquellas transacciones que operen como una imposición unilateral de los deseos de una parte sobre la otra parte. La violencia física⁵ es el caso paradigmático. Esta surge cuando A fuerza a B a celebrar un contrato bajo la amenaza de que le infligirá un daño físico si no lo hace. Cualquier intercambio forzado de esa forma dejará a B mejor de lo que estaba *antes* de que la amenaza fuera hecha, pero el patrón

⁵ La expresión «violencia física» traduce la categoría «physical duress». (Nota de los traductores)

utilizado para medir la bondad social del intercambio es el bienestar de B *antes* de que A concretara la amenaza. A podría esperar ganar solo 10 unidades de bienestar. Pero sin la intervención legal, estará preparado a gastar 9 unidades de esfuerzo, así sean las pérdidas de B como 1 o como 100. Si fueran 1, entonces un intercambio ordinario sería fácil de organizar, porque B estaría de acuerdo en los términos de A. El robo tiende a ocurrir cuando las pérdidas de B son 100 en vez de 1. Y entonces la mayoría de esas transacciones ofrecen el mismo resultado de suma negativa que el robo. Hay muy poco costo social asociado a la prohibición del uso de violencia física, que se encuentra en todos los sistemas legales.

La violencia es difícilmente el único fundamento para dejar de lado los contratos. Ser menor de edad, encontrarse privado de discernimiento, encontrarse indebidamente influenciado,⁶ haber sido engañado y/o inducido a error son razones universalmente reconocidas para rechazar la validez de los contratos o para revertir sus efectos cuando estos ya se han ejecutado. Permitir estas vías de escape de las obligaciones contractuales es totalmente consistente con la operación de los mercados como la entendemos y, asimismo, necesario para ella. Cada una filtra importantes subclases de acuerdos en los que el supuesto de ganancias mutuas del intercambio tiende a hacerse insostenible.

Los peligros de la minoría de edad y de la privación de discernimiento son fáciles de ver. Como un asunto general, las personas que trabajan bajo alguna forma importante de privación de discernimiento son incapaces de hacer las comparaciones necesarias para realizar intercambios provechosos, y esta incapacidad es conocida. Las personas con capacidad de discernimiento pueden fácilmente aprovecharse de los incapaces de discernir, entonces hay poca dificultad en prohibir transacciones que probablemente serán del tipo gana/pierde. Los casos de influencia indebida son más difícilmente clasificables. Estas transacciones usualmente involucran a personas cuyas capacidades están limitadas por enfermedad o edad avanzada o que tienen que participar en transacciones comerciales complejas que están fuera de su entendimiento normal, o ambas. ¿Tenderá B a beneficiarse de una negociación con A si este no recibe consejo independiente de un tercero cuya única lealtad sea a él?

Los riesgos de fraude o de cualquier error no están limitados a los privados de discernimiento, sino que pueden surgir en cualquier transacción. Si bienes que valen 10 dólares son presentados por un vendedor como si valieran 12 dólares, entonces el comprador que los compra a 11 dólares termina peor al haber hecho un intercambio con información falsa. El error bloquea la ganancia mutua, y eso tiende a ocurrir con mayor frecuencia cuando se hace un engaño. Los casos más difíciles de evaluar son

⁶ La expresión «indebidamente influenciado» traduce la categoría «undue influence». (Nota de los traductores)

aquellos en los que cualquiera de las partes, o ambas, han cometido errores no inducidos por las otras partes, algunas veces cuando ninguna de las partes sabe la verdad. Se han propuesto varias soluciones para poner el riesgo en la parte con mejor posición de evitarlo, hecho que usualmente significa que la pérdida es asumida por la parte que comete el error, salvo que la otra parte sepa del error y aun así sostenga una oferta que es demasiado buena para ser verdad. Sin embargo, este asunto es realmente complicado y tiende a surgir solo esporádicamente; tanto en contextos laborales como comerciales ordinarios. Cualquier contrato típico es presa difícil de algún error desconocido y penetrante: las exigencias comerciales de claridad, corrección y estandarización son simplemente demasiado poderosas. Irónicamente, solo los firmes *oponentes* del *laissez faire* son lo suficientemente obtusos para afirmar que este principio de libertad es tan absoluto que este tipo de defensas están excluidas. Los defensores razonables del *laissez faire* reconocen que el poder del contrato vive y muere con la presuposición de ganancias mutuas para las partes individualmente interesadas en la que descansa, y define los tipos de defensa que reflejan esta posición.

EL CONTRAATAQUE SOBRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

El debate central sobre la libertad contractual surge en tanto las preocupaciones sobre la violencia, el error y la privación de discernimiento pueden extenderse más allá de los casos de sus orígenes. El miedo de que exista privación de discernimiento en transacciones particulares conduce a una preocupación más sistemática por la explotación en todos los casos en que las partes tienen diferentes niveles de habilidad o talento. La violencia física se convierte en el abuso con el que se compara la violencia económica.⁷ Y detrás de esta inquietud generalizada está la convicción de que determinadas transacciones deben prohibirse o limitarse porque buscan obtener beneficios a partir de cosas que no deberían intercambiarse en absoluto. Yo considero estos esfuerzos para expandir las limitaciones a la libertad contractual bajo tres categorías independientes: explotación, violencia económica y patrimonialización.⁸

⁷ La expresión «violencia económica» traduce la frase «economic duress». En el derecho de contratos del *common law*, se entiende por *economic duress* los casos en que, en la negociación contractual, una de las partes es considerada la víctima, pues realiza una elección que, aunque está de acuerdo con sus propios intereses, es la elección entre dos males. Por lo general, la dureza involucra la imposición de una promesa mediante amenaza. En la medida en que, por lo general, esto produce una redistribución de riqueza entre las partes, una de ellas espera ganar de una promesa obtenida bajo coerción y la otra, perder. Un compromiso obtenido en estas circunstancias no es legalmente exigible. (Nota de los traductores)

⁸ La palabra «patrimonialización» traduce el término «commodification». (Nota de los traductores)

Explotación

El primer ataque frontal contra el principio de libertad contractual busca generalizar los casos de privación de discernimiento más allá de los supuestos de los menores de edad y de los incapaces propiamente dichos. Aquellos limitados de dicha manera normalmente no trabajarán ni participarán en los mercados. Por el contrario, estarán, y deben estar, representados por sus guardianes naturales, como sus padres o por guardianes especiales designados, ya sea por la familia o por el Estado. Sin embargo, cualquier esfuerzo por asumir que los individuos comunes son incompetentes de manera similar está cargado de los peligros del totalitarismo. Los trabajadores que son competentes para participar en política y elecciones sindicales, para casarse y tener familia, para participar en asuntos públicos, no deben tomarse como incompetentes para negociar directamente con sus empleadores si así lo prefieren. Los individuos que tienen normalmente derecho a comprar y vender casas y negocios pueden también negociar libremente la renta con un propietario. En efecto, si los trabajadores y arrendadores son tan incompetentes, ¿por qué dejarlos participar en actividades y asuntos políticos que exigen de ellos abordar temas mucho más complejos que llenar un carrito en el supermercado? Así, los asuntos de la incompetencia son solamente tangenciales a la operación distendida de los mercados ordinarios.

Los ataques modernos a la libertad contractual tratan de resucitar la preocupación por la explotación de la incompetencia de una manera algo diferente, a saber, la de la posición o estatus de dominio. Los mercados de trabajo no son confiables porque el empleador tiene todas las cartas altas en la negociación, mientras que el trabajador no tiene ninguna. Se dice del empleador que tiene gran riqueza y malicia considerable. Se asume respecto de un trabajador aislado en el mercado de trabajo que no posee ninguna. Entonces, el contrato tendrá —dicen— un predecible e inexorable resultado. El empleador dicta los términos del contrato. Se entiende que alguna protección legal a los trabajadores es necesaria para revertir la desigualdad de poder de negociación y la explotación hecha por el empleador. Pueden formularse argumentos similares respecto de los mercados de arrendamiento de inmuebles o de productos de consumo masivo.

Para entender qué hay de malo en esta conocida posición, es importante separar dos concepciones diferentes que viajan bajo la misma bandera del poder de negociación. De un lado, el poder de mercado puede tomarse como un sinónimo de riqueza. Del otro, puede decirse que el poder de mercado es sinónimo de escasez de rivales en el mercado relevante. La primera concepción es errónea, debido a que la riqueza tiene sus problemas como sus ventajas. Si la otra parte es consciente de ella, podría conducir, por ejemplo, a la exigencia de mayores salarios cuando los trabajadores sepan que el empleador puede pagar más, o podrían conducir a menores salarios si los trabajadores

creen que la riqueza reduce la probabilidad de incumplimiento del empleador o de insolvencia.⁹ Como principio, no hay una dirección obvia de los efectos de la riqueza en el comportamiento a la hora de negociar. Hay innumerables ejemplos de ejecutivos de grandes empresas que son captados para que asuman el papel de «directores de orquesta» en empresas rivales más pequeñas. El éxodo de los ejecutivos más talentosos de IBM que condujo a esta empresa a la crisis que atravesó en 1992 es solo un ejemplo de un fenómeno más amplio. El elemento clave para la explotación no es la riqueza sino la ausencia de rivales.

La discusión sobre la explotación puede ser abordada aun por otro experimento mental. Asumamos que un empleador perfectamente racional, que tiene el poder para dictar los términos de un contrato, busca ahora maximizar sus ganancias por medio de la contratación. Asumamos que un trabajador, pasible de ser explotado, tiene un ingreso relativamente menor. ¿Qué negociación es probable que ocurra? Si la teoría de explotación es correcta, el resultado debería dejar al trabajador peor que antes y al empleador mejor. Sin embargo, en tanto se requiere el consentimiento del trabajador, ¿por qué esperar que se produzca una explotación? El trabajador, por más mala que sea su posición, aún tiene la posibilidad (negada a un esclavo) de rechazar la oferta hecha y es esa acción unilateral la que le permitirá escapar de la explotación en cuestión. ¿Qué incentivo hay para que uno negocie y se coloque en una situación de mayor pobreza? Difícilmente importa que la riqueza de las dos partes sea tremendamente desigual antes de que la transacción comience. Si el intercambio es voluntario, ambos lados se beneficiarán ordinariamente de la transacción. La capacidad del trabajador de reservarse el derecho a dar su consentimiento constituye una fuerte barrera contra cualquier forma de explotación. Más aún, cualquier esfuerzo público por hacer que el trabajador obtenga una determinada parte de las ganancias no solo aumentará los costos de operación del sistema, sino que impedirá algunas transacciones beneficiosas que de otro modo se producirían. Nuevamente, incentivos inferiores a mayores costos administrativos.

El argumento sobre la explotación, ciertamente, no es el más fuerte cuando se toma en el lenguaje análogo de la desigualdad en el poder de negociación. Entonces, asumamos que un empleador puede «dictar» los términos de negociación en el mercado. ¿Cómo podríamos esperar que luciera el contrato? La respuesta es que el empleador nunca dejaría de aprovechar su ventaja. Si sucediera que el empleador pudiese dictar los términos, ¿por qué ofrecer un salario de diez cuando puede bajarlo a nueve?, ¿y por qué definirlo en nueve si puede bajarlo a ocho? La lógica del dictado no da al empleador ninguna razón para detenerse hasta que, sin piedad, haya utilizado hasta la última cuota

⁹ La expresión «insolvencia» traduce la categoría «bankruptcy». (Nota de los traductores)

de su ventaja. Cuando el proceso se detenga, deberíamos ver a personas trabajando por sueldos de cero; sin embargo, eso no ocurre. Si las empresas pueden explotar a los trabajadores, entonces los vendedores pueden explotar a sus consumidores de forma tal que sea innecesario ofrecer descuentos en efectivo, posibilidad de cambio del producto y descuentos por volumen. Empecemos con estas presuposiciones frecuentemente repetidas, y no habrá equilibrio estable o discernible con los salarios, o incluso con los precios, en cualquier mercado relevante. Más allá de la teoría de la explotación, hemos observado por mucho tiempo salarios positivos para el trabajo y precios limitados para los bienes. Las ganancias de los trabajadores imponen una restricción presupuestal en sus compras de acuerdo con el sentido común. La idea de desigualdad de poder en la negociación, la idea de dictado, fracasa en la prueba más decisiva: no tiene ningún poder *descriptivo*.

¿Qué significa desigualdad de poder en la negociación? La intuición no está exenta de raíces económicas. En la práctica, hay una mejor manera de explicar qué escapa a las caracterizaciones «todo o nada» propias de la explicación común. Muchos contratos entre trabajadores y empleadores continuarán por un largo período de tiempo. En muchos casos, el empleador obtendrá alguna ventaja especial al negociar con un trabajador conocido y de su confianza. Por el mismo efecto, el trabajador ganará una ventaja al negociar con un empleador conocido y de su confianza. Aún cuando los contratos laborales pudieran resolverse a voluntad, estos no se resolverían como un asunto normal al terminar cada día de trabajo. El tema de la desigualdad de poder en la negociación responde a la pregunta: cuando hay ganancias especiales a partir del intercambio, esto es, ingresos supracompetitivos, que serán compartidos por dos individuos, ¿quién obtiene la «mejor tajada»? ¿el trabajador o el empleador? En esencia, es posible construir un índice de cero a cien, en el que cada punto representa un porcentaje de las ganancias capturadas por un lado. El poder de negociación es igual para ambos lados cuando cada lado obtiene la mitad de las ganancias. Si un lado puede obtener, digamos, sesenta por ciento, entonces tiene un dominio en la negociación en una ratio de tres a dos.

La pregunta importante es ¿qué porcentaje de las ganancias será capturado por cada parte? La respuesta corta es que nadie puede estar seguro de cómo se dividirán las ganancias. En efecto, el resultado podría variar de caso en caso. Más aún, no hay una razón teórica para creer que el empleador tiene una ventaja sistemática en capturar las ganancias, así como también podría ser a la inversa. Un empleador podría tener más que perder si un trabajador puede detener un proceso importante, de forma tal que el empleador podría ceder primero para evitar la posibilidad de una pérdida aun mayor. Nuevamente, un empleador tiene que negociar por medio de agentes, mientras que un trabajador, frecuentemente, negocia por su propia cuenta. Es una pregunta abierta la de si las habilidades de negociación de un agente profesional serán decisivas cuando

está administrando el dinero de otra persona y el trabajador está administrando su propio dinero. Así, un agente tiene que hacer ofertas a muchos trabajadores simultáneamente. El trabajador solo tiene que preocuparse por él mismo. Es bien sabido que cuando los empleadores hacen invitaciones a la renuncia estandarizadas para reducir la fuerza laboral, estas son frecuentemente aceptadas por los trabajadores que la empresa más quisiera mantener. Por ello, resulta simplemente muy difícil calcular la oferta para tomar en consideración las diferencias en las necesidades individuales.

Adivinar la ubicación actual de la ganancia en cualquier caso individual es virtualmente imposible, por lo que el asunto se mantiene reactivo a cualquier estimación empírica. Pero aun con toda la duda, una cosa sí queda clara: podemos estar seguros de que cada parte obtiene al menos un ingreso competitivo, uno por el capital y otro por el trabajo. El tema de la desigualdad en el poder de negociación se dirige no al tema de cómo se divide el asado sino *solo* al tema de la división del *jugo* del asado. Contra la concepción popular, hay límites a la ventaja que tanto el empleador como el trabajador pueden obtener al exigir una ventaja de negociación. El trabajador se retirará si los salarios se reducen por debajo del nivel competitivo y el empleador despedirá al trabajador si los salarios absorben el íntegro de los ingresos del negocio. Nuevamente, los salarios iguales a cero y los precios infinitos son solo un cuento de hadas. Insistimos, para una comprensión de los mercados de trabajo es la segunda definición de poder de mercado —la de falta de rivales— la importante. Hay muchas fuerzas poderosas en estos mercados que determinan cómo serán los salarios.

Los paralelos existen en todos los demás lugares. Los mercados de vivienda son normalmente bastante «gruesos», debido a que todos —desde el dueño de un complejo de departamentos hasta el dueño de un terreno baldío— son arrendadores potenciales. El mercado abierto define así el marco para rentas competitivas; pero, aun contra este escenario, aparecen algunos elementos de poder monopólico. Cuando los contratos de arrendamiento expiran, la renegociación enfrenta a un solo dueño contra un solo arrendador. Típicamente, es el interés de los arrendadores y arrendatarios renovar con el fin de obtener las ganancias específicas del sucesivo acuerdo. La división precisa de las ganancias es difícil de determinar y, en algunos casos, la negociación fracasará. Sin embargo en los casos en que ocurra la renovación, es simplemente un error asumir que el arrendador ha obtenido la «mejor tajada» de las ganancias propias de la transacción. Los arrendatarios, ya sean individuales o comerciales, pueden ser habilidosos negociadores también. Si el arrendador sigue la usual estrategia de ofrecer un nuevo arrendamiento con el mismo porcentaje de aumento ofrecido a los potenciales nuevos arrendatarios, se ha evitado gran parte del problema. Hay poco que la intervención estatal pueda hacer para evitar las conocidas fricciones de la negociación y renovación contractual, pero algo que el gobierno nunca debe hacer es aumentar el tamaño de las ganancias en el juego de renegociación e impedir nuevos ingresos.

Violencia económica

Otra forma de ataque en los mercados competitivos es aquella que busca extender la fuerza moral de la violencia física a los casos de violencia económica. Algunas formas de violencia económica efectivamente participan de la misma lógica que el uso de la fuerza. Supongamos que A y B han celebrado un contrato por el que A está obligado a realizar determinado trabajo para B, pero A se niega a pagar a menos que B pague un dinero adicional por el trabajo. Aquí, la amenaza de incumplimiento del primer contrato es el sustituto funcional del uso de la fuerza. En el caso más fácil, A simplemente exige una alteración del precio, hecho que conlleva que el contrato no sea beneficioso para B. Para contrarrestar esa amenaza, a B debe permitírsele ya sea prometer y luego rehusarse a efectuar el pago, o bien pagar y luego recobrar el exceso. De otro modo, la ley no protegerá la seguridad del intercambio. Aun así, el tema de la violencia económica en casos de renegociación puede ser inevitablemente complejo cuando no está claro cuál de las partes está incumpliendo. Así, supongamos que algunos pescadores son despachados a Alaska con la promesa de que se les pagará determinado dinero por la pesca. Si ellos no cumplen con el trabajo, toda la pesca estará perdida.¹⁰ Si ellos insisten en una compensación adicional antes de pescar, parecería existir una forma de violencia económica, equivalente al común ejemplo de la lavandería que se rehúsa a devolver las prendas a su dueño a no ser que se le pague una tarifa adicional. Pero supongamos ahora que las redes provistas por el dueño del barco son inferiores a aquellas necesarias de acuerdo al contrato; ahora la respuesta de los pescadores parece ser un esfuerzo para balancear un error contractual hacia la otra dirección y no un mero esfuerzo para explotar una situación de monopolio bilateral en la que cada parte está obligada a negociar con la otra. Sin embargo, en algunos casos, ambas fuerzas podrían estar trabajando y ninguna regla, simple o compleja, es capaz de tratar con todo el rango de casos que exigen una corrección contractual parcial.

Sin embargo, es importante mantener esta forma de violencia en perspectiva, dado que el problema tiene antiguo linaje y es inevitable en muchas circunstancias de negocios. Cualquier decisión en relación con exigir a la empresa honrar su promesa tiene solo pequeñas consecuencias para la operación general de la economía. El punto crítico es que esta forma de violencia debe distinguirse claramente de un fenómeno diferente que tiene el mismo nombre. La violencia económica, si se refiere solamente a una negociación dura bajo condiciones de escasez, no pone a una parte en peor situación que antes luego de la interacción. La omnipresencia de la escasez (que es distinguible

¹⁰ El caso es *Alaska Packers Association v. Domenico*, 117 F. 99 (nóveno circuito, 1902). Para una discusión véase BAIRD, Douglas. «Self Interest in Cooperation in Long-Term Contracts». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, pp. 583-586.

de la más estrecha categoría de la necesidad en el *common law*) es una razón para expandir, y no limitar, el ámbito de la libertad contractual. Sin escasez, nadie se preocuparía de mejorar los incentivos y reducir los costos administrativos: ¿por qué preocuparse si siempre hay suficiente riqueza para subsistir? Mientras la práctica de la contratación expanda el uso de los recursos, ¿por qué incurrir en costos administrativos para corregir un conjunto imaginario de dificultades económicas? El tipo de transacciones que deben descartarse en base a la violencia económica es un conjunto vacío: otra regla categórica y simple.

Una vez que la amplia idea de violencia económica se deja a un lado, toda la defensa para términos mínimos obligatorios en contratos laborales se nos muestra como completamente mal conducida. Entonces, se hace imprudente para el Estado decir que determinado salario mínimo debe ser impuesto como un derecho; o que ciertas formas contractuales, tales como el contrato a voluntad, deban proscribirse; o que ciertos acuerdos organizacionales e institucionales, como la negociación colectiva obligatoria y los pactos de licencias por motivos familiares, deben imponerse como una cuestión indiscutible. Se hace también imposible condenar todo el sistema de acuerdos de mercado como inherentemente coercitivo. La regla simple es la de desear todos las invocaciones de violencia económica, salvo en el limitado sentido antes señalado.

Patrimonialización

Un tercer argumento contra la libertad contractual, formulado con mayor frecuencia en el contexto de los mercados laborales, se presenta frecuentemente en términos heroicos. Su más vívida expresión se encuentra en la Clayton Act de 1914, que declaró que «el trabajo de un ser humano no es un bien o un artículo de comercio».¹¹ Las fuerzas de la regulación han traído ese tema a colación en todas partes del mundo. El argumento es que el trabajo simplemente no es un artículo de comercio, no es un simple bien, para ser intercambiado como cualquier otro. Hay varias y serias dificultades en ese argumento, tanto descriptivas como normativas.

El primer punto es que, bajo la posición del *common law*, el trabajo se convierte en un bien o en un artículo de comercio solo si su propietario decide convertirlo en tal. Las personas están autorizadas, no obligadas, a vender su trabajo, tal como están autorizadas y no obligadas a vender sus casas. Las personas que prefieren quedarse en casa, criar a su familia, hacer trabajo voluntario, realizar sus pasatiempos o viajar, pueden hacerlo, mientras tengan los recursos para sostenerse. Ningún empleador potencial

¹¹ Clayton Act, capítulo 323, estatuto 38 730, 29, U.S.C. §§ 52 y 53 (1988).

puede obligar a una persona a tomar un trabajo. Los mercados ofrecen intercambio voluntario, no trabajo forzado.

Aun así, la mayor parte de los individuos desean y necesitan trabajar. Para ellos, si el trabajo no es un artículo de comercio, ¿entonces qué es? Una respuesta puede ser que el trabajo es «sagrado» —mantenido cuidadosamente fuera del curso del comercio—, tal como las instituciones religiosas. Sin embargo, aun los más resueltos defensores del trabajo organizado no encuentran utilidad a esa definición, que es ruinoso no solo para futuros empleadores sino para los hombres y mujeres trabajadores. Si el trabajo está fuera del ámbito del comercio, entonces no puede ser vendido en ningún término, incluso aquellos términos que dan a los trabajadores salarios mayores a los niveles competitivos. Calificar de sagrado al trabajo supone que el mismo no puede ser intercambiado en absoluto, para beneficio de nadie. En realidad, lo que se desea al invocar esta frase es un fin distinto: la monopolización de los mercados de trabajo a través de la negociación colectiva o acuerdos similares. Por ello, la Clayton Act estableció que los sindicatos no eran, desde el punto de vista legal, conspiraciones que restringen la competencia, como fueron considerados algunas veces antes de su promulgación.

La idea de poner el trabajo «más allá del comercio» desatiende el punto de lo deseable. Casi todos desean intercambiar trabajo; la única pregunta es cuáles son los términos en los que este será intercambiado. Es claro que el trabajo será intercambiado en diferentes términos de aquellos que se aplican a otro tipo de bienes, principalmente porque las personas desean vender sus servicios por hora, pero no quieren venderse en esclavitud, aun cuando esto fuera lícito. Al tratar bienes comunes, sin embargo, con casas y otros tipos de propiedad inmueble, una venta directa que transfiere la titularidad de un lado al otro es perfectamente apropiada. Uno no tiene que apoyarse en concepciones externas sobre qué es y qué no es un bien para el comercio para considerar que la gente, actuando en mercados ordinarios, generará tipos de intercambios de trabajo que tienen términos diferentes a aquellos que rigen los intercambios de bienes y de tierra. Efectivamente, la señal inequívoca de regulación disfuncional en los mercados de vivienda, por ejemplo, es la retórica sobre los bienes fundamentales y las necesidades básicas, tan importantes que su provisión debe ser garantizada o al menos regulada por el Estado.

Esta descripción de la ley sobre el rol del intercambio ha observado el tema del intercambio solo desde el ventajoso punto de vista de las ganancias y pérdidas de las partes. Su estructura básica ha sido una aproximación de dos pasos: primero, reconocer la lógica de la ganancia mutua por medio del intercambio y luego ver aquellas prácticas que conducen a formaciones contractuales que tienden a falsear el supuesto en algún caso particular. Un análisis completo del bienestar social a partir de los contratos privados no puede tomar en cuenta solo las ganancias y pérdidas de las partes de

una transacción; debe también considerar los efectos que este acuerdo tendrá sobre terceros. En este sentido, sin embargo, la libertad contractual es mejor entendida como un subconjunto de la libertad individual, que está también sujeta a limitaciones que toman en cuenta el bienestar de los terceros. Estas limitaciones externas sobre la libertad contractual constituyen una importante categoría que es mejor abordada en conexión con la cuarta regla simple, aquella sobre la protección contra la agresión externa por medio de la aplicación del derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1637
Dº C. J.
C 392 q
2010

ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Obra destacada con el
PREMIO ÁLVARO PUELMA ACCORSI

© ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
© PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Alameda 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 188.517, año 2010
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 400 ejemplares en el mes de febrero de 2010

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1992-8



www.editorialjuridica.cl

BARROS LETELIER Y CIA. LTDA.
BIBLIOTECA

RESPONSABILIDAD POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

A partir de la experiencia aportada por el derecho comparado, a continuación se efectúa un análisis de la realidad jurídica nacional acerca de la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales y de las consecuencias que podrían derivarse de tal conducta a la luz de la normativa vigente en Chile.

Al respecto, cabe señalar que, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho chileno también se advierte que el principio básico en que se sustenta la regulación de los contratos es el principio de autonomía de la voluntad. En virtud de dicho principio esencial se reconoce a las partes la facultad de negociar y convenir libremente todos los acuerdos que estimen convenientes a sus intereses, dentro de la esfera de sus atribuciones.

En este sentido, y tal como sucede en el derecho comparado, los autores nacionales coinciden en que la autonomía privada se concreta en el ámbito de la contratación en el reconocimiento del principio de libertad contractual.¹⁷² Lo anterior se traduce en que

¹⁷² Así, el profesor Arturo Alessandri Rodríguez identifica el principio de la autonomía de la voluntad como uno de los pilares básicos sobre los que se estructura nuestro derecho contractual en su obra *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1940, p. 10. De igual modo, la doctrina nacional coincide en señalar que el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 1545 del Código Civil, que atribuye fuerza obligatoria a los contratos celebrados voluntariamente; por las partes al expresar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". BARRROS BOURKE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 1009. Por lo demás, así lo ha ratificado la jurisprudencia chilena al resolver que "El artículo 1545 del Código Civil consagra el principio fundamental en materia de actos jurídicos



el ordenamiento jurídico considera como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por partes que se encuentran jurídicamente equiparadas se otorga de este modo al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho, en el campo jurídico privado, mediante la configuración de sus relaciones recíprocas.¹⁷³

Como consecuencia fundamental de la libertad contractual que se reconoce a las partes, la doctrina nacional advierte que los individuos son absolutamente libres de celebrar contratos o de no ligarse a nuevas obligaciones. Igualmente, se da cuenta de la libertad de los individuos para discutir en completa igualdad las condiciones de los contratos, determinando su contenido y los efectos de las obligaciones queridas por las partes mismas.¹⁷⁴

Se reconoce a las partes una amplia libertad de negociación por estimar que durante la etapa precontractual cada parte puede legítimamente velar por sus propios intereses para obtener las ventajas propias de la negociación. Así, se considera que resulta

de carácter patrimonial: el de la libertad de las convenciones, que permite todo acto jurídico que no vaya contra una prohibición expresa de la ley, ni sea contrario al orden público o a las buenas costumbres". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, 1984, 2ª parte, sección 2ª, p. 39.

¹⁷³ RAMBACH SALVATORE, MARÍA VICTORIA, "Las cláusulas abusivas", en *Contratos*, coordinación del profesor Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 46.

¹⁷⁴ Como uno de los aspectos esenciales de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación, la doctrina nacional destaca la libertad de contratar, en virtud de la cual, "la celebración de un contrato queda entregada a la iniciativa de los interesados; son ellos quienes eligen y deciden la oportunidad que les conviene; contratan si quieren y cuando quieren; por ende, nadie está obligado a celebrar un contrato si no quiere hacerlo". DÍAZ MUÑOZ, ERIKA, *El efecto relativo de los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, Santiago, p. 8. En similares términos se manifiesta Avelino León al señalar que "También se manifiesta la autonomía de la voluntad como una consecuencia de la libertad individual, en cuanto los particulares pueden no contratar a su arbitrio. El rechazo de una oferta para contratar no impone obligación alguna, pues los particulares pueden o no contratar con entera libertad". LEÓN HUERTADO, AVELINO, *Voluntad y Capacidad en las Actas Jurídicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 45. De igual modo, el autor nacional Jorge López Santa María identifica como una de las manifestaciones de la libertad contractual lo que él denomina como libertad de conclusión, en base a la cual se reconoce a los individuos la libertad para contratar o para no hacerlo. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos: Parte General*, tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Santiago, p. 261.

constancial al principio de libertad contractual el reconocimiento de la facultad de los individuos para discutir libremente los contratos que desean celebrar y acordar los términos y condiciones que mejor se ajusten a sus intereses.¹⁷⁵

Esta idea, según la cual las partes no quedan vinculadas por el solo hecho de involucrarse en negociaciones contractuales, responde a la noción de libertad contractual en sentido negativo desarrollada en el derecho comparado, en virtud de la cual los individuos permanecen libres de toda obligación mientras no hayan celebrado un contrato válido y ejecutable.¹⁷⁶

De esta manera, se advierte que como consecuencia de la tradición liberal a la cual nuestro ordenamiento jurídico adscribe, se otorga un rol primordial a la libertad de negociación en el ámbito de la contratación, sin perjuicio de las exigencias de conducta derivadas del principio de la buena fe que se impone a los contratantes una vez materializado el acuerdo proyectado.¹⁷⁷

¹⁷⁵ En estos términos se pronuncia don Arturo Alessandri al rechazar la imposición de responsabilidad en el ámbito precontractual por estimar que "sería, además, coartar la facultad de los individuos para discutir libremente las condiciones de sus contratos y pactar éstos en las condiciones que estimen más convenientes". ALESSANDRI, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 156. Tal como pone de manifiesto Hugo Rosende, la doctrina tradicional en nuestro país "ha sostenido que habida consideración a la libertad de que gozan las partes en el curso de los tratos y la ausencia de la intención de obligarse, nada puede reprocharse al precontratante que se desiste unilateralmente de las conversaciones y, por ende, ninguna responsabilidad puede hacerse efectiva en su patrimonio en razón de pérdidas sufridas por el otro precontratante con motivo de la ruptura de tratos". ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979, p. 51.

¹⁷⁶ El profesor Enrique Barros hace expresa referencia a la dimensión negativa de la libertad contractual, concluyendo que "mientras no haya consentimiento, no hay deber de concluir en un contrato, porque el principio de libertad negativa, que autoriza para contratar o para no hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.* [nota 175], p. 1008.

¹⁷⁷ Junto al principio de la autonomía de la voluntad en que se basa el ordenamiento de los contratos en el Código Civil, se admite la existencia de una serie de elementos implícitos que se entienden incorporados al contrato en razón del principio de buena fe expresado en el artículo 1546 del Código Civil. De conformidad a lo dispuesto por esta norma se impone a las partes contratantes la obligación de ejecutar los contratos convenidos de acuerdo a los dictados de la buena fe, y por consiguiente éstos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente la obligación de las partes de ejecutar de buena fe los contratos que han celebrado voluntariamente, según dispone el artículo 1546 del Código Civil. Con todo, al igual que en otras legislaciones comparadas, en el derecho chileno no existe una disposición que imponga explícitamente a las partes negociadoras la obligación de comportarse de buena fe durante la etapa precontractual.¹⁷⁸

1. ADMISIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

Tal como se ha señalado anteriormente, si bien el derecho chileno contempla una reglamentación sistemática del proceso de formación del consentimiento, dicha normativa contenida en el Código de Comercio de 1865 recoge los postulados de la doctrina contractual clásica sobre la materia. Por tanto, nuestro Código de Comercio regula únicamente el período posterior a la formulación de una oferta seria y concreta de celebrar un contrato.

Así, el proceso de formación del consentimiento es regulado en nuestro ordenamiento jurídico suponiendo que ya una de las partes negociadoras ha manifestado su intención de obligarse mediante la formulación de una oferta precisa y concreta de

¹⁷⁸ Al interior de la doctrina nacional existen algunos autores que han postulado que el deber de buena fe debiera regir también en el período de formación del contrato. En este sentido, los profesores Ramón Domínguez Águila, Ramón Domínguez Benavente y Carmen Domínguez Hidalgo han postulado que "comúnmente se piensa en la buena fe sólo en etapa de cumplimiento del contrato ya formado, supuesto a que se refiere el artículo 1546 del C. Civil; olvidándose que ese es sólo un supuesto de aplicación de un principio más vasto que rige en el ejercicio de todo derecho, como lo reconocen algunas codificaciones". DOMÍNGUEZ BENAVENTE RAMÓN, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, "Comentarios de Jurisprudencia: Responsabilidad Precontractual", publicado en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 199, enero-junio 1996, pp. 179 y ss. Por su parte, Jorge López Santa María también se refiere a la vigencia del principio de buena fe durante los tratos contractuales, pero lo hace únicamente para argumentar la existencia de deberes de información entre las partes negociadoras destinados a evitar la conclusión de un contrato sobre la base de afirmaciones inexactas o falsas. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *op. cit.* [nota 172] pp. 19 y ss.

celebrar un contrato determinado, en términos tales, que para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.

Por lo mismo, esta normativa resta importancia a las fases preliminares de la negociación contractual por estimar que los actos preparatorios no son susceptibles de generar efectos jurídicos entre las partes negociadoras. Así se advierte tanto en la reglamentación contenida en el Código de Comercio como en el ámbito del derecho civil, en el que ni siquiera se efectúa un tratamiento sistemático del proceso de preparación y formación de los contratos.¹⁷⁹

En efecto, nuestro Código Civil se limita a reglamentar los requisitos de existencia y validez del consentimiento contractual, pero no se refiere en modo alguno al proceso de generación del acuerdo de voluntades entre las partes, suponiendo que ya se han efectuado todos los actos preparatorios previos a la celebración del conyato.¹⁸⁰

¹⁷⁹ A juicio del profesor Barros, la doctrina tradicional del conyato se centra en la regulación de la formación del consentimiento "porque asume que las partes son responsables de decisiones que adoptan dentro de su ámbito de autonomía", poniendo particular énfasis a los posibles vicios del consentimiento que puedan invalidar el conyato ante la ausencia de una genuina intención de las partes de asumir obligaciones. BAUROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1000.

¹⁸⁰ El Código Civil chileno, al igual que la mayoría de las codificaciones que encuentran su fuente en el Código Civil francés de 1804, carece de una regulación orgánica de la responsabilidad nacida durante el período de formación del consentimiento, ignorando absolutamente la fase de negociaciones contractuales, y limitándose a regular las hipótesis de nulidad contractual por vicios del consentimiento. El autor nacional Francisco Javier Saavedra da cuenta de este fenómeno en los siguientes términos: "El consentimiento, como producto de la unidad de las voluntades de los agentes, debe tener un proceso de generación, pero sucede que el Código Civil chileno, al igual que su modelo francés, no se refiere a él, no ha dicho cuándo ni cómo se forma, sino que reglamenta los caracteres que debe tener para su existencia y validez partiendo de la base que está ya formado, de manera que supone efectuados todos los actos preparatorios que permiten que se produzca el acuerdo de voluntades en que consiste". SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *Teoría del consentimiento*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, p. 264. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al señalar que "El Código Civil no se ha referido a la formación del consentimiento en los contratos sino al consentimiento ya formado. Aquella materia ha sido tratada en los artículos 97 a 106 inclusive del Código de Comercio". Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada con fecha 5 de agosto de 1935, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIV, 2ª parte, sección 2ª, p. 28.

De esta manera, en la regulación de los contratos contenida en el Código Civil chileno no se atribuye carácter vinculante a las negociaciones contractuales ni se contemplan disposiciones generales aplicables a los contratos preliminares o preparatorios. Nuestro Código Civil reglamenta únicamente el contrato de promesa como acuerdo preparatorio válido, el cual se encuentra sujeto, en todo caso, al cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 1554 de dicho cuerpo legal.¹⁸¹

La doctrina civil clásica también considera los actos preparatorios como carentes de valor jurídico, desestimando la relevancia del período preliminar de la formación de los contratos. Así lo admite expresamente el destacado autor nacional Arturo Alessandri Rodríguez al señalar que "las *proposiciones*, los *pourparlers* y aun los *acuerdos preparatorios* no tienen fuerza obligatoria; no hay en ellos una manifestación de voluntad definitiva y concreta de contratar. (...) Las voluntades de las partes aún no se han manifestado de un modo definitivo, ni aunque estas lleguen a convenir un acuerdo preparatorio —a menos que este acuerdo importe una promesa de celebrar el contrato y cumpla con todos los requisitos del artículo 1554—, puesto que en tal acuerdo sólo se fijan las bases que han de servir para pactar el contrato, y éste,

¹⁸¹ Por esta vía, los tribunales nacionales se han resistido a admitir la existencia de obligaciones entre las partes negociadoras en la medida en que no se acredite la concurrencia de los requisitos establecidos para el contrato de promesa. La jurisprudencia nacional ha resuelto que en el artículo 1554 del Código Civil nuestra legislación reconoció existencia jurídica a la promesa de celebrar un contrato, sólo por excepción, al prescribir que no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias que enumera. Asimismo, los tribunales han puesto de manifiesto la forma enérgica en que el legislador expresó su voluntad de resurgir la celebración de esta clase de pactos, reconociéndoles fuerza obligatoria únicamente cuando se reúnen simultánea y copulativamente todas las circunstancias exigidas en la norma referida. En este sentido, véanse sentencias de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 1919, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 77, 1919, 2° semestre, p. 408, y sentencia de 27 de marzo de 1946, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, 1946, sección 1°, p. 399. El profesor Enrique Barros analiza este tópico considerando que la promesa de celebrar un contrato es el más perfecto de los contratos preparatorios, en cuanto da acción para exigir la celebración del contrato prometido, y haciendo referencia a otro tipo de contratos preliminares que pese a tener efectos más limitados permiten a las partes regular términos relevantes de la negociación. BARROS BOURKE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1004.

según dijimos, existe cuando las partes han convenido todos los puntos que lo constituyen".¹⁸²

Por su parte, el Código de Comercio, pretendió suplir este vacío legislativo, reglamentando minuciosamente el proceso de formación del consentimiento en sus artículos 97 a 108, exigiendo la concurrencia de una oferta y una aceptación válidas para estimar que las partes han quedado vinculadas jurídicamente, lo que deja a las partes una amplia libertad de negociación.¹⁸³

En este sentido, la normativa contenida en el Código de Comercio reconoce como norma general el derecho que tienen las partes negociadoras de revocar las propuestas de contrato que hubieran formulado, sujetándolas a responsabilidad, excepcionalmente en los supuestos de aceptación extemporánea de la oferta y retractación tempestiva de una oferta de contrato.

Estos supuestos que han sido calificados por la doctrina comercial como hipótesis de responsabilidad precontractual se encuentran contemplados en los artículos 98 y 100 del Código de Comercio. El artículo 98 inciso final prescribe que "En caso

¹⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, op. cit. [nota 170], p. 86. De igual modo, Hugo Rosende Álvarez advierte que de acuerdo a los criterios seguidos por la doctrina tradicional chilena "la actuación de las partes en la fase de los tratos escapa al ámbito del derecho, y de consiguiente, a la responsabilidad civil. Se tratará únicamente de manifestaciones de hecho o bien de hechos sociales sin trascendencia jurídica alguna". ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, op. cit. [nota 173], p. 51.

¹⁸³ A pesar de estar contenidas en una legislación especial, las reglas sobre formación del consentimiento contenidas en el Código de Comercio también son aplicables en materia civil, según se desprende de la propia naturaleza general de las normas pertinentes y de las palabras expresadas en el Mensaje del Código de Comercio, que declara que, en lo relativo a la formación del consentimiento, viene a llenar "un sensible vacío en nuestra legislación recurriendo a la integración del ordenamiento jurídico que puede justificarse recurriendo a la integración del ordenamiento contemplado en el artículo 24 del Código Civil. Este criterio ha sido confirmado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia nacional. En este sentido, véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1948, 2° parte, sección 2°, p. 48, la cual fue la primera resolución judicial dictada en nuestro país que admitió expresamente la procedencia de responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento jurídico. Como argumento adicional, el profesor Avelino León Hurtado hace presente que el Código de Comercio reglamentó esta materia dando gran amplitud a sus disposiciones, de modo que pudieran registrarse inconvenientes tanto en la formación de contratos mercantiles como civiles. LEÓN HURTADO, AVELINO, op. cit. [nota 172], p. 55.

de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación". En tanto, el artículo 100 del referido cuerpo legal establece que "La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue examinada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".

Cabe señalar que en el ámbito del derecho comercial, en que podría haberse esperado un desarrollo más profundo de la teoría de la responsabilidad precontractual al contemplarse dos supuestos específicos en el Código de Comercio, no se presentan reflexiones demasiado relevantes acerca de las cuestiones jurídicas analizadas en esta investigación.

Al analizar la hipótesis de retractación intempestiva de la oferta de contrato contemplada en el artículo 100 del Código de Comercio, los autores admiten que podría tratarse de un caso de responsabilidad precontractual que es calificado como curioso. La particularidad de estas hipótesis radica en que se impone la obligación de indemnizar los gastos y perjuicios experimentados por el destinatario de la oferta como consecuencia de una retractación válida de la propuesta de contrato.

Pese a ello, en lugar de analizar las implicancias que tendría la aplicación de la teoría de la responsabilidad precontractual a este supuesto particular, los autores se limitan a señalar que, por tratarse de un supuesto de responsabilidad legal que se funda en una razón de equidad, se deben indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario, sin efectuar un análisis más riguroso del fundamento teórico de esta responsabilidad.¹⁸⁴

Sin embargo, ante la ausencia de una reglamentación específica de la responsabilidad precontractual, la reflexión acerca de los supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad en la fase de las negociaciones contractuales se ha estructurado en Chile en

¹⁸⁴ En este sentido, véase a OLAVARRÍA ÁVILA, JULIO, *Manual de Derecho Comercial*, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, pp. 301-302; SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial*, tomo II, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 231, y EXZAGUIRRE E. RAFAEL, "Derecho Comercial", Apuntes de clases redactados por Jorge Tapia Valdés, Editorial Universitaria, Santiago, p. 143.

torno a las normas sobre retractación o revocación de la oferta y aceptación extemporánea de una oferta de contrato.

En este sentido, algunos autores han defendido la aplicación extensiva de las normas antes referidas a cualquier otro supuesto de comportamiento indebido en la etapa precontractual. En consecuencia, estiman innecesario recurrir a las normas inherentes a los delitos y cuasidelitos civiles para regular este tipo de hipótesis.

Esta postura ha sido defendida por Hugo Rosende Álvarez al pronunciarse a favor de la aplicación de las normas sobre formación del consentimiento, contempladas en el Código de Comercio, para sancionar las conductas ilícitas ocurridas durante las negociaciones contractuales. Así, el autor sostiene: "En nuestra opinión, la única interpretación correcta residiría en las normas del Código de Comercio, pues son éstas las que reglamentan específicamente la situación que se examina y son, además, las llamadas a llenar un vacío en la legislación civil, de acuerdo con los términos del Mensaje del Código de Comercio. Por último, no puede olvidarse el fundamento que sirve de base a la responsabilidad en el período precontractual, fundamento que debe encontrarse en la buena fe y en la equidad, cuya violación da derecho a solicitar indemnización. De aquí resulta que las únicas disposiciones que admiten este fundamento son las relativas a la formación del consentimiento, razón esta que abona la tesis de la aplicación del Código de Comercio".¹⁸⁵

Con todo, esta línea argumentativa tiende a ignorar que los casos de aceptación extemporánea y retractación tempestiva de la oferta regulados en el Código de Comercio suponen que al menos una de las partes negociadoras ha efectuado una manifestación de voluntad precisa y concreta de celebrar un contrato. Dicho

¹⁸⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 179], p. 107. Este criterio es recogido por la jurisprudencia en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* Nº 257, 2001, sentencia Nº 5. Con todo, se trata de un pronunciamiento aislado que, limitándose a reproducir la tesis formulada por Rosende en su memoria de prueba, se opone a la opinión mayoritaria ratificada por la jurisprudencia de nuestros tribunales en el sentido de sostener que la responsabilidad precontractual se rige en el derecho chileno por las normas contenidas en los artículos 231-4 y ss.

elemento no concurre necesariamente en la fase de los contactos negociales previos.

Por lo mismo, parece más razonable la postura adoptada por otro sector de la doctrina nacional, que, en lugar de abogar por la aplicación directa de las normas del Código de Comercio, ha apreciado que el valor que cabe atribuir a los supuestos específicos de responsabilidad precontractual contemplados en la legislación comercial radica en que a partir de éstos se pueden extraer criterios válidos para resolver la problemática suscitada por la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales y otras hipótesis de responsabilidad precontractual no reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁸⁶

Así, más allá de las hipótesis de responsabilidad precontractual recogidas en el Código de Comercio, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se han mostrado dispuestas a admitir la procedencia de responsabilidad por los comportamientos indebidos ocurridos en la etapa precontractual.

Los autores nacionales han reflexionado acerca de la posibilidad de imponer responsabilidad a las partes que se involucran en un proceso de negociación contractual, llegando a conceptualizar la responsabilidad precontractual como "aquella en que incurre una parte si con dolo o culpa causa a la otra un daño injusto en el desarrollo de la formación del contrato o en el período previo de las tratativas o negociaciones contractuales".¹⁸⁷

¹⁸⁶ Cabe señalar que la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones se planteó por primera vez en Chile en el año 1906, en que fue publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* una traducción del artículo del jurista francés Raymond Saleilles acerca de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, y pese a la influencia decisiva que tuvo el desarrollo de una teoría general sobre la responsabilidad precontractual en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país no se publicó obra alguna sobre la materia sino hasta 1994, cuando don Manuel Riquelme analizó las diversas hipótesis de responsabilidad que podían tener lugar durante el período de formación del contrato en su memoria de prueba titulada "De las obligaciones precontractuales", publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, 1994, 1ª parte, pp. 47-132. Tanto en esta obra como en todas las reflexiones doctrinales posteriores se advierte un claro influjo de las ideas postuladas por Saleilles a principios de siglo, lo que determina el uso de una terminología uniforme por todos los autores nacionales, pero también un evidente atraso en los conceptos jurídicos que desatiende a los progresos realizados en esta materia por las nuevas tendencias del derecho.

¹⁸⁷ VODANOVIC HARLICKA, ANTONIO, *Derecho de obligaciones*, tomo II, inédito, citado en *Reportorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 1998, volumen X, p. 27.

Asimismo, y en relación a la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, la doctrina nacional ha considerado que "esta responsabilidad se presentará cuando en forma dolosa o negligente se ha dado a la contraparte la seguridad de la celebración del contrato, lo que la ha hecho incurrir en gastos, desear otras proposiciones, etc."¹⁸⁸

Incluso puede advertirse en la doctrina chilena una esquizmatización uniforme de los elementos que deben concurrir para dar lugar a responsabilidad precontractual en el supuesto analizado, exigiendo como requisitos de la ruptura injustificada: a) la presencia de un acuerdo recíproco de las partes para entrar en negociaciones con miras a la celebración de un contrato; b) el retiro arbitrario de las negociaciones por una de las partes, sin que exista una divergencia de intereses económicos entre las partes que lo justifique, y c) la existencia de perjuicios ocasionados por la ruptura de las negociaciones.¹⁸⁹

Por su parte, los tribunales chilenos también han admitido la procedencia de responsabilidad precontractual por los comportamientos impropios que pueden tener lugar en la fase de preparación de los contratos. Sin embargo, sólo en contadas ocasiones nuestros tribunales han llegado a imponer la obligación de compensar los daños causados a quien ha interrumpido injustificadamente un proceso de negociaciones contractuales.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha tenido que pronunciarse respecto de situaciones de hecho completamente similares a aquellos tipos de casos recogidos en el derecho comparado como supuestos de responsabilidad precontractual.

Así, la jurisprudencia nacional ha considerado inadmisibles la conducta de quien interrumpe injustificadamente un proceso de negociaciones avanzado, luego de haber desarrollado durante las

¹⁸⁸ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones*, tomo II, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 823.

¹⁸⁹ En este sentido se pronuncian los siguientes autores nacionales: SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], pp. 264 y ss.; ELIER RAUCH, SARA, *De la formación del consentimiento en los contratos*, Editorial Nascimento, Santiago, 1995, pp. 69 y ss.; LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], pp. 98 y ss.; ROSENDE ALVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 51 y ss.; ROSSEL C., MARIO, "La indemnización de perjuicios en la formación del consentimiento y en el contrato de transporte terrestre", Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1966, p. 28.

negociaciones una conducta capaz de generar en la otra parte un alto grado de confianza en la conclusión segura del contrato proyectado.

Los tribunales nacionales también han estimado que incurre en responsabilidad precontractual quien emprende negociaciones sin la intención seria de contratar o mantiene contactos negociacionales con la única finalidad de obtener ventajas en negociaciones paralelas.

Estos supuestos se encuentran recogidos en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, ratificada por la Corte Suprema, en que este tribunal resolvió que incurre en una conducta ilícita "la empresa que, sin comunicar a la otra que negociaba a la vez con una tercera, se retira en avanzada etapa de las negociaciones debe reparar los perjuicios que ha causado con ese retiro y consistentes en los gastos efectuados por la actora, respecto de los cuales ha existido un asentimiento para que los hiciera, atendidos los términos en que se llevaban las tratativas".¹⁹⁹

Los tribunales chilenos también han debido pronunciarse respecto de casos en que una parte negociante, después de haber alcanzado un acuerdo verbal con la otra parte acerca de todos los elementos del contrato que pretenden celebrar, se desiste del contrato por la vía de resistirse a dar cumplimiento a las solemnidades exigidas por nuestro ordenamiento jurídico para la validez de dicho contrato, impidiendo el perfeccionamiento del acuerdo ya convenido.

En este sentido, cabe mencionar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 25 de agosto

¹⁹⁹ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguilera y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 199, enero-junio 1996, p. 179. En esta decisión, la Corte de Concepción sanciona expresamente el término abrupto de un extenso y complejo proceso de negociaciones destinado a la adquisición de terrenos forestales. La Corte puso especial énfasis en la extensión y grado de avance de las negociaciones al momento de la ruptura repentina, luego de haber llevado a cabo un estudio de los títulos de dominio, de haber intercambiado borradores de los instrumentos a otorgar e incluso haber acordado una fecha para la firma del contrato de promesa respectivo. De igual modo, el tribunal destacó el hecho que la empresa sancionada nunca comunicó a la otra parte que mantenía negociaciones simultáneas con un tercero, las cuales determinaron en definitiva el quiebre de las negociaciones originales.



de 1948, recaída en un caso en que una de las partes, luego de haber acordado verbalmente la venta de un inmueble de su propiedad, se negó posteriormente a concurrir al otorgamiento de la escritura pública requerida para el perfeccionamiento del contrato de compraventa proyectado. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que la sucesión demandada no había incurrido en un hecho ilícito culpable al negarse a celebrar el contrato de compraventa negociado, concluyendo que dicha conducta podía calificarse como el ejercicio del derecho a no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato.¹⁹¹

En todo caso, puede observarse que la jurisprudencia nacional ha sido sumamente prudente en la admisión de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones a fin de no comprometer excesivamente la libertad de actuación que debe primar en las negociaciones contractuales.

En este sentido, se advierte tanto en la doctrina como en los pronunciamientos de nuestros tribunales que la admisión de responsabilidad en la fase precontractual constituye un límite a la libertad de negociación de las partes, por lo que se debe proceder a este respecto con extrema cautela para no coartar excesivamente la facultad de los individuos para discutir libremente los contratos que pretenden celebrar.

Al respecto, el profesor Arturo Alessandri pone de manifiesto que "dada la conveniencia que hay de asegurar a las partes el máximo de libertad en este período de la formación del contrato, los jueces deberán ser muy cautos para admitir esta responsabilidad y no deberán condenar al autor de la ruptura a la indemnización de los perjuicios causados sino cuando su culpa o dolo sea manifiesto".¹⁹²

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, Considerando 10º, pp. 49 y ss. En esta oportunidad, la Corte de Santiago declaró que en principio sería admisible la imposición de responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento tendiente a perfeccionar el contrato de compraventa de un bien raíz, en la medida que pueda establecerse la concurrencia de un hecho ilícito, ya sea dolo o culpable, debiendo en tal caso el demandado responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido.

¹⁹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 156.



Más recientemente, el profesor Enrique Barros ha destacado el carácter excepcional de esta hipótesis de responsabilidad precontractual, concluyendo que por regla general "cada parte puede poner término unilateralmente a la negociación, sin que el ejercicio de esta potestad esté sometido a justificación alguna" y que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones se limita a la hipótesis en que "una parte ha abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole daño".¹⁹³

Esta preocupación por salvaguardar el principio de la libertad contractual ha llevado a que nuestros tribunales sólo excepcionalmente han llegado a imponer responsabilidad precontractual a quien ha interrumpido un proceso de negociaciones contractuales en forma injustificada.¹⁹⁴

2. FUNDAMENTO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al igual que en aquellos ordenamientos jurídicos comparados, analizados en los capítulos anteriores, al interior del derecho chileno también se ha tendido a justificar la sanción de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales recurriendo a diversos criterios de atribución de responsabilidad.

Así, la interrupción de las tratativas ha sido considerada por algunos autores nacionales como un supuesto de abuso de derecho o como una hipótesis de contravención a la prohibición de realizar comportamientos contradictorios. En tanto, otro sector

¹⁹³ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1008.

¹⁹⁴ A juicio de algunos autores nacionales, esta escasez de pronunciamientos judiciales sobre la materia se explica precisamente por la ausencia de una fundamentación coherente en el derecho y jurisprudencia nacionales que han llevado a las partes que resultan perjudicadas por el quiebre de las negociaciones a abstenerse de deducir las acciones reparatorias pertinentes. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, op. cit. [nota 175], p. 179.



doctrinal ha estimado que el fundamento de la imposición de responsabilidad precontractual radica en la infracción al deber de comportarse de buena fe y de acatar las exigencias de la equidad natural durante el período de formación del consentimiento.

Sin embargo, la opinión mayoritaria al interior de la doctrina nacional ha sido estimar que lo que se reprocha a quien interrumpa un proceso de negociaciones avanzadas es el hecho de haber causado un daño a la contraparte, dolosa o negligentemente, por lo que se trataría de un supuesto más de responsabilidad extracontractual.

Con todo, puede advertirse tanto en la doctrina como en los escasos pronunciamientos judiciales referidos a la materia, una clara tendencia a efectuar una cierta yuxtaposición de los fundamentos normativos que permiten justificar la atribución de responsabilidad precontractual. Este fenómeno resulta completamente análogo al descrito en relación a otros ordenamientos jurídicos comparados en los capítulos anteriores de este trabajo.

2.1. ABUSO DE DERECHO

Al interior de la doctrina nacional algunos autores han recurrido a la noción de abuso de derecho para justificar la imposición de responsabilidad precontractual en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales. Desde esta perspectiva, se considera que incurre en un abuso de su derecho a poner término unilateralmente a las negociaciones contractuales, quien lo hace en forma abrupta e injustificada, causando con ello daños a la parte que se encontraba interesada en la conclusión del acuerdo proyectado.

En opinión de estos autores, se debe reconocer a cada parte negociante el derecho a romper las negociaciones como derivación del principio de libertad contractual, pudiendo atribuirse responsabilidad a quien interrumpa los tratos contractuales sólo en aquellos casos en que su conducta puede ser calificada como abusiva.

Así lo han manifestado los autores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águla y Carmen Domínguez Hidalgo al señalar que "el desistimiento es un derecho que le cabe como



manifestación de la libertad contractual, que contiene lógicamente la de no contratar. Pero como ocurre con todo derecho que no sea absoluto, su ejercicio no ha de ser abusivo y dañoso", y luego que "(...) es posible que una de las partes se retire sin motivo o abusivamente de los tratos. Y es entonces que surgirá para la parte lesionada con tales conductas el derecho a reparación de los daños que con tales conductas se le hayan producido".¹⁹⁵

El profesor Enrique Barros también ha apoyado la calificación de la responsabilidad por ruptura de negociaciones como un supuesto de abuso de derecho, señalando que esa hipótesis "puede 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".¹⁹⁶

De igual modo, la jurisprudencia nacional ha recurrido en ciertas oportunidades a la doctrina del abuso del derecho, en conjunto con otros criterios de atribución de responsabilidad, para justificar la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte por la interrupción abrupta de las negociaciones. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que "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", invocando la doctrina del abuso de derecho para calificar la conducta del autor de la ruptura como ilícita.¹⁹⁷

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.* [nota 175], p. 181.

¹⁹⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1012.

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 208, enero-junio, 1998, pp. 187 y ss. De igual modo, la Corte de Apelaciones de Talca ha admitido la tesis del abuso de derecho al pronunciarse respecto de un caso en que los vendedores de un terreno, luego de haber acordado verbalmente los términos de la transferencia del inmueble, se negaron a suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones referida resolvió que "Si bien en tanto no se haya perfeccionado el respectivo contrato persiste la facultad de retractación, ésta no puede ejercitarse abusivamente, es decir, (...) fundándose en el contenido de normas que se aplican con un superado criterio literal". Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronun-

Sin embargo, tanto los pronunciamientos judiciales que se refieren a la interrupción abusiva de las negociaciones como los autores que adhieren a esta postura se limitan a invocar la doctrina del abuso del derecho, sin llegar a justificar la calidad de derecho subjetivo que atribuyen a la posibilidad de retirarse de las negociaciones contractuales. De igual modo, tampoco se llega a formular criterios precisos que permitan establecer bajo qué condiciones el ejercicio de esta supuesta prerrogativa jurídica puede ser calificada como un ejercicio abusivo de la misma.

Por lo demás, la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para sancionar la ruptura injustificada de las negociaciones ha sido fuertemente criticada por otros autores nacionales que estiman que la posibilidad de abandonar las negociaciones no puede calificarse como derecho subjetivo susceptible de ser ejercido en forma abusiva.

En este sentido, el autor Hugo Rosende Álvarez se manifiesta contrario a la calificación de la ruptura de las negociaciones como un supuesto de abuso de derecho, señalando que "el ejercicio de esta facultad, en principio, no puede acarrear responsabilidad alguna para su titular, sin que sean valederos ni aun razonamientos fundados en el abuso de los derechos, doctrina que, cualquiera fuese el criterio con que se interpretara, no tendría cabida en este caso".¹⁹⁸

2.2. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Al interior de la doctrina chilena también se ha justificado la procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones contractuales recurriendo a la doctrina de los actos propios. En este sentido, se considera que incurre en un comportamiento contradictorio quien pone término a un proceso de negociaciones contractuales sin motivo alguno, después de

ciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 257, 2001, sentencia N° 5.

¹⁹⁸ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 54.

haber suscitado en la otra parte la impresión de que la realización del contrato era segura.

La posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios para sancionar las conductas ilícitas ocurridas durante la fase precontractual ha sido también defendida por el profesor Enrique Barros Bourie, quien ha indicado que la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales puede ser configurada como un supuesto de abuso de derecho por contradicción con los actos propios.¹⁹⁹

Más allá de la posibilidad de calificar el retiro de las negociaciones como constitutivo del ejercicio de un derecho, el reproche a la conducta de quien interrumpe un proceso de negociaciones radicaría en que resulta contrario a la buena fe actuar de una manera que no resulte consistente con la confianza que se ha generado en otros a través de conductas anteriores.

Por esta vía lo que se pretende es evitar la defraudación de la confianza creada, atribuyendo responsabilidad a quien se ha comportado de un modo que no se condice con las expectativas ciertas que su propio comportamiento había generado y que han provocado que la otra parte incurra en gastos o desaproveche oportunidades de negocios alternativos.²⁰⁰

En este sentido, el profesor Barros sostiene que las hipótesis de culpa in contrahendo que dan lugar a responsabilidad precontractual pueden reconducirse a la doctrina de los actos propios, señalando que "Además de las situaciones relativas a la oferta, reguladas legalmente en el Código de Comercio, esa responsabilidad puede surgir cuando durante la negociación de

¹⁹⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho", publicado en *Revista de Derecho y Humanidades*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 7, Santiago, año 1999, pp. 11-37.

²⁰⁰ Tal como pone de manifiesto el profesor Barros, nuestro Código Civil contempla expresamente un caso de protección legal de la confianza creada por el propio acto en los casos de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de una oferta, regulados en el Código de Comercio. Al respecto, este autor señala: "En estos casos el acto propio del oferente, como fue su oferta, ha creado una razonable confianza en el destinatario de que se ha convenido el contrato; por eso, aunque su aceptación sea ineficaz a efectos de formar el consentimiento, resulta abusivo defraudar esa confianza". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *op. cit.* [nota 193], p. 27.

un contrato se ha creado la convicción de que su perfeccionamiento es en la práctica seguro, ante lo cual la otra parte actúa en correspondencia con esa confianza".²⁰¹

2.3. CONTRAVENCIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE

La procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones también ha sido justificada en nuestro ordenamiento jurídico recurriendo al concepto de buena fe, el cual se impone como patrón de comportamiento a ambos interesados durante todo el iter negocial.

Bajo esta concepción, algunos autores consideran como ilícito cualquier comportamiento ocurrido en la fase de preparación del contrato que pueda calificarse como contrario al deber de corrección y lealtad que deben observar quienes se involucran en un proceso de negociación contractual.

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que establezca explícitamente el deber de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato, algunos autores han sostenido que desde el comienzo de los contactos negociales las partes se encontrarían obligadas a comportarse en forma leal y honesta. La imposición de dicho patrón de conducta tendría por finalidad evitar que quienes participan en dicha negociación contractual vean defraudadas las expectativas que razonablemente han desarrollado.²⁰²

²⁰¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Límite de los derechos subjetivos privados", *op. cit.* [nota 193], p. 27. Sobre este punto, el profesor Barros sugiere que en la apreciación de las circunstancias que justifican imponer responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones, se debe atender a factores como la "duración y avance de la negociación, a la experiencia de las partes en negociaciones y a las demás circunstancias que permiten configurar en concreto este supuesto de responsabilidad". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1012.

²⁰² Más recientemente, el profesor Álvaro Puelma ha llegado incluso a defender la conveniencia de establecer expresamente en nuestro Código Civil el deber de buena fe durante el proceso de formación del contrato, postulando a ese efecto la necesidad de agregar el siguiente inciso al artículo 1545 del Código Civil: "Los interesados en las negociaciones contractuales tendientes a celebrar un contrato deberán actuar de buena fe, y deberán indemnizar de todo perjuicio a la otra parte en caso contrario", precepto que tiene su origen en el Código Italiano de 1942. Ponencia del Profesor

Esta postura es defendida por el autor Hugo Rosende Álvarez, quien, notoriamente influenciado por el desarrollo del deber precontractual de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano, señala que este concepto que impone a los negociantes un comportamiento objetivo de honestidad y lealtad, análogo al contemplado en el artículo 1546 del Código Civil, habría sido recogido por la doctrina nacional.²⁰³

Una argumentación similar efectúa el autor Carlos Ducci Claro, quien adhiere a la noción de la buena fe, señalando que la esencia de la figura jurídica de la responsabilidad precontractual está constituida por la ilicitud del hecho dañoso que consiste en no actuar en la vida del derecho con aquella buena fe que debe presidir toda actuación jurídica, quebrantando la confianza que la otra parte ha puesto en la palabra empeñada.²⁰⁴

Más recientemente, esta opinión ha sido defendida por los profesores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez

ÁLVARO PUELMA ACCORSI, en "Seminario sobre Contratos Preparativos", recogida en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Fundación Fernando Fiey Laneri, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 245 y ss.

²⁰³ Como se ha señalado, Rosende analiza la hipótesis de ruptura de las negociaciones efectuando una continua referencia al derecho italiano, pretendiendo que la solución adoptada en este ordenamiento jurídico podría tener vigencia instantánea en nuestro país. Así, se advierte que todo el razonamiento desarrollado por este autor en relación al derecho chileno se basa en la concurrencia de un supuesto deber de buena fe precontractual, cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico no es debidamente demostrada. Por lo demás, resulta confusa la exigencia de conducta definida por Rosende, quien sostiene, por una parte, que "en el ámbito de las negociaciones contractuales la buena fe no indica un estado psicológico del sujeto, sino que tiene un significado objetivo y se manifiesta en el deber de corrección y lealtad hacia la parte con la cual se mantienen contactos negociales", pero luego expresa que "sobre la base de los antecedentes que propone el derecho italiano, es posible sostener que el principio que debe aplicarse en nuestra legislación a fin de proteger los patrimonios de los precontractantes es el concepto de buena fe previsto en el artículo 706 del Código Civil, esto es, el deber de actuar por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", norma que recoge, como es sabido, una concepción subjetiva de la buena fe. ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 178], pp. 69 y ss. Esta evidente contradicción entre las opiniones sostenidas por Rosende impiden concretar el patrón de conducta que, según este autor, debiera regir la conducta de las partes durante las negociaciones contractuales y que resulta imprescindible para establecer un régimen de responsabilidad precontractual practicable en el derecho chileno.

²⁰⁴ DUCCI CLARO, CARLOS, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pp. 340 y ss.

Águila y Carmen Domínguez Hidalgo. Tales autores consideran que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la necesidad de exigir la buena fe y el deber de lealtad en el comportamiento de quienes entran en tratativas, pero también en la aplicación de los principios de la culpa, que obligan a comportarse con la debida diligencia para no dañar a otro.²⁰⁵

Estos autores concluyen que se impone a las partes que intervienen en la negociación de un contrato un deber de negociar de buena fe, con lealtad y diligencia, cuya infracción origina responsabilidad y, por tanto, la obligación de reparar el daño causado a la otra parte.

Por su parte, el profesor Barros describe el estándar de comportamiento exigible en la fase precontractual, señalando que se contemplan deberes de colaboración basados en el principio de la buena fe durante la negociación del contrato, que implican procurar "el cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociación".²⁰⁶

Esta exigencia de conducta que se impone a los eventuales contractantes también ha sido recogida por la jurisprudencia nacional. En algunos pronunciamientos, nuestros tribunales han identificado el fundamento de la obligación indemnizatoria en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones en la violación del deber de buena fe que se impone a las partes durante la etapa precontractual.

Este criterio se encuentra recogido en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema, en la cual se resolvió que "La buena fe es el fundamento de esa responsabilidad precontractual, pues las partes han de comportarse, durante las negociaciones, de modo honesto, veraz y leal, con arreglo a la necesaria colaboración que exige una sana negociación. El

²⁰⁵ En apoyo de su argumentación estos autores señalan que el principio general de buena fe rige en nuestro ordenamiento jurídico con un alcance amplio que cubriría tanto los supuestos contractuales como la etapa de formación del negocio. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, "Comentarios de Jurisprudencia: Responsabilidad Precontractual", *op. cit.* [nota 191] pp. 179 y ss.

²⁰⁶ BARROS BOURKE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, *op. cit.* [nota 172], p. 1005.

comportamiento deshonesto o desleal de una de ellas le obliga a reparar los perjuicios que ha causado a la otra que, atendido el avance de las negociaciones, creyó en la conclusión del contrato y por ello efectuó gastos durante las tratativas".²⁰⁷

Esta argumentación también se encuentra en la jurisprudencia más reciente que ha sostenido que en la etapa de las conversaciones contractuales encaminadas a la celebración de un contrato, las partes intervinientes tienen la obligación de obrar dentro de los límites de la buena fe. Tal deber de actuar de buena fe debe manifestarse en una conducta leal y honesta, poniendo cada una lo necesario para que el contrato se llegue a perfeccionar.²⁰⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Talca en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999, en la cual resolvió que "Resulta evidente que el fundamento de aquella responsabilidad es el del respeto a la buena fe y a la lealtad, que han de regir las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración de un determinado contrato, buena fe cuya violación acarrea a su autor la obligación de resarcir los perjuicios que así haya irrogado a su contraparte".²⁰⁹

Como puede advertirse, por la vía de exigir a las partes negociadoras un comportamiento leal, honesto y cooperativo de acuerdo a las exigencias de la buena fe la doctrina y jurisprudencia nacionales han llegado a imponer deberes positivos de conducta durante la etapa precontractual.

²⁰⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 191], p. 179.

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 178], p. 187.

²⁰⁹ Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 257, 2001, sentencia N° 5.



2.4. INFRACCIÓN AL DEBER DE CUIDADO QUE DEBEN OBSERVAR LAS PARTES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Sin embargo, tal como se ha señalado anteriormente, la noción fundamental a la que recurre la mayoría de los autores nacionales para atribuir responsabilidad precontractual al autor de la ruptura de las negociaciones es la infracción al estándar de comportamiento que se impone a todos los individuos en el tráfico jurídico.

Desde esta perspectiva, lo que se reprocha a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas es el hecho de haber causado un daño a la parte que se encontraba interesada en concluir el contrato proyectado, en forma dolosa o negligente, violando el deber de no causar daños imputablemente a otro.

Así, se considera antijurídico tanto el comportamiento de aquel negociante que ha lesionado intencionalmente el interés de confianza de su contraparte al desistirse de las conversaciones con la única intención de causarle daño, como de aquella parte que ha causado daños a la otra parte negociadora por mera culpa o imprudencia.²¹⁰

²¹⁰ En este sentido, se considera dolosa la conducta de quien entra en negociaciones con el único fin de dañar a su contraparte, con el objetivo de disuadirla de negociar con otros individuos o para obtener la revelación de determinados secretos o informaciones confidenciales en el curso de los tratos contractuales. De igual modo, puede estimarse dolosa la actitud de quien prolonga indebidamente las negociaciones, induciendo a su contraparte a efectuar gastos e inversiones por confianza y a dejar pasar otras oportunidades de negocio convenientes a sus intereses, habiendo ya perdido la intención de concluir la transacción que está negociando. En estos casos, la ruptura de las negociaciones puede calificarse como intencional, ya que una de las partes negociadoras ha provocado deliberadamente el fracaso intempestivo de las tratativas precontractuales, previendo que el resultado de su conducta sería la frustración injusta del contrato proyectado. Cabe señalar que en derecho comparado, algunos autores han postulado que únicamente el dolo debiera ser considerado como antecedente de responsabilidad precontractual, por estimar que la sanción de la mera negligencia en la hipótesis de ruptura de las negociaciones comprometería seriamente el principio de autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria del contrato y podría llevar a un retraimiento en los contactos negociales. Pérez, M., ALONSO, "La responsabilidad precontractual", publicada en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, p. 890. Sin embargo, la intención de mantener una esfera de libertad de negociación para que las partes valoren la conveniencia de realizar la transacción proyectada no puede llevar a concluir que sólo se debe imponer responsabilidad precontractual por los daños causados a la contraparte concurriendo una conducta dolosa del autor de la ruptura, sino que se



Este es el razonamiento que han seguido diversos autores nacionales que consideran que el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones puede configurarse en nuestro ordenamiento jurídico directamente como un ilícito aquiliano. Por tanto, se requeriría la presencia de dolo o culpa en el autor de la ruptura de las negociaciones para hacerlo responsable por los daños experimentados por su contraparte al haber efectuado gastos o descartado otras oportunidades de negocio confiando en la conclusión del acuerdo proyectado.

De esta manera, se puede apreciar en estas argumentaciones una tendencia a admitir que la razón por la cual se atribuye responsabilidad precontractual a quien interrumpe las negociaciones contractuales radica en que se estima antijurídica la conducta de quien no ha observado la razonable consideración que las partes se deben recíprocamente por estar involucradas en una relación preparatoria. Por lo tanto, bajo esta perspectiva el criterio de atribución de la responsabilidad por los daños derivados del quiebre de las negociaciones se identifica con la infracción del deber de cuidado exigible a las partes durante el período de formación del contrato.²¹¹

Así se desprende de la opinión de don Arturo Alessandri Rodríguez, quien sostiene que "la responsabilidad precontractual, cuya existencia no puede desconocerse en nuestro Derecho, toda vez que hay textos legales que la consagran expresamente, tiene por fundamento, o la ley (...) o un hecho ilícito, la culpa o el dolo del contratante a quien es imputable la no celebración del contrato".²¹²

debe responder siempre que se haya infringido el deber de cuidado exigible, lo que ocurre aun en los casos en que sólo concurre la culpa o negligencia de ese sujeto.

²¹¹ A mayor abundamiento, cabe señalar que la infracción al deber de cuidado aplicable también se ha identificado como fundamento de la obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad precontractual contemplados en el Código de Comercio. Así, Francisco Javier Saavedra sostiene que "En Chile, la propia ley, a diferencia de otros ordenamientos, ha impuesto esta obligación al proponente por razones de equidad, ya que aunque la oferta no sea plenamente vinculante y quien la formula tenga el derecho a retirarla antes de su aceptación, su responsabilidad civil se configura claramente por medio de la culpa extracontractual en que incurre al no obrar con la diligencia y cuidado necesarios para no ocasionar perjuicios al destinatario". SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], p. 279.

²¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 157.

Asimismo, este autor ilustra acerca de los casos en que resulta procedente imponer responsabilidad precontractual al señalar que "En otros términos, la ruptura de las negociaciones contractuales engendrará responsabilidad cuando constituya un delito o un cuasidelito civil, como si se prueba que el autor de la ruptura dejó que la otra parte incurriera en gastos de ensayos, confección de planos, preparación de trabajos, fabricación de modelos, etcétera, sin tener la intención de contratar o después de haber aceptado otra oferta similar. En cambio, esa ruptura no engendraría responsabilidad si su autor la provoca porque, después de reflexionar, prefiere no celebrar el contrato proyectado por no convenirle o porque decide contratar con otra persona que le da más garantías de solvencia o seriedad o le ofrece condiciones más ventajosas".²¹³

En igual sentido se pronuncian la mayoría de los autores chilenos, quienes estiman que la inobservancia de la diligencia debida en el período de negociaciones contractuales justifica la imposición de responsabilidad a quien pone término a las conversaciones luego de haber inducido a su contraparte a confiar en que el contrato proyectado se concretaría.²¹⁴

Entre aquellos que adhieren a esta postura se encuentra Hugo Rosende, quien sostiene que "parece excesivo imponer a las partes distantes aún del contrato, responsabilidad en este período sin que medie culpa en su sentido genérico, es decir, comprensivo de dolo o culpa, o un acuerdo de voluntades que imponga la obligación de contribuir a los gastos que se efectúan en la etapa de los tratos".²¹⁵

Por su parte, la jurisprudencia nacional también ha exigido la concurrencia de un hecho ilícito culpable para imponer responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones contractuales. Así, los tribunales nacionales en sucesivas oportunidades han identificado la infracción al estándar de cuidado exigible en el período precontractual como el fundamento de atribución de responsabilidad precontractual al autor de la

²¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 157.

²¹⁴ En este sentido, véase DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], pp. 340 y ss.

²¹⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 53 y 54.

ruptura. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver que la parte que "en el período de formación del consentimiento tendiente a perfeccionar un contrato de compraventa de un bien raíz ha ocasionado un daño a la parte demandante, interesada en comprar dicho bien raíz, como consecuencia de un hecho ilícito de aquella, ya sea doloso o culpable, deberá responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido".²¹⁶

Con todo, cabe señalar que se advierte en la doctrina nacional una preocupación por no restringir excesivamente la libertad de negociación de las partes, limitando la imposición de responsabilidad precontractual a aquellas situaciones en que la reprochabilidad de la conducta del autor de la ruptura resulta evidente, exigiéndose la presencia de dolo o de una negligencia indiscutible para dar lugar a responsabilidad precontractual.²¹⁷

Esta aprensión también es manifestada por el profesor Avelino León Hurtado, quien señala que "sin la prueba del dolo o

²¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada con fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss. Cabe señalar que en esta oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago desechó la demanda de responsabilidad precontractual por considerar que no podía estimarse culpable la conducta de quien se niega a perfeccionar el contrato de compraventa proyectado mediante la suscripción de la escritura pública pertinente, declarando que se trata de una "negativa [que] puede presumirse fue perfectamente lícita, siendo ésta una mera consecuencia del ejercicio de su derecho de no perseverar en las gestiones tendientes a celebrar el contrato proyectado". Como puede apreciarse, la argumentación contenida en este pronunciamiento judicial es correcta en la medida en que exige la presencia de culpa o dolo en la conducta del autor de la ruptura para dar lugar a la responsabilidad precontractual, pero incurre en un error al eximir de responsabilidad a la parte que habiendo alcanzado un acuerdo verbal en orden a celebrar un contrato de compraventa, con posterioridad se desiste del contrato antes de suscribir el documento exigido legalmente como solemnidad para ese tipo de transacciones.

²¹⁷ Hugo Rosende sostiene que en su opinión "a fin de preservar la libertad de negociación de las partes, se debe considerar que el abandono de las negociaciones contractuales antes de su culminación carece, por regla general, de eficacia para originar responsabilidad precontractual, a menos que la interrupción de los tratos previos esté calificada por una circunstancia especial que no puede ser otra que la culpa del agente". ROSENDE ALVAREZ, HUGO, "La responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes", publicado en *Instituciones Modernas del Derecho Civil*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, pp. 337-348.

culpa no procede la indemnización, pues es esencial mantener la libertad absoluta en estas conversaciones contractuales para que las partes no caigan en suspicacias y en el temor de iniciar los *pourparlers* por eventuales indemnizaciones".²¹⁸

Por la misma razón, se aprecia en la doctrina nacional una tendencia a superponer diferentes criterios de atribución de responsabilidad a fin de reforzar el carácter antijurídico de la ruptura de las negociaciones.

En este sentido, se observa que la argumentación desarrollada por los autores nacionales acerca del criterio de atribución de la responsabilidad precontractual, evidencia una yuxtaposición de diversos fundamentos indemnizatorios para caracterizar la ruptura de las negociaciones como un hecho ilícito generador de responsabilidad precontractual.

Así, el autor Hugo Rosende, luego de exponer su adherencia al deber de comportarse de buena fe durante los tratos contractuales, declara que el fundamento de la responsabilidad precontractual no puede encontrarse exclusivamente en la buena fe, señalando que el necesario equilibrio que debe existir entre la autonomía de la voluntad y el respeto del patrimonio ajeno se logra añadiendo a la buena fe en el ámbito precontractual, la observancia de la diligencia debida y el acatamiento de la equidad natural que debe regir la relación negocial.²¹⁹

Del mismo modo, el autor Carlos Ducci, a pesar de adherir a la noción de la buena fe, concluye que la reprochabilidad de la ruptura de las negociaciones radica en que se trata de un hecho ilícito, doloso o culpable, que ha infligido un daño a la otra parte, por lo que constituiría un delito o cuasidelito civil, con lo que

²¹⁸ LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 99.

²¹⁹ Para evitar una eventual objeción de vaguedad de la noción de mala fe, este autor invoca diversos fundamentos normativos a fin de expresar en qué radica la ilicitud de la conducta que se pretende sancionar mediante la responsabilidad precontractual. Asimismo, este autor previene que su tesis no se basa únicamente en la buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual en los tratos, ya que la violación de la conducta correcta que las partes deben observar durante las negociaciones contractuales se produce cuando media dolo o culpa. Así, señala textualmente: "Por lo tanto para que el sujeto sea responsable es necesario que falte a su obligación de comportarse con arreglo a la buena fe, que dicha infracción se produzca mediante dolo o culpa y que, a consecuencia de lo anterior, se produzca un daño". ROSENDE ALVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 74.

admite tácitamente que el criterio de atribución de la responsabilidad precontractual se identifica, además, con la infracción del cuidado debido.

El mismo fenómeno se advierte en los escasos pronunciamientos judiciales sobre la materia, resultando evidente la falta de criterios definitivos en la jurisprudencia nacional acerca de en qué radica lo reprochable del comportamiento de quien rehúsa proseguir con los contactos negociales y cuál es el fundamento idóneo para atribuir responsabilidad precontractual al autor de esa conducta.

De esta manera, persiste en nuestro ordenamiento jurídico la tendencia ya observada en el derecho comparado a acentuar la antijuridicidad de la conducta del autor de la ruptura de las negociaciones por la vía de calificarla simultáneamente como un comportamiento abusivo, culpable, contradictorio y contrario a la buena fe y a la equidad comercial.

Sin embargo, el recurso simultáneo a más de un fundamento normativo en lugar de clarificar en qué radica la ilicitud de la ruptura de las negociaciones, sólo genera confusión acerca de cuál es el deber de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación de un contrato.

Como puede advertirse, la falta de sistematización y la dispersión en la reflexión dogmática acerca de la ruptura injustificada de las negociaciones se ha traducido en nuestro ordenamiento jurídico en la ausencia de criterios doctrinales o jurisprudenciales precisos respecto de la conducta que deben observar las partes en las negociaciones contractuales. Esta confusión persiste al momento de identificar el fundamento idóneo para atribuir responsabilidad precontractual a quien interrumpe las conversaciones contractuales.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO CHILENO

En oposición a la diversidad de criterios que se postulan en el derecho chileno para justificar la imposición de responsabilidad precontractual, existe un evidente consenso en nuestro ordena-

miento jurídico en identificar el régimen extracontractual como la normativa que debiera regir el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones.

Con independencia del criterio de atribución de responsabilidad al que se adhiere para justificar el reproche a la conducta del autor de la ruptura, los autores nacionales coinciden en calificar este ilícito como de naturaleza extracontractual. Por lo mismo, concluyen que esta conducta es sancionable de acuerdo a las normas que rigen los delitos y cuasidelitos civiles en nuestro ordenamiento jurídico.²²⁰

Este razonamiento se encuentra respaldado en nuestro ordenamiento jurídico por la presencia de una noción amplia de ilícito extracontractual en el artículo 2314 del Código Civil, en virtud del cual es indemnizable cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico, incluso aquellos que tienen su origen en el período precontractual.

Ante la ausencia de una regulación expresa sobre la materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se pronuncian en favor de la aplicación de las normas contenidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales.²²¹

²²⁰ Al interior de la doctrina nacional, el único autor que se ha manifestado a favor de la tesis contractualista de la responsabilidad precontractual ha sido Manuel Risueño, quien en su memoria de prueba sostuvo que tanto las hipótesis reguladas en el Código de Comercio como el supuesto de ruptura de las negociaciones debían regirse por las normas de la responsabilidad contractual. Sin embargo, se trata de una opinión aislada que se explica por la adherencia de este autor a la tesis formulada por Ihering, que admitía la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual partiendo del supuesto de la existencia de un verdadero precontrato en la fase de las negociaciones, tesis que lógicamente no ha prevalecido entre los juristas nacionales. RISUEÑO E., MANUEL, *op. cit.* [nota 182], pp. 47-132. Por su parte, y pese a concurrir en cuanto a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, el profesor Barros destaca que la responsabilidad por incumplimiento de deberes de cuidado durante la negociación presenta analogías contractuales, en atención a la relación negocial que surge con ocasión de las tratativas contractuales. Dicha analogía contractual justificaría la imposición de deberes de protección, lealtad y diligencia en la etapa precontractual, pese a que aún no existe consentimiento perfeccionado. BARROS BOURKE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual, op. cit.* [nota 172], p. 1004.

²²¹ Este criterio ha sido sustentado por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss. En esta oportunidad,



Así se manifiesta don Arturo Alessandri Rodríguez al sostener que la hipótesis de ruptura dolosa o culpable de las negociaciones contractuales constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual sometida a las reglas de los artículos 2314 y siguientes, pues tales negociaciones no crean entre las partes vínculo jurídico alguno.²²²

Esta opinión es compartida por Hugo Rosende Álvarez y Ramón Domínguez Águila, quienes han sostenido que las negociaciones contractuales deben regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual, debiendo aplicarse las normas contempladas en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil.²²³

La misma solución es apoyada por Carlos Ducci Claro, quien considera que la responsabilidad contractual se aplica únicamente ante el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, por lo que encuadra la responsabilidad precontractual en aquellas normas que sancionan los hechos ilícitos cometidos por una parte en forma culpable o intencional, causando daño a un tercero.²²⁴

La Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció en favor de la aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en los artículos 2314 y ss. del Código Civil, señalando que "si bien es cierto que en el Código Civil no existen disposiciones que contemplen específicamente el caso de la responsabilidad precontractual -que en doctrina es aquella que nace de la equidad comercial, que obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquel se perfeccionará (...)-, no es menos cierto que dicho cuerpo de leyes contempla expresamente las obligaciones que se contraen sin convención estatuendo que ellas nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes".

²²² En opinión del profesor Alessandri, dado que nuestra legislación no regula el supuesto de las tratativas o negociaciones contractuales a la oferta concreta y completa de contratar, ante el silencio de la ley, se deben aplicar las normas de la responsabilidad delictual. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, tomo 1, 2ª edición, EDIAR Editores, 1983, Nº 29, p. 57.

²²³ Véase, ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 210], pp. 397-348. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, pp. 50 y ss.

²²⁴ DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], p. 340. En el mismo sentido, véase ABELIUK MANASEVICH, KENÉ, *op. cit.* [nota 184], p. 828.

Como puede advertirse, la postura que se ha seguido en la doctrina nacional ha sido considerar la responsabilidad precontractual como una simple aplicación del régimen extracontractual. Bajo esta concepción, se estima que lo que se sanciona no es el incumplimiento de una obligación contraída voluntariamente por los negociantes, sino simplemente aquellos comportamientos impropios que pueden tener lugar durante el período de formación de un contrato.

La jurisprudencia de nuestro país ha ratificado la aplicación del régimen extracontractual a los ilícitos cometidos durante el período de formación de los contratos señalando expresamente que "esta responsabilidad precontractual ha de regirse por las normas de los delitos y cuasidelitos".²²⁵ Sobre este punto, nuestros tribunales han resuelto que el autor de la ruptura "deberá responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido, como expresamente lo previene el artículo 2314 del Código Civil".²²⁶

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que al interior de la doctrina nacional también se ha postulado la necesidad de formular un régimen de responsabilidad propio para la reparación de los daños ocasionados durante la etapa precontractual, distinto de los regímenes contractual y extracontractual, por considerar que se trata de un género autónomo de responsabilidad.²²⁷

Así, algunos autores han pretendido que la ausencia de una regulación expresa de la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones justificaría la introducción de una norma legal

²²⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comenada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 175], p. 179.

²²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pp. 49 y ss.

²²⁷ En favor de la responsabilidad precontractual como un régimen sui generis se pronuncia Sara Eller, quien sostiene que la responsabilidad a que da origen la ruptura de las negociaciones contractuales no es ni contractual ni extracontractual, sino una responsabilidad precontractual basada en razones especiales, pues tendría su origen en la violación del acuerdo que las negociaciones contractuales habían producido entre las partes en orden a la seguridad de que el contrato se formaría. ELLER RAUCH, SARA, *op. cit.* [nota 185], pp. 69 y ss.

destinada precisamente a disciplinar este supuesto de responsabilidad precontractual.

En este sentido se ha pronunciado Manuel Riusueño, quien postula la realización de una reforma legislativa tendiente a incluir en el Libro IV del Código Civil una regulación clara del proceso de formación del consentimiento mediante la cual se podría incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que consagrara específicamente la responsabilidad por ruptura arbitraria de las negociaciones.²²⁸

En forma similar, Mario Rossel considera que dada la necesidad de impedir que los negocios se desarrollen en un plano de absoluta arbitrariedad, corresponde al legislador proteger los intereses económicos involucrados en las transacciones jurídicas, reglamentando una nueva responsabilidad por ruptura de las negociaciones contractuales, ya que este supuesto no se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico chileno.²²⁹

Sin embargo, esta postura favorable a la consideración de la responsabilidad precontractual como un régimen autónomo no ha encontrado mayor acogida entre los autores nacionales.

Por lo demás, y tal como lo ha advertido la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, ante la ausencia de una disposición específica sobre la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales en nuestra legislación, deben aplicarse a la materia las reglas generales que permiten justificar la imposición de responsabilidad civil en ausencia de una convención entre las partes negociadoras.²³⁰

Al respecto, cabe señalar que la conducta de quien interrumpe un proceso de negociaciones contractuales, sin invocar una razón justificada y luego de haber inducido a su contraparte a realizar actuaciones por confianza en la conclusión de la transacción proyectada, se encuadra perfectamente en la noción de ilícito extracontractual que recoge nuestro sistema jurídico.

²²⁸ RUSUEÑO, MANUEL, *op. cit.* [nota 182], p. 131.

²²⁹ ROSSEL C., MARIO, *op. cit.* [nota 185], p. 28.

²³⁰ En este sentido, véase SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], p. 269, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 215], p. 57, DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], p. 340, DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN, DOMÍNGUEZ ACUILA, RAMÓN, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.* [nota 175], p. 182, ROSENDE ÁLVAREZ, EUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 69.

De esta manera, puede afirmarse que bajo el régimen de responsabilidad extracontractual establecido en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, la reparación de los perjuicios que se derivan de la ruptura de las negociaciones no presenta mayores particularidades en relación a la compensación de los daños reparables ordinariamente en nuestro sistema jurídico bajo este régimen.

4. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico se ha admitido la procedencia de responsabilidades precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, la reflexión doctrinal y jurisprudencial acerca de las consecuencias patrimoniales atribuibles a esta conducta ilícita ha sido escasa.

En principio, la doctrina nacional advierte que para determinar la extensión que corresponde dar a la obligación indemnizatoria en este supuesto de responsabilidad precontractual, se debe tener presente que no todos los gastos efectuados por las partes negociadoras durante los tratos contractuales deben ser objeto de reparación en el evento de quiebre de las negociaciones.

En este sentido, los autores nacionales concuerdan en señalar que quien emprende una actividad económica, como la negociación de un contrato, debe enfrentar innumerables gastos y soportar riesgos inevitables propios de dicha actividad, por lo que resulta necesario identificar cuáles son los daños que deben ser indemnizados a raíz de la responsabilidad precontractual que se impone al autor de la ruptura.²³¹ De esta manera, resulta necesario distin-

²³¹ Hugo Rosende Álvarez advierte que los gastos efectuados con anterioridad a las negociaciones deben ser de cargo de la persona que los hizo y, por tanto, no tienen valor alguno desde el punto de vista de la responsabilidad, pues no hay una relación de causalidad entre dichos gastos y las negociaciones sostenidas. A juicio de este autor, se trata de gastos en provecho propio, gastos de especulación o publicidad, o en último término, de gastos generales, esto es, aquellos que deben practicarse para el normal desempeño de una empresa o actividad. Al respecto,

guir entre aquellos gastos e inversiones que cada parte negociante debe asumir a su propio riesgo y aquellos perjuicios que deben ser reparados por quien ha abandonado las negociaciones.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país concluyen que la obligación de indemnizar a la víctima por los daños experimentados a raíz de la ruptura de las negociaciones sólo surge en la medida en que se pueda acreditar que la parte que ha interrumpido las conversaciones contractuales ha actuado en forma dolosa o culpable.

Sin embargo, la reflexión doctrinal no llega al extremo de formular criterios precisos en relación a la medida de resarcimiento aplicable al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones, limitándose a señalar que en esta hipótesis se debe indemnizar únicamente el daño emergente experimentado por la víctima de la ruptura, pero en ningún caso el lucro cesante derivado de la misma.

Así, resulta ilustrativo el tratamiento que el autor Avelino León da a esta materia, señalando únicamente que "En todo caso, la reparación de los daños se limita a los gastos que haya hecho la parte (daño emergente) y no a las posibles utilidades del negocio (lucro cesante)".²³² En el mismo sentido se pronuncia Sara Eiler al identificar la responsabilidad precontractual como "la obligación del autor de la ruptura de indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de no haberse seguido las conversaciones, pero no las ganancias perdidas por el hecho de no haberse formado el contrato".²³³

En todo caso, se advierte consenso en nuestro ordenamiento jurídico acerca de la necesidad de comprender dentro de la

Rosende concluye que este tipo de desembolsos escapan a la acción de la parte que ha iniciado las conversaciones o participa en ellas y, por ende, no podrán ser considerados como perjuicios indemnizables en caso de ruptura de las tratativas. Asimismo, este autor descarta la indemnizabilidad de aquellos gastos efectuados espontáneamente, sin el consentimiento del otro negociante, los cuales no podrán reclamarse de la parte con que se negociaba si no llega a concretarse la transacción, a menos que dichos gastos le hayan reportado un beneficio, pues en tal caso deberá restituirlos de acuerdo a las normas del enriquecimiento sin causa. ROSENDE ALVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 61-67.

²³² LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 55.

²³³ EILER RAUCH, SARA, *op. cit.* [nota 185], p. 73.

indemnización procedente en el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones el daño emergente experimentado por la parte que legítimamente confiaba en la conclusión del acuerdo proyectado. Por tanto, se deben incluir todos aquellos gastos realizados con motivo de la negociación que puedan calificarse como necesarios para la preparación del contrato proyectado.

Tal como señala el autor Arturo Alessandri Rodríguez, la parte agraviada por la ruptura tiene derecho a que se le reembolsen todos los gastos efectuados inútilmente en la etapa precontractual, tales como "los gastos en que la otra parte incurrió con motivo de esas negociaciones (confección de planos, ensayos, preparación de trabajos, fabricación de modelos, gastos de viaje, si los hubo, etc.)".²³⁴

Por lo demás, los autores nacionales también coinciden en señalar que no deben indemnizarse las ganancias que la víctima de la ruptura ha dejado de obtener por el hecho de no haberse formado el contrato. En consecuencia, se excluye la reparación del lucro cesante que puede haber experimentado la parte interesada en la conclusión del acuerdo proyectado como integrante de la indemnización procedente en esta hipótesis de responsabilidad precontractual.

En este sentido se pronuncia Hugo Rosende al señalar que en el supuesto de interrupción culpable o dolosa de un proceso de negociaciones "la confianza burlada exige la reparación del daño emergente producido por el comportamiento de mala fe, doloso o culpable, pero en ningún caso justifica la indemnización del lucro cesante, ya que, dado el estado de las negociaciones, nada protege las expectativas sobre los beneficios que produciría el contrato".²³⁵

Similar opinión manifiesta el profesor Enrique Barros quien sostiene que por regla general el interés protegido no será 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

²³⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* [nota 170], p. 158.

²³⁵ ROSENDE ALVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 77.

se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada por la mala fe del demandado".²³⁶

Descartada la reparación del lucro cesante, la doctrina nacional concluye que en el derecho chileno se debe reparar únicamente el daño emergente experimentado por la víctima a raíz de los gastos en que incurrió por haber confiado en la conclusión segura del negocio. La doctrina nacional ni siquiera se refiere a la posibilidad de indemnizar aquellos daños experimentados por la víctima de la ruptura al descartar otras oportunidades de tratar con terceros por haber confiado en que las negociaciones llegarían a buen término.

Por su parte, la jurisprudencia nacional, sólo en escasas ocasiones ha tenido la oportunidad de referirse a la medida de resarcimiento aplicable al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones. A este respecto, los tribunales chilenos han resuelto que en este supuesto se deben reparar los daños consistentes en los gastos en que había incurrido la parte que tenía la fundada esperanza en que el contrato se celebraría. Se ha resuelto que en esta materia se repara lo que se ha denominado el interés negativo y no la ganancia esperada con el negocio que se proponía convenir, ignorando sin embargo, el costo de oportunidad que supone involucrarse en una negociación fallida.

Este criterio se encuentra recogido en la sentencia de fecha 5 de junio de 1996 de la Corte de Apelaciones de Concepción previamente citada, que señala: "La empresa que, sin comunicar a la otra, que negocia a la vez con una tercera y se retira en avanzada etapa de las negociaciones debe reparar los perjuicios que ha causado con ese retiro y consistentes en los gastos efectuados por la autora respecto de los cuales ha existido un asentimiento para que los hiciera, atendidos los términos en que se llevaban adelante las tratativas".²³⁷

²³⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1097.

²³⁷ De igual modo, en sentencia de fecha 30 de junio de 1999 la Corte de Apelaciones de Concepción señala en este sentido: "La demandada debe reparar los daños consistentes en los gastos en que había incurrido la demandante que tenía la fundada esperanza en que el contrato se celebraría". Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila y Carmen Domínguez Hidalgo, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* [nota 175], pp. 187 y ss.

Como puede advertirse, la jurisprudencia nacional, con apoyo de cierto sector doctrinal, invoca el criterio del interés negativo desarrollado en la regulación de la culpa in contrahendo del derecho alemán como medida de resarcimiento aplicable a la etapa precontractual. Sin embargo, los tribunales nacionales no asumen cabalmente que el concepto desarrollado por Ihering se refiere al interés que tenía la víctima de la ruptura en no iniciar negociaciones que le harían perder tiempo, realizar gastos y dejar pasar otras oportunidades de contratar bajo términos más convenientes.

Se debe tener en cuenta que precisamente este criterio de interés negativo o interés de confianza es el que se encuentra recogido en las normas del Código de Comercio como medida de resarcimiento adecuada al período de formación del contrato. Por lo mismo, las reflexiones provenientes del ámbito comercial y las opiniones formuladas por la doctrina comercial al analizar los supuestos de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de la oferta, aunque no resultan aplicables directamente al supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones contractuales, pueden desempeñar una función relevante para identificar la extensión que debe darse a la indemnización procedente en este supuesto de responsabilidad precontractual en el derecho chileno.

Al analizar las disposiciones del Código de Comercio que imponen al oferente la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte por el término de las negociaciones, los autores nacionales señalan que en estos supuestos se debe reparar el interés de confianza del destinatario de la oferta. En este sentido se manifiesta el profesor Raúl Varela, quien señala que "la obligación del oferente en el caso de revocación tempestiva, es de indemnizar perjuicios y se funda en la idea de seguridad o confianza en el mantenimiento de la oferta".²³⁸

Por lo mismo, al referirse a la extensión de la reparación procedente en este supuesto de responsabilidad precontractual el autor sostiene que "los perjuicios indemnizables según el artículo 100 del Código de Comercio son los gastos y demás daños que el destinatario haya sufrido con motivo de la recepción de la oferta".

²³⁸ VARELA VARELA, RAÚL, *Derecho Comercial*, tomo III, Editorial Universitaria, 1966, Santiago, p. 15.

A juicio de la doctrina nacional en las hipótesis de retractación tempestiva y aceptación extemporánea de la oferta no se debe indemnizar el lucro cesante experimentado por el destinatario puesto que, tal como señala Raúl Varela "el destinatario, sólo podía contar que la oferta sería mantenida hasta que él diera su respuesta dentro del plazo legal o convencional. Pero no podía contar que el contrato se formaría efectivamente, porque el proponente tiene, por la ley, el derecho de revocar la oferta".²³⁹

En el mismo sentido se pronuncia Avelino León, quien, adhiriendo a los criterios desarrollados por la doctrina francesa, sostiene que "sólo deben indemnizarse los perjuicios reales y efectivos que haya sufrido el destinatario de la oferta con motivo de la retractación y no las ventajas hipotéticas que habría podido obtener con el contrato que no se ha celebrado. Sería reparable entonces todo gasto que hubiere hecho con motivo de la oferta, como reparación o arrendamiento de locales para depositar los objetos ofrecidos, contratación de préstamos en condiciones onerosas, rechazo de otra oferta en condiciones convenientes, etc. Pero no podría pretenderse obtener el beneficio que se derivaría de un negocio ulterior hipotético".²⁴⁰

En razón de lo anterior la doctrina concluye que "el destinatario de la oferta no puede considerar como perjuicio las ganancias que habría obtenido si el contrato se hubiera llevado a término; pero en cambio podría cobrar el daño resultante de haber desechado otra propuesta en consideración a la nueva por él recibida", con lo cual admite la reparación de aquellas oportunidades de contratar que fueron perdidas o rechazadas por el destinatario de la oferta al perseverar en la negociación fallida.²⁴¹

²³⁹ VARELA VARELA, RAÚL, *op. cit.* [nota 230], p. 15.

²⁴⁰ LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], p. 78.

²⁴¹ VARELA VARELA, RAÚL, *op. cit.* [nota 230], p. 15. En favor de la reparación de las oportunidades perdidas por el destinatario de la oferta como consecuencia del quiebre de las negociaciones se pronuncia Luis Claro Solar, quien pone de manifiesto que "la oferta hecha por el proponente, que es conveniente para la persona a quien ha sido dirigida, puede haber llevado a ésta a desistir de otro negocio análogo y, una vez retractada tal oferta, colocarla en la situación de tener que aceptar condiciones más onerosas para poder cumplir a su vez el compromiso que ha contratado sobre la fe de la oferta que el proponente, que se arrepiente, le había hecho (...). El proponente ha causado en el hecho un daño o perjuicio, y aunque la sola oferta no lo obligaba, porque él busca la realización de un contra-

Por su parte el autor Hugo Rosende Álvarez sostiene que en la hipótesis de retractación tempestiva de la oferta "deben indemnizarse todos los gastos y perjuicios que sean una consecuencia directa de la revocación, en otros términos, de que se haya privado al destinatario de su facultad de disponer libremente sobre el destino de la oferta (...). El único límite en la indemnización está en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato".²⁴²

Este autor admite expresamente que, ante la presencia de una conducta dolosa o culpable del autor de la ruptura, la reparación no sólo debe reconocer el interés de restituir los patrimonios al estado en que se encontraban con anterioridad al inicio de los contactos negociales, sino que debe protegerse además el interés de confianza de las partes que han intervenido en la negociación.²⁴³

Esta es precisamente la medida de reparación que se ha identificado en el derecho comparado como la más adecuada al período precontractual, en la medida en que permite dejar al perjudicado en la misma situación patrimonial en que se encontraría de no haberse involucrado en la negociación fallida.

En el mismo sentido, se debe tener presente que, si respecto de los casos de retractación y aceptación extemporánea de una oferta se concluye que la reparación debe encontrar su límite en el interés negativo de la parte perjudicada, con mayor razón se debe restringir la extensión de la indemnización en los supuestos de ruptura de las negociaciones contractuales en que ninguna de las partes ha manifestado aún su voluntad de quedar jurídicamente vinculada.

A la misma conclusión se llega por la vía de recurrir a la relación de causalidad que debe existir entre la conducta de la parte que interrumpe las negociaciones y los daños sufridos por la víctima del quiebre de las negociaciones para determinar cuáles son los perjuicios indemnizables en este supuesto de responsabilidad precontractual.

to que requiere aceptación de la otra parte, su retractación ha venido a quitar a ésta la posibilidad de realizarlo". CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen V, tomo XI "De las obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 67.

²⁴² ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 99.

²⁴³ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 77.

Recurriendo a la causalidad como criterio prevalente, se concluye que la indemnización de perjuicios procedente en la hipótesis de ruptura debe comprender tanto los gastos efectuados por la víctima en el curso de los tratos contractuales como la reparación de las ventajas que dicha parte podría haber conseguido si, en lugar de haber empleado su tiempo y recursos en una negociación fallida, se hubiera abocado a otra contratación. El mismo criterio de causalidad determina la exclusión de aquellos beneficios que la víctima de la ruptura esperaba obtener de la ejecución del contrato proyectado.

Asimismo, atendiendo a la relación de causalidad jurídicamente relevante, se deberán excluir de la indemnización procedente en este supuesto aquellos daños que puedan atribuirse a la propia víctima de la ruptura. Quedan fuera del ámbito de indemnización aquellos daños sufridos por la víctima cuando durante el curso de las negociaciones contractuales ha actuado en forma imprudente al confiar infundadamente en la consumación de la transacción proyectada o si ha realizado gastos precontractuales excesivos o innecesarios, en circunstancias en que no existía una probabilidad seria de conclusión del contrato que negociaba.²⁴⁴

Esta respuesta, que parece ser la más coherente con nuestro ordenamiento jurídico en que no se contemplan los conceptos de interés negativo o interés de confianza como criterios legales de delimitación del daño resarcible, resulta, por lo demás, consistente con el carácter excepcional que corresponde atribuir a la responsabilidad precontractual a fin de preservar el ámbito de libertad en que deben desenvolverse las partes negociadoras durante el período de preparación de un contrato.

²⁴⁴ En tales casos, pudiendo acreditarse culpa en la víctima, se deberá comparar dicho comportamiento negligente con la culpa del autor de la ruptura a fin de determinar la proporción en que la conducta de cada una de las partes ha contribuido a la causación del daño. Solo de este modo podrá establecerse si la culpa de la víctima es de tal intensidad que permite excluir la responsabilidad de la parte que ha puesto término injustificadamente a las negociaciones o si amerita únicamente la moderación de la responsabilidad en los términos del artículo 2330 del Código Civil, que autoriza al juez a efectuar una reducción proporcional de la obligación indemnizatoria en aquellos casos en que la imprudencia de la víctima ha contribuido a la ocurrencia del daño o ha incrementado los efectos dañosos de la actuación culpable del otro.

TÍPICIDAD Y ATÍPICIDAD

DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN*

["Typical and Atypical Precontractual Duties of Information"]

INIGO DE LA MAZA GAZMURI**

Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

RESUMEN

El estudio de los deberes precontractuales de información suele considerarse un campo en el que impera la confusión. En estas páginas interesa advertir, en primer lugar, que dicha confusión se encuentra relacionada con la complejidad que supone la presencia de intereses diversos y contradictorios. En segundo lugar, se afirma que es posible aligiar la confusión si se distingue entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos. Finalmente, en tercer lugar se muestran algunas enseñanzas que pueden extraerse a partir de esta distinción.

PALABRAS CLAVE: Información – Deberes precontractuales – Buena fe – Tipicidad.

ABSTRACT

The study of the pre-contractual duties of information has been usually considered to be dominated by confusion. Firstly, our aim is to notice that said confusion is related to the complexity inherent to the presence of diverse and conflicting interests. Secondly, it is asserted that it is possible to clarify the confusion if the difference between *typical* and *atypical* pre-contractual duties of information is made. Finally, in the third place, some lessons drawn from that distinction are shown.

KEYWORDS: Information – Precontractual duties – Good faith – *Typical duty*.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto FONDECYT regular N° 1100029 sobre los deberes precontractuales de información en el Derecho chileno.

** Profesor Investigador de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 105, Santiago de Chile. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl

I. CONFUSIÓN Y COMPLEJIDAD EN EL TEMA

1. *Confusión en el tema.*

En la 6^a edición de sus *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Díez-Picazo dedica, por primera vez, un apartado a los deberes precontractuales de información; y señala al respecto que: "No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios [...]. Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto." La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información [...]. La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular. Sin embargo, más allá de estas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma [...]. / Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información [...]. / Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no¹.

Al desmontar estos lúcidos párrafos se obtiene lo siguiente: *i*) en los ordenamientos jurídicos existen deberes precontractuales de información regidos, en buena medida, por criterios de buena fe y los usos de los negocios; *ii*) Existen al menos dos premisas claras: cada parte tiene la carga de proveerse información y el deber de responder a las preguntas que se le formulen en el curso de la negociación; y *iii*) más allá de estas dos premisas reina la confusión.

La primera de estas afirmaciones resulta indiscutible, tanto para los países pertenecientes a la tradición del Derecho civil como a aquellos del "Common law"². La segunda afirmación resulta seductora, pero debe

¹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I: *Introducción. Teoría del contrato* (6^a edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007), pp. 312-313.

² Véase, por ejemplo: SEFTON GREEN, R. (editor), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005); y CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure* (London, Sweet and Maxwell, 2007).

ser severamente matizada. Ninguna de las dos premisas apuntadas por el autor es totalmente clara. Empezando por la primera, no es evidente que, en todo caso, las partes que negocian un contrato tengan la carga de procurarse su propia información. Así, si entre ellas existe una relación de confianza no será el caso. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de mandato.³ Con respecto a la segunda premisa, no siempre resulta evidente que se deba dar respuesta a las peticiones expresas de información. Así, por ejemplo, Barnett ha sugerido que un vendedor no puede pretender que el comprador le conteste con honradez a la pregunta de si estaría dispuesto a pagar más por lo que le estoy vendiendo. Cualquiera que se involucre en una negociación sabe que la respuesta “no, esta es mi última oferta” no constituye un engaño que la ley sancione.⁴ Finalmente, la tercera afirmación referida a la confusión imperante en este campo de estudio, parece verdadera en un sentido aún más radical de lo que el propio Díez-Picazo piensa. Después de todo, prestándoles atención, ni siquiera las dos premisas que presenta como claras el autor lo son.

En síntesis, entonces, en primer lugar, suele aceptarse la existencia de deberes precontractuales de información y, en segundo lugar, se trata de una zona de investigación confusa.

2. Complejidad en el tema.

Una primera idea que pretendo defender en este trabajo es que la confusión que impera en el tema se explica por su complejidad y que esta última obedece –al menos en parte importante– a los diversos intereses que es necesario tener en cuenta cuando se diseñan deberes precontractuales de información.

En un conocido trabajo de 1964, Friedrich Kessler y Edith Fine señalaron que una investigación acerca del deber de informar conduce directamente a la filosofía que subyace al derecho de contratos.⁵ Esto puede ser correcto, sin embargo, una vez que se destaca el derecho de

³ El mandante puede confiar en que su mandatario le transmitirá toda la información relevante que posea, no es necesario que el mandante sea diligente en procurarse dicha información. Véase: GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat* (Paris, LGDJ, 1993), p. 634.

⁴ BARNETT, R., *Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 15 (1992), p. 799.

⁵ La cita exacta es: “an investigation of the scope of the ‘duty to disclose’ on a comparative law basis is most rewarding: it leads us straight to the heart of the philosophy underlying the law of contracts”; KESSLER, F. - FINE, E., *Culpa in Contractendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative Study*, en *Harvard Law Review*, 77 (1964), p. 438.

contratos, lo que se encuentra no es exactamente “la” filosofía que subyace a su diseño, sino más bien las tensiones que imponen a las reglas jurídicas los diversos –y eventualmente contradictorios– fines que se busca servir a través de ellas.⁶ Tratándose de los deberes precontractuales de información, los intereses son múltiples y, eventualmente contradictorios. No resulta necesario intentar presentar un catálogo taxativo de ellos, sino que bastará mostrar su multiplicidad y eventual antinomia. Un caso debería contribuir en esta tarea.

Durante el mes de agosto de 1986, Larry Trawick y Charles Brown, quienes se dedicaban profesionalmente a la especulación en derechos sobre minerales (“mineral interests”), tuvieron conocimiento de ciertas actividades de prospección minera (“drilling”) en Comanche County, Oklahoma. A través de algunas pesquisas se informaron de que las prospecciones mostraban que los terrenos poseían ricos depósitos de minerales. Una investigación acerca de quiénes eran los propietarios de los derechos sobre minerales en la zona los llevó a Hedwig Zimpel, a la sazón una mujer de avanzada edad y afectada por una enfermedad terminal, incapaz de afrontar sus gastos médicos. Trawick tomó contacto con ella y le ofreció comprarle todos sus derechos de exploración. Finalmente acordaron la venta de 15 acres por 30.000 dólares. Aproximadamente veinte días después de la celebración del contrato, los compradores vendieron rápidamente los 15 acres por 49.500 dólares. El albacea de Zimpel demandó a Trawick y Brown por fraude y engaño (“fraud and deceit”) solicitando que se condenara a estos a pagarle la diferencia de precio que habían obtenido y los daños punitivos.⁷

Un primer interés –acaso el más evidente a simple vista– es la libertad contractual, entendida como la libertad de decisión⁸, es decir, la pretensión normativa de que las personas únicamente queden vinculadas por un contrato cuando así lo deciden y que esa decisión no sólo debe ser libre en el sentido que no sea coaccionada, sino, además, de que sea querida y esto último precisa que la decisión se haya tomado con la información

⁶ Una mirada a algunos de estos intereses en BENSON, P., *The Theory of Contract Law, New Essays* (New York, Cambridge University Press, 2001).

⁷ “Zimpel v. Trawick”, 679F, Supp. 1502. Un análisis del caso en STRUDLER, A., *Moral Complexity in the Law of Nondisclosure*, en *University of California, Los Angeles, Law Review*, 45 (1997), pp. 337-384.

⁸ Sobre la relación entre deberes precontractuales de información y la libertad de decisión, véase: EHMANN, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligations* (traducción de C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006), pp. 204-205.

suficiente⁹. En este sentido los deberes precontractuales de información suelen considerarse como medidas que tutelan la correcta formación de la voluntad, favoreciendo un consentimiento libre y reflexivo¹⁰. Resulta evidente que la voluntad de la vendedora no satisfizo esos requisitos. Parece claro que si hubiese tenido noticia de los depósitos de minerales subyacentes a su propiedad no lo hubiera vendido en los mismos términos que lo hizo.

Sin embargo, conviene recordar que Zimpel estaba vendiendo un terreno de su propiedad, en el que había habitado hace largos años y que, además, con un mínimo de diligencia podría haberse enterado de que existían depósitos de minerales en las cercanías, o al menos podría haber preguntado a los compradores acerca de su interés en el predio. Interesa al derecho que las partes se comporten diligentemente mientras negocian y, con ciertos matices relevantes, se acepta que, en caso contrario, deben soportar el costo de sus errores, es lo que podría denominarse el “principio de autorresponsabilidad”¹¹. Si se acepta que un interés que promueve

el ordenamiento jurídico consiste en incentivar un comportamiento diligente de las partes durante la negociación del contrato y, a la vez, se considera que Zimpel fue negligente, entonces deja de resultar obvio que se le deba proteger a través de la imposición de deberes precontractuales de información.

Que el ordenamiento jurídico aspire a un comportamiento diligente de las partes en sus negociaciones no obsta —aunque sí introduce tensiones— a que, a la vez, se exija a éstas actuar con un cierto grado de lealtad y honradez. A este interés puede denominarse “lealtad contractual” y exige que, durante la negociación del contrato, las partes se abstengan de ciertas conductas estratégicas y tutelen no solamente sus intereses sino que, en cierto grado, los intereses de la otra¹². En el caso de Zimpel conviene preguntarse si, en un caso como éste, el principio de lealtad contractual no exige a una parte que dispone de información que la otra ignora tutelar los intereses de esta última cuando se trata de una persona de avanzada edad y en un estado de salud terminal.

Finalmente —aunque, desde luego, sin ánimo exhaustivo— es posible identificar un interés consistente en incentivar la producción y difusión

⁹ Desde luego, este no es el único sentido en que se puede utilizar la expresión “libertad contractual”, junto a *el* existen, al menos, otros tres: *i*) libertad entendida como no interferencia del Estado (es decir, libertad negativa); *ii*) libertad en el sentido de disponer de opciones genuinas y valiosas (libertad positiva); y *iii*) libertad en el sentido de disponer de cierta protección del Estado respecto de ciertas actividades. Véase: EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLEIT, H. - JANSSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4, pp. 670-671. En esta investigación, sin embargo, utilizaré únicamente, el primer sentido.

¹⁰ Véase, por ejemplo: TERRÉ F. - SIMLER, Ph. - LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations* (6^a edición, París, Dalloz, 1996), p. 165. Véase también: GRASI, G., voz “Informazione (obbligo di)”, en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica* (Roma, 1989), XVI, p. 13. Como ha sugerido LARROUMET, Ch., *Droit civil*, III, 1^a parte: *Les obligations. Le contrat* (6^a edición, París, Economica, 2007), p. 313: “[el deber de informar] constituye une excellente prévention contre l’erreur ou le dol”.

¹¹ En general, se acepta que las partes deben comportarse diligentemente durante la negociación de un contrato. Por todos, véanse: CAROTTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* (traducción de M. Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1959), p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico* (2^a edición, traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959), p. 326; CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971), p. 116, refiriéndose al “principio de responsabilidad negocial”, que exige “valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse”; y ALBALADEJO, M., *Derecho civil. I: Introducción y parte general* (17^a edición, Madrid, Edisofer, 2006), I, p. 622. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de su autonomía, también las hace responsables de los efectos de sus actos (sobre

esta idea puede consultarse BETTI, cit. ibi, p. 125). quien ha sugerido que “[t]oda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después”. Una idea, por lo demás, antigua: “*Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis*”. Sin embargo, conviene hacer una precisión, pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos. Véase: CAROTTA FERRARA, cit. ibi, p. 53; y también: PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción de M. Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971), pp. 268-269, relacionando, en sede de error, la autorresponsabilidad con la protección de la confianza de la parte que recibe la declaración (cfr. CAROTTA FERRARA, cit. ibi, p. 53). De una parte, frente a terceros, en cuyo caso, la responsabilidad se traduce en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. De otra parte, se puede ser responsable en el sentido de que las declaraciones de voluntad que formula una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominarse “autorresponsabilidad” y, en sede de negociaciones de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe “sufrir los efectos del negocio que realiza”, aun cuando no los desee. Así sucede, por ejemplo, con el error inexcusable, el dolo bueno y la reserva mental.

¹² La lealtad contractual suele encontrarse reflejada, legalmente o en las decisiones de los tribunales, en la noción de buena fe. Sobre esto puede consultarse: WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith in European Contract Law Surveying the Legal Landscape*, en WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R. (editores), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 48-49. Para el ámbito chileno puede consultarse, por ejemplo: LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general* (4^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 407; y BARRIENTOS ZAMORANO, M., *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato* (Santiago, LegalPublishing, 2008), p. 53.

de información socialmente valiosa¹³. Lo que los compradores sabían –y la vendedora ignoraba– era la existencia de un yacimiento mineral, dicha información es socialmente valiosa en el sentido de que aumenta la riqueza social¹⁴. Por otra parte, para que se invierta en producir información y se utilice es necesario que los agentes económicos dispongan de incentivos, en este caso la posibilidad de que los compradores internalicen los beneficios de la información de que disponen. Como es evidente, la imposición de un deber precontractual de información obstruciría esta posibilidad¹⁵.

II. LA CONCRECIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

La presencia de intereses contradictorios como los apuntados en el apartado anterior determina la necesidad de disponer de formas de resolver la tensión que, eventualmente, se suscita entre ellos. La segunda idea que me interesa presentar en estas páginas es que cuando se presta atención a la forma en que se resuelve esta tensión en el ordenamiento jurídico nacional se descubre una peculiaridad de la manera en que se encuentran configurados los deberes precontractuales de información que contribuye a aligerar la confusión que, a ratos, impera en su estudio.

Para mostrar esta peculiaridad me serviré de un caso resuelto, en definitiva por la Corte Suprema durante el año 2008 (“Glide Diversions Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A.”) y dos normas jurídicas. Una perteneciente al Código Civil y la otra a la ley 19.496 sobre protección de los consumidores.

1. *El caso.*

El 1 de octubre de 2001 se celebró un contrato de arrendamiento

¹³ Sobre este argumento puede verse: KRONMAN, A., *Mistake, Disclosure and the Law of Contract*, en *The Journal of Legal Studies*, 7 (1978) 1; COLEMAN, J. - HEC-KATHORN, D. - MASER, S., *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 12 (1989); SCHÄFER H.-B. - OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción de M. von Carsteeen-Lichterfeldte, Madrid, Tecnos, 1991), p. 307; y COOTER, R. - ULEN, T., *Derecho y Economía* (México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 307.

¹⁴ Véase: COOTER - ULEN, cit. (n. 13), p. 350; y SHAVELL, S., *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, en *The Rand Journal of Economics*, 25 (1994) 1, p. 21.

¹⁵ Como ha sugerido RUDDEN, *Le juste et l'efficace. Pour un non-devoir de renseignements*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1985), p. 95, una de las características de la información es que se trata de un bien que se transfiere por su comunicación.

de inmueble entre la Sociedad Glide Diversiones Limitada (en adelante Glide, la arrendataria o la demandante) y la Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A. (en adelante Cidsur, la arrendadora o la demandada). De acuerdo a la cláusula segunda de dicho contrato, el predio se destinaría exclusivamente a la instalación, manejo y desarrollo de un mini golf y las actividades relacionadas con el negocio. Después de iniciados los trabajos de habilitación por la arrendataria, ésta presentó los antecedentes a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura para su aprobación. Su solicitud fue rechazada, señalándose que el predio no se encontraba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni con recepción final. Los representantes de la arrendataria y de la arrendadora se reunieron con el Director de Obras de la Municipalidad, el que les informa que el terreno mayor en el cual se encuentra el predio arrendado no ha adoptado la línea oficial, por lo tanto no obtendrá patente ni recepción final mientras no se urbanice y adopte la línea oficial. Agrega además, que el terreno mayor tiene una franja sujeta a utilidad pública, de manera que para obtener los respectivos permisos el propietario debe hacer cesión de dicha franja.

En lo que aquí interesa, la arrendadora apeló una sentencia desfavorable de primera instancia, señalando que no se encontraba obligada a informar a la demandante del estado legal en el que se encontraba el predio arrendado; específicamente porque la cláusula segunda del contrato de arrendamiento establecía que serían de cargo de la arrendataria obtener las autorizaciones municipales pertinentes. Además, señala la arrendadora, la demandante fue negligente al no haberse cerciorado previamente a la celebración del contrato de las exigencias urbanísticas aplicables al desarrollo del proyecto. Esta argumentación no convenció a la Corte de Apelaciones. El tribunal de alzada considera, en lo que es pertinente aquí, que no puede entenderse “que la mencionada cláusula haya liberado a la demandada de su obligación de informar a la demandante acerca del estado o situación legal del inmueble, obligación a la que, desde luego, no pudo haber renunciado, atendido el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato”. Más adelante, añade la Corte: “La expectativa es que en esta etapa [la precontractual], los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad”.

2. *Las normas.*

Comienzo por el artículo 1861 CC.¹⁶ Una lectura atenta a este precep-

¹⁶ Me he detenido sobre este artículo en DE LA MAZA GAZMURI I., *A propósito del artículo 1861, en Estudios de Derecho Civil V* (en prensa en Santiago, LegalPublishing).

to¹⁷ muestra que reúne dos supuestos de responsabilidad, el del vendedor que conociendo los vicios de que adolecía la cosa no los declaró y el vendedor que, debiendo conocerlos, los ignoraba y, por supuesto, no los declaró. Tratándose del primer supuesto, a responsabilidad del vendedor se origina por no informar al comprador la existencia del defecto, lo que se sanciona, en definitiva, es la ilicitud de la reticencia del vendedor. En otras palabras, lo que hace el artículo 1861 CC. es establecer un deber precontractual de información¹⁸, si el vendedor lo incumple con la finalidad de engañar al comprador, entonces actúa dolosamente. En lo que se refiere al segundo supuesto, el vendedor es sancionado porque su ignorancia resulta inaceptable, en este caso el deber precontractual de información es infringido culpablemente¹⁹.

Una segunda norma jurídica a la cual resultará útil prestar atención es el artículo 32 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, cuyo tenor es el siguiente:

La información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga,

¹⁷ Artículo 1861: "Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado, no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio".

¹⁸ Esta idea puede encontrarse en BARRIOS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 1.019. Véase, también: BAZOSABAL ARRIUE, J., *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (Madrid, 2009) 2 pp. 651-652.

¹⁹ Entre nosotros, ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II, 1, p. 234, ha prestado la mayor atención a este supuesto. El autor se pregunta en qué casos se reputa que el vendedor ha debido conocer los vicios responde en dos casos: *i)* cuando el vendedor en razón de su profesión u oficio ha debido necesariamente conocer el vicio porque las aptitudes que tiene lo capacitan para conocerlos con facilidad; y *ii)* cuando en razón de su profesión u oficio fabricó el objeto vendido, pues entonces por el hecho de fabricarlo no ha podido ignorar los defectos que tenga. En uno y otro se presume que el vendedor conoce los vicios. Por lo tanto debe probar que los ignoró. A falta de prueba, prevalece la presunción legal. En estos casos la ley impone al vendedor la obligación de conocerlos, porque dice "que haya debido conocerlos" y considera que si no los conoció, su ignorancia proviene de un descuido de su parte que no puede excusarse". De la opinión del autor se desprende que este segundo supuesto de responsabilidad se encuentra configurado en términos tales que basta probar la existencia del vicio y el hecho de que la profesión u oficio del vendedor le permitan conocerlo para que se presuma su conocimiento y, por lo tanto, surja su obligación de indemnizar los daños y perjuicios en los términos del artículo 1861.

deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles en moneda de curso legal, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida.

Tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Indicará, además, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos.

Lo que establece la norma es, con toda claridad, deberes precontractuales de información a cargo del proveedor²⁰ y lo hace de una manera menos oblicua y más detallada que el artículo 1861 CC., identificando qué información se debe suministrar y —una novedad respecto del *Código Civil*— de qué forma se debe proporcionar —inequívocamente y fácilmente accesible para el consumidor.

3. Deberes precontractuales de información típicos y atípicos.

Expuestas la sentencia de la Corte Suprema y las normas jurídicas en cuestión resulta posible examinar de qué forma se concretan en el ordenamiento jurídico los deberes precontractuales de información.

Si se presta atención a "Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S. A.", se advertirá que ni la sentencia de la Corte de Apelaciones ni la de la Corte Suprema se refieren a una norma que, de forma expresa —a la manera del artículo 1861 CC. o del artículo 32 de la Ley N° 19.496—, establezcan deberes precontractuales de información. Lo que afirmó la Corte de Apelaciones —y confirmó la Suprema— es que existe una "obligación de informar que surge como una exigencia impuesta por el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato"; y, luego, como se recuerda, añade que: "La expectativa es que en esta etapa [la precontractual], los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad".

La Corte, entonces, se refiere a dos cuestiones. La primera de ellas es

²⁰ Sobre esto puede consultarse: BARRIENTOS ZAMORANO, cit. (n. 12), pp. 94-99.

la fuente del deber precontractual de informar²¹. Dicha fuente no es una norma jurídica, sino un principio general del derecho: la buena fe. La segunda cuestión que parece precisar la Corte es la extensión del deber precontractual de informar, dicha extensión, en palabras del tribunal abarca “*toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad*”. En términos de concreción de los deberes precontractuales de información interesa, inmediatamente, la primera cuestión. Del razonamiento del tribunal en el caso expuesto aparece con toda claridad que, aún a falta de norma expresa, es posible derivar, directamente, del principio general de la buena fe deberes de conducta para las partes²².

²¹ La Corte emplea la expresión “obligación”, pero, en sentido técnico es un deber. Aun cuando ambas expresiones (“deber” y “obligación”) se utilicen, con alguna frecuencia, indistintamente, sus significados no son coincidentes. La idea de deber jurídico evoca un imperativo de conducta, la de obligación, en cambio, se utiliza “para expresar el enlace entre un derecho y un deber” [cfr. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008), pp. 63-64]. En el mismo sentido: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I: *Introducción y parte general* (16ª edición, Madrid, Edisofer, 2004), p. 439. Las ideas de deber jurídico y obligación no son co-extensivas. Es cierto que toda obligación involucra un deber, pero no lo es que se pueda hablar indistintamente de deber y obligación. Traiéndose de la obligación, la nota distintiva parece encontrarse en la presencia de un derecho correlativo al deber. Si éste existe, entonces se denomina al componente pasivo de la relación “obligación”. Teniendo en cuenta que esta investigación se ocupa de la información durante el período pre-contractual, no parece aconsejable, en términos técnicos, referirse a una “obligación de informar” porque lo cierto es que en esa fase de la vida del contrato no existe enlace entre deber y derecho subjetivo. En otras palabras, no existe un deber de prestación, en virtud del cual, una vez incumplido el deber de informar se pueda exigir su cumplimiento forzoso. Una vez que se infringe el deber de informar y se ha celebrado el contrato, lo normal será que la entrega de información ya no interese a su destinatario. Su pretensión será, generalmente, privar de efectos al negocio y, en forma copulativa o alternativa, que se le reparen los perjuicios que le produjo la falta de información. El deber de informar, entonces, sería un deber jurídico impuesto por una norma al cual no corresponde un derecho subjetivo de otra persona. Como ha sugerido LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general* (traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Piavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1978), p. 263. En el mismo sentido: VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, Madrid, Reus, 1934), pp. 4-7: “Los deberes jurídicos existen no sólo en correspondencia con derechos subjetivos de otra persona, sino que pueden derivarse también de normas que convierten en deber una conducta determinada sin dar a otro un derecho subjetivo respecto a ese deber”.

²² Aquí resultarán útiles algunas consideraciones sobre la buena fe formuladas por la doctrina española pero que, *mutatis mutandis*, resultan esclarecedoras para el ámbito chileno. Díez-Picazo, L., “Prologo” a Wrecker, F., *El principio general de*

Ahora bien, si se observan las normas jurídicas a que se ha aludido más arriba –el artículo 1851 CC y el artículo 32 de la Ley Nº 19.496– se advierte una segunda forma de concretar deberes precontractuales de información. Esta vez no es el juez quien debe escudriñar las exigencias de la buena fe para determinar si se debía informar o no, la cuestión ha sido resuelta por el legislador, quien ha establecido en forma expresa a través de una norma jurídica “en sentido técnico”²³ un deber precontractual de información.

En síntesis, una mirada a diversos supuestos de deberes precontractuales de información en el ordenamiento jurídico chileno muestra que estos se

la *buena fe* (traducción de J. L. Carro, Madrid, Editorial Civitas, 1977), pp. 11-12, señala que la buena fe se manifiesta de formas diversas en el ordenamiento jurídico. La primera de ellas es como un concepto técnico jurídico que describe o delimita un supuesto de hecho en una norma jurídica. Así, por ejemplo, sucede tratándose del artículo 51 de la Ley Nº 19.947, sobre matrimonio civil, en el cual la expresión “buena fe” designa “la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios” (cfr. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), I, p. 92). De manera que parte del supuesto de hecho del artículo 51 consiste en la ignorancia, de al menos uno de los contrayentes, acerca de la existencia de un vicio que afecte al matrimonio. La segunda forma en que puede manifestarse la buena fe es como un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas, según el cual –en lo que interesa aquí– las personas: “[...] deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Ibid., p. 12)”.

²³ Conviene explicar aquí por qué utilizo la expresión “norma jurídica en sentido técnico”. Es frecuente que, en materia contractual, se recurra al artículo 1546 CC. para justificar la afirmación según la cual la buena fe impregna todo el *iter contractual*. En este sentido, el artículo 1546 establece –o se ha estimado que establece– el principio general de la buena fe en materia de contratos. Ahora bien, dicho artículo no es una norma jurídica en sentido técnico. Para comprender por qué resultará útil recurrir a las palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 7.1”, en ALBALADEJO, M. - ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones fideles* (Madrid, Edersa, 1993), p. 40, respecto del artículo 7.1 del Código Civil español: “Es bien difícil considerar el artículo 7.1 como una norma en sentido técnico, porque existe una excesiva generalidad en el supuesto de hecho (si se puede llamar así) y en la consecuencia jurídica. El precepto tiene una remisión a los valores que encarna la buena fe a modo de directiva para que el juez halle la norma aplicable al caso, susceptible de aplicarse a un número indefinido de casos iguales y por ello fundada en criterios generalizables y coherentes con los citados valores éticos y con el sistema jurídico en el que ha de insertarse, siquiera este sistema no sea fijo, sino móvil. En este sentido el art. 7.º1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción”.

concretan de dos formas diversas. En ocasiones, es el legislador quien, a través de una norma jurídica, impone expresamente dichos deberes. En otras ocasiones son los jueces quienes, echando mano al principio general de la buena fe, y a falta de norma expresa, extraen directamente de éste dichos deberes.

Si se acepta, como es frecuente, que el fundamento último de los deberes precontractuales de información siempre es la buena fe en cuanto principio general del derecho, puede afirmarse que, en ciertos supuestos el legislador ha tipificado las exigencias de la buena fe (es decir, ha establecido deberes precontractuales de información típicos) y, en otros supuestos ha dejado al juez la labor de precisar las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato (es decir, ha establecido la posibilidad de que el juez establezca deberes de información atípicos).

III. LA UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN DE DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN TÍPICOS Y ATÍPICOS

La distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos resulta útil, pero no constituye una *summa divisio*. Comenzaré mostrando esto último y luego me detendré sobre la utilidad.

1. Los *intersticios de los deberes típicos*.

Un ejemplo contribuirá a mostrar por qué no conviene considerar la distinción como una *summa divisio*. Se trata de la regulación del contrato de viaje combinado contenida en el texto refundido de la *Ley general de consumidores y usuarios* española. El artículo 152 de dicha ley contiene un extenso catálogo de la información que debe suministrar el organizador o detallista al consumidor²⁴. No obstante la extensión de los listados de

²⁴ Artículo 152: "a) *Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase*; b) *Duración, itinerario y calendario de viaje*; c) *Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial*; d) *El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto*; e) *La información de todo lo general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia*; f) *Precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe*; g) *El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el*

información requerida, lo cierto es que el legislador nunca logra encasillar en ellos toda la información relevante sobre el contrato o los bienes y servicios que un consumidor puede necesitar para tomar su decisión de contratar. En este sentido, la tipificación del deber precontractual de información es, inevitablemente, incompleta. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la letra k) del citado artículo 152 del texto refundido. Pese a que el listado de información que debe suministrar el organizador o detallista es extremadamente detallado, dicha letra dispone que, además, debe suministrarse "[t]oda información adicional y adecuada sobre las características del viaje"²⁵.

Cuál es, exactamente, esa información, es una pregunta a la que el legislador no ha respondido, ni puede responder en forma detallada. El camino para llenar estos intersticios es dotando de contenido a las exigencias de la buena fe. De manera que la regulación de los deberes típicos siempre deja intersticios que deben ser colmados por el juez imponiendo deberes precontractuales de información atípicos en el sentido que ha quedado formulada esa distinción, o no imponiéndolos.

2. La utilidad.

No obstante sus limitaciones, la distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos puede prestar utilidad. Ha quedado dicho ya que el campo de estudio de los deberes precontractuales de información es confuso, mi sugerencia es que la distinción entre deberes típicos y atípicos puede contribuir a aligerar esa confusión en dos sentidos. El primero de ellos consiste en eliminar algunos equívocos que enturbian

precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten; h) *Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de inscripción al consumidor y usuario en caso de anulación*; i) *Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje*; j) *Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España*; k) *Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofrecido*".

²⁵ Un ejemplo contribuirá a explicar la importancia de la letra k). Se trata de un viaje a Punta Cana, donde la sociedad demandada no informó al consumidor que era previsible que durante la estancia en ese país que se disponía a contratar hubiera un huracán, que, en los hechos hubo y afectó severamente el viaje. En su fundamento de derecho segundo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Canabaria, de 7 de noviembre de 2007 (AC. 2007, 2012), que conoció de este caso, señala: "Frente a este dato [la previsibilidad de un huracán] surge un primer deber legal, desde luego, y contractual también, cual es el comunicar al cliente, antes de la perfección del contrato, el grave riesgo que acepta, si firma el contrato".

la comprensión del tema y el segundo, en formular algún criterio que permita responder a si debe o no suministrarse información cuando el legislador no lo ha hecho.

En lo que se refiere a los equívocos, es un lugar común la afirmación según la cual una diferencia entre los países de la tradición continental y los de la órbita del "Common law" se presenta respecto de los deberes precontractuales de información, en términos de que los primeros se caracterizan por una cierta tendencia al establecimiento de deberes precontractuales de informar; en cambio, los segundos —aquellos pertenecientes al "Common law"— se caracterizan por su reticencia frente a la imposición de dichos deberes²⁶.

²⁶ Así, por ejemplo: WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith*, cit. (n. 12), pp. 18-47; PROBST, T., *Deception*, en MEHREN, A. von (editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII: *Contracts in General*, 2^a parte (Tübingen, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 98; ZWIGERT - KOTZ, *An Introduction to Comparative Law* (3^a edición, traducción de T. Weir, New York, Oxford University Press, 1998), pp. 424-426, comparando la situación de la omisión de entrega de información en el derecho alemán, en el francés y en el "Common law", advierten el carácter más estricto de este último frente a los dos primeros; BEALE, H. - HARTKAMP, A. - KÖTZ, H. - TALLON, D., *Contract Law* (Oxford, Hart, 2001), p. 410, comparando los ordenamientos jurídicos de Francia y Alemania con los del "Common law"; MARKESINIS, B. - UNERATH, H. - JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (2^a edición, Portland, Hart Publishing, 2006), pp. 306-311, comparando el derecho inglés y el alemán, señalan la general negativa del primero y la solución a través de las exigencias de la buena fe en el segundo; SEFTON GREEN, "General Introduction", p. 24, afirma que los países del "Civil law" adoptan una posición más liberal a este respecto que los del "Common law"; en el mismo sentido: VAN EEP, S., *The Precontractual Stage*, en HARTKAMP, A. y otros (editores), *Towards a European Civil Code* (2^a edición, Nijmegen, Kluwer Law International, 1998), p. 213; y VAN ROSSUM, *The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law: Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems* (Maastricht J. Eur. & Comp. L., 2000), VII; *The Duty of Disclosure*, pp. 300-325, compara el Derecho inglés, el francés y el holandés. Para comparaciones entre el Derecho francés y el Derecho inglés, puede consultarse: GHESTIN J., *The Precontractual Obligation to Disclose Information*, French Report, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989), pp. 151-166; y NICHOLAS, B., *The precontractual obligation to disclose information*, English Report, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989), pp. 151-193; LEGRAND, P., *Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1986) 3, pp. 322-352; GILKEP, P., *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, en *European Review of Private Law*, 5 (2005), pp. 621-640; SEFTON-GREEN, R., *Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? A Comparative Account of French and English Law*, en HOWELLS, G. - JANSSEN,

Esta afirmación puede o no ser correcta según qué es lo que se designe con la expresión deber de informar. Si lo que se designa son tanto deberes típicos como atípicos, la afirmación es incorrecta; si, en cambio, la afirmación se circunscribe a deberes atípicos, es correcta.

Para comprender lo anterior basta considerar el ámbito inglés —probablemente uno de los más restrictivos en lo que se refiere a imposición de deberes precontractuales de informar. Tanto la doctrina más autorizada como venerables precedentes sugieren esta aproximación restrictiva del derecho inglés. Así, por ejemplo, respecto de la doctrina, Atiyah ha señalado: "English law has traditionally taken the view that it is not the duty of the parties to a proposed contract to give information to each other"²⁷. En el mismo sentido, Treitel: "As a general rule, a person who is about to enter into a contract is under no duty to disclose material facts known to him but not the other party"²⁸. Y Cartwright: "English law does not impose on parties who are negotiating for a contract a general obligation to disclose information: that is to say, the starting point is that each negotiating party may remain silent, even as to facts which he believes would be operative on the mind of the other"²⁹.

En lo que se refiere a los precedentes, el ejemplo emblemático aquí es "Smith v. Hughes"³⁰, un caso de 1871 en el que un entrenador de caballos se negó a pagar por un cargamento de avena que había comprado, alegando que lo que se había convenido era forraje para alimentar caballos y lo que se le entregaba era avena recién cosechada, que no servía a tal fin. La opinión del juez Cockburn fue que un error unilateral del comprador, aun cuando fuera conocido por la otra parte, no afectaba a la validez del contrato. La justificación de esta opinión fue que en el Derecho inglés no existía un deber general de informar³¹.

A. - SCHULZE, R. (editores), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness* (Ashgate, 2005), pp. 171-187.

²⁷ ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract* (4^a edición, Oxford, Clarendon Press, 1989), p. 265.

²⁸ TREITEL, G., *The Law of Contract* (11^a edición, London, Thomson Sweet & Maxwell, 2003), p. 390.

²⁹ CARTWRIGHT, CIT. (n. 2), p. 535.

³⁰ "Smith v Hughes" (1871) LR 6 QB 597, p. 603.

³¹ En sus palabras: "The question is whether, under such circumstances, the passive acquiescence of the seller in the self-deception of the buyer will entitle the latter to avoid the contract. I am of the opinion that it will not [...] I take the true rule to be that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty [...] and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his own judgment, the rule *caveat emptor* applies [...] even if the vendor was aware that the purchaser thought that the article

Un deber general de informar, he ahí la clave, en el derecho inglés no existe un deber general de informar, pero existen múltiples supuestos de deberes precontractuales de informar tipificados por leyes³². Lo que, en cambio, resulta muy restringido es la discrecionalidad del juez para extraer deberes precontractuales de información de las exigencias de la buena fe y la razón es la renuencia del derecho inglés frente a imponer a las partes deberes de conducta derivados de la buena fe durante las negociaciones del contrato³³. La diferencia entre los países de tradición continental y los

possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, unless the vendor was guilty of some fraud or deceit upon him, and that a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not fraud or deceit; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor" (Ibid., p. 607). Para una lista de más casos, hasta 1990, véase: CARTWRIGHT, cit. (n. 2), p. 535.

³² La justificación de dichos deberes puede encontrarse en el tipo de contrato de que se trate, en la relación que exista entre las partes o bien, en tercer lugar, en la ley (Tomo esta clasificación de CARTWRIGHT, n. 2, p. 543). Respecto del tipo de contratos, el ejemplo más evidente en el derecho inglés es el contrato de seguro, en el cual se exige al asegurado suministrar información al asegurador acerca de todas aquellas circunstancias que resulten relevantes para determinar la relación entre la prima y la indemnización y para decidir si se asegura o no el riesgo. Otros ejemplos, en los cuales el alcance del deber es más modesto, son los contratos de garantía, de compraventa de inmuebles, de sociedad y las transacciones ("compromise"). Tratándose de la relación entre las partes, probablemente, la existencia de una relación fiduciaria o de confianza entre los contratantes sea la excepción más conspicua a la renuencia de reconocer deberes precontractuales de información, no sólo en el derecho inglés, sino, en general, en el "Common law". El problema es, desde luego, cómo determinar si la relación es de esta especie o no.

³³ Un ejemplo bien evidente del rechazo a la imposición de las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se encuentra en la opinión de Lord Ackner en "Walford v. Miles" (1992 64 P & C.R. 166, p. 173), un caso de ruptura unilateral de las negociaciones de un contrato donde las partes habían acordado negociar de buena fe. Lord Ackner no se convenció del valor de ese acuerdo para el derecho inglés. En lo que es útil aquí, y en sus palabras: "The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentation". Las palabras de Lord Ackner parecen capturar adecuadamente el estado de la cuestión en el derecho inglés (véase, por ejemplo la opinión de Lord Bingham en "Interphoto Pictures Library Ltd v. Silectro Visual Programmes Ltd." (1989, 1 Q.B. 433, p. 439) Según algunos comentaristas, el rechazo en el derecho inglés a la intervención de terceros —el legislador o los jueces— en el proceso de negociación de un contrato para cautelar las exigencias de la buena fe puede explicarse por la influencia prevaletente de una economía de libre mercado en Inglaterra durante los siglos XIX y XX. En palabras de АНТЯН, cit.

del "Common law" no es, entonces respecto de la presencia de "deberes precontractuales de información", sino de "deberes precontractuales de información atípicos".

Una segunda razón por la cual la distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos presta utilidad es que puede contribuir a la formulación de criterios que perfilen el supuesto de hecho tratándose de deberes precontractuales de información atípicos.

A este respecto, resulta interesante advertir que las preguntas que se formula el operador jurídico tratándose de deberes típicos y atípicos son diversas. Tratándose de los primeros la cuestión consiste en determinar si se cumplió o no el supuesto de hecho de la norma. Así, por ejemplo, en el supuesto del inciso segundo del artículo 32 de la Ley N° 19.496, lo que se debe indagar es si trata de una relación de consumo y si el contrato ha sido ofrecido por medios electrónicos o es de aquellos en que se acepta una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia. Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, entonces surge un deber de información para el proveedor. Tratándose, en cambio, de deberes atípicos la pregunta es distinta. Ya no se trata de determinar si se cumplió o no el supuesto de hecho, sino, más bien, de determinar los criterios en torno a los cuales se construye el supuesto de hecho. De esta manera, en el ejemplo utilizado más arriba, el juez carece de una respuesta preconfigurada en el ordenamiento jurídico que le indique si la arrendadora debía o no informar a la arrendataria acerca de las limitaciones urbanísticas del terreno. Lo que existe es un principio general del derecho —la buena fe— a partir del cual el juez debe extraer criterios que justifiquen en casos como ese la imposición— o no de deberes precontractuales de informar.

La distinción entre deberes típicos y atípicos aporta, en mi opinión,

(n. 27), p. 18): "There is no doubt that in the commercial sphere this approach is closely associated with the economic basis of our society. The whole essence of trade and business in a free-enterprise society is that parties compete with each other 'at arm's length' as the lawyers say, that is, on a footing of equality. Each party is entitled to make use of what information he has in order to obtain the best bargain he can get; neither party is under any obligation to assist the other party. In a sense all this is of the essence of freedom of contract and free enterprise, and it is doubtful if trade and commerce could operate in the way it does on the basis of any other rule". Del párrafo transcrito puede extraerse que la razón para rechazar las exigencias de la buena fe durante la negociación de un contrato se relaciona con las bases económicas de una sociedad de libre mercado, caracterizada por la libre competencia, en la que cada uno de los contratantes puede hacer uso de la información de la que dispone para su propio beneficio y no tiene el deber de ayudar a la otra parte.

algunas enseñanzas en la labor de concreción de las exigencias de la buena fe para el caso concreto.

Al prestar atención a los deberes precontractuales de información típicos se advierte que, en general, su irrupción masiva en el derecho de contratos es relativamente reciente—no antes de la segunda mitad del siglo XX—y que, en general, su justificación es como una técnica de protección de las partes más débiles en ciertas relaciones contractuales, emblemáticamente, las relaciones de consumo³⁴. Atendida la presencia de asimetrías informativas característica de este tipo de relaciones³⁵ existe una fuerte tendencia en el derecho comparado a imponer a los proveedores deberes precontractuales de información en beneficio de los consumidores³⁶, en términos tales que se ha considerado que los proveedores tienen un deber genérico de información a favor de los consumidores³⁷.

En el derecho común—que es la principal sede en que se presenta la cuestión de los deberes atípicos—la cuestión es distinta, la regulación del contrato reposa sobre las asunciones de igualdad y libertad de las partes³⁸.

³⁴ En el Derecho europeo puede consultarse: WILHELMSSON, T., - TWIGG-FLESNER, CH., *Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, en *European Review of Contract Law*, 4 (2006) 2, p. 456.

³⁵ Véase, por ejemplo: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil*, 47 (1994) 1, p. 80; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990), pp. 69-73; ORTÍ VALLIBO, A., "Comentario artículo 13", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., - SALAS HERNÁNDEZ, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, Civitas, 1992), p. 404; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 47 (2003), p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Protección previa a la contratación de bienes y servicios*, en LEÓN AÑEZ, A. (director), *Derechos de los consumidores y usuarios* (2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007), p. 196; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y otros, *Curso de Derecho civil*, II: *Derecho de obligaciones* (2ª edición, Madrid, Colex, 2008), p. 408; HADFIELD, G. - HOWSE, R., - TREBILCOCK, M., *Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*, en *Journal of Consumer Policy*, 28 (1998), p. 140; HOWELLS, G., *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, en *Journal of Law and Society*, 32 (2005), pp. 352-356.

³⁶ Véase GRUNDMANN, S. - KERBER, W., - WEATHERHILL, S., *Party Autonomy and the Role of Information. An Overview*, en LOS MISMOS (editores), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlín, De Gruyter, 2001), pp. 17-20.

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDANZ, C., *Transcendencia del principio de protección*, cit. (n. 35), p. 80.

³⁸ DIEZ-PICAZO, cit. (n. 1), p. 137.

De ahí que en aquellas sedes en las que existen buenas razones para pensar que se presentan diferencias estructurales entre las partes—por ejemplo, relaciones de consumo o entre profesionales liberales y legos—lo que suele hacerse es dictar legislación especial.

Si lo que vengo diciendo es correcto, entonces es posible afirmar que, así como resultaba incorrecta la extrapolación de las asunciones de igualdad y libertad propias del derecho común a relaciones caracterizadas por la desigualdad de las partes, resulta igualmente incorrecta la extrapolación de la regulación de estas relaciones a aquellas relaciones disciplinadas por el derecho común. Dicho de forma más sencilla: resulta incorrecto extrapolar el establecimiento de un deber general de informar propio de la regulación de relaciones de consumo —u otras semejantes— a aquellas relaciones disciplinadas por el *Código Civil*³⁹.

La segunda enseñanza se refiere a los criterios que pueden extraerse de las normas que imponen deberes precontractuales típicos. Como ya ha quedado dicho, lo que caracteriza las relaciones contractuales en que se introducen deberes típicos es una cierta desigualdad característica entre

³⁹ Por esta razón no se puede comparar posiciones como las de GARCÍA CANTERO, en CASTÁN - GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español común y foral* (16ª edición, Madrid, Reus, 1992), III, p. 650) cuando afirma que: "[...] parece razonable pensar que dicho sub-principio (de información) ha de informar no solo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato [...]. Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar". O la posición de GALGANO, *El negocio jurídico* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992), p. 461, respecto de la buena fe en las negociaciones de un contrato según la cual: "En estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio". Para una crítica a la extrapolación de reglas propias de las relaciones de consumo al derecho común véase: EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLET, H. - JANSSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4, pp. 695-696.

las partes, en términos tales que una dispone de un acceso privilegiado a la información respecto de la otra. En principio, entonces, es posible pensar que si en relaciones disciplinadas por el derecho civil se reproducen estas circunstancias existen buenas razones para que el juez derive de las exigencias de la buena fe deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, no existe, en principio, justificación para imponer un deber de informar si ambas partes pueden acceder a la información en condiciones semejantes; a la inversa –y siempre, en principio– existe justificación si el acceso es suficientemente asimétrico⁴⁰.

Existe, todavía, una tercera enseñanza que puede extraerse de la distinción entre deberes precontractuales típicos y atípicos. Parece aceptarse que en derecho privado la tendencia es que cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información⁴¹. En cambio, cuando el legislador ha considerado que las desigualdades entre los contratantes justifican la imposición de un deber precontractual de información típico, el principio es que el contratante en la posición más débil tiene derecho a que le suministren información⁴². De estas dos afirmaciones puede desprenderse la siguiente regla: en derecho privado se presume que la ignorancia no es legítima, quien la alegue debe probar su legítima. En cambio, cuando se trata de relaciones en las cuales se ha impuesto un deber de informar se presumirá que la ignorancia es legítima y la carga de acreditar la ilegitimidad recae sobre quien debía suministrar la información.

[Recibido el 25 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2010].

⁴⁰ Como resulta bien sabido, la simetría o asimetría en el acceso de la información es una de las distinciones que se utilizan con mayor asiduidad al momento de delimitar los contornos de los deberes precontractuales de información. Véase, por ejemplo: GHESTIN, cit. (n. 3), p. 625 y ss.; FAURE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* (Paris, LGD), 1992, pp. 199 ss.; KRONMAN, cit. (n. 13), p. 4; POSNER, *Economic Analysis of Law* (7ª edición, New York, Wolters Kluwer, 2007), p. 90; RUDEN, cit. (n. 15), p. 96; JOURDAIN, *Le devoir de «se renseigner»* (Paris, Dalloz, 1983), p. 138; SCHÄFER - OTT, cit. (n. 13), p. 324; Díez-Picazo, cit. (n. 1), p. 312; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información* (Madrid, La Ley, 1994), p. 89; PÉREZ GARCÍA, cit. (n. 36), pp. 173-176; y BAZOSABAL ARRIUE, *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (2009) 2, p. 701.

⁴¹ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAB, *Transcendencia del principio de protección*, cit. (n. 35), p. 81.

⁴² Es lo que GÓMEZ SIGADE, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1980), pp., p. 701, ha denominado la sustitución “[d]el viejo principio del *caveat emptor* por el más progresivo del *caveat venditor*”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil. I. Introducción y parte general* (17ª edición, Madrid, Edisofer, 2006), I.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil. I. Introducción y parte general* (16ª edición, Madrid, Edisofer, 2004).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- ATTIAH, P., *An Introduction to the Law of Contract* (4ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1989).
- BARNETT, R., *Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 15 (1992).
- BARRIENTOS ZAMORANO, M., *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato* (Santiago, LegalPublishing, 2008).
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- BAZOSABAL ARRIUE, J., *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (2009) 2.
- BAZOSABAL ARRIUE, J., *En torno a las obligaciones precontractuales de información*, en *Anuario de Derecho Civil*, 62 (Madrid, 2009) 2.
- BEALE, H. - HARTKAMP, A. - KOTZ, H. - TALLON, D., *Contract Law* (Oxford, Hart, 2001).
- BENSON, P., *The Theory of Contract Law. New Essays* (New York, Cambridge University Press, 2001).
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico* (2ª edición, traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959).
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 47 (2003).
- CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* (traducción de M. Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1959).
- CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure* (London, Sweet and Maxwell, 2007).
- CASTÁN - GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español común y foral* (16ª edición, Madrid, Reus, 1992), III.
- COLEMAN, J. - HECKATHORN, D. - MASER, S., *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law*, en *Harvard Society for Law and Public Policy*, 12 (1989).
- COOTER - ULEN, cit. (n. 13) p. 350; y SHAVELL, S., *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, en *The Rand Journal of Economics*, 25 (1994) 1.
- DÍEZ-PICAZO, L., “Prologo” a Wietacker, F., *El principio general de la buena fe* (traducción de J. L. Carro, Madrid, Editorial Civitas, 1977).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II: Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008).
- EHMANN, H. - SUTSCHET, H., *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán*

- de obligaciones (traducción de C. López Díaz y U. Salas de Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006).
- EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLETTI, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMAN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4.
- EIDENMÜLLER, H. - FAUST, F. - GRIGOLETTI, H. - JANSEN, N. - WAGNER, G. - ZIMMERMAN, R., *The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008) 4.
- ERP, S. van, *The Precontractual Stage*, en HARTKAMP, A. y otros (editores), *Towards a European Civil Code* (2ª edición, Nijmegen, Kluwer Law International, 1998).
- FABRE-MAGNAN, D., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* (Paris, LGD), 1992).
- GALGANO, E., *El negocio jurídico* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992).
- GHESTIN, J., *The Precontractual Obligation to Disclose Information. French Reports*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989).
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat* (Paris, LGD), 1993).
- GILKER, P., *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, en *European Review of Private Law*, 5 (2005).
- GÓMEZ CALLE, L., *Los deberes precontractuales de información* (Madrid, La Ley, 1994).
- GÓMEZ SEGADE, N., *Notas sobre el derecho de información del consumidor*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1980).
- GRISI, G., voz "Informazione (obbligo di)", en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica* (Roma, 1989), XVI.
- GRUNDMANN, S. - KERBER, W. - WEATHERILL, S., *Party Autonomy and the Role of Information. An Overview*, en LOS MISMOS (editores), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin, De Gruyter, 2001).
- HADFIELD, G. - HOWSE, R. - TREBILCOCK, M., *Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*, en *Journal of Consumer Policy*, 28 (1998).
- HOWELLS, G., *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, en *Journal of Law and Society*, 32 (2005).
- JOURDAIN, L., *Le devoir de «se renseigner»* (Paris, Dalloz, 1983).
- KESSLER, F. - FINE, E., "Culpa in Contrahendo", *Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative study*, en *Harvard Law Review*, 77 (1964).
- KRONMAN, A., *Mistake, Disclosure and the Law of Contract*, en *The Journal of Legal Studies*, 7 (1978) 1.
- LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general* (traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Piñavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1978).
- LARROUMET, CH., *Droit civil*, III, 1ª parte: *Les obligations. Le contrat* (6ª edición, Paris, Economica, 2007).
- LEGRAND, P., *Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1986) 3.
- LOPEZ SANTA MARIA, J., *Los contratos. Parte general* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- MARKESINIS, B. - UNERATH, H. - JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (2ª edición, Portland, Hart Publishing, 2006).

- MARTÍNEZ DE ACURRE, C. y otros, *Curso de Derecho civil. II: Derecho de obligaciones* (2ª edición, Madrid, Colex, 2008).
- MARTÍNEZ DE ACURRE, T., *Transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil*, 47 (1994) 1.
- MAZA GAZMURI, I. de la, *A propósito del artículo 186*, en *Estudios de Derecho Civil V* (en prensa en Santiago, LegalPublishing).
- MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentario al artículo 7.1", en ALBALADEJO, M. - ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Madrid, Edersa, 1993).
- MORENO-LUQUE CASANEGO, C., *Protección previa a la contratación de bienes y servicios*, en LEÓN ARCE, A. (director), *Derechos de los consumidores y usuarios* (2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007).
- NICHOLAS, B., *The precontractual obligation to disclose information. English Reports*, en HARRIS, D. - TALLON, D. (editores), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford, Clarendon Press, 1989).
- ORIT VALLEJO, A., "Comentario artículo 13", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. - SALAS HERNÁNDEZ, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, Civitas, 1992).
- PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990).
- PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción de M. Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971).
- POSNER, E., *Economic Analysis of Law* (7ª edición, New York, Wolters Kluwer, 2007).
- PROBST, T., *Deception*, en MEHREN, A. von (editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII: *Contracts in General*, parte 2a (Tübingen, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- ROSSUM, T., *The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law: Criterious Differences and Similarities between the Legal Systems* (Maastricht, J. Eur. & Comp. L., 2000), VII.
- RUDDEN, L., *Le juste et l'efficace. Pour un non-devoir de renseignements*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1985).
- SCHÄFER H.-B. - OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción de M. von Caesteen-Lichterfeld, Madrid, Tecnos, 1991).
- SEFTON GREEN, R. (editor), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005).
- SEFTON-GREEN, R., *Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? A Comparative Account of French and English Law*, en HOWELLS, G. - JANSEN, A. - SCHUIJZE, R. (editores), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness* (Ashgate, 2005).
- STUDIER, A., *Moral Complexity in the Law of Nondisclosure*, en *University of California, Los Angeles, Law Review*, 45 (1997).
- TERRE F. - SMILER, PH. - LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations* (6ª edición, Paris, Dalloz, 1996).

- THUR, A. von, *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, Madrid, Reus, 1934).
- TREITEL, G., *The Law of Contract* (11ª edición, London, Thomson Sweet & Maxwell, 2003).
- WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R., *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, en WHITTAKER, S. - ZIMMERMAN, R. (editores), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000).
- WILHELMSSON, T. - TWIGG-FLESNER, CH., *Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, en *European Review of Contract Law*, 4 (2006) 2.
- ZWIEGERT - KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (3ª edición, traducción de T. Weir, New York, Oxford University Press, 1998).

René Abeliuk Manasevich

EL CONTRATO DE PROMESA

Editores LOPEZ-VIANCOS Distribuidores
Bandera 465 Oficina 605
Santiago - Chile 1971

Es propiedad del autor

Imprenta "Fantasfa"
Ahumada 312 local 30 subterráneo
Santiago

CAPITULO 1

CONCEPTO Y CARACTERES

1288.—CONCEPTO Y DENOMINACION.— Variadas son tanto las denominaciones como las definiciones del contrato en estudio.

Así, en cuanto a lo primero, se suele hablar de promesa de contrato, promesa a secas, contrato de promesa, o de celebrar un contrato; especialmente en la doctrina extranjera es frecuente la designación de pre o antecontrato.

Para la definición nos parece que lo único importante es dejar en claro que por el contrato de promesa se conviene en la celebración de otro contrato en el futuro [1292]. Insistimos desde ya en este concepto: lo que caracteriza a la promesa es que por ella las partes quedan obligadas a otorgar en una época posterior un nuevo contrato, que es el realmente buscado por ellas (Nº 1274). No pudiendo o no queriendo otorgar éste de inmediato, mientras tanto se comprometen a hacerlo.

Las partes que intervienen en el contrato de promesa toman el nombre de promitentes, siendo muy frecuente el uso de la expresión "promitentes", que los especialistas no considerarán del todo correcta [1293]. Como apellido, se utiliza el del contrato definitivo de que se trate, y así, se habla (por referirnos al más frecuente e importante de los contratos de promesa, el de compraventa) de "promitentes vendedores" y "compradores". Por la promesa, los primeros se obligan a vender, y los segundos a comprar en la época que se señala en el contrato.

(1292) "Es aquel por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición". (RDJ, T. 50, sec. 2º, pág. 85). Una definición muy semejante en RDJ, T. 58, sec. 1º, pág. 179.

(1293) Fuyo, ob. cit., T. 1º, Nota 2 en la pág. 79. Sin embargo, el uso es tan poderoso que se seguirá hablando de promesa y de promitentes, como ocurre con tantas denominaciones igualmente incorrectas.

1269.— **ORIGEN Y DESARROLLO.**— El Derecho Romano no conoció la promesa actual, sino únicamente esbozos de ella, en el llamado pacto de contrahendo o ineundo contractus (1294).

Por su parte, el Código Francés se refirió únicamente a la promesa de venta en su art. 1589: "la promesa de venta equivale a la compraventa cuando existe consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio" (1295). La disposición desde su dictación originó tan graves discusiones en la doctrina y jurisprudencia que éstas desalentaron a muchos Códigos clásicos de reglamentar el contrato.

Entre los del siglo pasado, como dejamos apuntado, el nuestro, y los inspirados en él constituyen una excepción en cuanto tratan expresamente el contrato en estudio (1296).

Entre los contemporáneos, el Código Suizo dispone en su art. 22: "puede establecerse por contrato la obligación de concluir un contrato futuro".

En todo caso es contemporáneamente que se ha desarrollado plenamente la teoría del contrato de promesa, aun en los países que carecen del texto legal o muy escueta reglamentación.

1270.— **IMPORTANCIA ACTUAL.**— La celebración de un contrato de promesa implica que en el momento de concluirlo, las partes, por diferentes razones no quieren o, más frecuentemente, no pueden aún otorgar el definitivo prometido; de no ser así, lo lógico sería que lisa y llanamente celebraran este último.

Estos motivos pueden ser múltiples de los cuales, referidos a la promesa de compraventa de inmuebles, que —ya lo advertimos— no es la única, pero sí la más frecuente fuente de obligación convencional de contratar, destacaremos los siguientes:

1º— La necesidad actual de concretar rápidamente los negocios, unida a la pérdida de confianza en la mera palabra; si no pueden contratar de inmediato, en todo caso los interesados quieren asegurarse de que el contrato se hará; con tal fin se ligan desde ya mediante una promesa, mientras se reúnen los antecedentes o cumplen los trámites necesarios para suscribir el definitivo (1297)

2º— La existencia de un obstáculo de mayor o menor entidad que impide a una o a ambas partes el otorgamiento del contrato querido, como ser una prohibición o un embargo que

(1294) Alessandri, ob. cit., t. 2º, N.º 2061; Osuna, ob. cit., N.º 293, pág. 174.

(1295) Sobre la interpretación de este precepto, véase la nota 1322.

(1296) Fucyo, ob. cit., t. 1º, N.º 43 y sigtes., pág. 77 y sigtes.

(1297) A lo cual no poco contribuyen los corredores de propiedades, deseosos también de asegurar su comisión en el negocio.

deben alzarse, la obtención de una posesión efectiva, necesidades de financiamiento, etc. Los interesados convienen el otorgamiento del contrato definitivo y se obligan a suscribirlo una vez subsanado el inconveniente que lo hace imposible o inconveniente por el momento;

3º— La difusión del sistema de financiamiento a través de institutos de previsión, asociaciones de ahorro y préstamo y otras vías para la compra de viviendas, obliga a las partes mientras el adquirente tramita y obtiene su préstamo a concluir un contrato de promesa, y

4º— El abuso de la figura para el otorgamiento de promesas en casos en que bien podría otorgarse un contrato definitivo con las modalidades adecuadas a las circunstancias. Así, entre nosotros normalmente se recurre a la promesa si se quiere vender una obra en construcción, cuando bien podría usarse otra fórmula con obligaciones definitivas que hagan innecesaria una convención posterior (1298).

1271.— **EL CONTRATO DE PROMESA Y OTRAS INSTITUCIONES.**— Para mejor caracterizar el contrato en estudio conviene destacar sus semejanzas y diferencias con otras instituciones, muchas de las cuales ya hemos señalado y a otras deberemos referirnos más adelante, pues suponen el estudio de algunos aspectos del contrato de promesa (1299).

1º— Promesa del hecho ajeno.

Paralelo ya efectuado al tratar esta institución en el Vol. 1º, N.º 137, 3º a cual nos remitimos;

2º— Contrato de opción.

Figura bastante controvertida, pero de gran interés práctico que cuando menos, se asemeja a la promesa unilateral, y

(1298) Una podría ser la compraventa de cosa futura a que se refiere el art. 1813 o la venta del año acompañada de un contrato de construcción, con la ventaja de la adquisición inmediata de dominio. Con este último sistema están trabajando actualmente las Asociaciones de Ahorro y Préstamos, a fin de garantizar con la correspondiente hipoteca su crédito.

Claro está que no puedo operar si existe obstáculo legal para la venta, como por ejemplo si se vende un departamento no terminado en un edificio acogido a la Ley de Venta por Fijos y Departamentos, que no puede hacerse mientras la Municipalidad respectiva no dé su autorización; sin embargo, este tropiezo también se olvida con el trascurso al adquirente de cuotas en el dominio del inmueble, representativas de su futuro derecho en éste.

Por otro lado, juzgamos el deseo del vendedor de reservar promesa en vez de venta definitiva, en vista de la contradicción existente en nuestra legislación respecto de la posibilidad de otorgar contrato definitivo con tal reserva.

(1299) Véase el N.º 1275, y las notas 1305, 1311 y 1354.

por ello examinaremos brevemente, a propósito de ésta (Nº 1283):

3º— La oferta.

La promesa de celebrar un contrato, al igual que la oferta, se insertan en la formación del consentimiento del contrato definitivo, pero mientras esta última es un acto jurídico unilateral, la promesa es un contrato, y por ende, un acto jurídico bilateral, una convención; esto es, las partes han avanzado hacia la celebración del contrato que desean, tanto que se obligan a otorgarlo en el evento y forma que señalan. De ahí que hay también oferta para celebrar un contrato de promesa.

La oferta, por lo general, no obliga a celebrar el contrato ofrecido y caduca, entre otras causas, por la muerte del oferente. (Vol. 1º, Nº 45). La obligación de otorgar el contrato que tienen los prometiéndos se transmite, por regla general, de acuerdo a las normas comunes (Nº 1314 4º) (1300).

4º— Otras obligaciones de contratar.

Hay ciertas situaciones en que una persona se haya obligada a contratar, por imposición de la ley (contrato forzoso, Vol. 1º, Nº 79), o por una cláusula accesoria a un contrato definitivo, como si el deudor se compromete a asegurar el bien raíz que hipoteca en garantía de su obligación. El efecto en ambos casos es el mismo: obligación de otorgar un contrato determinado, pero no son iguales ni la causa ni el objeto; la promesa es la preparación contractual del contrato definitivo buscado por las partes, y que de momento no pueden o no quieren suscribir (1301), y

5º— Contratos definitivos con obligaciones pendientes o sujetos a determinadas modalidades.

Para no seguir con las comparaciones debemos referirnos a ciertas figuras específicas de la ley o factibles por la libertad contractual, en que la concurrencia de ciertas modalidades deja en suspenso el perfeccionamiento del contrato, como ocurre con la venta a prueba, y en general cuando se pacta una condición suspensiva, que, como sabemos impide el nacimiento del derecho y su obligación correlativa (Vol. 1, Nº 510) y puede afectar al contrato mismo, como ocurre en la citada venta

(1300) La tendencia en algunas legislaciones hacia la irrevocabilidad de la oferta acerca a ésta la promesa y le resta trascendencia en los países en que ello ocurre; esto último también en los Códigos que aceptan la obligación nacida de declaración unilateral de voluntad (Vol. 1º, Nº 170 y sigtes.; véase también, Enrique Rodríguez Rodríguez, M. de P. citada en la nota bibliográfica).

(1301) Fúyo, ob. cit. I, Nº 40 y sigtes.

a prueba; también dichas modalidades pueden obligar al otorgamiento de un nuevo contrato, como ocurre con la retroventa. En todo caso se trata de figuras definitivas en que el consentimiento está dado, aunque condicionalmente.

Hay casos, finalmente, en que el contrato es definitivo y produce efectos de tal desde luego, pero determinadas obligaciones no están fijadas plenamente, y requieren un acuerdo posterior de las partes; éstas quedan obligadas por el contrato a llenar semejante laguna y en tal sentido hay obligación de concurrir con la voluntad a un acto, como en la promesa (1302). La diferencia, en nuestro concepto, estriba en el hecho de que en ésta es preciso el otorgamiento de un nuevo contrato; por esencia, las partes sólo han convenido en este efecto contractual (Nº 1313), mientras en los casos referidos hay contrato definitivo, incompleto.

1272.— CARACTERES DEL CONTRATO DE PROMESA. ENUNCIACION.— Nos interesa destacar los siguientes:

- 1º— Es un contrato;
- 2º— Es principal;
- 3º— Es preparatorio;
- 4º— Es de aplicación general;
- 5º— Es solemne;
- 6º— Por regla general, es bilateral y oneroso, y
- 7º— Es nominado.

Estas características, salvo la última, que no requiere mayor comentario, las analizaremos en los números siguientes.

1273.— I. LA PROMESA COMO CONTRATO.— Decir que el contrato de promesa de otorgar un contrato tiene esta calidad, puede parecer una peregrinada, pero es, sin embargo, un punto que conviene destacar por una doble razón:

1º— Porque el Código en parte alguna lo ha calificado de tal, y antes por el contrario, el art. 1554 habla meramente de "la promesa de celebrar un contrato", no debiendo olvidarse, además, de que no está reglamentado entre los contratos, sino a propósito del efecto de las obligaciones, y

2º— Porque cierta doctrina extranjera ha solido también discutir esta calidad desde un punto de vista teórico.

(1302) Véase notas 1311 y 1312.

Pero en nuestro país, tanto la jurisprudencia (1303) como la doctrina (1304) son contestes en que, no obstante lo señalado, la promesa es un contrato, porque supone un acuerdo de voluntades, y este acuerdo genera la obligación de celebrar el contrato futuro.

A mayor abundamiento, el N.º 4º del art. 1554 exige que el contrato prometido quede especificado de manera que para su perfección, sólo falte la tradición o las solemnidades legales; si la promesa no fuere contractual faltaría, además, el consentimiento de la otra parte, lo que el precepto no tolera.

1274.— II. CARACTER PRINCIPAL.— El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención (Vol. 1º, N.º 71), y en tal sentido, la promesa lo es, porque produce sus efectos, aunque no haya otro contrato, ni siquiera el definitivo.

Es un punto que conviene destacar como uno de los más importantes en la interpretación del contrato de promesa: las relaciones entre ella y el contrato definitivo prometido. La promesa, si bien tiene por objeto el otorgamiento de aquél, no se le confunde ni asimila, ni semejante circunstancia la hace accesoria ni siquiera dependiente del contrato que las partes se obligan a otorgar.

La promesa produce efectos por sí sola, independientemente de que el contrato definitivo se celebre o no; y así, según veremos, si éste no se otorga y ya no puede tener lugar o el acreedor así lo prefiere, y siempre que la falta de cumplimiento sea imputable al deudor, el incumplimiento se traduce en la indemnización de perjuicios, como en cualquier otra obligación (N.º 1329). Además, la promesa puede producir otros efectos secundarios, incluso ajenos al contrato definitivo (N.º 1317).

La confusión entre promesa y contrato definitivo ha estado en el origen de muchas dudas, sobre todo en el pasado, que con una clara distinción se habrían evitado.

(1303) No sólo porque normalmente habla del contrato de promesa, sino porque lo ha calificado expresamente de tal y señalado específicamente la necesidad de acuerdo de las partes que es fuente de obligaciones: otorgar el contrato prometido. Por vía ejemplar, RDJ, fs. 28, sec. 1ª, pág. 689 y 54, sec. 1ª, pág. 153.

(1304) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 2074, pág. 1195 y comentario a la primera de las solemnidades citadas en la nota anterior; Fucyo, ob. cit., N.º 44 A, pág. 83; Meza, ob. cit., N.º 86, pág. 68; Claro Solar, ob. cit., T. 11, N.º 1201, pág. 702, etc., etc.

Tanto los autores (1305) como la jurisprudencia (1306) reconocen en forma casi uniforme esta distinción, sin perjuicio de que para problemas específicos la hayan desconocido, según iremos viendo más adelante.

El equívoco es hasta cierto punto comprensible, porque si bien no es accesoria ni dependiente del contrato definitivo, éste es su fin, y en consecuencia, se refleja necesariamente en la promesa; los requisitos de los N.ºs 2º, 3º y 4º del art. 1554 conectan directamente la promesa con el contrato definitivo, los enlazan de manera que la determinación exacta del grado de influencia del contrato definitivo en el preparatorio es la única vía segura para fijar la entidad precisa de dichas exigencias.

Adelantemos de antemano que en nuestro concepto el exacto alcance de tales requisitos es que mediante la promesa sea posible, válido y eficaz el contrato prometido a la época de su celebración. En cambio, la confusión de ambos contratos ha llegado hasta a identificarlos, con la única salvedad de cambiar la expresión "vende" —si se compraventa se trata— por "promete vender" y "promete comprar" en vez de "compra" (N.º 1286).

1275.— III. CARACTER PREPARATORIO.— A fin de completar el cuadro general de las divisiones de los contratos, en el Vol. 1º, N.º 76, enunciamos una clasificación de ellos en preparatorios y definitivos.

Indudablemente la promesa tiene por objeto y finalidad esencial la celebración del contrato querido por las partes y

(1305) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 2075, pág. 1196; Meza, ob. cit., N.º 87, pág. 69; Fucyo, ob. cit., N.º 44 A, pág. 83; Gurruchaga, M. de P., cit., pág. 58; Somariva, "Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia", Santiago, 1939, Nascimento, N.º 213, pág. 158.

(1306) G. T. de 1893, T. 3º, N.º 4238, pág. 461. RDJ, Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689 (con nota de Arturo Alessandri Rodríguez), 44, sec. 1ª, pág. 594, 54, sec. 1ª, pág. 153, etc.

Por tal razón se ha resuelto que si el contrato definitivo celebrado es nulo no puede asignársele valor de promesa: GT 1875, N.º 1236, pág. 820; de 1888, T. 1º, N.º 1306, pág. 1065; de 1895, T. 3º, N.º 4214, pág. 663. En contra, G. T. de 1864, N.º 1565, pág. 607. Se trataba de actos de remate reducidos a escritura pública, pero no autorizados por el Notario respectivo y a las que se pretendía dar valor de promesa, por cumplir los requisitos de ésta. Ni qué decir que estamos con los primeros fallos, pues un contrato de compraventa imperfecto no se asimila a la promesa ni en el consentimiento de las partes, en el objeto ni en la causa. Por igual motivo se ha resuelto que un posible vicio de nulidad en la promesa no invalida el contrato definitivo ya otorgado, si éste es válido: RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 165, comentado por Somariva, ob. cit., N.º 213, pág. 158.

La separación de ambos contratos, la promesa y el definitivo prometido explica también que aquélla no produce efectos reales (N.º 1315), ni, salvo estipulación contraria, los efectos propios del contrato definitivo (N.º 1318, 1º) ni requiere sus formalidades (N.º 1289), etc.

Finalmente, fallos publicados en la RDJ, Ts. 58, sec. 1ª, pág. 179 y 84, sec. 1ª, pág. 255 apuntan que la promesa y el contrato definitivo no coexisten, pues éste es futuro respecto de aquélla.

que a la sazón no pueden o no desean aún otorgar. Si bien las partes pueden conferirle otros efectos (Nº 1317), es éste el que no debe faltar en la promesa, y así lo ha reconocido la jurisprudencia (1307).

Sin embargo, la teoría de los contratos preparatorios o preliminares está en plena evolución, y pueden señalarse dos posiciones doctrinarias:

1ª.— Para unos la noción de contrato preliminar se confunde con la promesa que sería el único preparatorio, pues toda convención en que se compromete la celebración de un contrato futuro es una promesa de llevarlo a cabo; los demás serían figuras específicas de promesas;

2ª.— En la concepción anterior no existe el contrato preparatorio, y la preliminaridad sería meramente una característica de la promesa; se niega la clasificación, que otros autores sustentan, sosteniendo que la promesa es una especie dentro del régimen contratos preparatorios, la principal y más frecuente, sin duda, mas no la única figura posible (1308).

En esta posición amplia, el contrato preparatorio tiene por objeto establecer las condiciones necesarias, a fin de haber factible la posible celebración de otros contratos en el futuro; cuando las partes se comprometen para el otorgamiento de un contrato determinado futuro, hay promesa; en caso contrario, otras figuras de preliminares.

Pero en este último punto nuevamente aparece la disparidad de opiniones, pues prácticamente no hay dos autores con tests en la enumeración; pueden, eso sí, advertirse claramente dos subterfugios:

A.— Para algunos todo contrato que lleva a la celebración de otros más adelante es preliminar, y por ello, llegan a incluir el mandato y la sociedad; el primero en cuanto tiene por objeto que el mandatario celebre actos y contratos por cuenta del mandante, y la segunda, porque abre la vía para que la sociedad pueda otorgar contratos.

B.— En un sentido mucho más propio, el contrato preparatorio es aquel que lleva al otorgamiento, generalmente entre las mismas partes, de un contrato en estudio entre ellas. Es éste el que realmente les interesa y el contrato preliminar solamente un medio para llegar a él.

Aunque respecto de cada figura hay discusión teórica, se citan como preparatorios principalmente los siguientes: la venta a prueba, la retroventa, la opción (Nº 1283), la preferencia

(1307) Clara y directamente, RDI, T. 43, sec. 1ª, pág. 11, pero en general los fallos de nuestros tribunales discurren en torno a esta idea.

(1308) Véase Fuyo, ob. cit., T. 1ª, pág. 13 y sigtes. y la extensa bibliografía sobre el tema por él citada.

(1309), la suscripción de acciones para una sociedad anónima en formación, el corretaje o mediación, la apertura de crédito (1310), la cláusula compromisoria (1311), etc., etc.

(1309) Por la preferencia una parte acuerda a la otra, en el caso de de- císio a otorgar un determinado contrato, preferir a ésta en igual- dad de condiciones con otros posibles contratantes, como, por ejemplo, si en un contrato de edición el autor otorga tal privile- gio al editor para una segunda edición de una obra. A diferencia de la promesa, no obliga a contratar, porque el editor no puede exigir al autor una segunda edición al tamaño obligado consue- tivamente a contratar con él, pero si el autor no cumple su obli- gación de dirigirse primero a este editor, habrá lugar a la inden- nización de perjuicios, según las reglas generales.

Un caso de preferencia legal encontramos en el art. 14 del DFL RR. AAL. Nº 9 de 15 de enero de 1968: el propietario que de- sea arrendar un predio rústico arrendado debe dirigirse primero al arrendatario.

(1310) La apertura de crédito es un contrato, dicho en términos gene- rales, por el cual un banco pone a disposición del otro contra- tante, un crédito del cual puede éste ir disponiendo. Para algunos, se trata simplemente de una promesa de nuevo (Osuna, ob. cit., Nº 225, pág. 185, y los autores citados por él) para otros de un contrato preliminar específico, o un contrato definitivo, con una obligación determinada a cumplirse a través de sucesivas opera- ciones jurídicas de quien recibe el crédito. Véase Fuyo, ob. cit., Nº 25, pág. 41, y los autores por él citados.

(1311) La cláusula compromisoria es un acuerdo entre las partes para someter al conocimiento de la justicia ordinaria las dificultades que se susciten entre ellas, en caso de que quedasen obligados, en virtud de esa cláusula, a someter sus diferencias a la jurisdicción ordi- naria (RDI, T. 44, sec. 2ª, pág. 83). Difiere del compromiso funda- mentalmente porque no se designa la persona de los árbitros. Véase Patrio Ayllón Azorín "El juicio arbitral", Editorial Jurí- dica de Chile, Santiago, 1958, págs. 305 y sigtes.

Se ha discutido su naturaleza jurídica: para algunos (Fuyo, ob. cit., Nº 287 y sigtes., págs. 157 y sigtes.) la cláusula compe- mitoria es un contrato de promesa, de otorgar otro "negocio" jurídico: el compromiso mismo.

Para la mayoría de los autores nacionales (Ayllón, ob. cit., Nº 236, págs. 305 y 306 y Raúl Varela Varela en comentario a la senten- cia que luego se cita del tomo 31 de la RDI, T. 44, sec. 1ª, págs. 75 y 76, sec. 1ª, págs. 173, la cláusula compromisoria, aun cuando nace de la obligación para las partes de declarar arbitros, no es promesa. El ar- rreglo fundamental es que no cumplirá el requisito del Nº 4º del art. 1554, pues no le faltará únicamente la solemnidad para ser un contrato perfecto, sino además un elemento esencial del compe- mitor: la designación de los árbitros. No nos parece que sea ésta la verdadera razón, porque no falta un elemento esencial del con- trato preliminar en la promesa, y en consecuencia, no es ésta nula, si la ley consigna que el silencio de las partes en recomen- do para suplirlo, en este caso, la designación de los árbitros por la justicia ordinaria.

Lo que pasa es que si se declara en nuestro país, la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio, sino que es definitivo por la razón que apunta el Sr. Ayllón en la cita anterior: produce por efecto con independencia del otorgamiento de todo otro acto por las partes. En efecto, desde su otorgamiento queda derogada (A la vuelta)

En todo caso lo que resulta indudable es que la promesa es típicamente preparatoria; todo otro efecto que se la haga producir es meramente accidental (Nº 1317), y si no el único preliminar, el más importante y de aplicación práctica.

1276.— IV. APLICACION GENERAL.— Como ya lo hemos anunciado, a diferencia del Francés, nuestro Código no refirió únicamente la promesa a la compraventa, sino que habló en general, sin hacer distinción alguna de "la promesa de celebrar un contrato". Pero aún en la misma Francia se ha reconocido que la promesa es de aplicación general, en virtud del principio de la libertad contractual.

Dado el texto legal amplio nuestro no hay duda alguna ni se discute que por medio de la promesa puede convenirse la celebración de cualquier tipo de contratos definitivos, ya sean, unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos, principales o accesorios, de compraventa, sociedad, arrendamiento, mutuo, prenda, etc. (1312). No hay otro límite que cumplir el requisito

(De la vuelta)

la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos que las partes han acordado someter a arbitraje. Se trata, en consecuencia, de una convención definitiva, sólo que no completa aún, y susceptible de completarse no sólo por la voluntad acordada de las partes, sino aún sin ella mediante el sistema previsto por la ley. Es lo que señalábamos en el Nº 1272, 5°.

(1312) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 18, sec. 1°, pág. 156 y 60, sec. 2°, pág. 85.

Para una mejor comprensión de la posición jurisprudencial conviene citar algunos casos en que por los tribunales se ha considerado o negado que hay contrato de promesa:

En la nota Nº 1306 vimos que no vale como tal el contrato definitivo nulo, y en la nota anterior que la cláusula compromisoria no es contrato de promesa de celebrar un compromiso.

En fallo publicado en la RDJ, T. 9, sec. 1°, pág. 80 se resolvió que era contrato definitivo y no promesa un contrato referente a la fijación de línea divisoria entre los predios de las partes y las compensaciones que pudieran adeudarse por este concepto, aun cuando se comprometieran a dejar constancia de los nuevos detalles fijados en otro instrumento. El caso es interesante, porque incide justamente en lo dicho en el Nº 1272, 5°, esto es, que en el contrato definitivo pueden quedar pendientes operaciones u obligaciones que requieran la concurrencia de las partes, sin que por ello exista promesa.

Se ha resuelto que es promesa el contrato por el cual dos personas convienen en subastar una propiedad, haciendo las posturas para ambas, para después del remate al que resultare adjudicatario, trascurrir a la otra una parte del terreno; el subastador quedó obligado a traspasar esa porción. G. T. 1865, Nº 964, pág. 397.

En sentencia de la RDJ, T. 48, sec. 1°, pág. 314 se declaró que fue promesa el convenio suscrito por el Fisco con la South American Power Co. en virtud de la ley 8152.

Se ha declarado que es promesa la estipulación en una sociedad que permite al socio sobreviviente aduñar los haberes del fallecido, quedando los herederos de este obligados a suscribir los escrituras respectivas: RDJ, T. 58, sec. 1°, pág. 326. (al frente)

del Nº 2º del art. 1554, esto es, que el contrato prometido sea de aquellos que las leyes reconocen como eficaces.

En cambio, existen otros aspectos sobre aplicación del contrato de promesa en que se han originado controversias:

1º.— Si es válida la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral, problema que veremos a propósito de esta característica del contrato en estudio (Nº 1282).

2º.— Carácter de derecho estricto del contrato, en función de exigencias drásticas para su validez, que analizaremos al estudiar sus requisitos (Nº 1286);

3º.— Si es posible la promesa de un contrato consensual, y

4º.— Si es posible otorgar otros contratos que contengan obligación de contratar, o el art. 1554 los engloba a todos ellos. Estos dos últimos puntos los examinaremos en los números siguientes.

1277.— A. PROMESA DE UN CONTRATO CONSENSUAL.— Nadie ha dudado nunca de que mediante la promesa las partes pueden comprometerse a otorgar un contrato real o uno solemnne, porque el Nº 4º del art. 1554 se refiere expresamente a ellos (Nº 1307 y siguientes). En efecto, cuando habla de que falte la "tradición" (entrega debió decir) es un contrato real el prometido, y si se requieren solemnidades para la perfección del contrato definitivo, es porque éste es solemnne.

En cambio, mucho se ha discutido si es posible que las partes convengan el otorgamiento futuro de un contrato consensual. Y la duda proviene justamente de la circunstancia de que el precepto no los menciona, agregándose por quienes piensan en su improcedencia que la promesa se confundiría con el contrato definitivo.

(Del frente)

No son promesas: la prórroga facultativa para una de las partes de un contrato de suministro de electricidad (RDJ, T. 19, sec. 1°, págs. 1 y 5. Véase Nota 1388); el encargo efectuado al adquirente de vender una propiedad (Gr. de 1907, T. 1, Nº 561, pág. 581); la declaración escrita de una persona de haber vendido a otra una propiedad, faltando solamente el otorgamiento de la escritura de venta, porque no contiene la obligación de suscribir esta última (Gr. de 1888, Nº 935, pág. 398); o por la misma razón, tampoco lo es el borrador de la escritura de compraventa entregado al Notario (Gr. de 1872, Nº 2362, pág. 1041).

Los esponsales no constituyen contrato de promesa, pues no producen obligación alguna y, por ende, tampoco la de celebrar el matrimonio.

Finalmente, se ha resuelto que procede el recurso de casación en el fondo si se declara la existencia de una promesa que legalmente no ha existido (RDJ, T. 8, sec. 1°, pág. 33). Es un problema de calificación del contrato (Vol. 1, Nº 92).

En efecto, el N° 4° del art. 1554 exige la especificación del contrato prometido, y así, por ejemplo, si se tratara de la compraventa de una cosa mueble, deberían determinarse la cosa y el precio. Pues bien, de acuerdo al art. 1801 "la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y el precio"; como en la supuesta promesa por imperio del art. 1554 las partes han de acordarse en ambas cosas, habría, según el art. 1801, compraventa perfecta.

El contrato preliminar y el definitivo se confundirían y prueba de ello es que el Proyecto de 1853 lo decía así expresamente (1313): como siempre que se produjeron tales cambios en la redacción del Código definitivo cada cual acomodó el argumento histórico al gusto de la doctrina que sustentan; y así, quienes niegan la posibilidad del contrato de promesa de un contrato consensual afirman que la supresión de la frase se debió a lo obvio de la solución, y sus contrarios, a un cambio de doctrina. Para nosotros este antecedente por sí sólo nada prueba.

Finalmente, se agrega ¿de qué manera se cumpliría la obligación de otorgar el contrato definitivo? Y la pregunta se responde que la única forma de hacerlo es a través del cumplimiento de las obligaciones del contrato definitivo, nueva prueba de la identificación de éste con la pretendida promesa.

Con la mayoría de los autores y jurisprudencia (1314) estamos perfectamente de acuerdo: la promesa de contrato consensual, porque si bien ella supone un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato prometido, no es preciso de momento determinarlos integralmente y, además, existen otros, que las partes pueden diferir para más adelante. (N° 1307 y siguientes); en seguida, en virtud de la generalidad del art. 1554 y de la libertad contractual no hay inconveniente para que las partes convengan postergar el contrato definitivo cuya celebración actual no es posible, porque hay inconvenientes legales o es necesario cumplir ciertos trámites previos.

Por último, el contrato definitivo quedará perfecto cuando las partes así lo acuerden, sin necesidad de cumplir otro requisito, y de ahí que el N° 4° del art. 1554 no se refiera a los contratos consensuales. Otro problema muy diferente es el de la prueba de que se produjo tal acuerdo, y el cumplimiento de las obligaciones del contrato definitivo prueba únicamente que el se otorgó; esto es, que se cumplió la promesa.

(1313) Véase Nota 1291.

(1314) RDI, T. 18, sec. 1°, págs. 155 y 60, sec. 2°, pág. 85, Meza Barros, ob. cit., N° 97, págs. 77, letra d) cree que sólo es posible la promesa unilateral de un contrato bilateral consensual.

1278.— B. POSIBILIDAD DE OTORGAR OTROS CONTRATOS QUE CONTENGAN PROMESA DE CONTRATAR.— Hemos ya destacado que el art. 1554 no habló del contrato de promesa de celebrar un contrato, sino meramente de la promesa de celebrar un contrato, a fin de sujetarla a una serie de exigencias para que pueda generar la obligación de otorgar el contrato prometido.

La conclusión que se extrae habitualmente de esta redacción del precepto es que toda convención que no esté legislada especialmente en otro texto legal y que establezca la obligación de otorgar un contrato en el futuro, debe sujetarse a los requisitos del precepto citado, bajo pena de nulidad (1315).

Esta interpretación constituye una seria limitación para la posibilidad de las partes de dejar convenidos, a medida que avanza su acuerdo para la celebración del contrato definitivo, determinados compromisos que las obliguen a continuar caminando hacia él. Pero la verdad, desgraciadamente, es que el art. 1554 es justamente una limitación a la libertad contractual, porque exige tales requisitos para que la promesa produzca "obligación alguna" (1316).

1279.— V. CARACTER SOLEMNE. REFERENCIA.— El contrato de promesa es solemne, pues el N° 1° del art. 1554 exige que se otorgue por escrito; al estudiar este requisito insistiremos en el punto (N° 1288).

1280.— VI. CARACTER POR REGLA GENERAL BILATERAL Y ONEROSO. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.— En principio, el contrato de promesa es bilateral y oneroso, y así, en el caso más frecuente en la práctica de la promesa de compraventa, ambas partes se obligan la una en beneficio de la otra: el vendedor a vender y el comprador a comprar. La obligación para ambas partes es análoga: otorgar el contrato prometido.

(1315) RDI, T. 60, sec. 2°, pág. 85; el art. 1554 reglamenta toda promesa.

(1316) Don Fernando Fueyo, ob. cit., N° 176, pág. 26, 2° tomo, reacciona enérgicamente contra esta interpretación que califica de dogmática y excesiva, y altamente inconveniente en la práctica, porque obliga a las partes a prescribir un contrato completo como la promesa, cuando aún no están en situación de otorgarlo. Compartimos la crítica del Sr. Fueyo, pero no puede negarse que ella deriva de una mala concepción del contrato por parte del legislador, que no puede obviarse, como otros problemas que plantea el art. 1554 sino mediante la reforma de éste. Nada se gana sosteniendo la validez de los compromisos que no cumplen los requisitos del precepto, porque los profesionales e interesados desconfiarán con toda justicia de su eficacia ante la estricta jurisprudencia.

Desde otro punto de vista, Osuna, ob. cit., N° 274 y sigs., págs. 221 y sigs., también critica la solución legislativa tan estricta, e insinúa lo que nos parece evidente: mientras no se corrige el precepto la solución para sancionar a los contraventores inescrupulosos que se asilan en la estrictez del art. 1554 se encuentra en la extensión de la responsabilidad extracontractual a estas situaciones (Vol. 1°, N° 931).

Si lo anterior no es discutido, si que se ha prestado a dudas la facultad de la promesa unilateral, esto es, con obligación para una sola de las partes; para dilucidar el problema conviene distinguir en los números siguientes:

- 1º— Promesa unilateral de un contrato unilateral;
- 2º— Promesa unilateral de un contrato bilateral, y
- 3º— Contrato de opción.

1281.— A. PROMESA UNILATERAL DE UN CONTRATO UNILATERAL.— Hemos destacado la generalidad del contrato de promesa, por la cual no hay duda alguna que es posible otorgarla respecto de aquellos contratos que al celebrarse serán unilaterales, y así pueden darse promesas de mutuo, de depósito, comodato, donación, prenda, etc. (1317).

Pues bien, se acepta habitualmente tanto en el extranjero como en Chile que es posible otorgar una promesa unilateral de un contrato unilateral, o sea, por ejemplo, que quede obligado únicamente el prometeniente comodante, quien se compromete a entregar el futuro comodatario la cosa de que se trata. Seméjante acuerdo requiere la aceptación de éste, pues si no fuere así no habría contrato de promesa, pero ésta es unilateral, porque el prometeniente comodatario no adquiere obligación alguna; únicamente queda obligado el prometeniente comodante a entregar la cosa, perfeccionando con ello el comodato prometido. No puede, eso sí, con la sola promesa entregar la cosa ofrecida, porque con ello queda inmediatamente perfecto el contrato de comodato (art. 1554, N.º 4º) y no habría promesa.

Se acepta la plena validez de esta promesa unilateral, puesto que se cumple con el requisito del N.º 4º del art. 1554, porque el contrato queda especificado de manera que para ser perfecto falta solamente la entrega de la cosa (1318).

Sentada esta conclusión, que es obvia, nace, en cambio, la discusión inversa a la que veremos en el número siguiente, a saber, si puede ser bilateral la promesa de un contrato unilateral. Osuna sostiene la negativa, porque en el ejemplo señalado, el futuro comodatario no puede contraer obligación alguna por la promesa, ya que la única que le impondrá el contrato definitivo es la de restituir, y ésta no la puede adquirir por el contrato de promesa, sino únicamente por el de comodato mismo; en la promesa puede especificarse esta obligación, y decir, por ejemplo, que entregada la cosa, deberá restituirse a los 90 días siguientes; pero la obligación misma de devolver nace con la entrega. Concluye este autor que salvo casos muy excepcionales, no hay promesa bilateral de un contrato unilateral (1319).

(1317) Por vía de ejemplo, RDJ, T. 18, sec. 1º, pág. 155 y 60, sec. 2º, pág. 85.

(1318) Osuna, ob. cit., N.º 252, pág. 209; Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 213; Facyo, ob. cit., N.º 47, pág. 98; Claro Solari, ob. cit., T. 1º, N.º 1210, pág. 713, etc.

(1319) Osuna, ob. cit., N.º 261, pág. 212.

Don Leopoldo Urrutia discrepaba de esta interpretación, porque en su concepto puede haber promesa bilateral de un contrato unilateral, si en el ejemplo, el prometeniente comodatario queda obligado a otorgar el contrato prometido, esto es, a aceptar el comodato (1320).

1282.— B. PROMESA UNILATERAL DE UN CONTRATO BILATERAL.— Si se acepta unánimemente la validez de la promesa unilateral del contrato unilateral, en cambio, en nuestro país se discute ardientemente si es posible que se convenga una promesa unilateral de un contrato definitivo bilateral, esto es, que sólo uno de los contratantes quede obligado a otorgar el contrato definitivo, mientras el otro está facultado para exigir el otorgamiento, pero no obligado a celebrarlo (1321). Por

(1320) El Sr. Osuna señala que no es posible que el comodatario se obligue a aceptar el comodato, esto es, a recibir la cosa, porque siendo gratuito el comodato y en mérito beneficio cuyo, el prometeniente comodante no tendría interés alguno en exigir el cumplimiento de tal obligación. De este concepto que no habría tal obligación, aplicando la misma solución a todos los contratos unilaterales, salvo situaciones muy excepcionales.

Entemos con la tesis del Sr. Urrutia, porque a veces el prometeniente puede tener interés en exigir el contrato definitivo, y así para el comodante, es posible que desee ausentarse del país, y si bien facilita la cosa, al mismo tiempo obtiene que se la entregue; en el mutuo, si hay intereses, el mutuario deseará que se le reciba su préstamo, a fin de obtener los frutos de su capital, etc., etc.

Ahora bien, si ocurre que no tiene interés en el contrato definitivo, evidentemente no exigirá la promesa, pero ello no significa que la contraparte haya quedado momentáneamente facultada para otorgar el contrato. Muchas veces en la propia promesa bilateral de un contrato también bilateral, una de las partes no tardará interés en exigir, por ejemplo, normalmente el vendedor en la de compraventa, porque puede obtener un mejor precio, pero ello no implica que el comprador haya quedado únicamente facultado para exigir.

En cambio, lo que caracteriza al contrato unilateral de promesa es que una de las partes queda obligada, y la otra on facultada para otorgar el contrato: ésta puede exigir, aquélla no puede hacerlo ni tampoco debe cumplir mientras no se decida el no obligado: cuando éste se decide está forzado a hacerlo. La figura es perfectamente válida si el contrato definitivo es unilateral, porque el contrato queda especificado y basta la entrega de la cosa para que sea perfecto, si es real, y la solemnidad respectiva, si es solemne (donación).

Pero también puede ser bilateral la promesa, si la contraparte está en obligación y no en mera facultad, y buena prueba es que, según veremos en el N.º 1320, quien cumple una promesa, paga. Pues bien, si el prometeniente que debe entregar una cosa por perfeccionar el contrato está obligado a hacerlo sin esperar al pronunciamiento de la contraparte, puede pagar por consignación, con la necesaria verificación del contrato real, y la consignación supone necesariamente que el acreedor está obligado a recibir.

(1321) La promesa unilateral de venta es una convención por la cual el prometeniente conlleva al beneficiario la facultad de comprar un bien en un precio cierto". (Mazzoni, ob. cit., parte 3ª, T. 3º, N.º 788, pág. 59).

RENE ABELIUK AL.

38

ejemplo, A. promete vender a B en tal precio que se señala una propiedad raíz; B acepta la promesa, porque en caso contrario no habría contrato, pero a su turno no se obliga a comprarla, sino que se reserva la facultad de hacerlo, si lo estima conveniente dentro de los 3 meses siguientes a la promesa.

Advertimos de antemano que este contrato es generalmente aceptado en la doctrina universal, y de mucha utilidad práctica, ya sea porque el vendedor se le hace difícil la venta y en tal situación no puede exigir que la contraparte se obligue, ya porque ésta no puede hacerlo aún por carecer de medios para ello, etc.; mientras se subsanan las dificultades se obtiene de la otra parte una espera durante la cual no debe disponerse del objeto prometido; cumplido el evento convenido, el prome- tierre facultado debe emitir su pronunciamiento y con ello ob- tiene el perfeccionamiento del contrato definitivo (1322).

Entre nosotros es el texto del art. 1554, de redacción tan estricta y la interpretación puntillosa del mismo, lo que ha ori- ginado la polémica sobre la validez de este contrato. Para una parte de la doctrina, representada principalmente por don Ar- turo Alessandri Rodríguez (1323) y predominante hasta hace muy poco en la jurisprudencia (1324), el contrato que comenta- mos es nulo por infracción a los requisitos del precepto cita- do. En cambio, para el grueso de los comentaristas actuales

(1322) En Francia, ya desde Pothier se hablaba de este tipo de prome- sas; actualmente, dado el texto único referente a la promesa del Código (Nº 1269), se sostiene que la promesa unilateral es el úni- co caso de anticontrato, puesto que la bilateral equivale al con- trato prometido. Otros, en cambio, sostienen que excepcional- mente hay promesa bilateral, cuando el contrato prometido es so- lemnemente: Véase Planiol et Ripert "Traité pratique de Droit Civil Français", T. 6º, Nº 144; Colin et Capitant, "Cours élémentaire de Droit Civil Français", T. 2º, págs. 426; Mazeaud, ob. cit., Parte 3ª, T. 3º, Nº 764 y sigtes., págs. 56 y sigtes.

Véase también el número siguiente referente al contrato de opción. Aclaramos igualmente que se habla de promesa unilateral, porque sólo una de las partes se obliga al contrato prometido, y la otra no como promesa no debe de ser unilateral si esta últi- ma adquiere alguna otra obligación de otro tipo, como si paga premio.

El profesor Fuyo, ob. cit., Nº 51 f. pág. 108, citando a Messel- neo, ob. cit., T. 4º, págs. 474, cree que la figura es bilateral, sólo que unilateralmente vinculante, porque conjuntamente con ligarse el promitente se establece la prestación recíproca. Ello significa que desconocer el mecanismo del doble contrato en la promesa: por ésta sólo se obliga el promitente; cuando el beneficiario hace efectiva su facultad, se obliga por el contrato definitivo, no por la promesa.

(1323) Ob. cit., T. 2º, Nº 2113, págs. 1244 y sigtes.

(1324) Véase Repertorio, 2º Ed., T. 4º, págs. 223, Nº 24 b.

(1325), y algunos fallos, especialmente recientes (1326), la promesa unilateral es perfectamente válida y eficaz.

Adelantamos que compartimos esta opinión, porque la contraria sólo se funda en una exégesis muy estrecha del art. 1554, en boga cuando el contrato estaba muy poco estudiado, pero, a nuestro juicio, insostenible hoy en día (Nº 1286); pero la verdad es que la sola existencia de la discusión ha arrojado el desarrollo de este contrato, de enorme proyección e im- portancia práctica, porque ni los interesados ni los profesiona- les pueden arriesgarse a un contrato de dudosa posibilidad en juicio.

Podemos sintetizar así los argumentos que esgrime cada tesis, comenzando por la negativa:

1º— La promesa unilateral de contrato bilateral no cumpliría con los requisitos del art. 1554, especialmente los de los N.ºs 2º y 4º (1327). Lo primero, porque el contrato prometido sería ineficaz, ya que sería nula una compraventa en que única- mente el vendedor vendiera, pero el comprador no comprara. Siendo ineficaz el contrato prometido, de acuerdo al Nº 2º del art. 1554, lo es la promesa.

Y no cumple el del Nº 4º del mismo precepto, porque el con- trato no estaría especificado de modo que sólo faltara para que fuere perfecto la solemnidad legal; le faltaría, además, el consentimiento del beneficiario de la promesa, y.

2º— Porque en la promesa unilateral queda a la sola vo- luntad del que se reserva su pronunciamiento el perfecciona- miento del contrato; en consecuencia, se trataría de una condi- ción meramente potestativa dependiente de la sola voluntad de quien se obliga, y como tal nula, de acuerdo al art. 1478 (Vol: 1º, Nº 488).

De estos argumentos, la mayoría son de fácil contradic-

(1325) Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1211, págs. 714; Leopoldo Urrutia, art. citado de la RDJ, T. 16, 1º parte, págs. 25; Fernando Fuyo, ob. cit., Nº 51, págs. 104, donde cita, además, múltiples opiniones en el mismo sentido, y art. publicado en la RDJ, T. 58, 1º parte, págs. 145, etc.

(1326) Rep. 2º Ed., T. 4º, págs. 230, Nº 24 b. De estos fallos se destaca por su construcción doctrinaria el de la Excmo. Corte Suprema de 5 de septiembre de 1962, publicado en la RDJ, T. 58, sec. 1º, págs. 326, y con el comentario de don Fernando Fuyo citado en la nota anterior.

(1327) So ha dicho que también infringe el Nº 3º del art. 1554, porque la promesa no fija la época de la celebración, sino para que el promitente comprador manifieste si compra o no; RDJ, T. 7, sec. 1º, págs. 222; en contra, G. T. de 1913, 2º sem., Nº 1076, págs. 3113. En realidad, esto se conecta con el problema de si son válidas las modalidades indeterminadas (Nº 1305). En todo caso, el pro- blema se obviaría de todos modos, fijando una modalidad determi- nada para el pronunciamiento, y que es, el momento en que el contrato se hace exigible.

ción; desde luego el último es un craso error, porque si la condición tiene meramente potestativa (1328), no dependería del deudor condicional, sino del acreedor condicional, o sea, de quien puede reclamar el cumplimiento de la promesa a su sola voluntad. Por la sola promesa, el beneficiario no pasa a ser deudor; sus obligaciones nacen con el contrato definitivo.

En seguida, el requisito del N° 2° del art. 1554 tiene otra inteligencia, como se verá más adelante (N° 1291). No es necesario para la validez de la promesa que ésta cumpla todos los requisitos del contrato definitivo, porque en tal caso se confundiría con éste. Entendida en la forma señalada dicha exigencia nace imposible no sólo la promesa unilateral, sino que la mayoría de las bilaterales, que justamente se otorgan por existir en ese momento algún obstáculo para el contrato definitivo. Es evidente que sería nula una compraventa en que el vendedor vende, pero el comprador no compra, pero ello no va a ocurrir: cuando el beneficiario se pronuncie se otorgará voluntaria o forzadamente una compraventa perfecta.

La controversia se centra, pues, fundamentalmente en el alcance del N° 4° del art. 1554, y la opinión negativa se basa en una interpretación equivocada del mismo; este requisito importa que el contrato genuino quede especificado en sus elementos esenciales, y esto tiene que cumplirse tanto la promesa uni como bilateral (N° 1306), pero no es fuerza que ésta, según decíamos, contenga desde ya todos los elementos del contrato definitivo, pues pasaría a confundirse con éste; en el caso de la promesa unilateral, el consentimiento para comprar deberá otorgarlo el beneficiario para que haya compraventa, pero al otorgar ésta y no la promesa.

La doctrina negativa dice que al contrato preliminar ha de faltar únicamente la solemnidad, como por ejemplo, la escritura pública en la compraventa de bienes raíces. Esta escritura no es un instrumento carente de contenido; la solemnidad no es sino una forma de manifestar el consentimiento, de manera que no hay que dejarse engañar por los términos del art. 1554, N° 4°: para que el contrato se perfeccione no basta que las partes otorguen una escritura pública, sino que consentan en el contrato definitivo en este instrumento, y en cada una de sus estipulaciones esenciales. Y ello ocurre tanto en la promesa bilateral como en la unilateral (1329).

Contradichos los argumentos de los partidarios de la nu-

(1328) Bien pudo no serlo si depende también de otras circunstancias.

(1329) Pareciera que la tesis restrictiva piensa más bien en la circunstancia de que el contrato no puede ser forzado por el promitente, sino únicamente por el beneficiario, mientras que en la promesa bilateral, el contrato puede perfeccionarse judicialmente ante la exigencia de cualquiera de las partes. Sin embargo, veremos más adelante que esto no es así en muchos casos de promesa bilateral, y en consecuencia, ello no afecta la validez de la promesa.

lidad, sus opositores agregan otros en apoyo de su propia posición:

1°— La libertad contractual permite a las partes convenir todo contrato que no esté prohibido por el legislador;

2°— La generalidad del art. 1554 que se refiere, sin efectuar distinciones, a la promesa de celebrar contratos, y

3°— La aceptación por la ley de numerosos casos en que depende de la voluntad de una sola de las partes, el perfeccionamiento del contrato, como ocurre en el art. 76 del C. de Minería (1330), en la compraventa a prueba del art. 1823, en la retroventa, según el art. 1881, etc. (1331).

1283.— C. CONTRATO DE OPCION (1332).— Dicho en términos muy generales, la opción es un contrato en que una persona se obliga para con otra a otorgarle una determinada prestación, quedándole a ésta la facultad de aceptarla o rechazarla; es una figura de gran interés, pero aún en plena elaboración en la doctrina y legislaciones. La reglamentan expresamente el art. 1331 del Código Italiano, las legislaciones cubana y colombiana, etc. (1333).

(1330) "Será válido el contrato de promesa de venta de una pertenencia o parte alcuota de ella, de acciones de una sociedad minera y, en general, de cualquier otro derecho regido especialmente por el presente Código, aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador realizar o no la compraventa".

(1331) La discusión no termina aquí, porque los contradichos dicen que el art. 1554 es precisamente una limitación a la libertad contractual, que la generalidad del inc. 1° está restringida por las excepciones siguientes, y que los casos de excepción o no corresponden a promesas, o por su carácter de excepción, especialmente la redacción del art. 76 del C. de Minería, prueba que la regla general es la contraria.

La verdad es que los argumentos del texto son de refuerzo, porque el problema, ya queda dicho, se soluciona según la interpretación actual y lógica del N° 4° del art. 1554.

(1332) Véase Fuyo, ob. cit., T. 2°, pág. 13 y siguientes y la abundante bibliografía citada por él, sin que compartamos su posición en cuanto a la procedencia en Chile de la opción en la forma señalada por él.

(1333) Dice el art. 1331 del Código Italiano: "Opción. Cuando las partes conviniere que una de ellas queda vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarlo o no, la declaración de la primera se considerará como proposición irrevocable a los efectos previstos por el art. 1328. Si no se hubiera fijado un término para la aceptación, ésta podrá ser establecida por el juez".

Por su parte, la legislación cubana condice de otra manera la institución: "La opción es un contrato por virtud del cual el promitente da un bien o de un derecho, que es el optatario, se obliga, por tiempo fijo, con otra persona, que es el optante, a otorgar con él, o con la persona que éste designe, un contrato determinado, con los pactos, términos, cláusulas y condiciones que constan de la opción" (citado por Fuyo, ob. cit., T. 2°, pág. 13, nota 1).

En este contrato intervienen dos partes, el optatario que otorga al optante la facultad de decidir si acepta o no el contrato, y éste. En todo caso deben quedar señaladas las obligaciones y prestaciones de las partes al tiempo de concretarse la opción; si es una compraventa, la cosa vendida, y el precio, etc. Igualmente indispensable es un plazo para el ejercicio del derecho de optar.

Ahora bien, la opción puede ser bilateral, si se paga un precio por el derecho mismo de optar, que toma el nombre de "premio"; también es común estipular el pago de una suma para el caso de rechazar el contrato.

El primer problema a que da origen este contrato es determinar su naturaleza jurídica, esto es, si tiene individualidad o tipificación propias, o corresponde a otras figuras jurídicas, principalmente a la promesa unilateral, que hemos estudiado en el número anterior (1334).

La verdad es que la solución de este punto inicial depende de cómo se encare la opción: si las partes tienen que otorgar un contrato al momento de hacerse efectiva la opción, hay una y llanamente promesa unilateral. A este contrato estaba obligado el optatario al solo requerimiento del optante que utiliza su facultad.

Ahora si se considera que por parte del optatario no hay obligación de otorgar un contrato futuro, sino que el contrato para él ya está otorgado, y su obligación es cumplir las prestaciones que le impone al momento de decidirse el optante, entonces es obvio que la opción es un contrato diferente a la promesa, y no es preliminar, sino que definitivo. La particularidad es que es unilateralmente vinculante en su primera etapa: solamente queda obligado el optatario, pero el contrato queda sujeto a una modalidad suspensiva que depende de la sola voluntad del optante: que éste dé su aceptación (1335).

(1334) En Francia habitualmente se habla de opción por la promesa unilateral, entre nosotros contienen ambos contratos, Puyón, ob. cit., y Navarrete, ob. cit., pág. 26, distinguiéndolos, Fuyo (nota 1332) y Rodríguez, ob. cit.

En todo caso ambos se separan de la oferta aún de la irrevocable, porque hay contrato, esto es, oferta ya aceptada sólo que modalmente.

(1335) Mazaud, pensando en la promesa unilateral, dice que no es compraventa sujeta a condición suspensiva, porque ésta es elemento esencial y no accidental; del pronunciamiento del optante depende el nacimiento del contrato (Ob. cit., Parte 3, I, 37, N° 793, pág. 64).

En la concepción señalada, la opción requiere texto legal especial; es muy difícil introducir en los esquemas de los Códigos clásicos, justamente porque hay una condición suspensiva que impide el nacimiento del contrato, y que aún más depende de la sola voluntad de quien es acreedor, pero al cumplir la condición se transforma en deudor. En la promesa unilateral, el beneficiario por la promesa es desde ya sólo acreedor; el contrato definitivo lo hará deudor. En la opción, si no requiere de un nuevo contrato, sino únicamente de la manifestación de voluntad del optante, depende de la sola voluntad de éste pasar a ser deudor, lo que hace dudosa la validez por la prohibición de las condiciones meramente potestativas. (Véase nota siguiente).

Referido el problema a nuestra legislación, es obvio que confundida con la promesa unilateral, la opción corre la suerte de ésta, según lo dicho en el número anterior.

Como contrato definitivo ya celebrado, el problema realmente se escapa a la índole de nuestro estudio, pero creemos que es perfectamente posible, en virtud de la libertad contractual, y salvo naturalmente las limitaciones legales; sin embargo, no habría contrato mientras el optante no se pronuncie, porque tal es la solución del Código en una situación muy semejante: la compraventa a prueba (1336).

Creemos necesaria la modificación legislativa que contemple el estatuto tanto de la promesa unilateral, como de la opción, porque ambas son de gran importancia práctica (1337).

(1336) Se ha sostenido que la opción cabe en nuestro Código por ser una forma de promesa; esto corresponde a la concepción de que ella requiere doble contratación, con lo cual se confunde, como hemos dicho, con la promesa unilateral.

Parece bastante más fácil la introducción de la opción en los contratos consensuales, por la gran similitud señalada en el texto con la venta a prueba del art. 1323: o sea, habría un contrato on suspenso, mientras el comprador no declara que haciendo uso de la opción, compra. Pero en los contratos solemnes, resulta difícil aceptar que la sola declaración por escritura pública del comprador de un bien raíz, por ejemplo, perfeccione la venta, antes en suspenso.

(1337) Prácticamente eliminaría una buena cuota de las promesas de venta; piénsese en el caso tan frecuente de la promesa de venta de bienes raíces con financiamiento de una Caja de Previsión, Asociación de Ahorros y Préstamos, etc. En vez de promesa, el vendedor podría otorgar una opción al comprador por el período necesario para la tramitación del préstamo. Bastaría a esa fecha que el optante y el organismo financiero otorgaran la aceptación y pagaran el precio para que la compraventa quedara perfecta y eficaz, sin intervención del optante. A la inversa, vencido el plazo sin que mediara la aceptación y pago del precio, el optante quedaría libre para disponer de la propiedad sin otro trámite, ahorrándose todas las discusiones actuales sobre caducidad de la promesa (N° 1324), mora (N° 1326), etc. Naturalmente que esto requiere reglamentación legal.

CAPITULO II
REQUISITOS DE LA PROMESA

1284.— PAUTA.— El legislador sometió a la promesa a requisitos bastante estrictos en los 4 numerandos del art. 1554. Destinaremos una sección al estudio de cada uno de ellos, y una primera, a las generalidades.

Sección Primera
Generalidades

1285.— ENUNCIACION.— En la promesa se aplican las reglas generales de todos los contratos, y, en consecuencia, requiere consentimiento exento de vicios, capacidad para otorgarla, objeto y causa lícitos (1338), y además, por expresa disposición legal (Nº 1º del art. 1554) una solemnidad objetiva: constar por escrito.

En cuanto al consentimiento hablaremos de él a propósito justamente de esta solemnidad en la sección siguiente, puesto que debe manifestarse a través del documento en que se otorgue la promesa; respecto a la capacidad ciertos problemas se han planteado en torno a la exigencia del Nº 2º del art. 1554, esto es, de que el contrato prometido debe ser eficaz, y allí nos referiremos a ella.

Como aspectos generales nos interesa por el momento referirnos:

1º— Al carácter de derecho estricto que se atribuye a la promesa, y

2º— A la sanción por la inobservancia de los requisitos del art. 1554.

Así lo haremos a continuación.

(1338) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 88, sec. 1º, págs. 179 y 80, sec. 2º, pág. 85.

1286.— I. CARACTER SUPUESTAMENTE DE DERECHO Estricto de la promesa.— Como sabemos, el inc. 1º del art. 1554 dispone que la promesa de otorgar un contrato no produce obligación alguna "salvo que concurran las circunstancias" que enumera el precepto.

Esta redacción, evidentemente no muy afortunada, ha hecho sostener a una parte de la doctrina (1339), especialmente en los primeros tiempos del contrato, y a alguna jurisprudencia (1340), que se trata de una norma de aplicación estricta, excepcional, de interpretación restringida, prohibitiva, etc. Todas estas expresiones tienden a un mismo objetivo: una exigencia estrictísima para la validez de la promesa, cuya eficacia puede aceptarse sólo tras un examen riguroso de la misma a la búsqueda de posibles nulidades; tanto que se ha llegado a afirmar que en la duda entre la validez y la nulidad del contrato, el juez ha de inclinarse por esta segunda, como si las sanciones pudieran aplicarse por simple gusto.

En abono de esta idea se dice que la frase revela desconfianza del legislador hacia este contrato, que lo llevó a admitirlo a regañadientes, la que está, por lo demás, justificada por el alto número de pleitos que ha provocado.

La realidad es la inversa: es esta interpretación restrictiva la que ha creado la mayor parte de los problemas, uniéndose esta circunstancia a que la inflación mueve a promitentes enajenantes inescrupulosos a ampararse en los múltiples vicios con que autores y tribunales se han aunado para proteger a los incumplidores; es así como se ha favorecido y premiado a la mala fe, contra toda conveniencia en un contrato tan difundido.

Creemos que debe desterrarse de una vez por todas, si es preciso por la vía legislativa, semejante criterio para encerrar el contrato. Nadie niega que la norma del art. 1554 es de excepción en cuanto se ha limitado la libertad contractual, exigiendo la concurrencia de determinados requisitos para la validez del contrato, pero ello no significa que sea deber ineludible del intérprete buscar con lupa las posibles nulidades del contrato. La tesis restrictiva lleva, según veremos en este capítulo, a una extensión exagerada en la aplicación de dichos requisitos, que nos parece totalmente impropio.

Nos fundamos para rechazarla:

1º.— En que si bien el art. 1554 limita la libertad contractual negando valor a cualquier clase de promesa, la libre contratación sigue siendo la regla general en materia de contratos; de acuerdo a ella, todo contrato es una ley para las partes, y debe cumplirse de buena fe (1341).

(1339) Principalmente Alessandri, ob. cit., t. 2º, N.º 2073, pág. 1154; también, Osuna, ob. cit., N.º 234, pág. 153.

(1340) GT. 1919, 2º sem., N.º 77, págs. 402; RDJ, t. 33, sec. 1ª, pág. 55; 43, sec. 1ª, págs. 399 y 50, soc. 2ª, pág. 85, etc.

(1341) Para la promesa: RDJ, t. 39, sec. 1ª, pág. 176.

2º.— Como consecuencia de esto lo que le otorga carácter excepcional al art. 1554 es que resulta contrario a las reglas generales del Código en materia de contratos, porque restringe el campo de la voluntad; de ahí que es la aplicación de estos requisitos de excepción la que debe efectuarse restrictivamente y no puede extenderse a otros puntos que los efectivamente legislados. Más allá de lo que exactamente disponen, reina nuevamente la autonomía de la voluntad, y en consecuencia, no cabe extenderlos a pretexto de una desconfianza legislativa, y

3º.— El precepto no dice tampoco lo que se pretende: que por regla general el contrato de promesa sea ineficaz; la mera promesa de celebrar contrato es la que no obliga, a menos que invista la forma de un contrato de promesa, cuyos elementos específicos son los del art. 1554. Como señala Claro Solar: "si no reúne estos requisitos, o circunstancias, como dice la ley, la promesa no se considera obligatoria; no pasa de una mera conversación o cambio de ideas, sin propósito de obligarse; no habrá en ella una convención de promesa de celebrar un contrato determinado" (1342).

Otra cosa muy distinta es que el contrato de promesa pueda prestarse para el fraude a la ley, sobre todo para eludir prohibiciones legales o impuestos. En vez del acto prohibido o privado se otorga una promesa, adreándole los efectos propios del contrato definitivo (N.º 1318, 1º). Contra esto el legislador ha reaccionado en ciertos casos, prohibiendo derechamente la promesa (N.º 1292).

1287.— II. SANCION POR LA INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS DEL ART. 1554.— La expresión "no produce obligación alguna" ha permitido sostener, a quienes son partidarios de la aplicación de la inexistencia en nuestro derecho, que éste es un caso en que ella ocurre (1343).

Pero tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (1344) ha predominado la opinión de que la sanción es la nulidad absoluta, de acuerdo al art. 1444 del Código, esto es, por omisión de algún elemento esencial del contrato, sin los cuales "o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente" (Vol. 1º, N.º 48). Y la causal de nulidad absoluta es la infracción de algún requisito que la ley prescribe para el valor del contrato en consideración a su naturaleza (art. 1682).

En consecuencia, para la validez de la promesa deben cumplirse todos los requisitos señalados, pues la omisión de cual-

(1342) Ob. cit., N.º 1201, pág. 702. En igual sentido, Faejo, ob. cit., N.º 44, p. 91.

(1343) Claro Solar, ob. cit., t. 11, N.º 1201, pág. 704.

(1344) Por ejemplo, Alessandri, ob. cit., t. 2º, N.º 2073; ver nota siguiente.

quiera de ellos producirá la nulidad absoluta del contrato (1345). Por tratarse de una nulidad absoluta, debe declararse de oficio cuando aparece de manifiesto en el contrato, como si no se especifica el contrato prometido, o la promesa no contiene una modalidad, etc. (1346).

Igualmente, no es susceptible de ratificación, y el vicio se sanea por prescripción de 10 años.

Lo dicho no obsta a la concurrencia de otras nulidades absolutas o relativas en la promesa por infracción a las reglas generales de los contratos, como si se otorga una promesa promiscua (Nº 1292), o si se produce un vicio del consentimiento, o el contrato lo celebra un incapaz, etc.

Sección Segunda

La promesa debe constar por escrito

1288.— LA ESCRITURA COMO SOLEMNIDAD OBJETIVA.— De acuerdo al Nº 1º del art. 1554 la promesa produce obligación siempre que ella "conste por escrito".

En uno de los pocos aspectos no controvertidos del contrato, se puede señalar que ésta es una solemnidad objetiva, exigida en atención al acto mismo que es siempre solemne (1347), aun cuando el contrato prometido sea consensual (1348).

Tratándose de una solemnidad de dicha naturaleza, su omisión acarrea la nulidad absoluta del contrato de promesa, según lo expresado en el número anterior; y el acto no puede probarse por otro medio, aunque éste sea la confesión de la contraparte (1349).

En relación con este requisito veremos en los números siguientes dos aspectos:

1º— Instrumento que exige la ley. y

2º— El consentimiento en la promesa.

(1345) RDJ, T. 7, sec. 1, pág. 222; 8, sec. 1, pág. 33; 33, sec. 1, pág. 55; 50, sec. 2, 85; GT, 1938, T. 1, Nº 1671, pág. 1304; de 1885, Nº 2465, pág. 1478; de 1912, T. 2, Nº 925, pág. 313, etc.

(1346) GT, 1937, Nº 3491, pág. 2392; RDJ, T. 60, sec. 2, pág. 85.

(1347) RDJ, T. 28, sec. 1, pág. 589; 44, sec. 1, pág. 591; 58, sec. 1, pág. 179, etc.

(1348) RDJ, T. 63, sec. 1, pág. 156.
Por excepción la promesa puede ser consensual en el caso del art. 515 del Código de Comercio: "el seguro aludido ymbilmente vale como promesa, con tal que los contratantes hayan convenido formalmente en la cosa, riesgo y prima".

(1349) RDJ, T. 44, sec. 1, pág. 591 y 60, sec. 2, pág. 85; GT, 1880, Nº 4272, pág. 830; de 1907, T. 2, Nº 1175, pág. 829; de 1912, T. 1, Nº 635, pág. 1134; Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1202, pág. 704, etc.

1289.— I. PARA EL CONTRATO DE PROMESA BASTA EL INSTRUMENTO PRIVADO AUN SI EL CONTRATO PROMETIDO REQUIERE OTRA SOLEMNIDAD.— Como en el Nº 1º del art. 1554 exigió únicamente que la promesa conste por escrito, basta el otorgamiento de un instrumento privado, aunque nada obsta naturalmente a que se celebre por escritura pública (1350).

En la época de formación doctrinaria del contrato de promesa, en que se le confundía con el definitivo (Nº 1274), hubo al respecto una discusión que hoy debe tenerse por superada; se solía pretender que el contrato de promesa debía otorgarse por escritura pública, si el contrato prometido, normalmente, compraventa de bienes raíces, requería esta solemnidad (1351); jurisprudencia (1352) y doctrina (1353) han uniformado su criterio en sentido contrario, puesto que el art. 1554 exige únicamente constancia escrita, y justamente en el Nº 4º se pone en el caso de que a la promesa falte la correspondiente solemnidad, con lo cual se está refiriendo casi únicamente a la prevención de bienes raíces, que siempre debe constar por escritura pública.

1290.— II. EL CONSENTIMIENTO EN LA PROMESA.— Si la promesa es contrato, necesita, aun cuando se acepte la validez de la llamada unilateral, el consentimiento de ambas partes. La única peculiaridad es que éste no basta por sí solo para la eficacia del contrato, pues el acuerdo de voluntades debe constar por escrito, según la exigencia en estudio.

Nuestra jurisprudencia ha aplicado reiteradamente este principio, deduciendo de él que el consentimiento debe ser ex-

(1350) RDJ, T. 44, sec. 1, pág. 591. GT, de 1901, T. 1, Nº 1643, pág. 1485, etc.

En otras legislaciones, como ocurre con el art. 1351 del Código Italiano, se exige para el contrato preliminar las mismas formalidades que el definitivo.

(1351) Repertorio, T. 4, 2ª Ed., pág. 237, Nº 46 I.

(1352) Idem, pág. 238, Nº 46 II y RDJ, T. 63, sec. 1, pág. 155.

(1353) Alessandri, ob. cit., T. 2, Nº 2081, pág. 1203; Arturo Alessandri Bessa, "La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno", M. de P. Imprenta Universitaria, Sgo., 1949, Nº 316, pág. 286; Meza, ob. cit., Nº 90, pág. 71; Claro Solar, ob. cit., Nº 1203, pág. 704, etc.

preso, teniendo las partes la intención de celebrar una promesa (1354), y no puede ser tácito.

Sin embargo, no hay inconveniente para que cada parte otorgue su consentimiento en documento separado, puesto que con ello se conforma la exigencia legal de que conste escriturado (1355).

Tampoco la exigencia importa una redacción del contrato con fórmulas sacramentales; basta que sea indudable la aceptación expresa de las partes (1356).

Sección Tercera

La eficacia del contrato prometido

1291.— ENUNCIACION.— El contrato de promesa no produce

(1354) No hay promesa: si en un documento posterior a ella no aparece una aceptación precisa e indudable de la promesa; tampoco en la carta del vendedor que ofrece vender un inmueble, si no hay aceptación escrita de ella por el comprador (RDJ, I, 8, sec. 1, pág. 33).

—Tampoco la hay, si el que recibe la oferta declara que hará la compra más tarde si otro no afecta el negocio (Gt. 1387, N.º 812, pág. 477).

—Ni en el recibo firmado únicamente por el vendedor de haber recibido, a cuenta del precio de la compraventa prometida y en el que se firma también una modalidad para el otorgamiento de ésta, si no lo firma el comprador (Alessandri, ob. cit., I, 2, N.º 1263), aunque se resolvió erróneamente lo contrario (Gt. 1383, I, 3, N.º 4288, pág. 461).

—Como vimos en las notas 1306 y 1312 no es promesa el contrato definitivo nulo, ni tampoco el borrador de la escritura de compraventa.

—No contiene una promesa de contrato el formulario de una institución de provisión en que el imponente solicita un préstamo para la compra de una propiedad, aunque lo firme también el futuro vendedor, y aunque el formulario sea nulo como promesa, porque ésta requiere que se declare irrevocablemente la intención de las partes de otorgar un contrato futuro (RDJ, I, 3, sec. 1, pág. 55 y 44, sec. 1, pág. 591. En contra: I, 40, sec. 2, pág. 23).

—En el mismo sentido del texto, RDJ, I, 25, sec. 2, pág. 65; 24, sec. 1, pág. 273; Claro Solar, ob. cit., I, 11, N.º 1204, pág. 707 y Alessandri, ob. cit., I, 2, N.º 2082, pág. 1216.

(1355) Por vía de ejemplo, Osuna, ob. cit., N.º 243, pág. 197; Claro Solar, ob. cit., I, 11, N.º 1204, pág. 708; Arturo Alessandri Bessa, ob. cit., N.º 316, pág. 236 y Fúyo, ob. cit., N.º 59, pág. 123. Gt. de 1876, N.º 2405, pág. 137. RDJ, I, 25, sec. 2, pág. 65.

(1356) Vale como contrato la promesa de vender por una parte, aceptada por la otra (G. I. de 1912, I, 21, N.º 1219, pág. 898).

Vale la promesa, si ambas partes firmaron ante Notario el contrato en que se individualiza a los dos contratantes; quienes declararon que celebraban el contrato que a continuación se expresaba, aunque en su texto se ha dicho sólo que se prometía vender (RDJ, I, 36, sec. 1, pág. 126).

de obligación alguna, salvo que, concurriendo las demás circunstancias en estudio, se cumpla también la del N.º 2º del art. 1554: "que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces". Dicho en otros términos, que el contrato definitivo prometido tenga eficacia ante la ley (1357).

Este requisito ha dado lugar a múltiples problemas, y pueden señalarse en la doctrina y jurisprudencia dos tendencias bien marcadas:

1º— En una interpretación muy restrictiva, de acuerdo a la tesis del contrato "mal visto" por el legislador, unida a la confusión entre contrato preliminar y definitivo, si el contrato prometido fuere nulo en los términos y momento en que se otorga la promesa, ésta se "contagia", por así decirlo, con aquel vicio. Esto es, el contrato definitivo debe ser apto de otorgarse y la celebración de la promesa ha de respetar todos los requisitos y exigencias de validez de aquél. Fruto de esta estrictez, fue sostener, como vimos en el N.º 1289, que si el contrato prometido requiere escritura pública, también la promesa estaba forzada a ella.

Semejante interpretación debe rechazarse por razones obvias, puesto que prácticamente hace imposible toda promesa; ésta supone normalmente un obstáculo, o la necesidad de efectuar trámites y diligencias indispensables para colocar a las partes en situación de otorgar el contrato definitivo, y por ello el contrato requiere esencialmente una modalidad durante cuyo transcurso se logrará que el contrato definitivo pueda otorgarse válida y eficazmente.

Por ello es que esta posición extrema no se defiende hoy en día en los términos señalados, pero sí que inspira muchas de las soluciones a los múltiples problemas que analizaremos en esta sección y las siguientes.

2º— La posición contraria, en cambio, sostiene que la exigencia excluye únicamente aquellos contratos posteriores, cuya celebración es definitivamente prohibida por la ley. Esto es, en las condiciones propuestas, el contrato definitivo es declarado ineficaz por la ley, nula la que no es susceptible de remediarse dentro de la modalidad fijada en la promesa para su celebración; en consecuencia, la promesa es inútil, porque conducirá fatalmente a un contrato carente de validez, y por ello la ley declara nula la promesa misma (1358).

(1357) En el Proyecto de 1883 la frase equivalente era: "la promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno". La redacción es aún más clara que la actual en cuanto a que la nulidad del contrato definitivo deba ser definitiva, y no proceda por el incumplimiento de determinadas exigencias que le son previas.

(1358) Se ha solido decir que la exigencia se refiere a los requisitos internos de fondo o intrínsecos del contrato (Claro Solar, ob. cit., I, 11, N.º 1206, pág. 708; Meza, ob. cit., N.º 91, pág. 72), pero ella soluciona más bien el problema de las formalidades (N.º 1285).

Es el caso de que se prometa una compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, o de un bien raíz de un pupilo a su guardador (1359); o el objeto prometido es intransferible, o por la promesa se induzca a un hecho ilícito, contrario a las buenas costumbres, o imposible, etc. Por tanto, quedan incluidos todos aquellos contratos prohibidos por la ley, pero no aquellos que previamente imponen determinados requisitos para hacerlos factibles.

La letra de la ley refuerza esta interpretación, pues se refiere a las ineficacias de carácter general, y no a las causales específicas de que pudiera adolecer el contrato definitivo (1360).

Veremos también en el número siguiente que la ley en ciertos casos prohíbe la promesa si no se cumplen exigencias previas del contrato definitivo; si el legislador se sintió movido a excluir expresamente la promesa es porque normalmente ésta no tiene por qué cumplir aquéllas.

Además del punto señalado, nos referiremos a los siguientes problemas en torno al requisito que estudiamos:

- 2° Promesa de cosa ajena;
- 3° Prohibiciones y embargos;
- 4° Formalidades habilitantes;
- 5° Bienes raíces de la sociedad conyugal, y
- 6° La lesión enorme y la promesa de compraventa.

1292.— I. PROMESAS PROHIBIDAS.— Ya hemos advertido que el contrato de promesa puede ser peligroso en cuanto se le utilice peyorativamente para eludir tributos o prohibiciones legales; máxime si se le anexan efectos propios del contrato definitivo (1361).

Ello ha movido al legislador a prohibir el contrato de promesa si no cumple exigencias propias del contrato definitivo que aquél tiene mucho interés en que sean respetadas.

El caso más conspicuo es el de la prohibición de vender sitios no urbanizados que contiene el Art. 117 de la Ley General de Construcciones y Urbanizaciones, DFL 224 del año 1953, cuyo texto definitivo fue fijado por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 880 de 18 de Abril de 1963, publicado en el Diario Oficial de 16 de Mayo del mismo año. El

(1359) GT. de 1961, T. 1°, N° 1645, pág. 1485.

(1360) RDJ, T. 58, sec. 1°, pág. 47.

(1361) Con el mismo objeto, la Corte Suprema ha señalado que si al contrato de promesa de un contrato consensual se le agregan todos los efectos del definitivo, las partes han hecho una calificación errónea, y en realidad han celebrado este último y no el primero. (N° 1216, 17).

texto actual del mencionado Art. 117 se lo dio la Ley N° 16.742 de 8 de Febrero de 1968. Esta legislación tiene por objeto poner fin a uno de los más graves problemas sociales del último tiempo, consistente en el engaño de que son víctimas personas generalmente de escasos recursos por los llamados "loteadores brujos", esto es, que se comprometen a entregar sitios urbanizados y posteriormente no cumplen esta obligación; ya sea por mala fe inicial o porque la inflación encarece más allá de lo presupuestado los costos de urbanización.

Por ello el precepto citado prohíbe mientras en "una población, apertura de calle, formación de un nuevo barrio, loteo o subdivisión de un predio" no se hubiere efectuado o garantizado la urbanización correspondiente vender, edificar, enajenar, acordar adjudicaciones en lote de los terrenos respectivos y también las "promesas de venta, reservas de sitios, constituir comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones o celebrar cualquier clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio de dichos terrenos". El Art. 81 del mismo DFL 224, según el texto que le dio la citada ley N° 16.742 sanciona penalmente la contravención al precepto, sin perjuicio de la nulidad de los actos celebrados.

La justificación de la actual prohibición de la promesa estriba en que cuando se prohíba únicamente la enajenación, la limitación se burlaba mediante aquel contrato; aunque justificable por la finalidad laable que persigue el legislador la restricción es demasiado amplia y compromete una serie de actos que nada tienen que ver con "pobladores". Habría quizás bastado con prohibir la exigencia de cualquier prestación a los interesados mientras no se efectuare o garantizara la urbanización, pero la ley quiso evitar por todos los medios la repetición de fraudes creadores de poblaciones en situación irregular.

Otro caso de promesa prohibida encontramos en el Art. 14 de la ley 17.203 de 25 de Septiembre de 1965 para ciertos vehículos internados al país con franquicias aduaneras y tributarias; ellos no pueden ser transferidos ni dados en arrendamiento ni celebrarse a su respecto ningún contrato que signifique su explotación por cuenta de otra persona, ni pueden celebrarse promesas de estos actos sin cumplir los requisitos que señala la propia ley.

El legislador contemporáneo entiende que la nulidad específica del contrato prometido por el incumplimiento de requisitos propios de éste, no acarrea por sí sola la de la promesa, y por eso prohíbe específicamente ésta.

1293.— II. PROMESA DE COSA AJENA.— Si el contrato de promesa, según lo hemos insinuado y veremos con más detalle posteriormente (N° 1315), no importa enajenación de la cosa a que se refiere, carece de importancia para la validez del contrato que aquélla pertenezca o no al promitente enajenante, máxime que en nuestro Derecho los actos sobre bienes ajenos

no son nulos, sino que inoponibles al verdadero dueño (1352).

Otro problema es la repercusión que esto puede tener en el cumplimiento de la promesa, si el promitente adquiere descubre la calidad de ajena de la cosa. Veremos más adelante que el promitente contratante contrae la obligación de otorgar un contrato definitivo válido y eficaz (Nº 1319), y por ende, en el caso propuesto, el que prometió adquirir puede negarse a recibir un cumplimiento en tales condiciones, no puede ser obligado al propio cumplimiento, y habrá lugar a responsabilidad del promitente enajenante si concurren los requisitos legales, especialmente la imputabilidad (Nº 1320 y siguientes).

1294.— III. PROHIBICIONES LEGALES Y CONVENCIONALES Y EMBARGOS SOBRE LA COSA PROMETIDA.— La doctrina (1363) y jurisprudencia (1364) son prácticamente comestres en que la existencia de una prohibición legal, un embargo, etc., no afectan la validez de promesa, por más que si el contrato prometido se otorgare en tal oportunidad, sería evidentemente inultrapor ilícito del objeto.

Con mayor razón aún es válida la promesa si hay una prohibición meramente voluntaria de enajenar (1365).

De acuerdo al art. 688 los herederos no pueden "disponer" de los inmuebles hereditarios mientras no practiquen las inscripciones que dicho precepto señala. Como la promesa no es acto de disposición, es válida aun cuando no se hayan efectuado tales inscripciones, etc.

Al igual que en el caso del número anterior, tiene sí gran importancia el cumplimiento de la exigencia legal para los efectos del otorgamiento del contrato definitivo, ya que esto no podrá hacerse mientras no se alce la prohibición legal o embargo, se efectúan las inscripciones hereditarias, etc. Trataremos el punto a propósito de los efectos del contrato de promesa (Nº 1319), pero adelantemos que el trámite del alzeamiento, inscripción, etc., puede haberse convenido como condi-

(1362) GT. de 1882, Nº 1746, pág. 976; de 1883, T. 3º, Nº 4238, pág. 461; de 1913, 2º sem., Nº 677, pág. 2155. RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85.

En contra. GT. de 1925, 2º sem., Nº 410, pág. 1057 por haber considerado que existió error de hecho, y de 1882, Nº 287, pág. 171 por existir varios promitentes vendedores y haber firmado sólo algunos.

(1363) Por ejemplo, Claro Solar, Ob. cit., T. 11, Nº 1207, pág. 709; Fuyo ob. cit., Nº 65 y 66, pág. 129.

(1364) GT. de 1884, Nº 984, pág. 626; de 1895, T. 1º, Nº 921, pág. 684; de 1912, T. 2º, Nº 925, pág. 313, y de 1913, 2º sem., Nº 639, pág. 2053. RDJ, T. 49, sec. 2º, pág. 16. En contra para una prohibición por decreto judicial: GT. de 1825, T. 1º, Nº 1719, pág. 1294.

(1365) GT. de 1949, 2º sem., Nº 37, pág. 199.

ción de la promesa (1366), en cuyo caso se aplican los efectos propios de ésta, o como obligación del promitente enajenante, o finalmente no haberse dicho nada, en cuyo caso creemos que de todos modos éste está obligado a cumplir el trámite a fin de estar a la época del contrato definitivo en situación de otorgarlo.

1295.— IV. CAPACIDAD Y FORMALIDADES HABILITANTES.— No hay exigencias especiales en materia de capacidad en la promesa, y, en consecuencia, las partes deberán tener la normal para contratar. Los incapaces deberán, pues, actuar por intermedio o con la autorización de sus representantes legales, y así, una mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal no puede prometer vender un bien propio suyo sin la correspondiente autorización marital (1367).

Pero como lo hemos dicho e insistiremos oportunamente (Nº 1315), en sí misma la promesa no es acto dispositivo, aun cuando pueda conducir a uno de ellos; su efecto esencial es otro: generar una obligación de hacer, que es la de otorgar el contrato definitivo en la época convenida. En nada influye en la promesa que éste sea dispositivo o no. La consecuencia es que el contrato de promesa no se sujeta a los requisitos de los actos de disposición (Vol. 1º, 84).

Sin embargo se aceptarse el primer postulado, se ha discutido la última conclusión señalada, que obviamente deriva de él, por aquel afán de trasladar a la promesa los requisitos propios del contrato definitivo, y hasta se ha llegado a decir por una sentencia, para mayor gravedad de fecha reciente, que en la promesa habría "un principio de enajenación" (1368), concepto sumamente vago y peligroso y que no hace sino introducir mayores confusiones en un contrato ya complicado por las interpretaciones equivocadas.

Esta idea ha repercutido en todos los problemas que analizaremos en los números siguientes de esta sección, y especialmente respecto de las formalidades habilitantes del contrato definitivo.

La jurisprudencia es vacilante; hay numerosas sentencias que han declarado la nulidad de la promesa de compraventa por no haberse obtenido autorización judicial o cumplido alguna otra formalidad de las señaladas como habilitantes y exigida

(1366) Aún se ha declarado válida la promesa de una cosa inenajenable sujeta a la condición de que pase a ser comerciable: RDJ, T. 4º, sec. 1º, pág. 4, para una enajenación y 33, sec. 1º, pág. 165, para una promesa de un fallido de vender un bien cuando se alce la quiebra en que está incluido.

(1367) GT. de 1906, T. 2º, Nº 785, pág. 143. RDJ, T. 44, sec. 2º, pág. 3 y 47, sec. 2º, pág. 41. La sanción en el caso señalado es la nulidad relativa y puede sanarse por la ratificación (confirmación).

(1368) RDJ, T. 59, sec. 1º, pág. 72.

por la ley para la enajenación de bienes de los incapaces (1369) y otras tantas que rechazan esta posición (1370), siendo esta última la tesis dominante en la doctrina (1371).

Las razones principales que excluyen las formalidades habilitantes del contrato de promesa son:

1º Las formalidades son de derecho estricto y no es posible extenderlas a otros actos que aquellos para los cuales han sido expresamente contempladas, entre los que no puede considerarse en caso alguno incluida la promesa. Por regla general, las habilitantes se exigen para la enajenación o gravamen de los bienes, especialmente raíces, del incapaz, y la promesa no es ni lo uno ni lo otro (Nº 1315).

2º Se contraargumenta a lo anterior con el Nº 2º del art. 1554 que exige para la validez de la promesa que el contrato prometido sea eficaz. Pero, si es indiscutible que el contrato definitivo será nulo si al otorgarlo se omiten dichas formalidades, ello no obsta a la promesa en que sólo se contrae el compromiso de celebrar aquel. Lo contrario es incurrir en el vicio ya rebatido de exigir para el contrato preliminar los requisitos del definitivo (Nº 1291).

3º El mismo Nº 4º del art. 1554 señala que el contrato prometido debe quedar en estado de que para ser perfecto sólo falten las solemnidades legales, y como no distingue entre ellas, pueden estar pendientes las objetivas, pero también los habilitantes (1372).

(1369) RDJ, Ts. 44, sec. 1º, pág. 189 y 52, sec. 1º, pág. 398; GT, do 1381, Nº 2055, pág. 1174; de 1855, Nº 3020, pág. 1309 y de 1912, I, 2º, Nº 1064, pág. 585.

(1370) RDJ, Ts. 32, sec. 1º, pág. 516; 44, sec. 2º, pág. 3; 50, sec. 2º, pág. 85; GT, de 1903, 2º sem., Nº 90, pág. 447.

(1371) Alessandri, ob. cit., I, 2º, Nº 2093, pág. 1224; Fuyo, ob. cit., I, 1º, Nº 70, pág. 135; Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1206, págs. 708 y 709; Osuna, ob. cit., Nº 246, pág. 199.

(1372) Caso muy discutible es aquél en que por imperio de la ley la venta que se promete, además de la autorización judicial, requiere pública subasta. En una ocasión, la Corte de Santiago declaró que no era nula (RDJ, T. 44, sec. 2º, pág. 3), pero la Corte Suprema, en sentencia de 14 de diciembre de 1960, publicada en la misma RDJ, I, 57, sec. 1º, pág. 387, anuló la promesa de venta de un bien raíz de un donante. [Véase Fuyo, ob. cit., Nº 122, pág. 221]. La nulidad la fundó la Corte, especialmente en el Nº 4º del art. 1574; no estar especificados el comprador (Nº 1309) ni el precio (Nº 1311).

A nuestro juicio se impone un distinguo: si las partes han señalado la necesidad de la pública subasta es evidente que el contrato queda sujeto a la condición de que el prometiiente adjuntará el documento que acredite la subasta y, en caso contrario, la obligación de éste es concurrir a la subasta y pujar en ella hasta un tope si se le ha colocado uno. El comprador está determinado, y el precio es cuando menos determinable: el de la subasta o el tope señalado. Pero si las partes han prescindido de la circunstancia de que la venta requiere pública subasta y han sometido el contrato a alguna otra modalidad, hay no una falta de especificación, sino que la imposibilidad de otorgar el contrato en la forma convenida.

Ahora bien, aceptado que el contrato de promesa vale aun cuando no se cumplan las formalidades habilitantes del definitivo, nace el mismo problema del número anterior al tiempo de otorgarse éste, y que veremos al hablar de los efectos de la promesa (Nº 1319); las posibilidades son también que se haya convenido su cumplimiento como condición del contrato, como obligación del representante legal o no se haya dicho nada, en cuyo caso hay quienes piensan que es condición de todos modos del contrato, u obligación del prometiiente enajenante, que es nuestra opinión.

1296.— V. PROMESA DE ENAJENACION DE BIENES RAICES SOCIALES SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.— Desde la reforma al art. 1749 por la ley 10.271 de 2 de abril de 1952 el marido requiere consentimiento de la mujer para la enajenación voluntaria de los inmuebles sociales (1373).

Y al respecto se ha planteado una doble duda: primero, si la promesa de enajenación de tales bienes requiere también la autorización de la mujer y si otorgado el contrato por ejecución judicial sin este consentimiento de la mujer es válida la enajenación que se efectúe en cumplimiento de aquel contrato de promesa (1374).

1º Validez de la promesa.

Una discutible sentencia de la Corte Suprema de 2 de abril de 1962 declaró la nulidad relativa de la promesa de compra-venta de un bien raíz social otorgada por el marido sin el consentimiento de su mujer (1375).

Semejante doctrina, por muy bien inspirada que esté en el deseo de defender los derechos de la mujer, debe rechazarse terminantemente, pues exige para la promesa requisitos que son propios del contrato definitivo y se afirma en un supuesto

(1373) Véase Manuel Somarriva Undurraga, "Derecho de Familia", 2ª Ed. Nascimento, Santiago, 1963, Nº 253 y sigtes., y pág. 268 y sigtes.; "Evolución del Código Civil Chileno", Nascimento, Santiago, 1955, Nº 197 y sigtes., pág. 307 y sigtes., y Fuyo, "Derecho Civil", T. 61, "Derecho de Familia", Vol. II, Universo, Santiago, 1950, Nº 425 y sigtes., pág. 101 y sigtes.

(1374) Aunque no se había discutido el problema estaba latente en el solo Código para los casos en que el marido requiere consentimiento de la mujer para actuar respecto de los bienes propios de ésta: el art. 1754 en la enajenación de los bienes raíces de ella (además de la autorización judicial) el art. 1755 para la de los bienes muebles, etc. El problema es totalmente análogo al que se analiza en el texto, pero de menor trascendencia, porque la promesa sobre bienes muebles es poco frecuente, y para los raíces la necesidad de la autorización judicial impide la elección forzada de la promesa.

(1375) RDJ, T. 55, sec. 1º, pág. 72.

principio de enajenación de aquélla (Nº anterior) (1376). Por lo demás, el art. 1749 habla de enajenación y no de "principios" de disposición, y como es precepto de excepción no admite extensión por analogía. Por último, si se ampara a la mujer, que como a continuación veremos tiene otras defensas, se protege también la mala fe del marido y de la propia mujer con-cierta con éste.

2º Ejecución forzada de la promesa de enajenación de un bien raíz social otorgada sin el consentimiento de la mujer.

Como lo estudiaremos más adelante, de la promesa deriva una obligación de hacer; otorgar el contrato prometido, y en caso de incumplimiento, la contraparte goza de los derechos alternativos del art. 1553, y entre ellos, exigir el cumplimiento forzado del contrato, otorgándose la escritura por el juez como representante legal del deudor (Nº 1321).

Pues bien, como el art. 1749 exige el consentimiento de la mujer para las enajenaciones "voluntarias" del marido, aquél no es necesario para las ventas forzadas. Hay quienes sostienen que el cumplimiento judicial de la promesa es una enajenación forzada, y en consecuencia, no rige para ella la exigencia del art. 1749. De acuerdo a este criterio, la ejecución es procedente, y la venta así otorgada sería válida (1377).

Con la mayoría de las opiniones discrepamos de semejante interpretación, primero, porque la enajenación es voluntaria; la tesis contraria confunde dos cosas diferentes: la venta forzada y la ejecución forzada de una obligación de enajenar. El deudor (marido en este caso) se comprometió a vender; si no lo hace, el juez lo fuerza a hacerlo, como ante cualquier incumplimiento. No es el juez el que vende, como en la pública subasta, sino el deudor incumpliente representado por aquel. En consecuencia, la mujer podría atacar por la vía de la nulidad relativa, la compraventa celebrada en tales términos sin su consentimiento. Lo contrario significaría abrir al marido la vía más cómoda para burlar la exigencia del art. 1749, a través de la promesa, su incumplimiento y la ejecución forzada de ella, a

(1376) Fueyo, comentario a esta sección, y "Contratos", ob. cit., Nº 63, pág. 124.

(1377) De la Maza; Lorenz y Larraín, Escandón, "Reformas introducidas al Código Civil por la Ley Nº 10.271", Editorial del Pacífico, Santiago de Chile, 1953, Nº 172, pág. 281.

menos que se aceptara la nulidad de aquélla, que no es procedente según lo visto anteriormente (1378).

Sin embargo, sentados estos principios aparece un nuevo problema, a saber: la influencia de ellos en el cumplimiento del contrato de promesa. Y aquí caben las mismas posibilidades ya analizadas, y sobre las cuales volveremos al tratar de los efectos de la promesa: que el consentimiento de la mujer se haya convenido como condición del contrato, como obligación de obtenerlo para el marido, o nada se haya dicho (Nº 1319) (1379).

1297.— VI. LA PROMESA DE COMPRAVENTA Y LA LESION ENORME.— Sabido es que sólo excepcionalmente acepta nuestra legislación la lesión como vicio del consentimiento y entre otros casos, en la compraventa. (y por ende, en la permuta), cuando tratándose de bienes raíces el precio recibido es inferior a la mitad del justo precio, o el pago efectuado es superior al doble del justo precio (art. 1889).

Uno de los problemas más debatidos entre nosotros es el de la influencia en la lesión de la circunstancia de que la compraventa haya sido precedida de promesa; es la agudización del problema inflacionario que puede hacer variar el equilibrio que

(1378)

Alessandri, citado por Do la Maza y Larraín, ob. cit., Nº 173, pág. 281, y Somariva, "Familia", ob. cit., Nº 254, pág. 289, consideran que no es válida la compraventa forzada proveniente de una promesa suscrita sin consentimiento de la mujer. Fueyo, ob. cit., Nº 69, pág. 124, y "Familia", ob. cit., Nº 431, pág. 105, se inclinan por una solución que en su concepto prescava una posible solución de marido y mujer, reconociendo facultad al prometido comprador para recurrir al juez, a fin de que supla el consentimiento de la mujer, en conformidad al art. 5º del art. 1749 por negativa injustificada de ésta. Fuera de que es muy discutible la legitimación de aquél para esta gestión, la solución no militaría en los casos similares de los arts. 1754 y 1755, en que puede recurrirse al juez por imposibilidad mas no por negativa injustificada de la mujer.

(1379)

En relación con este punto, la Corte Suprema ha rechazado la excepción de pago del marido opuesta a la ejecución de un contrato de promesa suscrito por él, sin autorización de la mujer, exceptuella fundada en haber suscrito el primero el contrato definitivo (RDJ, 1.º Se, sec. 1.º, pág. 339). Limitada a este punto la solución se justifica, porque el contrato suscrito voluntariamente por el marido nadie discute que es válido si la falta el consentimiento de la mujer. El punto es de interés porque incide en algo en que insistiremos más adelante: el acreedor puede negarse a recibir un cumplimiento que se traduzca en un contrato nulo o ineficaz (Nº 1319).

Por otra parte, es evidente que si la mujer no dio su consentimiento para la promesa, no puede ejecutarse la promesa en su contra (fallo de la nota 1375).

La conclusión que se impone, según insistiremos, más adelante es que, salvo que el consentimiento de la mujer se haya estipulado como condición de la promesa, la negativa de ésta es una imposibilidad jurídica de otorgar un contrato válido y eficaz, y como el prometiiente comprador, aunque puede hacerlo, nada obtiene con ejecutar únicamente al marido, sólo está facultado para solicitar indemnización de perjuicios.

inicialmente existía en las prestaciones prometidas, la que ha acentuado la discusión. La situación puede resultar injusta para ambas partes, según el criterio que se adopte; para el promitente vendedor si va a recibir un precio desvalorizado, mientras la cosa prometida conserva el valor intrínseco que tiene, o lo ha aumentado, y también para el promitente comprador si ha sido el incumplimiento de la contraparte el que ha retardado la compraventa cuya rescisión posteriormente se solicita.

El problema reconoce una graduación que puede sintetizarse en 3 aspectos:

- 1º Si la promesa misma es susceptible de atacarse por lesión;
- 2º Si lo es la compraventa que se celebre en cumplimiento de una promesa de compraventa, y
- 3º En caso afirmativo de la duda anterior, si el promitente está obligado a otorgar una compraventa viciada de lesión enorme.

Los veremos en este orden en los números siguientes.

1298.— A) LA PROMESA NO ES SUSCEPTIBLE DE RESCINDIRSE POR LESIÓN ENORME.— Este problema se plantea cuando en la promesa misma no se da la equivalencia exigida por la ley, esto es, el precio que se ha fijado es de partida inferior en más de un medio al justo precio, o viceversa.

Nos parece inconcuso que la promesa no puede atacarse por lesión enorme, principalmente porque la acción rescisoria es propia de la compraventa y no puede extenderse a otros contratos por su doble excepcionalidad: constituye una sanción y en nuestro Código, además específica para contratos de compraventa.

En la promesa no hay obligación de pagar el precio ni de entregar una cosa, sino una muy diferente: otorgar el contrato prometido en que no puede regir la proporcionalidad del contrato definitivo. Es la opinión predominante en la doctrina y jurisprudencia (1380).

La tesis contraria (1381) confunde el contrato preliminar con el definitivo, y sus argumentos son fácilmente rebatibles.

(1380) Alessandri, ob. cit., t. 2º, N.º 1959, pág. 1073. GT. de 1862, N.º 54, pág. 28; de 1895, N.º 921, pág. 694. RDJ, Ts. 46, sec. 1º, pág. 780, 58, sec. 1º, pág. 48, etc.

En Francia, por la ley de 28 de noviembre de 1949, se agregó un inc. 2º al art. 1675 en cuya virtud en caso de promesa preliminar de venta, la lesión se aprecia en el día de su realización, o sea, al otorgarse el contrato definitivo (Mazaud, ob. cit., Parte 3ª, t. 3º, N.º 800, pág. 69).

(1381) Véase la exposición de esta tesis en Navarrete, ob. cit., N.º 50 y sigtes. GT. de 1895, N.º 2459, pág. 694. Defiende la nulidad de la promesa, Fuyo, ob. cit., N.º 71, pág. 136 y sigtes.

Los principales son:

1º Que la promesa no cumple el requisito del N.º 2º del art. 1554 porque el contrato prometido no es eficaz, puesto que sería susceptible de rescindirse por lesión enorme. Desde luego cabe observar que ello importaría una sanción más enérgica para la promesa que para la compraventa; la inobservancia de los requisitos del art. 1554 se sanciona con nulidad absoluta. Y en seguida, ya hemos dicho que la inteligencia del N.º 2º del art. 1554 es otra (N.º 1291), y

2º Que de acuerdo al art. 1889 el justo precio se refiere al tiempo del contrato, y éste es el de la promesa, en que se fijó el precio. Nos haremos cargo de esta afirmación en el número siguiente, pero en todo caso, aunque así fuera ello no llevaría a la rescisión de la promesa, sino de la compraventa otorgada.

1299.— B) RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA VENTA PRECEDIDA DE PROMESA.— Sentada la conclusión de que, aun cuando se den las condiciones legales para la rescisión del contrato definitivo, no procede la de la promesa, queda pendiente el de determinar que ocurre con la compraventa, si a la fecha de otorgarla o exigirse su otorgamiento subsiste o ha aparecido la causal de lesión, esto es, la desproporcionalidad fijada por la ley entre el justo precio de la cosa y el precio real.

Veremos en este número el de la compraventa ya otorgada en cumplimiento de la promesa, y en el número siguiente, si el perjudicado por la lesión puede negar ícticamente su cumplimiento, porque para solucionar éste es previo resolver el otro.

Ahora bien, en principio, y sin perjuicio de las excepciones que señalamos más adelante, nos parece que la compraventa en que hay lesión puede atacarse por esta vía, aunque haya estado precedida de una promesa, a cuya fecha se respetaba la proporción legal. Desde luego, porque los proceptos que establecen la lesión no hacen distinción alguna entre las distintas compraventas y si ellas han estado precedidas por otro contrato, ya sea preliminar o no, y las únicas excepciones son las del art. 1891: compraventa de cosas muebles, y las efectuadas por el ministerio de la justicia.

En seguida, el art. 1889, por su ubicación no puede estarse remitiendo al decir que el justo precio se refiere al tiempo del "contrato", a otro que no sea la compraventa, porque, además, en ella nace la obligación de pagarlo.

Por último, ya hemos dicho que la rescisión es propia de la compraventa y en función de ella hay que considerar la lesión (1382).

(1382) Alessandri, ob. cit., t. 2º, N.º 1959, pág. 1073. RDJ, Ts. 46, sec. 1º, pág. 780, 57, sec. 2º, pág. 39. En contra, sentencia arbitral de don Leopoldo Urrutia: GT. de 1915, 2ª sem., N.º 431, pág. 1108; de 1895, N.º 2459, pág. 442. RDJ, Ts. 45, sec. 1º, pág. 87 y 65, sec. 1º, pág. 210.

Sin embargo, de lo dicho hay principalmente tres situaciones conflictivas, de las cuales cuando menos en dos se hace excepción a lo señalado anteriormente. Son ellas:

1º— Cumplimiento forzado de la promesa.

Se ha sostenido que si la compraventa se otorga por el juez en la ejecución forzada de la promesa por el acreedor, no procede la lesión porque ella se ha efectuado por el Ministerio de la Justicia, y cabe, en consecuencia, en la excepción ya señalada del art. 1891 (1383). Nos parece muy discutible esto por dos razones fundamentales: la primera, que no se trata propiamente de una venta judicial. La venta es voluntaria, sólo que el juez suple al deudor que debiendo otorgarla no la efectúa, y en seguida, porque no hay razón alguna para hacer distinguos según si el vendedor ha cumplido voluntaria o forzosamente su obligación (1384).

2º— Caso en que la lesión se ha producido por causa imputable al que pretende asilarse en ella.

Esta situación se presenta muy a menudo, porque la compraventa no se ha otorgado oportunamente por hecho o culpa del promitente vendedor; negativa, generalmente fundada en que puede obtener mejor precio. Durante el curso de la ejecución y hasta que se obtiene el otorgamiento del contrato por el juez, se produce la lesión, y entonces pretende el promitente incumpliente rescindir la compraventa. Es principio imperante en todas las legislaciones de Roma a nuestros días, y creemos que en el caso propuesto no es posible al incumplidor invocar la lesión en contra de la compraventa otorgada (1385).

(1383) Gonzalo Barriga Errázuriz, comentario a sentencia de la RDI, T. 46, sec. 1º, págs. 789 y 790, y "El Derecho ante la inflación", Editorial Jurídica, Santiago, 1955, págs. 155 y sigs. RDI, T. 64, sec. 1º, págs. 386.

(1384) RDI, T. 45, sec. 1º, págs. 789 y 790, sec. 2º, págs. 30 y 35, sec. 1º, págs. 210. Dijo al considerando 16 de esta última sentencia, "Vencidas las fechas por el ministerio de la justicia, no son las en que el juez se limita a hacer cumplir un contrato en las condiciones que los interesados convinieron libremente, sino aquellas en que el contrato de compraventa se genera por la justicia, aquellas en que el juez representa la voluntad del vendedor y en las cuales concurre un torpor al juicio, sumiendo en el contrato el rol jurídico de comprador, y en favor del cual se ha consultado esta disposición (el art. 1891). Son, en consecuencia, ventas "hechas por el ministerio de la justicia", las de remate público en juicio efectuado; la de un remate en pública subasta en un juicio de liquidación y partición, las ventas en pública subasta en los actos de jurisdicción voluntaria que exigen tal trámite".

(1385) En igual sentido, Fucyo, ob. cit., N° 71, págs. 141, y RDI, T. 65, sec. 1º, págs. 210.

3º— El caso en que el precio haya sido pagado con anterioridad.

Es muy frecuente en la práctica que el precio se pague total o parcialmente con la sola promesa y antes de otorgarse la compraventa; lo normal será que el precio al tiempo de pagarse fuere justo, pero puede dejar de serlo al suscribirse el contrato definitivo, y en tal eventualidad se pretenda rescindir éste por la lesión. El pretexto de que ella se mide en función de la compraventa. El precio que era justo al pagarse se ha dejado de serlo al celebrarse o exigirse el cumplimiento de la promesa.

En nuestro concepto, no procede la lesión si el precio era justo al tiempo de pagarse (1386).

Nos basamos en que el art. 1889 se refiere al "precio que recibe el vendedor"; en consecuencia, es el precio recibido el que debe compararse con el justo precio. Este se determina, según dijimos, "al tiempo del contrato" de compraventa, por imperio del mismo precepto, pero se le coteja con el precio que recibe el vendedor. Si éste ha desvalorizado su contenido es preciso actualizarlo para compararlo con el justo precio; muy cierto es que nuestro Código acoge la teoría nominalista (Vol. 1º, N° 55), pero ella se refiere a la forma en que debe cumplirse la obligación, y no hay por qué abarcarla a una situación en que precisamente se trata de establecer si hubo equivalencia en las prestaciones. Ello implica necesariamente comparar valores y no números. La situación por razones obvias no fue prevista por el legislador del Código Civil, pero es perfectamente aceptable por la exposición que usa el art. 1889, y para que hablar según la equidad, y la buena fe con que deben cumplirse los contratos.

La propia ley ha acogido en parte esta solución en el art. 85 de la Ley N° 16.742, de 8 de febrero de 1968: "para los efectos del art. 1889 del Código Civil en los contratos de compraventa celebrados en cumplimiento de sitios que formen parte de un loteo hecho conforme a la Ley General de Construcciones y Urbanización, se entenderá que el justo precio se refiere al tiempo de la celebración del contrato de promesa, cuando dicho precio se haya pagado de acuerdo a las estipulaciones de la promesa".

El precepto, si bien limitado a una situación muy especial —loteos de sitios (N° 1292)—, es de gran interés, porque desde luego, es claramente demostrativo de que el justo precio se refiere al tiempo de la compraventa, pues en el caso contrario la disposición sería inútil. La expresión "se entenderá" confirma igualmente de que por lo normal la solución es la contraria.

(1386) RDI, T. 55, sec. 1º, págs. 210. Puede apreciarse el interesante estudio que hace esta sentencia del problema: disyuntiva de ella si, en cuanto refiere el justo precio a la época de la promesa, en circunstancias de que utilizó el argumento de la Ley N° 16.742, que se cita más adelante en el texto, demostró que de lo contrario,

Y ello se entiende siempre que el precio se haya pagado de acuerdo a las estipulaciones de la promesa; podría entenderse que basta que el comprador haya cumplido ésta, aunque en ella se haya fijado el pago al tiempo de la compraventa definitiva, pero nos parece que el legislador más bien contempla la situación de que el precio esté pagado en todo o parte a esta época. En caso contrario, la disposición no tendría justificación alguna.

1300.— C) EJECUCION DE LA PROMESA CUANDO AL OTORGARSE LA COMPRAVENTA, ESTA SERIA RESCINDIBLE POR LESION.— Finalmente, otra discusión importante en esta materia es si, en el caso de que la compraventa otorgada en el cumplimiento de una promesa, fuese susceptible de atacarse por lesión, quedan de todos modos obligados los prometen-tes a otorgar el contrato prometido, y sólo después de suscri- to, pueden accionar en su contra anulándolo.

Este problema no existe para quienes estiman que la pro-mesa misma es susceptible de rescindirse por lesión, ya que es obvio que el prometiiente afectado se exceptonará con la nulidad si se le exige su cumplimiento; tampoco existe para quienes consideran que el justo precio se mide a la fecha de la promesa, en el caso de que entonces no existiera lesión, pues no se podría impugnar la compraventa otorgada en cum-plimiento de semejante promesa. Finalmente, tampoco se pre-senta para quienes consideran que no procede la lesión si la compraventa se ha otorgado judicialmente por ejecución for-zada.

La cuestión sólo aparece, en consecuencia, en la posición que hemos sostenido de que la promesa no es atacable por le-sión, de que el justo precio se mide a la época de la compra-venta y que en tal caso, ella es susceptible de rescindirse por lesión, salvo las dos excepciones expuestas en el número an-terior.

Consiste, pues, en que si el prometiiente que sufrirá le-sión al otorgarse la compraventa prometida y estará entonces en condiciones de rescindirla por tal capitulo, tiene derecho a exceptonarse cuando se le exige el cumplimiento de la pro-mesa alegando que no está obligado a él en virtud de la nul-lidad de que adolecerá el contrato definitivo. Nos parece indis-cutable que goza de este derecho, por doble motivo:

1º Como dicen don Gonzalo Barriga y don Fernando Fue-yo (1387), sería absurdo permitir que judicialmente se obligue

(1387) Gonzalo Barriga, comentario a un fallo, citado en la nota 1383, y Fueyo, ob. cit., N.º 71, pág. 133. El argumento lo usan con otra conclusión, el primero para sostener que no se puede atacar la compraventa otorgada en el cumplimiento judicial de la promesa, y el segundo, para sostener la anulabilidad de ésta. Aunque no acinamos de acuerdo con la conclusión, es evidente que el argu-mento es de peso.

a otorgar el contrato prometido, para que luego el demandado vencido pidiera la rescisión. Se movería inútilmente todo el mecanismo judicial para venir a otorgar un contrato que de todos modos será ineficaz. Lo lógico es que esta ineficacia se plantee y discuta de antemano, y

2º Ya hemos señalado, y volveremos sobre ello, que el cumplimiento de la promesa no importa sólo otorgar el contra-to prometido, sino uno que sea válido y eficaz (N.º 1319). Si ello no es ya posible, se produce una imposibilidad jurídica que será imputable o inimputable, según los casos y de acuer-do a las reglas generales. Si es inimputable, se habrá extingui-do la obligación sin ulterior responsabilidad, y esta imposibi-lidad alegará el prometiiente demandado para dar por termina-do el contrato de promesa cuyo cumplimiento se le exige (1388).

Sección Cuarta

Filación de la época de otorgamiento del contrato definitivo

1301.— ENUNCIACION.— De acuerdo a la regla tercera del art. 1554 para la validez del contrato de promesa es nece-sario que ella "contenga un plazo, o condición que fije la épo-ca de la celebración del contrato".

El contrato de promesa esencialmente no tiene otro objeto que dar paso al definitivo. Nuestro Código requiere que se fije el momento en que ello ocurrirá para que las partes no queden ligadas indefinidamente. Ya hemos destacado que la obligación es transitoria, nace para extinguirse por el cumplimiento. Como se parte de la premisa de que por el momento no puede aún cumplirse, la ley exige que se señale cuándo deberá hacerse. En otras legislaciones, menos precisas que la nuestra en la ma-teria, no se contempla esta exigencia, quedando la promesa, si las partes nada dicen, pendiente hasta cumplirse los plazos de prescripción. (1389).

(1388) Sentada esta promesa, en la ejecución misma de la promesa ten-drá que discutirse la procedencia de la lesión, la posible comple-mentación o restitución del precio (art. 1890), etc., o reservarse para juicio ordinario si no es posible para el ejecutivo.

En fallo publicado en la RDJ, t. 64, sec. 1.ª, pág. 363 se con-templa esta concepción de que el prometiiente ejecutando debe oponer la lesión como excepción en la ejecución, y si así no lo hace, no puede posteriormente impugnar la compraventa. La ex-cepcción la contempla el fallo fundada en la nulidad de la prome-sa, que es un error, según lo dicho, y en lo aseverado en el texto: que la venta que se pretende realizar sería ineficaz a cau-sa de la lesión.

(1389) Fueyo, ob. cit., N.º 73, pág. 145 y sigtes. GT. de 1922, 2.ª sem., N.º 221, pág. 974; RDJ, t. 63, sec. 1.ª, pág. 170 y 60, sec. 3.ª, pág. 85.

Como ya lo destacamos en el Vol. 1º, Nº 452 es éste un caso de excepción a la regla de que la modalidad puede faltar en el contrato; en la promesa es esencial, pues si no se conviene alguna que determine la época de la celebración del contrato definitivo, aquella es nula absolutamente (Nº 1287) (1390). Se ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si la promesa cumple o no el requisito señalado (1391).

Por último, hay que destacar al respecto que la modalidad se exige para la obligación de otorgar el contrato definitivo; de ella dependerá el nacimiento, exigibilidad o extinción de la obligación de contratar; ello nada tiene que ver con las obligaciones que emanarán del contrato definitivo. En la promesa, no es esencial que ellas estén sujetas a modalidades (Nº 1318, 1º).

No podía tampoco escapar el requisito en estudio a la controversia que entre nosotros rodea al contrato de promesa. Los problemas son de dos órdenes:

1º. Determinar qué modalidades, dentro de las clasificaciones de ellas, es lícito estipular, y

2º. Qué efectos producen las diferentes modalidades en la exigibilidad y cumplimiento de la promesa.

Nos preocupamos por el momento del primer punto, dejando al segundo para los efectos del contrato válido. En relación a aquél nos referiremos sucesivamente en los números siguientes:

1º Al plazo;

2º A la condición;

3º A la combinación del plazo y la condición, y

4º A las modalidades indeterminadas.

1302.— 1. PLAZOS SUSPENSIVOS Y RESOLUTORIOS EN LA PROMESA.— Como dijimos en el Vol. 1º, Nº 464, el plazo suspensivo es el único legislado en términos generales; al extintivo el Código se refiere únicamente en ciertos contratos.

En la promesa se ha discutido no sólo entre nosotros sino también en el extranjero, si el plazo debe entenderse, por regla general, suspensivo o resolutorio. Como ello tiene transcendencia especial en relación al cumplimiento y exigibilidad de la promesa, lo trasladamos al capítulo siguiente (Nº 1324). adelantando únicamente que en nuestro concepto en la promesa rige la regla general, y el plazo es normalmente suspensivo, y por excepción resolutorio, cuando las partes así lo convienen.

(1390) Repertorio, T. 4º, 2ª ed., Nº 60, págs. 246 y 247.

(1391) RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 506.

En todo caso no se discute que en la promesa puede convenirse un plazo suspensivo, porque éste cumple la exigencia del Nº 3º del art. 1554, esto es, fija la época de la celebración del contrato definitivo; éste puede exigirse desde que se venza el plazo (1392).

Y así, hay plazo suspensivo que nadie discute si se conviene en que el contrato definitivo se suscribirá pasados o una vez transcurridos 3 meses desde la fecha del contrato, o desde o una vez que se cumpla tal fecha, etc. (1393). Transcurrido el lapso fijado o llegada la fecha que se indica, podrá exigirse el cumplimiento de la promesa.

Al plazo extintivo o resolutorio no se ha referido expresamente el legislador en la promesa. Sin embargo, en virtud del principio de libertad contractual vigente en nuestro Código no hay inconveniente alguno en que las partes convengan esta modalidad. Semefante plazo cumple plenamente el cometido que a la modalidad asigna el Nº 3º del art. 1554: fijar la época de la celebración del contrato prometido; ella será todo el lapso que media entre la promesa y la expiración del plazo convenido (1394). La doctrina y jurisprudencia aceptan claramente la estipulación de plazos resolutorios en la promesa (1395), pero a nuestro juicio han exagerado notoriamente su aplicación (Nº 1324).

Casos indiscutidos de plazos extintivos, serían, por ejemplo, si se dijera expresamente que el convenido tiene tal carácter, o que vencido, ya no podrá exigirse el contrato prometido, o que ésta no podrá otorgarse más allá de tantos meses o tal fecha, etc.

El efecto del plazo extintivo da lugar a mayores controversias que el del suspensivo, según veremos más adelante. Ade-

(1392) Normalmente en la promesa se fijará un plazo suspensivo: el del finis del precio de la compraventa prometida. Este no fija por sí solo el otorgamiento del contrato definitivo (RDJ, T. 46, sec. 2ª, págs. 791, a menos que así se convenga: GT. de 1931, Nº 2535, págs. 1408 [la compraventa se otorgará cuando se haya pagado todo el precio más un 5% en sus mensualidades], y RDJ, T. 51, sec. 1ª, págs. 65 [al ponerse la última cuota del precio en la fecha que se indica]. En estos últimos casos hay condición y plazo.

(1393) Se ha discutido a nuestro juicio equivocadamente el significado de la estipulación de un día fijo; la compraventa se otorgará el 6 de mayo próximo. A nuestro juicio es plazo suspensivo, a menos que expresamente se le señale como esencial (Nº 1324). Lo que queremos destacar es un fallo que declaró que no es necesario que el plazo sea un día fijo, lo que es obvio: GT. de 1922, 2ª sem., Nº 221, pág. 974.

(1394) RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 354.

(1395) Sobre plazos extintivos en la promesa, RDJ, T. 57, sec. 2ª, pág. 140; 41, sec. 1ª, pág. 354; 42, sec. 1ª, pág. 251; 44, sec. 4ª, pág. 544; 46, sec. 1ª, pág. 554; 55, sec. 1ª, pág. 212 y 252; 56, sec. 1ª, pág. 170 con comentario de don Fernando Fuyo; 61, sec. 1ª, pág. 354, etc.

lentos que el contrato expira a su conclusión [lo que algunos llaman caducidad de la promesa] y queda incumplida la obligación que tenían las partes de otorgar el contrato definitivo. A fin de precisar responsabilidades se hace indispensable determinar a quien es imputable este incumplimiento, pues el responsable deberá indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales (Nº 1329), estando en mora, en nuestro concepto, el contratante que no cumplió en el término resolutorio convenido.

No hay inconveniente alguno para combinar un plazo suspensivo con uno extintivo como, si por ejemplo, se conviene en que el contrato definitivo se otorgará después del transcurso de 6 meses, pero en ningún caso más allá de un año fecha. Los efectos de semejante estipulación son muy claros: la promesa no podrá exigirse antes de los 6 meses, ni tampoco después del año. Los 6 meses intermedios son la época fijada para cumplirla.

1303.— II. LA CONDICION EN LA PROMESA.— La determinación de la época para la celebración del contrato definitivo puede quedar sujeta al evento de una condición, porque así lo acepta expresamente el Nº 3º del precepto en estudio.

Y como no distingue, puede serlo tanto con una suspensiva como con una resolutoria (ordinaria) (1396). Sin embargo, esta última no se concibe aislada en la promesa, sino en unión de otra modalidad, porque la característica de ella es que el derecho nace, y en consecuencia, podría exigirse de inmediato éste, dejándolo sujeta a la resolución convenida. Por ejemplo, es conveniente que la compraventa se otorgará cuando el comprador obtenga un préstamo determinado (1397), pero no habrá lugar a ella, si antes de ese momento se le protesta algún documento mercantil.

Respecto a la condición en la promesa se han presentado dos problemas principales, el uno, si la condición puede ser indeterminada, lo que veremos conjuntamente con el plazo indeterminado en el Nº 1305, y si la condición suspensiva puede ser meramente potestativa dependiente de la voluntad de una de las partes (1398).

(1396) Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 252, Nº III.

(1397) Si no se aceptan las condiciones indeterminadas habría que agregar un plazo para la obtención del préstamo.

(1398) Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 256. Véase también RDI, T. 19, sec. 1ª, págs. 4 y 5; y 1ª parte, pág. 31. Luis Claro Soler, "Los contratos sobre suministros de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema".

Se ha resuelto que es meramente potestativa y anula el contrato, la facultad del deudor para desistirse dentro de cierto plazo (RDI, T. 43, sec. 1ª, pág. 359). No es meramente potestativa si se fija para la compraventa el tiempo que demore la tramitación de una coacción en un organismo de provisión, porque depende de la voluntad del deudor y de un tercero: RDI, T. 43, sec. 1ª, pág. 553. Advertimos que en este último caso su validez es discutible por su carácter indeterminado (Nota (1406)).

Al respecto cabe distinguir entre la promesa bilateral y la unilateral si se acepta la validez de ésta (Nº 1322). En ella, el contrato definitivo depende de la sola voluntad del beneficiario, pero como lo dijimos en el mismo número, éste es el acreedor, y en nuestra legislación es válida la condición meramente potestativa que depende de la voluntad de aquél. En cambio, en la bilateral ambas partes invisten la calidad de deudores y acreedores recíprocos de la misma obligación: otorgar el contrato prometido, de manera que la promesa será nula si esta obligación de cualquiera de ellas queda a su mero arbitrio. (Vol. 1º, Nº 489).

Los efectos de la condición suspensiva en la promesa son los normales de esta modalidad: cumplida, da derecho a exigir el contrato definitivo, y si falla, ya no habrá posibilidad de pedir el cumplimiento, y se extinguirá la promesa (1399).

Finalmente, debemos advertir que si dicho nada tiene que ver con la posibilidad de que en el contrato de promesa, como en cualquiera otro bilateral, operen la condición resolutoria tácita o el pacto comisorio en caso de incumplimiento de las obligaciones emanadas de él (Nº 1323).

1304.— III. CONDICION Y PLAZO.— Mientras se cumple el requisito de fijar la época de la celebración del contrato definitivo no hay inconveniente alguno para que las partes hagan una combinación de diferentes modalidades:

1º Condición determinada.

Veremos en el número siguiente que se discute si la condición puede ser indeterminada: en tal evento, lo corriente será que se fije un plazo para que se cumpla la condición, pasado el cual se entenderá ella fallida. Por ejemplo, la compraventa definitiva se otorgará cuando se obtenga tal préstamo, lo que debe ocurrir en el término de 3 meses (1400).

(1399) RDI, T. 40, sec. 2ª, pág. 29 para la misma situación de la concesión de un préstamo por un organismo de provisión: es condición suspensiva, y el contrato no puede exigirse mientras no se otorgue el préstamo (Nota 1405).

Ahora bien, la segunda afirmación: que si la condición falla, no habrá contrato definitivo, la veremos más adelante (Nº 1322), porque tiene una salvaguarda: que fallo por hecho o culpa del deudor.

Respecto a la condición resolutoria que, como hemos dicho, deberá estar unida a otra modalidad, su efecto es también el normal de esta condición: cumplida, se extinguirá la obligación de otorgar el contrato prometido, y por ende, la promesa, con la misma salvaguarda anterior: el hecho o culpa del deudor (Nº 1322).

(1400) Un caso se falló en la Gf. de 1876, Nº 1616, pág. 833: se había convenido que si el deudor no pagaba una deuda a su acreedor en el plazo de 4 años, contados desde determinada fecha, quedaba obligado a venderle una propiedad.

2º La situación inversa.

Esto es, se ha fijado un plazo, pero al mismo tiempo dentro de él debe cumplirse una condición para que sea exigible el contrato definitivo. Por ejemplo, el contrato definitivo deberá otorgarse en tal fecha, siempre que el promitente vendedor obtuviere título definitivo de dominio de lo prometido vender (1401).

3º Condición seguida de un plazo.

Esto es, el otorgamiento del contrato está sujeta a una condición, pero cumplida ésta hay un plazo para celebrarlo. Es muy frecuente en las promesas de venta de casas en construcción estipular que el contrato definitivo se otorgará dentro de los tantos meses, etc., contados desde que la Municipalidad correspondiente reciba la construcción o autorice su división por pisos o departamentos (1402).

1305.— IV. MODALIDADES INDETERMINADAS.— Mucho se ha discutido tanto en la doctrina como en los tribunales, si cabrían en la promesa modalidades indeterminadas, esto es, un plazo que no se sabe cuándo va a llegar, y cuyo ejemplo casi único es la muerte de una persona (Vol. 1º, Nº 458), pero especialmente, condiciones indeterminadas no cumplen con el requisito establecido en el Nº 3º del art. 1554, pues no fijan la época de la celebración del contrato cualquiera que sea la interpretación que se le dé a esta expresión (1403).

Para otros, en cambio, el Nº citado se refiere expresamente a la condición y como no distingue, acepta tanto las determinadas como las indeterminadas que también fijan la época del contrato definitivo: cuando la condición se cumple (1404).

Finalmente, hay quienes consideran que la condición indeterminada cumple con el requisito en cuestión, porque la ley fija para toda condición un plazo máximo del cual debe cumplirse, que era de 15 años, y hoy ha pasado a ser de 5 ó 10 años, según la interpretación que se dé a la reforma de

(1401) RDJ, T. 15, sec. 1º, pág. 591. Se agregó por la sentencia que nada esa fecha, la condición falla, y aunque se cumple después, no es ya posible exigir el cumplimiento de la promesa. Esto es, se entendió que en el plazo fijado debía cumplirse la condición.

(1402) Si se considera que tal condición es indeterminada y como tal inoperante en la promesa, es conveniente fijar un plazo para que se obtenga la autorización municipal.

Respecto a la combinación de plazos y condiciones se ha resuelto también que no hay inconvenientes para fijar un plazo que comience a correr cuando la condición falla (RDJ, T. 50, sec. 1º, pág. 491), ni tampoco para fijar una condición y para el caso en que ella falle, o en su defecto, un plazo (RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 65).

(1403) Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2169, pág. 1238; Fuyo, ob. cit., T. 52, pág. 185.

(1404) Cárre Soler, ob. cit., T. 11, Nº 1208, pág. 719.

la ley Nº 16592 (Vol. 1º, Nº 487), y, por tanto, la promesa expirará si la condición falla, y en todo caso, se considerará fallida si no se cumple dentro del plazo legal máximo (1405).

Otros rechazan esta interpretación (1406) y la jurisprudencia es muy vacilante en relación al problema (1407), por-

(1405) RDJ, T. 50, sec. 1º, pág. 491 y 60, sec. 2º, pág. 85; según este fallo debe saberse con certeza la fecha en que al acreedor pueda exigir la obligación de otorgar el contrato o cuando ya no podrá otorgarse, exigencia que se cumple por las razones del texto, si se conviene que se celebrará cuando el promitente vendedor obtenga la posesión efectiva. En el mismo sentido, Osuma, ob. cit., Nº 249, pág. 202.

(1406) Véase Nota 1403. En forma vehementemente discrepa el Sr. Fuyo en mérito a la transitoriedad de la promesa; sin embargo, cabe notar que la condición determinada puede superar los plazos máximos de la indeterminada, sin que por ello deje de cumplir el requisito del Nº 3º del art. 1554.

(1407) Se ha fallado que es nula por indeterminación de la condición la estipulación de que el contrato definitivo se otorgará cuando el comprador lo exija: GT. de 1889, T. 2º, Nº 402; pág. 1082; RDJ, T. 50, sec. 2º, pág. 60. Igualmente se han anulado promesas en que la condición consistía en que se midiera un tercio (GT. de 1897, T. 3º, Nº 4561, pág. 349) o se alce una prohibición (GT. de 1912, T. 2º, Nº 535, pág. 313).

En cambio, se han declarado válidas aquellas en que la condición indeterminada consistía

—En que se aprobara la partición: GT. de 1910, T. 2º, Nº 1309, pág. 1149.

—En que se adjudicase la cosa al promitente anejante: GT. de 1876, Nº 240, pág. 1237; RDJ, T. 8º, sec. 1º, pág. 33.

—En que la propiedad se inscriba a nombre del vendedor: RDJ, T. 4º, sec. 1º, pág. 506, o éste otorgue título definitivo de dominio: GT. de 1903, T. 2º, Nº 530, pág. 513, y RDJ, T. 10, sec. 1º, pág. 600.

—En que el Notario extendiera la escritura pública, una vez presentado el borrador respectivo: GT. de 1881, Nº 1789, pág. 1105.

—En que se pagara el precio de la compraventa, para el cual no se había fijado plazo: GT. de 1893, T. 3º, Nº 4288, pág. 451. (Fijándose plazo para el pago del precio: GT. de 1881, Nº 2536, pág. 1408).

La mayor discusión se ha presentado cuando el otorgamiento de la compraventa queda sujeta a la obtención de un crédito de un organismo de provisión. Cada vez que estos sistemas financieros hacen crisis quedan pendientes una gran cantidad de promesas incumplidas para las cuales resulta evidentemente injusto esperar los plazos largos (y aún discutibles) de fallo de la condición indeterminada. Por ello se las trató de anular por otras vías: por no cumplir los requisitos de la promesa (Nota Nº 1395) o por incumplimiento de la condición (Nota 1398).

Por el momento se centra en si son anulables por contener una condición indeterminada.

Empecemos por aclarar que evidentemente hay condición de tal clase, porque fallos erróneos la han calificado de determinada (RDJ, T. 55, sec. 1º, pág. 345) y aún de plazo incierto (RDJ, T. 42, sec. 1º, pág. 593). Esto último es una contradicción inexcusable en los términos, pues si hay incertidumbre hay evidentemente condición.

La pretensión de que ella sería determinada se ha solidificado en el buen funcionamiento del sistema en ciertos períodos, pero esto evidentemente no garantiza lo que ocurre en cada caso (A la vuelta)

que, debemos reconocerlo, es en realidad complejo. La verdad es que aceptando que toda condición está sujeta a un plazo de cumplimiento, estipulado o legal subsidiario, ella siempre fija la época de la celebración del contrato definitivo, y en tal caso la frase en cuestión, resulta meramente explicativa. Por razones prácticas resulta de toda conveniencia determinar la condición.

Sección Quinta

ESPECIFICACION DEL CONTRATO PROMETIDO

1306.— CONCEPTO.— El N° 4º del art. 1554 exige que en la promesa "se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban".

Tampoco este requisito ha escapado a la discusión, provocando muchos problemas, de los cuales algunos hemos ya visto, como son la posibilidad de promesas de contratos consensuales (N° 1277), de la promesa unilateral (N° 1280 y siguientes), etc.

Pero el debate más serio se refiere al concepto mismo de la especificación, aunque afortunadamente doctrina y jurisprudencia tienden a uniformarse en una interpretación que a nuestro juicio es la correcta.

Sobre todo en los primeros tiempos del contrato se pretendió que éste debía quedar de tal modo individualizado que, usando el caso más frecuente de la promesa de compraventa

(Cont. Nota 1407).

y menos en el futuro. La verdad es que ninguno de estos sistemas da certeza de un cien por ciento ni en cuanto a que efectivamente se hará el préstamo al cuándo: desde luego porque para hacerlo posible hay que cumplir determinadas exigencias y trámites, que las partes pueden omitir. Y en seguida, porque con nuestra inflación galopante el sistema financiero mejor ideado es posible que se vea afectado.

Y es así como el de las Cajas de Previsión se arruinó, entre otras causas, por la falta de reajustabilidad en su devolución por el deudor: el actual de las Asociaciones de Ahorro y Prestamos, que prácticamente ha desplazado a los demás, funciona con relativa eficiencia, pero tampoco da respaldo absoluto, primero porque contiene exigencias bastante enojosas que demorarán o harán imposible el contrato definitivo, si la obtención del préstamo es condición de él, y en seguida, porque dentro de nuestra inseguridad legislativa no hay certeza plena de que no se derogue la reajustabilidad que es la única base del sistema.

Se han anulado promesas de esta índole por contener condición indeterminada en fallos de la R.D.J. Ts. 44, sec. 1º, pág. 581, 45, sec. 1º, pág. 176, 46, sec. 1º, pág. 506, etc. y so las ha validado, en los de la R.D.J. Ts. 40, sec. 2º, pág. 29; 52, sec. 1º, pág. 204; 55, sec. 1º, pág. 341, etc.

de bienes raíces, sólo faltara reemplazar las expresiones "prometa vender" y "prometo comprar" por "vendé" y "compra" respectivamente. Se pretepedía, pues, un contrato de promesa completo, igual al futuro definitivo. Y la razón que se esgrimía es que únicamente en esa situación, a la promesa le faltaba sólo para ser perfecta el otorgamiento de la escritura pública, o la tradición, tratándose de un contrato real (1408). En otros casos, sin llegar a semejantes extremos, se exigían para la promesa la mayor parte de las estipulaciones propias del contrato definitivo (1409).

Reaccionándose vigorosamente contra una interpretación tan rigurosa, se ha reconocido que de acuerdo al Diccionario "especificar" es declarar o explicar con individualidad alguna cosa, e individualizar es tratar de alguna cosa con particularidad y por menor (1410). Dicho en forma más sencilla, es distinguir un contrato de los demás, separación que, de acuerdo al art. 1444, la otorgan los elementos esenciales del mismo (Vol. 1º, N° 48). Usando términos penalísticos, consiste en tipificar el contrato prometido.

En consecuencia pueden faltar en la promesa los elementos de la naturaleza del contrato prometido (1411), y con mayor razón aún los accidentales. Los primeros, porque la ley sufre plenamente el silencio de las partes (1412), y los segundos, porque no son obligatorios en los contratos. A falta de modalidades, las obligaciones son puras y simples, y así, si en la promesa de compraventa no se señala cuando debe pagarse el precio o entregarse la cosa, ambas obligaciones serán exigibles tan pronto se otorgue el contrato definitivo, si las partes entonces no señalan otra cosa.

En cuanto a la expresión "perfecto" que utiliza el precepto no se refiere naturalmente a un preciosismo jurídico en orden a que el contrato sea un modelo de estipulación completa, sino a que la promesa sea eficaz, o sea, pueda producir sus efectos, y en consecuencia, si alguna de las partes no la cumple, sea posible otorgarla por la vía judicial. Para ello es indispensable

(1408) Con tal criterio se llegó a anular una promesa porque no decía quien pagaría los impuestos del contrato definitivo: Gr. de 1876, N° 1284, pág. 520; el manifiesto error fue enmendado en fallo de la misma Gr. de 1884, N° 2714, pág. 1353, ya que esta estipulación ni siquiera es indispensable en el contrato definitivo, pues la ley suple el silencio de las partes.

(1409) R.D.J. Ts. 16, sec. 1º, pág. 1; 18, sec. 1º, pág. 159; 33, sec. 1º, pág. 55 y 40, sec. 1º, pág. 82. Gr. de 1922, 2º sem., N° 221, pág. 974.

(1410) R.D.J. T. 40, sec. 1º, pág. 180; Gr. de 1913, 2º sem., N° 1076, pág. 3114.

(1411) R.D.J. T. 55, sec. 1º, pág. 341.

(1412) Aun en la misma promesa pueden eloc omisión, y así, si no se señala el lugar de otorgamiento del contrato definitivo, corresponde exigirlo en el domicilio del deudor: R.D.J. T. 5º, sec. 2º, pág. 140.

Nº 4º del Reglamento); como no es obligatorio inscribir la promesa, no es indispensable deslindar en ella la propiedad prometida (Nº 1316).

1311.— V) DETERMINACION DE LA CONTRAPRESTACION.— Por último, es siempre indispensable en la promesa, aunque ella sea unilateral, la individualización de la contraprestación que contraerá la otra parte en el contrato definitivo, y salvo que la ley la contemple y reglamente por sí sola (1425).

Por ello, en la promesa de compraventa se ha fallado uniformemente la nulidad absoluta de ella, si el precio prometido no se encuentra determinado (1426).

Pero, al igual que en los casos anteriormente señalados, basta que el precio sea determinable al tiempo del contrato definitivo, y por ello se ha reconocido validez a las promesas cuando el precio se especifica por otro instrumento referido en la promesa (1427), o por peritos (1428).

(1425) Así, por ejemplo, si se promete un mutuo es indispensable fijar la cosa que se dará en préstamo, pero no hay necesidad de decir que el mutuario tendrá obligación de restituir ni señalar expresamente, porque en el silencio de las partes, la ley establece la primera obligación y la época de la restitución.

(1426) Rosartorio, I. 4º, 2º Ed. págs. 262, Nº 79; la nulidad se ha declarado incluso si el precio se fijó en otro contrato no incorporado al citado en la promesa: Gf. de 1890, I. 2º, Nº 3186, págs. 459.

A la inversa del caso citado anteriormente, la ley no fija precios en el silencio de los contratantes.

(1427) Gf. de 1899, I. 3º, Nº 4238, págs. 451.

(1428) Gf. de 1895, Nº 2465, págs. 1478; de 1899, I. 2º, Nº 949, págs. 759 y de 1912, I. 2º, Nº 1219, págs. 809; Alessandrí, ob. cit., Nº 2134, págs. 1287.

CAPITULO III

EFFECTOS Y EXTINCION DE LA PROMESA

1312.— ENUNCIACION.— De acuerdo al inciso final del art. 1554, concurriendo las circunstancias estudiadas en el capítulo anterior "habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente".

Ya en los Proyectos de Código se notó este afán del legislador de conectar este precepto referente a la promesa con el que señala los derechos del acreedor de una obligación de hacer ante el incumplimiento del deudor de ella (Vol. Iº, Nº 803 y siguientes).

Con ello, según lo insistiremos en el número siguiente, evitó muchas discusiones sobre la naturaleza jurídica de la obligación emanada de la promesa, pero es obvio que, aun cuando no se haya remitido expresamente a ellas, también se le aplican las reglas generales de los contratos y obligaciones, estudiadas en el volumen anterior.

En consecuencia, los efectos y extinción de la promesa quedan gobernados por las normas comunes, modificadas por la doble circunstancia de tratarse de una obligación de hacer, y tan especialísima como es la de otorgar un contrato.

Detallando, merecen mención especial:

- 1º— La obligación de otorgar el contrato prometido;
- 2º— Otras obligaciones en la promesa;
- 3º— Cumplimiento voluntario de ella;
- 4º— Su cumplimiento forzado;
- 5º— Extinción de la promesa; y
- 6º— La mora en la promesa.

Los veremos en los números siguientes:

1313.— I. OBLIGACION DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO.— El efecto esencial del contrato de promesa, que no puede faltar en él, cuando menos para una de las partes, aceptada que sea la promesa unilateral, es crear la obligación de

otorgar el contrato prometido que, como muy justamente lo destaca el art. 1554, inc. final, y así siempre se ha entendido (1429) es una obligación de hacer.

En los números siguientes analizaremos:

- 1º— Características de esta obligación:
- 2º— Que la promesa no produce efectos reales, y
- 3º— La inscripción de la promesa en un registro público.

1314.— A) CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACION DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO.— Vale la pena detenerse en las siguientes:

1º— Es mueble, puesto que el art. 581 señala que los hechos que se deben se reputan muebles.
En consecuencia, la acción para exigir su cumplimiento, es, el otorgamiento del contrato definitivo, es igualmente mueble (1430):

2º— Es indivisible.

Por tanto, siendo varios los prometedores, todos ellos deben concurrir y exigir conjuntamente el otorgamiento del contrato definitivo (1431):

3º— Es normalmente fungible, en el sentido de que puede cumplirse aún sin la intervención del obligado, ya sea que fallezca o se imposibilite, etc.

4º— Es transmisible.

Por la misma razón de que la obligación no mira a la calidad personal de las partes, por regla general, se transmite a los herederos, quienes deberán cumplir la que contrajo el causante.

5º— Cesible.

(1429) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 38, sec. 1º, pág. 55; 54, sec. 1º, pág. 153; 56, sec. 1º, pág. 179.

Se ha destacado también que el objeto de la promesa es el otorgamiento de otro contrato, y no las obligaciones propias de este: RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85.

(1430) RDJ, Ts. 5º, sec. 2º, pág. 140; 47, sec. 1º, pág. 173 y 49, sec. 2º, pág. 75. Gr. de 1899, T. 4º, N.º 827, pág. 659. Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 2146, pág. 1302. En contra respecto de una promesa de compraventa de bienes raíces, Gr. de 1883, T. 2º, N.º 4515, pág. 1434.

(1431) RDJ, T. 45, sec. 1º, pág. 510.

El crédito consistente en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es cesible conforme a las reglas generales, pero en la promesa bilateral ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras de la misma obligación, por lo que no resulta posible ceder una calidad sin la otra que le va unida (Vol. 1º, N.º 1167).

6º— Prescriptible.

La acción derivada del contrato de promesa para exigir su cumplimiento prescribe de acuerdo a las reglas generales: 5 años como ordinaria, y 3 como electiva, y durando en este último caso 2 años más como ordinaria, contados desde que se hizo exigible el contrato definitivo (1432).

1315.— B) LA PROMESA NO PRODUCE EFECTOS REALES.

— Es un efecto negativo que conviene remarcar para evitar cualquier clase de equívocos: puesto que la única obligación que por esencia pertenece al contrato de promesa es la de otorgar el contrato prometido, ella por sí sola no constituye título de transferencia de dominio (1433), ni siquiera aquel principio de enajenación de que han solido hablar algunos jueces (N.º 1295).

Como contrato (la promesa) no servirá, por tanto, ni para trasladar ni para declarar ni para constituir el dominio, puesto que no tiene relación con una cosa sino con la obligación de contratar" (1434).

Las consecuencias de este principio son variadas; desde luego, que la promesa no produce efectos reales de ninguna especie, sino únicamente personales entre los contratantes (1435): que no es posesión regular la fundada en una promesa (1436), que no corresponden al promitente adquirente ninguna de las acciones que la ley concede al propietario, aun cuando haya mediado entrega de la cosa prometida o inscripción en un Registro (N.º siguiente) (1437), etc.

Pero la más importante es que por la promesa el prome-

(1422) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 2175, pág. 1324 (con los plazos anteriores). Véase también Gr. de 1913, 2º, sem., N.º 677, pág. 2155.

(1433) Repertorio, T. 4º, 2ª Ed., N.º 4, pág. 222.
En la promesa nada tiene que hacer la tradición: RDJ, T. 56, sec. 1º, p. 334. Alessandri, ob. cit., N.º 2150, pág. 1303.

(1434) Fuyo, ob. cit., N.º 35, pág. 61.

(1435) RDJ, Ts. 3ª, sec. 1º, pág. 122; 46, sec. 1º, pág. 486; 47, sec. 1º, pág. 173, etc. La única forma de otorgar efectos reales a la promesa es constituir una caución real para garantizar su cumplimiento, pero el efecto real corresponden a la prenda o hipoteca, y no a la promesa.

(1436) RDJ, T. 10, sec. 1º, pág. 152. Alessandri, ob. cit., T. 2º, N.º 2151, pág. 1304.

(1437) Gr. de 1899, T. 2º, N.º 1267, pág. 1051 (no puede oponerse a una mensura).

tiente enajenante no queda inhibido para disponer de la cosa prometida como lo estime conveniente, aunque se someta a prohibiciones voluntarias; ello constituirá una posible infracción al contrato, que en nada afecta la adquisición del tercero, a menos que medie una prohibición judicial de celebrar actos o contratos (1438).

1316.— C) INSCRIPCIÓN DE LA PROMESA EN REGISTROS PÚBLICOS.— El punto se ha debatido en torno al del Conservador de Bienes Raíces, pero lo que se diga vale igualmente para todo otro sistema de transcripción.

El principio imperante en la materia es que careciendo la promesa de todo efecto real, es impropio su inscripción en el Registro de Propiedades (1439).

En la práctica tal inscripción se acepta en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, por una aplicación bastante extensiva del N.º 3.º del art. 53 del Reglamento.

Pero, como se ha fallado (1440) semejante inscripción cuando mucho podría considerarse como una mera formalidad voluntaria, que no produce efecto alguno, ni es obstáculo para que el promitente enajenante disponga en cualquier forma de lo prometido.

1317.— II. OTRAS OBLIGACIONES EN LA PROMESA.— Hemos dicho que el único efecto esencial del contrato de promesa es la obligación de hacer que de ella emana para la celebración del contrato prometido.

Pero, en virtud de la libertad contractual, ello no es obstáculo para que las partes le agreguen otras obligaciones, como lo veremos en el número siguiente, y que a su vez aque-

(1438) Fallos citados en la nota 1435. Alessandri, ob. cit., N.º 2156, pág. 1308.

Véase en Fuyo, ob. cit., N.º 159, pág. 251, una proposición para establecer la promesa real, confiriendo al promitente adquirente un derecho real de preferencia. Si se acepta la sugerencia, será de toda conveniencia tomar los resguardos para que no se inmuta la situación actual y se cree una traba para la enajenación de propiedades, que sería el abastecimiento automático o sea un plazo sin que se otorgue el contrato definitivo o el tribunal ordene su mantención.

GT. de 1889, T. 2.º, N.º 4018, pág. 1081; RDJ, Ts. 3.º, sec. 1.º, pág. 123 y 46, sec. 1.º, pág. 486. Fuyo, ob. cit., N.º 36, pág. 62. Alessandri, ob. cit., T. 2.º, N.º 2158, pág. 1312, eroga que la inscripción pueda efectuarse, pero no produce efecto alguno; no nos parece la interpretación correcta.

RDJ, Ts. 3.º, sec. 1.º, pág. 123 y 46, sec. 1.º, pág. 486. En la práctica se puede constituir una molestia para el propietario, al figurar la promesa en los certificados de prohibiciones del Conservador. En Francia se ha solido reconocer al juez la facultad de anular la enajenación a terceros si vende lo prometido (Mazcard, ob. cit. Parte 3.º, T. 3.º, N.º 796, pág. 57). La verdad es que la única manera de alcanzar al adquirente es por la vía del fraude, en cuanto éste se decarrolle como institución de aplicación general.

lla obligación lleve envuelta otras obligaciones, según se dirá en el subsecuente.

1318.— A) OTRAS OBLIGACIONES ESTIPULADAS POR LAS PARTES.— Como señalábamos conforme al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir lo que estimen conveniente en el contrato de promesa.

Nos referiremos especialmente a tres estipulaciones, que son más o menos frecuentes:

1.º— Las obligaciones del contrato definitivo.

Como es obvio, la promesa por sí sola no produce los efectos de aquél; poniéndonos en el caso más usual de promesa de compraventa, ni el promitente comprador queda por la promesa obligado al pago del precio (1441) ni el promitente vendedor a entregar la cosa prometida (1442).

Pero tampoco hay inconveniente alguno para que así se convenga: en tal caso estas obligaciones son dependientes de la principal de otorgar el contrato prometido; es un mero cumplimiento anticipado de las obligaciones que de éste emanan, y en consecuencia, si la promesa quedare sin efecto por cualquier causa, deberán las partes restituirse lo ya cumplido (1443).

Sin embargo, esta libertad de las partes tiene algunas limitaciones. Desde luego, tratándose de un contrato real no podría efectuarse la entrega con el mérito de la sola promesa, porque en tal caso aquél quedaría inmediatamente perfeccionado.

En seguida, la Corte Suprema ha colocado otra restricción tratándose de contratos prometidos consensuales en que con la promesa se producen todos los efectos principales del definitivo; el más alto tribunal ha declarado que en tal caso ha habido una calificación errónea de las partes, que no obliga

(1441) RDJ, T. 28, sec. 1.º, pág. 639; GT. de 1909, T. 1.º, N.º 6, pág. 20.

(1442) RDJ, Ts. 3.º, sec. 1.º, pág. 123; S.º, sec. 1.º, pág. 331 y 35, sec. 1.º, pág. 531.

(1443) RDJ, T. 45, sec. 1.º, pág. 176 (restricción del precio cuando en caso de nulidad de la promesa). En fallo de la misma RDJ, T. 57, sec. 1.º, pág. 367, se reconoció al promitente comprador derecho a retener el precio entregado mientras no se le restituyese el precio ya pagado por él. Alessandri, ob. cit., N.º 2131, pág. 1286.

al tribunal (Vol. 1º, Nº 92), y que lo otorgado realmente es el contrato definitivo (1444).

2º— Obligaciones propias de la promesa.

Esto es, se trata de estipulaciones destinadas a producir efectos únicamente durante la vigencia de la promesa, pero que no afectarán al contrato definitivo. Así podría convenirse una prima o premio por la promesa, análoga a la del contrato de opción (1445).

3º— Contratos anexos a la promesa.

Junto con la promesa las partes pueden estipular otras convenciones relacionadas con ella; la más frecuente es el arrendamiento, esto es, se da una cosa en arriendo con promesa de venderla al cumplirse determinada condición, plazo, etc., o viceversa. Tales contratos son independientes y no tienen otra conexión que la que expresamente le den los interesados (Vol. 1º, Nº 943, 2º) (1446).

1319.— B) OBLIGACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO MISMO DE LA PROMESA.— Según mucho hemos insistido el efecto inflexible de la promesa es la obligación de otorgar el contrato prometido, pero lo normal será que al celebrarse aquella exista algún obstáculo o trámite pendiente que impida de momento celebrar la convención acordada, ya sea porque hay prohibición de enajenar, necesidad de obtener una autorización judicial, un financiamiento para el adquirente, una posesión efectiva, el dominio mismo de lo prometido, estudiar los títulos de la propiedad prometida, etc.

Es éste un punto en que existe confusión en la doctrina y

(1444) RDI, T. 58, sec. 1º, párr. 179. Véase, además, Reportorio, T. 4º, 2º Ed., párr. 314, Nº 2201. La tesis tiene una explicación práctica: evitar el fraude tributario, pero sosteniéndola como de carácter general es sumamente discutible, pues aun cuando se produzcan todos los efectos del contrato prometido, puede existir un obstáculo legal para éste o, en todo caso, la intención de reservar el dominio, y por otro lado en el fondo se niega la promesa de contrato consensual. Por ello la misma Corte, en fallo publicado en la misma RDI, T. 64, sec. 1º, párr. 285, aclaró su pensamiento diciendo que aun cuando se pague el precio y se entregue la cosa prometida, la promesa y el contrato definitivo no se confunden, pues es diferente la intención de las partes, y que determinar ésta es cuestión de hecho.

(1445) Semblante estipulación no carece de causa, porque compensa la espera del promitente vendedor; es frecuente que con tal objeto se convenga el pago de intereses o reajustes del precio hasta el momento de otorgarse el contrato definitivo.

Se ha resuelto que la facultad de desistimiento establecida a favor de una de las partes en la promesa produce efectos mínimos no se la anula: RDI, T. 53, sec. 1º, párr. 165.

(1446) Por ejemplo, puede convenirse la resolución de la promesa por el incumplimiento del arrendatario o viceversa.

jurisprudencia por las muchas modalidades que pueden presentarse.

Para despearlo conviene desde luego dejar sentado un principio que parece indiscutible: ninguna de las partes puede pretender otorgar o exigir el contrato prometido si éste no va a resultar plenamente válido y eficaz. "perfecto", como dice el Nº 4º del art. 1554. Dicho de otra manera la obligación de otorgar el contrato prometido lleva envuelta necesariamente la de que éste habilita a la otra parte para obtener los beneficios y efectos propios de la convención definitiva.

Y así, como decíamos en otro lugar (Nº 1372), si el promitente adquirente descubre que se le ha prometido cosa ajena, puede negarse a otorgar el contrato prometido y resistir la exigencia que en tal sentido se le haga. Mientras la contraparte no adquiere dicho dominio o subsane otro defecto en los títulos, igual cosa ocurre si es necesaria una aprobación municipal, autorización judicial, consentimiento de la mujer, etc., etc. Creemos que esto puede fundarse en una doble argumentación:

1º— Que como luego veremos, el cumplimiento de la promesa es un pago, y el acreedor puede negarse a recibir una solución que no cumpla los requisitos legales o no dé plena satisfacción a su crédito (Nº 1320).

2º— Es ya aceptado sin discusión que la obligación de garantía es común a todo contrato, y no sólo a la compraventa en que el legislador principalmente se preocupa de ella. No hay, pues, por qué excluirla de la promesa, en la cual consistirá en otorgar un contrato definitivo válido y eficaz, que produzca los efectos propios de ésta.

Se ha resuelto, sin embargo, que la obligación de sanear la evicción sólo nace con la compraventa y, en consecuencia, únicamente desde el otorgamiento de ella puede exigirse el alzamiento de los gravámenes que afectan a la propiedad vendida (1447); otra sentencia aplicó la obligación de saneamiento de la compraventa, en razón de haberse pagado el precio y efectuado la entrega de la cosa prometida (1448). Con justa razón critica esta última sentencia, don Arturo Alessandri, agregando que el promitente adquirente no puede exigir el saneamiento de la cosa ofrecida antes del contrato definitivo, salvo que así se estipule (1449).

Estamos de acuerdo, desde luego, en que no puede esgrimirse en caso alguna la obligación de saneamiento que emana de la compraventa, porque todavía no la hay, sino la obligación de garantía común a toda convención. No debe olvidarse que

(1447) GI. de 1889, T. 2º, Nº 4018, párr. 1031.

(1448) GI. de 1881, T. 2º, Nº 2535, párr. 1408.

(1449) Ob. cit., T. 2º, Nº 2154, párr. 1037.

de acuerdo al art. 1546 los contratos han de ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre le pertenecen; nadie podría decir que está de buena fe quien pretenda enajenar una cosa vigente un gravamen que la absorbe íntegramente, o en que por mediar una prohibición legal, un embargo, faltar una autorización o aprobación de autoridad, etc., el contrato otorgado será nulo.

Algo de esto dio a entender la Corte Suprema al rechazar la excepción de pago del marido en la ejecución de una promesa de compraventa, fundada en el otorgamiento por el del contrato definitivo sin que concurriera la mujer a dar su consentimiento (1450).

Sentado este principio que parece inconcuso por las razones expuestas, cabe preguntarse qué ocurre si al tiempo de otorgarse el contrato definitivo no se ha obviado el inconveniente o cumplido el trámite que permitan una convención válida y eficaz.

Creemos que también en esto hay una solución de principios que se impone: si la obligación de otorgar el contrato definitivo envuelve la de que éste sea válido y eficaz, el promitente en quien incide el obstáculo o dificultad, tiene la obligación también de estar en situación al momento de hacer-se aquél exigible, de otorgarlo en tales términos, y en consecuencia, está forzado a obtener la autorización, consentimiento o aprobación, el financiamiento, alzamiento, etc., que le hace falta para enajenar válidamente. Debe, pues, efectuar todos los trámites y diligencias necesarias para el otorgamiento del contrato definitivo en el momento oportuno.

Si así no lo hace, ha dejado de cumplir una obligación y en consecuencia, si al tiempo de hacerse exigible la promesa, no está en condiciones de otorgar el contrato definitivo, habrá de su parte, concurriendo los demás requisitos legales, un incumplimiento imputable (Nos sigtes.)

Detallando un poco, las situaciones más comunes son las siguientes:

1º— Estipulación expresa de la obligación señalada.

Es frecuente y desde luego lo más conveniente, convertir expresamente que las partes tendrán las obligaciones indicadas, y así, decir, por ejemplo, que el contrato definitivo se otorgará tan pronto se obtenga la autorización municipal para vender que el promitente vendedor deberá conseguir en el plazo de 6 meses (1451), o se obtenga el financiamiento para la com-

(1450) Véase la nota N° 1379.

(1451) Un caso en la Gr. de 1923, 1.ª sum., N° 112, pág. 601: el promotor vendedor se había obligado a entregar títulos separados y no lo hizo.

pra que se señala, para lo cual se otorga el mismo plazo al promitente comprador, etc.

Es el caso más sencillo y que ninguna duda plantea: si no se obtiene la autorización o el préstamo en el término fijado hay incumplimiento que será imputable, salvo el caso fortuito, es decir, de acuerdo a las reglas generales de los contratos.

2º— Estipulación como condición.

Es posible y frecuente también que se convenga como condición del contrato la remoción del obstáculo que a la época de la promesa no lo hace viable. Y así, decir que será condición de la promesa el otorgamiento de un préstamo por tal Asociación, o que el contrato definitivo se otorgará cuando ésta lo apruebe o mande extender, etc., etc.

La situación es aquí diferente, porque si la condición falla, o sea, no se obtiene el préstamo, etc., la promesa no puede ya exigirse (1452) (N° 1322).

3º— Que en la promesa nada se diga.

Es naturalmente el caso más conflictivo aquél en que la promesa nada digan las partes respecto a los trámites necesarios para otorgar el contrato definitivo, esto es, que no se les señale como obligación ni como modalidad, sino que el otorgamiento de aquél quede sujeto a un plazo u otra condición.

Algunos autores y tribunales (1453) han entendido que aun cuando nada se diga o sólo se señale a título de referencia la necesidad de cumplir algún trámite o diligencia, estas circunstancias son siempre condición de la promesa, sujetándose en consecuencia, a lo expuesto recién.

(1452) Así se ha fallado en el caso de que se había estipulado como condición que una institución determinada autorizara la compra. Fallada la condición, no puede ya exigirse la promesa: R.D., 1.ª, 44, sec. 1.ª pág. 68. Véase también la nota 1401, y Alessandri, ob. cit., N° 2109, pág. 1239.

Sin embargo, creemos que aun en el caso ya señalado, hay una salvedad: que la condición haya fallado por hecho o culpa de una de las partes, como si el promisor no adquiriera ni siquiera presenta su solicitud ante la Asociación en cuestión. De acuerdo al inc. 2º del art. 1481 (Vol. 1º, N° 493) se considera cumplida la condición si el deudor se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él.

Este precepto se aplica naturalmente a la promesa, pero nada se gana con dar por cumplida la condición si igualmente el contrato definitivo no podrá otorgarse. Como la ley debe entenderse racionalmente y como siempre que el cumplimiento en naturaleza se hace imposible, nace en su sustitución el cumplimiento equivalente, esto es, la indemnización de perjuicios. En consecuencia, creemos que en la promesa si no se cumple la condición por hecho o culpa del deudor, y al haber oída fallado es imposible el cumplimiento, el acreedor tiene derecho a la indemnización de perjuicios, concurriendo los demás requisitos legales.

(1453) Claro Solar, ob. cit. Vol. 1.º, N° 1207. Méza Barros, ob. cit., N° 92, pág. 73.

En nuestro concepto, en el silencio de las partes constituyen una carga para aquel en quien inciden, y en consecuencia, el promitente vendedor debe sanear la cosa prometida, obtener la autorización judicial, autorización municipal, etc. y el promitente comprador conseguir la aprobación de su préstamo, etc. Nos basamos en primer lugar en los argumentos dados al comienzo de este número, y en seguida, en que las modalidades no se presumen, requieren estipulación expresa de las partes (Vol. 1º, Nº 452) [1454].

La conclusión es, pues, que salvo las excepciones señaladas, por la promesa se contrae la obligación de otorgar un contrato definitivo válido y eficaz, lo que lleva envuelta la carga de efectuar todos los trámites y diligencias para su celebración en esa forma en la época oportuna.

1320.— III. CUMPLIMIENTO DE LA PROMESA.— Ya hemos adelantado que el cumplimiento de la promesa, al mismo tiempo que otorgamiento del contrato definitivo, es un pago, esto es, el cumplimiento de la obligación contraída, y como tal debe satisfacer todos los requisitos de éste. (Vol. 1º, Nº 587). Entre ellos que el pago debe efectuarse al tenor de la obligación, salvo que las partes convengan otra cosa [1455]. Además, el pago debe ser íntegro, y en consecuencia, no bastará por ejemplo en los contratos definitivos con suscribir la escritura respectiva, sino que deben cumplirse, además, todas las cargas propias de estos instrumentos: pago de los derechos notariales, acompañamiento o exhibición de determinados documentos, pago de los impuestos que gravan el acto en la forma convenida o que señala la ley, etc.

En el cumplimiento voluntario de la promesa, pues, no hay derogación alguna de las reglas generales, y efectuado, produce la extinción de la promesa por haber ésta agotado sus efectos propios.

El contrato definitivo pasa a tener vida jurídica propia después de su otorgamiento y, en consecuencia, la promesa no produce influencia alguna en él. El punto fue llevado a los tribunales, a propósito de un contrato de promesa nulo absolutamente por

[1454] So dirá que la obligación tampoco se presume, pero ya hemos señalado que en virtud de la buena fe con que deben cumplirse las convenciones, de la obligación de garantía y de las reglas que gobiernan el pago, el deudor debe hacer cuanto esté de su parte para que el cumplimiento sea oportuno y satisfactorio, y de ahí nace la carga que tiene de remover los obstáculos que lo impiden.

[1455] En la promesa proceden la dación en pago y novación; la confusión: si se reúnen en una sola persona las calidades de promitentes contratantes. No así la compensación. Véase respecto a la cesión del contrato bilateral de promesa, el Vol. 1º, Nº 1167.

Indeterminación del precio, vicio del cual no adolece el contrato definitivo otorgado voluntariamente en cumplimiento de dicha promesa; se resolvió, acertadamente, a nuestro juicio, que la nulidad absoluta de ésta no se transmitía a su cumplimiento [1456].

Ahora bien, no habiendo cumplimiento voluntario de la promesa, se produce, también, de acuerdo a las reglas generales, el incumplimiento de la obligación de otorgar el contrato definitivo.

En tal caso, y como no se discute [1457], se aplica integralmente, el art. 1553, al cual expresamente se remite el art. 1554, y que establece los derechos del acreedor ante la infracción por el deudor de una obligación de hacer (Vol. 1º, Nº 803 y siguientes). Recordándolo brevemente, es preciso que el deudor esté colocado en mora, el acreedor tiene derecho a que ésta se le indemnice, y además, un derecho optativo entre pedir que se apremie al deudor, que se cumpla el contrato o se le pague indemnización compensatoria.

Requieren comentarios especiales en la promesa el cumplimiento forzado (Nº siguiente), la mora (Nº 1326), la indemnización de perjuicios (Nº 1329) y también la resolución por incumplimiento, obviamente procedente, aunque no está expresamente dicha en el art. 1553 (Nº 1323).

1321.— IV. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA PROMESA.— Hemos señalado que una de las posibilidades del acreedor es pedir, junto con la indemnización moratoria [1458], el cumplimiento forzado de la promesa, pero a diferencia de lo que ocurre en otras obligaciones no está obligado a exigir el pago por ejecución. Como el art. 1553 lo deja elegir, bien puede optar por apremiar al deudor, o directamente pedir la indemnización de perjuicios, o la resolución de la promesa.

Como en todo caso de cumplimiento forzado es necesario que el deudor quede en mora, ya que así lo exige el art. 1553 [1459], y que el cumplimiento sea aún posible. Ya hemos dicho que hablaremos aparte de la mora en la promesa, porque tiene alternativas propias (Nº 1327), y que el cumplimiento sea posible implica que la obligación de otorgar el contrato prometido no esté extinguida por algunos de los medios que vemos en el número siguiente. Si el cumplimiento en naturaleza ya no es posible, al acreedor sólo le restará pedir indemnización de perjuicios, si ella es procedente (Nº 1329).

Igualmente, si el acreedor no goza de título ejecutivo, deberá obtener que previamente se declare judicialmente la obli-

[1456] RDJ, T. 33, sec. 1º, pág. 165.

[1457] Por vía de ejemplo, RDJ, T. 54, sec. 1º, pág. 153.

[1458] RDJ, T. 54, sec. 1º, pág. 153.

[1459] RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487.

gación de la contraparte de otorgar el contrato definitivo; con esta sentencia u otro título ejecutivo demandará ya directamente el otorgamiento mismo del contrato definitivo, conforme al N° 2° del art. 1553 complementado y aclarado por el art. 532 del C. P. C. (1460). En virtud de esta ejecución, el juez como representante legal del deudor, procederá a otorgar por éste el contrato definitivo de que se trate (1461).

1322.— V. EXTINCIÓN DE LA PROMESA.— Antes de seguir adelante con los efectos de la promesa, ajenos al cumplimiento voluntario o forzado de ella, interesa precisar los casos en que él ya no será posible, sea por haberse extinguido el contrato mismo o la obligación de alguna de las partes de otorgar el definitivo.

Normalmente se aplicarán las reglas generales, y así la extinción puede producirse por nulidad de la promesa (1462), resciliación (1463), porque falle la condición (1464), etc.

Nos interesa precisar las únicas situaciones que han generado conflictos en la promesa: la resolución por incumplimiento, el término extintivo y la imposibilidad en el cumplimiento, que iremos examinando sucesivamente.

1323.— A) LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROMESA.— Hemos destacado que el legislador, muy preocupado de calificar como obligación de hacer la que emana del contrato de promesa, determinó en el inc. final del art. 1554 únicamente la aplicación del artículo anterior, que sólo contemplaba el cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios para la infracción de aquel tipo de obligaciones. Afortunadamente ni la jurisprudencia ni la doctrina se han dejado llevar en

(1460) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 4°, sec. 1°, pág. 4; 5°, sec. 2°, pág. 140. GT. de 1913, 2° sem., N° 639, pág. 2058, etc.
Se ha resuelto que el juicio de cumplimiento de la promesa es susceptible de avaluación pecuniaria, lo que tiene importancia para la procedencia del recurso de casación en el fondo: RDJ, 1°, 53, sec. 1°, pág. 261.

(1461) El art. 2932 del Código Italiano da una solución más drástica: la sentencia que acoge la demanda del acreedor vale como contrato definitivo: "si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excludido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido".

(1462) Si la promesa es nula, no cabe pedir su resolución, ni cobrar indemnización de perjuicios, cláusulas penales, ni otras obligaciones accesorias a ella: RDJ, Ts. 45, sec. 1°, pág. 176 y 46, sec. 2°, pág. 79.

(1463) RDJ, 1°, 46, sec. 1°, pág. 222. En la promesa bilateral, difícilmente se dará la remisión para la obligación principal de otorgar el contrato prometido (Véase, 1°, N° 1173), pero pueda presentarse para obligaciones ajenas: GT. de 1941, 2° sem., N° 21, pág. 73.

(1464) Véase Nota 1452.

este aspecto por la tendencia general de polarizar en torno al contrato de promesa y han coincidido en lo que ya señalamos, esto es, que el art. 1554, inc. final, no tiene otro significado que el apuntado, pero no aparta a la promesa de las reglas generales.

En consecuencia, siendo bilateral por regla general la promesa (N° 1280), procederá también en los casos que tiene esta calidad, la resolución del contrato por aplicación de la condición resolutoria tácita del art. 1499 (1465). Y esto vale tanto para la obligación de otorgar el contrato prometido, como para las demás que no siendo esenciales en la promesa, las partes hayan contemplado por estipulación expresa (1466). El promitente cumplidor, optará pues, por la resolución o el cumplimiento, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Igualmente, las partes pueden convenir un pacto comisorio, con o sin cláusula de resolución ipso facto, tanto para la obligación esencial de la promesa, como para las otras que ellas convengan (Vol. 1°, N°s 537 a 543).

Lo que si particulariza la resolución en la promesa es que las dos partes tienen una obligación análoga y obviamente, sobre todo en los contratos prometidos solemnes, no es posible el cumplimiento sin la colaboración de ambas; pues bien, la resolución precisa un incumplimiento imputable, y para que sea procedente es imprescindible que aquel contra quien se invoca la resolución haya sido el que incurrió en él, y que el demandante haya estado por su parte llano a cumplir, punto que examinaremos al hablar de la mora en la promesa (N° 1328). Ahora bien, si ambas partes han sido morosas, la Corte Suprema ha declarado la caducidad de la promesa (N° siguiente) o la resolución, sin indemnización de perjuicios (Vol. 1°, N° 534).

1324.— B) EL PLAZO EXTINTIVO Y LA LLAMADA "CADUCIDAD" DE LA PROMESA.— Al hablar del plazo, a propósito de la exigencia del N° 3° del art. 1554 (N° 1302), anunciamos que había controversias respecto a la calificación del que se estipula en la promesa.

Para algunos, entre los que nos incluímos, en la promesa, el plazo es normalmente suspensivo (1467); en consecuencia, vencido el término estipulado sin que la promesa se haya cumplido, nace el derecho a exigir judicialmente el otorgamiento

(1465) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 23, sec. 1°, pág. 689 (con comentario favorable de don Arturo Alessandri Rodríguez); 46, sec. 1°, pág. 486; 54, sec. 1°, pág. 153, etc.

(1466) Por no pago del precio convenido con la promesa, RDJ, 1°, 54, sec. 1°, pág. 153.

(1467) RDJ, Ts. 16, sec. 1°, pág. 487 y 62, sec. 1°, pág. 253. Otros casos de plazos suspensivos en la misma RDJ, Ts. 16, sec. 1°, pág. 570; 46, sec. 1°, pág. 570; 51, sec. 1°, pág. 68; 60, sec. 2°, pág. 85 y 62, sec. 1°, pág. 388.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE OPCION O PROMESA UNILATERAL

*Contratación comercial moderna
Alvaro Puelma A.
Ed. Jurídica de Chile
Santiago
1991*

14. Origen y utilidad práctica

En el mundo de los negocios, especialmente respecto de adquisiciones de bienes de capital de tecnología compleja, una adecuada e informada decisión del posible adquirente sobre si realiza el negocio y sobre la elección entre las diversas opciones que ofrece el mercado exige muchas veces estudios y gastos de consideración. Además de los estudios y gastos ya señalados, también el adquirente necesita contar con un tiempo que le permita consultar las diversas alternativas del mercado y de los medios de financiamiento. También cabe acotar que constituye una clara ventaja para el interesado que al tomar su decisión tenga la seguridad de que las ofertas que ha recibido se mantienen a firme.

En materia minera ocurre el fenómeno descrito, pues, en muchos casos, el inversionista para tomar una decisión definitiva requiere la confección de prospecciones en el terreno y de estudios técnicos, legales y económicos, los que pueden ser costosos y no se justificarían comercialmente sin la seguridad de que, tomada la decisión, se contará con el respaldo del contrato definitivo.

Además de las razones que justificarían la oferta firme ya dadas, en materia de comercio exterior existe otra: la competencia.

En efecto, con el fin de asegurar clientes, los exportadores acostumbran otorgar una opción a firme, por un plazo, a sus posibles adquirentes.

Las necesidades comerciales reseñadas pretenden ser satisfechas por la opción unilateral u oferta a firme y el contrato de opción en sus diversas modalidades.

Debe acotarse que la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Merca-

derías del año 1980, en su art. 16, reconoce en forma expresa la validez y obligatoriedad de la oferta irrevocable de carácter unilateral, siempre que ella contenga un plazo para la aceptación o señale de otro modo que es irrevocable; y también en el caso que el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en dicha oferta. Se entiende que ha habido tal actuación si ha efectuado gastos u otras operaciones comerciales.

Lo que dispone el tratado es indicativo de la tendencia mundial al respecto. Desde su promulgación por publicación en el Diario Oficial de 3 de octubre de 1990, este tratado tiene vigencia como ley en Chile.

El Código de Minería reconoce de manera expresa la validez del contrato de promesa unilateral de un contrato bilateral, en su art. 169. Asimismo, la doctrina minera acepta el contrato de opción como distinto de la promesa unilateral, punto que trataremos más adelante.

La opción, además, se emplea profusamente en el leasing, que puede ser considerado, en su forma clásica, un arrendamiento con opción de compra. Este negocio se tratará también más adelante.

En lo jurídico, el contrato de opción y la promesa unilateral, se conciben o no como instituciones diversas, tienen su origen en la *stipulatio* y la *promissio* del Derecho romano. En la generalidad de los sistemas de derecho romanista, tales como en Francia, Italia y España, se reconoce la validez del contrato de promesa unilateral y del contrato de opción. Únicamente se rechaza, por regla general, la validez de la oferta unilateral, suscrita sólo por una parte.

Puede estimarse que el origen de la tendencia que reconoce valor al acto jurídico unilateral proviene del Derecho alemán, que la ha reconocido tradicionalmente.

15. Descripción. Modalidades

El contrato de opción simple consiste en un convenio entre dos partes, en que una le reconoce a la otra el derecho a ejercer una opción facultativa que lo habilita para exigir una determinada prestación. Esta última prestación puede consistir en la celebración de un negocio, que a su vez puede tener el carácter de unilateral o bilateral o de un acto jurídico complejo. La opción debe ejercerse en cierta época, que puede determinarse mediante un plazo o una condición.

Llamamos oferente a la parte que otorga la opción, y beneficiario a quien la acepta.

Además de las modalidades que pueden generarse de las peculiaridades del negocio ofrecido y pactado en opción, es posible en general distinguir otras dos modalidades, a las cuales nos referimos en los párrafos siguientes.

Para algunos, habría contrato de promesa unilateral cuando las partes convienen que una de ellas otorgue a la otra la opción o derecho a celebrar otro contrato, siendo ello obligatorio para una parte y facultativo para la otra. Esta promesa generaría obligaciones de hacer, las de celebrar el contrato prometido en el evento que se haga efectiva la opción. Distinto a la promesa unilateral sería el verdadero contrato de opción, que para esta corriente doctrinaria importa un contrato definitivo condicional, cuya vigencia queda sujeta a la mera voluntad del beneficiario, de tal manera que al ejercerse ella, el contrato se entendería perfeccionado. Ejercida la opción, habría derecho a exigir directamente las prestaciones de dicho contrato, sin que previamente sea necesaria la suscripción del contrato prometido.

O sea, en el terreno de la hipótesis podrían considerarse dos modalidades del contrato de opción: aquella que genera, al ejercerse la opción, obligación de hacer, llamada por algunos promesa unilateral; y aquella que al ejercerse la opción genera las obligaciones de dar y otras del contrato definitivo.

También pueden distinguirse modalidades de este contrato de acuerdo a la forma como se ejerce la opción, que podría consistir en la exigencia de una actuación positiva por parte del beneficiario, sea por escrito o en alguna otra forma; o señalar que se entiende ejercida la opción si el beneficiario antes de la época pactada nada dice.

16. Efectos del contrato

Se trata de un contrato unilateral, que sólo genera una obligación condicional para el oferente y un derecho facultativo para el beneficiario.

Si el beneficiario ejerce su opción en tiempo y forma, nace la obligación de celebrar el contrato prometido.

17. Problemas en cuanto a su validez

Las objeciones sobre validez que han surgido en nuestro medio se refieren a la promesa unilateral y no al contrato condicional o ver-

dadero contrato de opción. Sin embargo, uno de los fundamentos de estas objeciones también podría afectar al verdadero contrato de opción.

Sostuvo la tesis de negar valor a la promesa unilateral don Arturo Alessandri Rodríguez en su memoria titulada "De la compra-venta y la Promesa de Venta". Fue seguido en su tiempo por la jurisprudencia, no obstante que desde su inicio fue rebatido por juristas de tanta importancia como Luis Claro Solar y Leopoldo Urrutia. La doctrina y jurisprudencia actuales tienden a rechazar la tesis del profesor Alessandri y sus seguidores, aceptando la validez de la promesa unilateral.

Los fundamentos básicos de la tesis que niega validez a la estipulación en estudio, en síntesis serían los siguientes:

a) No se cumpliría el requisito de la promesa establecido en el art. 1554 N° 4° del Código Civil, el cual exige que el contrato contenga tal especificación del contrato prometido que sólo falte para que sea perfecto el cumplimiento de solemnidades o la entrega de la cosa. En la promesa unilateral, faltaría la voluntad del beneficiario de celebrar el contrato prometido, pues no quedaría obligado, sólo tendría una opción.

Cabe acotar que esta objeción no alcanzaría al contrato definitivo condicional, para algunos el verdadero contrato de opción, ya que se trata de una figura contractual distinta de la promesa.

La objeción, en todo caso, no la consideramos atendible, pues ella confunde un requisito del contrato prometido, el consentimiento en dicho contrato, con requisitos de la promesa. El consentimiento de las partes debe concurrir en la promesa, como requisito de validez de ésta, pero este acuerdo de voluntades debe versar sobre el contrato que se celebra y no sobre el contrato prometido.

b) El contrato sería nulo por infracción a lo prescrito en el art. 1478 del Código Civil, pues la opción constituiría una obligación meramente potestativa del deudor, que estaría prohibida por la norma legal recién citada. Discrepamos del anterior aserto, dado que el beneficiario no es ni puede ser considerado un deudor del contrato de promesa. La condición meramente potestativa del deudor priva a la obligación de su carácter de tal; por ejemplo: pagaré \$ 100, si quiero. Dicho fenómeno no ocurre en la promesa unilateral, pues en ella el beneficiario no es deudor del contrato de promesa, ni tampoco de su voluntad pende la existencia de su propia obligación. Por el contrario, el beneficiario es el acreedor de la promesa. Las condiciones meramente potestativas que dependen de la voluntad del acreedor valen.

18. Concepto y naturaleza jurídica

Para nosotros, el contrato de promesa unilateral o contrato de opción es una verdadera promesa de celebrar un contrato, regida plenamente por lo dispuesto en el art. 1554 del Código Civil. Por tanto, todos los comentarios y disquisiciones sobre sus requisitos, naturaleza jurídica y caracteres de tal contrato se aplican a éste, al cual sólo concebimos como una modalidad. Sostenemos que el contrato de promesa tiene dos modalidades: la promesa bilateral y la unilateral.

Cabe agregar que muchos de los autores consideran que el contrato de opción es diverso de la promesa unilateral, ya que generaría obligaciones de dar cuando es ejercida la opción y por ello debería ser considerado un contrato atípico. Nosotros, siguiendo la doctrina francesa, no creemos que sea así. Pensamos que si el acto o contrato contiene los requisitos de la esencia del contrato definitivo, y mediante el ejercicio de la opción del beneficiario nace a la vida jurídica el contrato, se trata jurídicamente de un contrato definitivo sujeto a la condición suspensiva meramente potestativa de una de las partes. Afirma nuestra conclusión la circunstancia de que sólo deben considerarse contratos atípicos aquellos que no pueden subsumirse en ninguna figura legal, y en el caso en estudio se cumple con los requisitos del contrato de promesa. Además, consideramos que para acercarse a la certeza jurídica que pretende el Derecho, ella se consigue en mejor medida en contratos típicos reglamentados por el legislador, que en figuras jurídicas atípicas que sólo tienen como normas aplicables lo estipulado por las partes y en subsidio normas generales de contratos y obligaciones.

19. Diferencias con la simple oferta y con el contrato condicional

Las diferencias del contrato de opción o promesa unilateral con la simple oferta son muchas. La oferta importa en nuestro Derecho una declaración unilateral de voluntad, que puede retirarse antes de la aceptación; mientras que la promesa que estamos tratando es un contrato solemne que debe constar por escrito, que no puede ser invalidado sino por el mutuo disenso o causal legal.

Las diferencias con el contrato definitivo condicional inciden fundamentalmente en que la condición, en el contrato definitivo condicional, consiste en una manifestación de voluntad, que debe dar una de las partes, en una época determinada, ratificatoria de

la que ya ha dado en principio y que ya ha sido explicada en el N° 12 de la parte general de esta obra.

Opinamos que las partes son libres para pactar una promesa de contrato unilateral que sólo genere obligaciones de hacer o un contrato condicional susceptible de originar obligaciones de dar. Esto es, creemos que puede estipularse que nazca la obligación de suscribir el contrato prometido cuando una de las partes ejerce la opción que le reconoce la convención; y que también puede pactarse un contrato definitivo condicional ad referendum de una de ellas, que al perfeccionarse por la ratificación, no genera obligaciones de hacer, sino aquellas propias del contrato definitivo, generalmente obligaciones de dar.

Hago presente, además, que la promesa es solemne, debe constar por escrito, y el contrato condicional no, salvo que se trate de bienes raíces o de otros actos en que la ley exija alguna solemnidad.

20. Formularios

En los anexos 1 y 2 de esta obra se contienen formularios tanto de promesa unilateral como del contrato condicional o verdadero contrato de opción para algunos. Cabe hacer notar que, en la práctica, no se usa la terminología jurídica que hemos empleado de contrato condicional, verdadero contrato de opción y/o promesa unilateral. Por ello, en los dos formularios empleamos la terminología usual de contrato de opción, sin que ello signifique pronunciamiento doctrinario, sino importa el propósito de que en los formularios se emplee la praxis en uso.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO II

SOBRE CONTRATO DE PROMESA Y CONTRATOS PREPARATORIOS

ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO: *De la Compra-Venta y de la Promesa de Venta*, tomo II, N° 2113, pág. 1244. Ed. Imprenta y Litografía Barcelona, Santiago, 1918.

DIEZ DUARTE, RAUL: *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Nos 1 a 52, págs. 1 a 53. Imprenta Orozco, Santiago, 1988.

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Derecho Civil*, tomo V, vol. II, N° 1, págs. 15 y 55. Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1964.

GHESTIN, JACQUES: *Traité de Droit Civil*. "Les Obligations", "Le Contract", págs. 178 y siguientes. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1982.

OSSA BULNES, JUAN LUIS: *Derecho de Minería*. "La Opción de Compra Minera", Nos 190 a 195, págs. 228 a 230. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

PLANIOL Y RIPERT: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. "Teoría General de los Contratos", cap. II, pág. 193. Ed. Ardenas, México, 1983.

CAPÍTULO III

EL CIERRE DE NEGOCIO

21. *Origen y utilidad*

El origen de la institución cuyo estudio comenzamos se encuentra en las arras, a las que prácticas de corredores de propiedades chilenos dieron especial fisonomía.

En los negocios que recaen sobre propiedades raíces, la celebración del contrato y la transferencia del bien son solemnes, pues el pacto requiere de escritura pública y la tradición de la cosa, de inscripción del título en el competente registro. Además, debe considerarse adicionalmente, que en muchos casos estas operaciones exigen la intervención de abogados, tanto para el estudio de títulos de la propiedad como para la redacción del contrato.

Por los motivos antes enunciados, normalmente no es posible celebrar el negocio definitivo al momento en que coincide el consentimiento de las partes sobre la cosa, el precio y demás condiciones comerciales.

Pues bien, desde la época que las partes están de acuerdo en las condiciones comerciales, que se acostumbra denominar el cierre del negocio, hasta su concreción mediante la firma de la correspondiente compraventa o promesa de compraventa, corre un tiempo en que cabe la posibilidad de que alguna de las partes se desista del negocio, sea porque encontró una mejor oferta o simplemente porque resuelve retractarse. En la jerga comercial ello se denomina "echarse para atrás". Con la finalidad de al menos dificultar o entrarbar las posibilidades de desistimiento en un negocio cerrado, y también para asegurar el pago de la comisión del corredor, en nuestras costumbres se ha creado el "cierre de negocio", que describiremos en el número siguiente.

22. Descripción del negocio y sus modalidades

Tratándose de una institución creada por la costumbre, muchas veces sin intervención de abogados, el cierre de negocio se presenta en la práctica bajo muchas formas, a veces ambiguas o contradictorias, en que se confunde el pacto de cierre de negocio con el contrato de promesa, o con la cláusula penal o con las arras.

Concebimos el cierre de negocio propiamente tal, diverso del contrato de promesa, como una simple estipulación en que las partes se obligan a pagarse recíprocamente una cantidad de dinero si el negocio no se realiza en un plazo determinado y una de ellas estaba dispuesta a realizarlo. Además, en algunos casos se pretende dar mayor fuerza al cumplimiento de estas obligaciones recíprocas mediante la entrega a un tercero, generalmente el corredor de cheques, letras o pagarés extendidos por una parte en favor de la otra, con instrucciones escritas que las partes le dan a este tercero, de cómo y cuándo debe proceder en cuanto a la entrega de los documentos. El contenido de estas instrucciones consiste, generalmente, en que debe devolver a cada parte su respectivo documento si el negocio se celebra y entregar ambos documentos al contratante diligente, en caso contrario.

Aparte del tipo o clase de documentación, constituyen modalidades de la operación, entre otras, las siguientes:

a) Calidad del tercero que recibe el documento

Una de las modalidades de esta figura jurídica la constituye la calidad que tenga el tercero que recibe los documentos. Puede ser un mero depositario que se encuentre obligado a entregarlos a la parte cumplidora, si no se celebra el negocio, o deba devolver a ambos su respectivo documento, en caso contrario. Esta es la modalidad más habitual. Sin embargo, en algunas ocasiones se acostumbra designar un árbitro arbitrador para que resuelva sobre la procedencia de la entrega de documentos.

Las diferencias entre las dos modalidades en examen tienen trascendencia. Si se le da al tercero sólo la calidad de depositario, las partes le otorgan una posibilidad mínima de deliberación para resolver sobre la procedencia de las entregas. Sólo debe constatar hechos materiales simples para actuar, tales como la falta de la firma de alguna de las partes en una escritura dentro de un plazo y en una notaría determinada. Por ello, para que opere sin problemas esta modalidad, se requiere de instrucciones simples que consistan en la constatación de meros hechos materiales. Si el tercero,

denominado depositario, debe evaluar aspectos legales de cumplimiento, mora o imputabilidad, se transforma en un verdadero árbitro.

Si al tercero, implícita o explícitamente, se le da carácter de árbitro o juez, cabrá aplicar las disposiciones legales del compromiso y arbitraje. De acuerdo a estas normas deberá aceptar el cargo, y si no lo acepta y no existe la posibilidad de sustituirlo, la cláusula y el contrato mismo quedarán sin valor. Si no se le da al árbitro el carácter de arbitrador, el cargo debe ser ejercido por un abogado y en todo caso deberá resolver el asunto de acuerdo a las normas que regulan el juicio arbitral, como árbitro de derecho.

La adecuada elección por las partes de una u otra modalidad, en nuestra opinión, depende de la naturaleza que quiera darse a las condiciones pactadas para hacer exigibles las obligaciones recíprocas. Si se estima que ellas deban requerir de culpa o incumplimiento imputable a alguna de las partes para hacer exigibles los pagos pactados, pareciera más aconsejable la designación de árbitro.

Debe acotarse que la designación de depositario importa mayor rapidez en la entrega de documentos, a veces en perjuicio de la justicia; y que, a la inversa, la designación de árbitro significa muchas veces mayor justicia, en perjuicio de la rapidez.

b) Condición usual sobre títulos del inmueble

Es usual pactar como condición suspensiva del cierre de negocio, referido a bienes raíces, que los títulos del inmueble sean aprobados o no objetados por el abogado del futuro comprador, y para el evento de existir objeción legal no solventada, se estipule que no procede pago alguno, sino la devolución de los documentos.

Otros pactos contenidos en cierre de negocios consisten en estipular, a título de condición suspensiva, que los títulos del inmueble sean aprobados por el banco que financiará al adquirente y someter a arbitraje las disputas sobre objeciones a los títulos. Aun ha habido ocasiones en que el futuro vendedor se responsabiliza de la validez de los títulos, en forma tal que, en caso de objeciones de ellos, se hace exigible en su contra el pago de la prestación convenida.

c) Otras modalidades

El cierre de negocio, al igual que cualquier acto jurídico, es susceptible de modalidades. Por ello, a veces se pactan condiciones suspensivas o resolutorias del mismo. Ellas pueden versar sobre aspectos esenciales para las partes, como la fecha de entrega material deso-

cupada de la propiedad, otorgamiento de permisos de edificación u otros.

23. Problemas sobre validez

Pensamos que son dos los problemas jurídicos sobre validez que plantea el cierre de negocio.

El empleo frecuente del cheque como medio de caucionar o garantizar el pago de las prestaciones convenidas es objetable, dado que la más reciente jurisprudencia de los tribunales tiende a negar valor al cheque girado en garantía, o sea, para caucionar el pago de obligaciones. Tienen tal carácter los cheques que se entregan en un cierre de negocio. La dilucidación de este problema excede los límites de este texto. Sin embargo, creemos pertinente anotar, sin ánimo de profundizar, que en nuestra opinión el cheque, aun en estos casos, tiene validez como título-valor, sin perjuicio de que no se configure el delito de giro doloso de cheques. Estimamos que en este caso no hay dolo por parte del girador, ya que no hay engaño en cuanto a que el cheque en garantía tenga fondos al momento de su emisión o de su cobro.

El otro problema sobre eficacia del cierre de negocio incide en si puede ser considerado un contrato de promesa nulo, merecedor de la sanción establecida en el inc. 1° del art. 1554 del Código Civil, de no producir obligación alguna.

Sobre este particular pensamos que si la intención de las partes, claramente manifestada, fue que ellas quedaran obligadas recíprocamente a pagarse una cantidad de dinero, si por voluntad de alguna de ellas o por el acaso no se llega a perfeccionar un negocio lícito en un plazo determinado, nos parece que tal estipulación se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico, dentro de la amplia libertad contractual que reconoce nuestro Derecho. Además, esta forma de contratación está consagrada por la costumbre, que suplente el silencio de la ley, de acuerdo a lo que determina el art. 4° del Código de Comercio.

Si la intención de las partes consiste en crear las obligaciones de celebrar el contrato definitivo, esto es obligaciones de hacer, habría contrato de promesa, que debe ajustarse a las disposiciones legales pertinentes.

Mayores problemas presentan aquellas convenciones que hemos denominado "híbridas", en que se confunden cierre de negocio y promesa; contentiéndose estipulaciones de ambas figuras jurídicas. Nos parece que en estos casos lo primero que cabe hacer es analizar el documento para interpretarlo en su genuino sentido,

de conformidad a las reglas legales, que obligan a estarse más al espíritu o intención de las partes que a lo literal de las palabras. La investigación deberá centrarse en si el efecto querido por las partes es obtener el pago recíproco de prestaciones de dinero, si ocurre el evento de no celebración del negocio; o si, por el contrario, la intención de ellas consiste en obligarse a la celebración del contrato definitivo. Afirmamos que en el primer caso se trata de un cierre de negocio; en el segundo, el acto será una promesa.

24. Concepto y elementos

De acuerdo a lo expuesto, para nosotros el cierre de negocio es un acto en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a pagar-se cierta cantidad de dinero, si no se celebra un negocio en una época determinada, y una de las partes está dispuesta a ejecutarlo.

De lo expuesto se deduce que serían elementos necesarios del cierre de negocio:

- Que el objeto de las obligaciones recíprocas de las partes sea el pago de una determinada cantidad de dinero y no la celebración de un contrato. En el cierre de negocio deben pactarse obligaciones pecuniarias recíprocas condicionales de dar y no obligaciones de hacer;
- Que la condición de que penda el nacimiento de la obligación recíproca de pagar consista en la no celebración, en una época prevista, de un determinado negocio, sea por causa imputable a la otra parte o por caso fortuito, si así se estipula expresamente. La época de celebración del negocio puede establecerse mediante una condición o un plazo;
- También se requiere que una de las partes esté dispuesta a la celebración del negocio, pues si ambas no quieren o no pueden celebrarlo, no corresponde que ninguna de ellas cobre a la otra la suma estipulada.

La entrega de documentos y el nombramiento de depositario o árbitro que se acostumbre pactar y que le da, en la práctica, mayor fuerza coercitiva a la estipulación, jurídicamente no son indispensables, pues es concebible la celebración del cierre de negocio sin tales elementos.

25. *Efectos*

La celebración del negocio en estudio origina para las partes obligaciones condicionales recíprocas de dar o pagar una cantidad de dinero.

La condición de la que pende la exigibilidad de estas obligaciones consiste en una condición potestativa emanada de un hecho negativo: que no se realice un negocio entre las mismas partes en cierto lapso estando una parte dispuesta a ello y la otra no. También puede pactarse que sólo proceda el pago a la parte diligente, si no pudo realizarse el negocio por causa imputable a la otra parte. Puede además convenirse que proceda el pago en el evento que el negocio no se realice por caso fortuito o fuerza mayor, cuyo riesgo las partes pueden asumir, de acuerdo a las reglas generales.

Debe acotarse que, en razón de que los contratos normalmente se cumplen, el cierre de negocio en la mayoría de los casos sólo generará las prestaciones de devolución de documentos. Se trata, entonces, de una institución que en muchas ocasiones actúa por presencia. Por el hecho de convenirse, se transforma en un factor favorable al cumplimiento de lo pactado.

26. *Naturaleza jurídica y caracteres*

Indudablemente, el cierre de negocio es una figura atípica. Aunque normalmente se celebra por escrito, puede ser consensual, pero en materia civil existe la limitación en cuanto a prueba de testigos que establecen los arts. 1708 y 1709 del Código Civil.

Es un contrato principal y no accesorio, pues su existencia no depende de otro acto jurídico.

Es puro y simple, no obstante que las obligaciones que de él emanan están sujetas a modalidades.

Es un contrato bilateral, pues genera obligaciones para ambas partes.

El contrato es oneroso, pues se celebra en beneficio de las dos partes, gravándose cada una en beneficio de la otra.

También puede considerarse contrato conmutativo, pues las prestaciones se estiman como equivalentes.

Además, es un contrato preparatorio, en un sentido económico, pues propende, aunque sea en forma indirecta, a la celebración del negocio definitivo.

27. *Diferencias con instituciones afines*

La estipulación de una cláusula penal constituye un pacto accesorio de obligaciones derivadas de un contrato principal. El cierre de negocio se diferencia de la cláusula penal por ser un contrato principal, que versa sobre obligaciones de pago recíproco en las condiciones convenidas.

En el caso de pactarse una cláusula penal compensatoria del cumplimiento de una obligación principal de carácter facultativo para una de las partes, también existe diferencia entre la cláusula penal y el cierre de negocio, pues en este último bajo ningún concepto puede establecerse la existencia de una obligación principal consistente en el derecho a exigir la celebración de un contrato definitivo, so pena de desnaturalizarse.

Se diferencia el cierre de negocio del contrato de promesa porque no genera obligaciones de hacer, las de suscribir el contrato definitivo, aunque sea después de cumplida una condición.

Diffiere del contrato definitivo sujeto a condición, por el mismo motivo; el cierre de negocio sólo puede originar una obligación de pagar una suma de dinero y no la de exigir las obligaciones del contrato definitivo.

No constituye el cierre de negocio dación de arras, sean civiles o comerciales, porque no hay entrega de cosas. Las arras tienen siempre el carácter de reales y la entrega que importa la dación de arras debe consistir en cosas. La celebración del cierre de negocio, por el contrario, sólo genera el nacimiento de obligaciones condicionales. Además, las arras se entregan por una parte a otra. Quien recibe las arras contrae la obligación de restituirlas dobladas, lo que no ocurre en el cierre de negocio, en que ambas partes adquieren obligaciones recíprocas de pago.

Además, el instituto en estudio también se diferencia de las arras porque no constituye una caución o garantía de una obligación principal, por su carácter de contrato principal. El cierre de negocio, a diferencia de las arras civiles, tampoco importa un reconocimiento directo del derecho a retracto en la celebración de un contrato, aunque de hecho quien paga la obligación recíproca no queda obligado a celebrar contrato definitivo alguno.

28. *Formularios*

Ellos aparecen en los anexos 3 y 4 de esta obra. El anexo 3 contiene un típico cierre de negocio. El formulario 4, a su vez, es un

documento en que se confunden cierre de negocio y promesa, que se inserta para su análisis crítico.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO III

SOBRE SITUACIONES AFINES AL CIERRE DE NEGOCIO

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Derecho Civil*, tomo V, vol. II, N° 18, pág. 31. Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1964.

GHESTIN, JACQUES: *Traité de Droit Civil*. "Les Obligations", "Le Contract", Ed. L.G.S.J., Paris, 1980. Les accords en principe, N° 241, págs. 189 y siguientes.

MESSINEO, FRANCISCO: *Doctrina General del Contrato*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1986. "El Contrato preliminar", Págs. 253 y siguientes.

CAPÍTULO IV

LA COMISION

29. *Materia a tratar*

No pretendemos estudiar en detalle el frondoso articulado sobre la comisión, contenida en los arts. 238 a 324 del Código de Comercio.

Obramos así porque gran parte de tan nutrida reglamentación contiene, más que normas jurídicas, reglas o consejos de prudencia o buen sentido comercial. Además, muchas de ellas han quedado obsoletas. En efecto, el origen de las normas sobre comisión de nuestro Código de Comercio se encuentra en el Código de Comercio español. Dicho Código y el nuestro, en cuanto reproduce su normativa, pretendieron consagrar en su articulado, en muchos casos, costumbres y situaciones que las prácticas chilenas no han conocido, ni conocerán, pues se trata de costumbres de los siglos XVIII y XIX, ya en desuso.

Sostenemos, por los fundamentos anteriores, que no es útil, ni teórica ni prácticamente, estudiar en forma pormenorizada el articulado íntegro sobre la comisión contenida en el Código de Comercio.

Sobre la comisión examinaremos los grandes principios que la inspiran, lo que haremos al analizar su concepto y las diferencias básicas que presenta respecto del mandato civil.

La materia central de este capítulo se referirá a los negocios o actos complejos que han generado las prácticas modernas, aprovechando de alguna manera la comisión mercantil.

30. *Concepto*

De acuerdo con lo prescrito en los arts. 233, 235 y 239 del Código de Comercio, la comisión mercantil es un contrato por el cual una

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA

COLECCIÓN DE TRATADOS

Comité:

Director: Dr. Alejandro Vergara Blanco.

Dr. Eduardo Aldunate Lizana

Dr. Javier Barrientos Grandón

Dr. Hernán Corral Talciani

Dr. Jean Pierre Matus Acuña

Dr. Alejandro Romero Seguel

LOS CONTRATOS
PARTE GENERAL

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA POR
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

A. Los tratos preliminares

Durante la fase precontractual, que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra. Durante la fase de las "trativas", cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y a las prestaciones que el contrato proyectado haría nacer.⁶⁵³ Los actos e informaciones encaminados a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad.⁶⁵⁴

La información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no se incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según los casos. En relación al objeto, en el seguro contra el incendio es preciso informar fielmente sobre la naturaleza de los materiales de que se compone la cosa asegurada; si se trata de un vehículo asegurado contra robo, será vital conocer por el asegurador si se guarda cotidianamente en una cochera particular o pública; o bien, si queda a la intemperie durante las noches.

Cierto que la violación de algunos de los deberes susodichos puede configurar dolo en la conclusión del contrato, siendo entonces aplicable el artículo 1458 del Código Civil, ya sea en cuanto permite la anulabilidad o rescisión del contrato

(inciso 1º) o en cuanto autoriza una acción indemnizatoria (inciso 2º).⁶⁵⁵ Pero la riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad de concluir que, aun sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remedarse lo hecho a través de una indemnización por culpa *in contrahendo*. Vinculándose de consiguiente esta materia al tema de la responsabilidad civil precontractual.⁶⁵⁶

Hay muchos otros deberes precontractuales que pueden hacerse depender de la buena fe objetiva.⁶⁵⁷ Así, el deber de interrumpir las "trativas", que incumbe a quien advierta que no está en situación de concluir un contrato válido. Así, el deber de guardar los secretos conocidos a raíz de las negociaciones preliminares. La buena fe impone reserva respecto a las informaciones adquiridas en torno al estado de los negocios del otro, a sus proyectos comerciales y a los demás aspectos de su actividad cuya divulgación pudiere causarle perjuicio.

La libertad de contratar o de no contratar, que perdura durante los tratos preliminares, no autoriza para convertirla en motivo de traiciones. Violarla grave-

⁶⁵³ Explican los DOMÍNGUEZ la independencia de las dos acciones contempladas en nuestro artículo 1448 y que incluso si el dolo es principal y determinante procede la acción indemnizatoria (aunque no se le atribuya la nulidad) (cf. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, en "Comentarios de Jurisprudencia", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 1997, p. 217).

Así así ocurrió en el caso resuelto por la Corte Suprema en fallo de 27 de julio de 2007. En una compraventa se estipuló que las partes conocían el estado del automóvil objeto del contrato, y que el comprador renunciaba a las acciones de saneamiento. Las fallas del vehículo hicieron que el comprador demandase al vendedor. La Corte Suprema señaló que "el artículo 1465 del Código Civil dispone la nulidad del dolo futuro no vale, respecto de la cual se ha dicho que se trata de una disposición prohibitiva y, en consecuencia, su sanción es la nulidad absoluta, la sanción se produce por ser contraria a la buena fe que debe regir en materia contractual" (c. 6). Desconoció así el valor de la cláusula y admitió la demanda en contra del vendedor (fol 6658/2005, *PuntoLey*).

⁶⁵⁴ Continúa la nota ⁶⁵³ esto es, desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución del mismo, hasta las relaciones posteriores al término del contrato, inclusive. La buena fe exige, pues, que al momento de negociar el contrato, las partes hablen claro (como dice el profesor López Santa María), lo que implica que se abstengan de hacer afirmaciones inexactas o de guardar silencio sobre aspectos que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato. La expectativa es que, en cada etapa, los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad" (c. 6) (fol 3073/2003, *PuntoLey*).

⁶⁵⁵ Sobre el particular, ELORRAGA DE BONTIS, Fabián, "Responsabilidad precontractual", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2, 2003, pp. 165 y ss.

⁶⁵⁶ En la sentencia de 29 de enero de 1965 del Tribunal Supremo español, antes mencionada, respecto a la nulidad de la buena fe objetiva en las negociaciones preliminares se afirma que ello ocurre "cuando con finalidad de obtener un provecho, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se en contra las otras partes se realiza un acto contrario a una buena fe internacionalmente

⁶⁵⁷ Sobre la responsabilidad civil o indemnización de los perjuicios causados a propósito de la formación del consentimiento ABELLAS, *Los obligados* cit., p. 763; ALVALA-ABELLO, Manuel, *Derecho Civil*, t. 2, vol. I, Bosch, 9ª ed., Barcelona, 1994, pp. 365 a 367; BRENNIN, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, La Roca, Buenos Aires 1987, pp. 88 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, etc. vol. II, p. 81; DI CECI, Jacopo, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2, L.C.D.J., París, 1988, p. 251; GOLDBERG, Isidro, *Indemnización por daños y perjuicios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 162 y 163; LARROUQUET, Christian, *Droit Civil*, t. 3, Economica, París, 1990, pp. 221 y 222; LASKER, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. 3, Marcial de Chile, Santiago, 2003, p. 76; RIVERA, Manuel, *De las obligaciones precontractuales*, memoria, Universidad Valparaíso, 1979; SCHMIDT, Juana, "La sanción de la fase precontractual", en *Revista Iberoamericana de Derecho Civil*, (1974), t. 72; SAWERA, *Tonin del consentimiento*, cit., pp. 267 y ss.; SCHULTZ, Rubén y SCHULTZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. 7, pp. 17 y ss.

mente la buena fe precontractual quien se hiciere mostrar o ilustrar en cuanto a patentes de invención o a modelos industriales de una persona dada, en vista a una posible contratación con pago de *royalties* o regalías, y, luego de abandonar los tratos, sacara provecho de las ideas recibidas.

B. La celebración del contrato

Los deberes precontractuales subsisten en el instante de la conclusión del contrato. Otras interesantes consecuencias prácticas pueden colegirse de la necesidad jurídica de celebrar los contratos conforme a la normativa de la buena fe.

Así, por ejemplo, y es lo que prescribe el artículo 1338 del Código Civil italiano, la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causal de invalidez del contrato, no la ha informado a la otra, debe resarcir el daño sufrido por esta última al confiar, sin culpa suya, en la validez del acto.

Por otra parte, si bien conforme al artículo 1815 del Código Civil chileno la venta de cosa ajena es válida, las indemnizaciones a que tiene derecho el comprador *a non domino*, en caso de ser evicta la cosa, bien podría vincularse con la buena fe objetiva.

Frente a la pacata concepción actual de la lesión enorme en Chile, que apenas opera en siete estrechos casos y que no permite anular —a diferencia de lo que acontece en el Derecho comparado— contratos a través de los cuales una de las partes hubiese explorado el estado de necesidad o la inexperiencia de la otra, obteniendo ventajas patrimoniales desproporcionadas e ilegítimas; cuanto menos estas abyectas situaciones de hecho podrían ser sancionadas en tanto vulneratorias del deber de rectitud y lealtad contractuales que la buena fe impone, otorgando una indemnización al afectado.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ En Chile solamente se admite el vicio de lesión enorme en la compraventa y permuta civil de inmuebles (arts. 1888 y 1900 CC), aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234 CC), cláusula penal (art. 1544 CC), partición (art. 1348 CC), mutuo con interés (art. 2206 CC) y anticresis (art. 2443 CC). En este sentido ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 23 de abril de 2009, que "se debe concluir que el negocio jurídico de que da cuenta la escritura pública ya referida no es un contrato de compraventa, sino una transacción celebrada con la finalidad de solucionar diferencias surgidas entre las partes y dentro de las concesiones recíprocas acordadas estaba la transferencia del dominio del inmueble a que se hace referencia, por lo cual se desestimará la acción interpuesta" y "que, finalmente, se debe tener presente que la institución de la lesión enorme en nuestro sistema jurídico, es de carácter casuístico y objetivo. Es decir, sólo recibe aplicación en los casos expresamente previstos por el legislador, y siempre, cuando se satisfagan sus condiciones objetivas de procedencia, siendo claramente improcedente en estos autos" (c. 5 y 6) (rol 6513/2007, *PuntoLex*).

Vale decir, que la buena fe impone cierto equilibrio mínimo a las utilidades características del contrato conmutativo. También impone el deber de redactar la convención con un mínimo de precisión.

C. El cumplimiento o incumplimiento del contrato

Respecto a la fase de ejecución de los contratos, desde luego la responsabilidad civil por incumplimiento, a la luz del artículo 1558 del Código Civil, es más amplia si la incorrección o deslealtad del deudor llega a ser constitutiva de dolo, pues entonces alcanza no sólo a los perjuicios previstos, sino que también a los imprevistos. Pero esto no es novedad.

En cambio, sobre la base del artículo 1546 del Código, bien podrían alcanzarse progresos explicativos y, sobre todo, novedades normativas de la mayor importancia práctica.⁶⁵⁹

Entre las instituciones legales o jurisprudenciales ya vigentes, la buena fe contractual podría servir de argumento complementario, por ejemplo, a la excepción de contrato no cumplido y a la reajustabilidad de las indemnizaciones por la mora en el pago de una obligación dineraria de origen contractual.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 12 de noviembre de 2007, señaló que "conforme lo dispone el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, lo que exige un cumplimiento adecuado y cabal de las obligaciones asumidas". De acuerdo a lo antes razonado, cabe concluir que la demandada ha incumplido su obligación de hacer al entregar los departamentos "en forma defectuosa o imperfecta, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1556 del mismo cuerpo legal genera la obligación de indemnizar los daños causados como consecuencia de su infracción contractual, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de la constructora del edificio" (c. 10) (rol 5757/2002, *PuntoLex*).

También la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de julio de 2009, señaló que dado el largo tiempo por el cual se extendieron los negocios entre las partes, el modo como éste operó, y "habida cuenta que, como reza el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, cabe concluir que aún en el evento de haber existido alguna irregularidad, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1449 y 1450 del mismo cuerpo legal, aplicables en la especie, ella se ha subsumido por la ratificación tácita del demandante, el cual, sólo ex post, constatada la apropiación indebida en que incurrió su dependiente, ha pretendido desconocer las numerosas operaciones efectuadas por éste a su nombre, no siendo procedente, a juicio de esta Corte, que pretenda que se atribuya responsabilidad por los perjuicios causados por un dependiente de comercio al contratante que ejecutó de buena fe el contrato habido entre ambas empresas" (rol 5036/2007, *PuntoLex*).

⁶⁶⁰ Aplicando la regla del artículo 1546 del Código Civil, en el sentido que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, resolvería la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de julio de 2009, que "habida cuenta que, como reza el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, cabe concluir que aún en el evento de haber existido alguna irregularidad, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1449 y 1450 del mismo cuerpo legal, aplicables en la especie, ella se ha subsumido por la ratificación tácita del demandante, el cual, sólo ex post, constatada la apropiación indebida en que incurrió su dependiente, ha pretendido desconocer las numerosas operaciones efectuadas por éste a su nombre, no siendo procedente, a juicio de esta Corte, que pretenda que se atribuya responsabilidad por los perjuicios causados por un dependiente de comercio al contratante que ejecutó de buena fe el contrato habido entre ambas empresas" (rol 5036/2007, *PuntoLex*).

Como novedades normativas posibles, descables y susceptibles de derivarse de la buena fe, cabe mencionar a título ejemplar:

- a) La ejecución de buena fe de las convenciones es un principio general del orden público internacional;⁶⁶¹
- b) Desestimación de la demanda de resolución de un contrato fundada en un incumplimiento parcial de poca monta.⁶⁶² Y rechazo de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.⁶⁶³
- c) Desestimación de la demanda indemnizatoria por incumplimiento de un contrato, cuando la aplicación de la buena fe tipificara una causal de inexigibilidad. Por ejemplo, respecto al artista que no se presentó al espectáculo público a que se había comprometido, en razón del fallecimiento o enfermedad grave de un familiar cercano;⁶⁶⁴
- d) Admisión de la tesis del profesor Fernando Fueyo, según la cual a los requisitos legales del pago: ejecución literal e integridad (artículos 1569 y 1591), hay que añadir la buena fe del *solvens* y del *accipiens*.⁶⁶⁵
- e) Admisión por los tribunales, haciéndose eco del sentir doctrinario, de la posibilidad de revisar los contratos en ciertos casos de excesiva onerosidad sobrevenida.⁶⁶⁶

Continuación nota 660

desgravamen, no cuidó de indicarle al asegurado los términos del mismo, fundamentalmente, de la obligación de comunicar al Banco o a la compañía de seguros, dentro del término de 60 días corridos desde que el Banco tomó conocimiento y, en todo caso, dentro del plazo de 180 días corridos desde la fecha del fallecimiento del deudor, para que así operara el seguro de desgravamen. El mínimo de diligencia exigible al mandatario es comunicar a su mandante los términos del contrato suscito en su nombre y representación o, al menos, la forma y oportunidad de comunicar el siniestro, para así lograr el cumplimiento del mismo" (c. 13) (rol 203/2008, *Puntolex*).

⁶⁶¹ Así se ha resuelto muchas veces en materia de nulidad del laudo en el arbitraje internacional (cf. PONTICIAO, Philippe; GALLIAKO, Emmanuel y GARDIAN, Bernhard, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, París, 1996, p. 976).

⁶⁶² Cfr. artículos 1455, 1525 y 1564 del Código italiano de 1942. Sobre la jurisprudencia española SANTOS BUAZ, *Fundamentos...*, cit., p. 570. V. infra 92.

⁶⁶³ Así se llama a la excepción de contrato no cumplido opuesta por el demandado, sobre la base de que el demandante ha dejado sin cumplir una parte mínima o insignificante de sus obligaciones. A la luz del artículo 1460.1 del Código Civil italiano, esta excepción es contraria a la buena fe y, por lo tanto, debe ser declarada sin lugar por el juez. En igual sentido, el artículo 320 del B.C.D. V. infra 91.

⁶⁶⁴ SANTOS BUAZ, *Fundamentos...*, cit., p. 571.

⁶⁶⁵ Cfr. FUEYO LANSER, Fernando, "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", en *RDJ*, 55, primera parte, pp. 95 y 155.

f) Morigeración, cuanto menos, y mientras siga vigente el artículo 1560 del Código Civil, del sistema subjetivista de interpretación de los contratos, tan plagado de ficciones;⁶⁶⁷

g) Consagración de la doctrina del *estoppel*, que en ciertos casos impide a un contratante contradecir su conducta pasada (*venire contra factum proprium non valet*).⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Habría sido examinar en este lugar las proyecciones de la buena fe objetiva en la interpretación del contrato, estado del fier contractual distinto al del cumplimiento. Pero, a fin de evitar repeticiones, es preferible remitirse a la cuarta parte de este libro. Con todo, mencioné la sentencia alemana de 29 de junio de 1927, la que es ilustrativa del alcance de la interpretación de buena fe del contrato, citada por LARNA, Francisco, *Derecho Comercial Marítimo*, c. 2, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, p. 106 y nota 3. El listo para recibir la carga el 30 de diciembre a mediodía, el fletador o cargador podría rescindir el contrato. El buque estuvo dispuesto el día convenido, pero a mediodía y 20 minutos según el armador, y entre las 12.30 y las 13.00 horas según el fletador, quien invocando la cláusula estipulada, declaró que rescindía el contrato y reclamó el pago de los 213 del flete, como falso flete. El tribunal de Stettin accedió a la pretensión. Apelada la sentencia ante el tribunal del imperio alemán, éste anuló las decisiones anteriores, declarando que cuando el buque se encuentra listo para la carga media hora después de lo estipulado, el fletador no puede rescindir el contrato a causa de este retraso, pues una interpretación tan rigurosa está en oposición con la buena fe que debe siempre presidir la interpretación de los convenios entre las partes, y es más probable que el invocar esta cláusula sea solamente un pretexto por su parte.

⁶⁶⁸ Cfr. EKBAHL, *La doctrina...*, cit. Sobre la doctrina de los actos propios: ALTERINI, Attilio y LÓPEZ AYLIO y LÓPEZ CABAÑA, Roberto, "La virtualidad de los actos propios en el Derecho argentino", *La Ley*, c. 1984-A; ALTERINI, *responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988; AVADRO, José, "La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española", *La Ley*, 1984, vol. A, pp. 519 y ss.; ARVZ LÓPEZ, Joaquín, "Renta vitalicia. Donación remunerativa. Forma de aceptación. Doctrina de los actos propios", en *Cuadernos Cívicos de Jurisprudencia Civil*, 14, 1987; BARRERA, Eduardo, "Contrato. Vicios reprobatorios y reparación de daños pp. 581 y ss.; BENCOS, Eduardo, "Doctrina de los actos propios y contrato de seguro", *La Ley*, 1994, vol. B, pp. 1182 y ss.; BLANCA, Enrique e IBAÑEZ, Héctor, "El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*", en *El Derecho*, c. 106, pp. 858 y ss.; BLASCO GARCÍA, Francisco, "Forma en el testamento, nulidad por defecto de forma y doctrina de los actos propios. Comentario a la Bona, Guillermo, *Teoría de los actos propios*, Buenos Aires, 1987; CLARO CASADO, Fernando, "Estado *factum* público, 178, 1985; COMAS-FUENTES DE CASO, Rubén, "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de voluntad", en *La Ley*, 1985, vol. A, pp. 1003 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "La máxima *nemo auditur in iurisperit*", en *Estudios de Derecho Civil en honor a Cástulo Jobero*, c. 1, Irapuato, 1969; FERRAZZINI, Santiago, 1985; FUEYO LANSER, Fernando, "La doctrina de los actos propios. (*Venire contra factum proprium non valet*). (No puede usarse válidamente contra actos propios)", en *Instituciones de Derecho Civil Modernas*, Santiago, 1980, v. 1...

Continuación nota 668

luis, "Teoría de los actos propios y renuncia tácita", en *La Ley*, 1983-D; MORELLO, Augusto, "La teoría del acto propio", en *Dispositiva del contrato*, La Plata, Argentina, 1985; MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Rubén, "La doctrina del acto propio", en *La Ley*, 1984; NAVARINE, Susana, *La doctrina de los actos propios: su aplicabilidad en el Derecho tributario*, Buenos Aires, 1987; PIZZA DE LUNA, Isabel, "La doctrina de los actos propios y su aplicación en las legislaciones modernas", en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Cantare, Montevideo*, 1957; PUIG BRUTAU, José, *Estudio de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951 y REVORA BURGADA, José, "Principio de los actos propios en materia fiscal", *Revista de la Administración Pública*, Madrid, 1951.

Recientemente ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 13 de mayo de 2008, que el principio de los actos propios, *venire contra proprium solum nulli contrahitur*, "constituye un principio general del derecho que, evidentemente, informa todo nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, como se ha dicho por esta Corte y por la Excmo. Corte Suprema de Justicia, tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el referido artículo 1546 del Código Civil. Son requisitos de procedencia de esta teoría: a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar, este principio; b) una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica" (c. 5) (rol 5958/2006, *PuntoLex*).

Otra aplicación judicial del principio está en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, de 8 de junio de 2007, que desestimó la defensa de una empresa que alegaba la inoponibilidad de ciertos créditos al haber sido aceptadas las cesiones solamente por el contador general de la empresa, en circunstancias que esa era la forma habitual en la que se verificaban las acepciones anteriores. Según la Corte, "el principio de buena fe que rige las actuaciones de las partes en materia de contratación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, todo lo cual obliga a mantener una conducta leal y coherente, apreciándose que con el planteamiento formulado por la demandada se perjudica claramente la posición jurídica del actor, cuya buena fe en la materialización de las cesiones no ha sido cuestionada, y por el contrario, aparece avalada por las distintas actuaciones que en situaciones similares efectuara un agente de la empresa deudora", al aceptar a nombre de la empresa las cesiones de créditos que recaían sobre facturas emitidas por el contratista (rol 863/2005, *PuntoLex*).

También aplicando esta regla, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 18 de octubre de 2007, señaló que "una reflexión especial merece el número de contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes durante aproximadamente diez años y que denotan la voluntad definida y persistente de éstas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, lo que permite, como lo ha dicho el Tribunal Supremo, recurrir a la denominada teoría de los Actos Propios, basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos anteriores que expresan la voluntad del sujeto y definen su posición jurídica en una materia determinada y que se funda, en último término, en el principio más general de la buena fe, la que, ciertamente, tiene plena cabida en el ámbito laboral de que se trata, pues como reiteradamente lo ha decidido esta Corte, la legislación laboral no puede considerarse en forma aislada del ordenamiento jurídico general, que regula las vinculaciones que generan los sujetos del derecho y que, en el caso, se ha traducido en la aceptación por parte del demandante de la existencia de una relación de naturaleza civil con sus respectivas consecuencias, durante más de quince años, sin haber formulado reclamo alguno en tal sentido (Corte Suprema 20 de diciembre de 2006, rol 2450/05, *PuntoLex*). Y agrega nuestro Máximo Tribunal que conforme a lo anotado precedentemente, resulta claro que se ha quebrantado también el artículo 1546 del Código Civil, norma en la cual se establece el principio de la buena fe contractual, la que debe primar en la ejecución de los contratos, por cuanto, no obstante que el actor definió su posición

h) Obligación del acreedor de la indemnización por incumplimiento del contrato de mitigar o minimizar los daños⁶⁶⁹, y

i) El imperativo ético que le asiste a cada una de las partes del contrato de no realizar actividades paralelas a la relación contractual que causen perjuicio a la contraparte.⁶⁷⁰

j) El acogimiento de la doctrina de la apariencia, según la cual la parte contractual que con sus actuaciones permanentes genera en la otra ciertas convicciones acerca de la realidad de las cosas, debe hacerse responsable por ello a pesar de que la apariencia no corresponda exactamente con la realidad material o jurídica.⁶⁷¹

Respecto a las proyecciones de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, la Corte Suprema en fallo de 14 de marzo de 1973, el que pone de relieve

⁶⁶⁹ Véase LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado", en *Los contratos en el Derecho Primado*, Ed. Legis, 2005, pp. 325 y ss. y DOMÍNGUEZ ACUÑA, Ramón, "Notas sobre el deber de indemnizar el daño", en *Revista Chilena de Derecho Primado*, 5, pp. 73 y ss.

⁶⁷⁰ El artículo 404.4º CCCom. prohíbe a los socios explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin el consentimiento de todos los socios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 11 de enero de 2005, aplicando este principio, resolvió que, si el trabajador cumplía funciones de gerente de la división de electrónicos de consumo, y no obstante éstas, desarrolló actuaciones de índole comercial al asociarse con su subalterno para desarrollar actividades comerciales de las mismas características de aquellas que debía ejecutar por cuenta del empleador, mediante la constitución de algunas sociedades, llegando incluso a operar con éste a través de un tercero, incurrió en la causal de despido por incumplimiento grave de sus obligaciones. Por este motivo, no hay despido injustificado, aunque tales hechos no hayan sido previstos por las partes en el contrato de trabajo, tanto porque no corresponde a las partes establecer anticipadamente motivos de exoneración con efecto mutitante, atendido que ésta es materia de orden público, cuanto porque no puede menos que reconocerse que en toda relación entre personas y partes existen siempre exigencias éticas no expresadas pero que son de su esencia y que cuando no son cumplidas hacen imposible la sobrevivencia del lazo (c. 1 y 2). La Corte Suprema desestimó la casación en fallo de fecha 30 de octubre de 2005 (rol 860/05, *PuntoLex*).

⁶⁷¹ En aplicación de esta doctrina la Corte Suprema resolvió el 23 de noviembre de 2009, que "como ha señalado anteriormente esta Corte, en las manifestaciones de la vida jurídica, al igual que en otros dominios, no siempre la realidad concuerda con las apariencias. Frente a la dualidad de apariencia y realidad surge el deseo de proteger a los terceros". "Las apariencias merecen fe, por cuanto resulta difícil precisar si ellas corresponden o no a la realidad. Es así que cuando el interés de los terceros de buena fe lo hace necesario, los jueces no deben considerar totalmente ineficaz un acto ejecutado por quien se ha comportado como titular verdadero del derecho y lo hace oponible al titular real". "En consecuencia, la apariencia de personalidad, de titularidad o de legitimación equivale a la personalidad, titularidad o legitimación mismas. Existen, por consiguiente, situaciones por las cuales quienes han confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada ante una apariencia determinada, y se han comportado de acuerdo con tal

cómo las orroras insospechadas consecuencias de la buena fe también comienzan a hacerse realidad en nuestro país.⁶⁷²

Se trató, en la especie, de una demanda de indemnización de perjuicios contra un vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar el microbús vendido. Si bien se había hecho la tradición del vehículo, los tribunales del fondo estimaron incumplida la obligación de entregar, por cuanto el vendedor no había pagado los impuestos que adeudaba al Fisco, lo que impidió al comprador obtener el certificado de término de giro y la autorización administrativa para lograr trabajar el microbús en la locomoción colectiva. Como consecuencia de lo cual, durante 169 días, el comprador estuvo imposibilitado de explorar el vehículo y debió cancelar los tributos adeudados por el vendedor al Fisco.

Acogida la demanda indemnizatoria, en primera y en segunda instancia, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo, sosteniendo que “el pago de los impuestos a que estaba obligado el vendedor por la explotación del vehículo que vendió, era una obligación de dar frente al Fisco, acreedor de esos impuestos, pero su omisión significó el incumplimiento de la obligación de entregar la especie vendida en el momento convenido y en forma completa, con todo lo inherente a ella para servir al fin a que estaba destinada y que era el motivo que indujo al comprador a adquirirla, de acuerdo con lo que establecen los artículos 1828 y 1546 del C. Civil” (c. 5).

La Corte de Apelaciones de Concepción, el 13 de julio de 2000, resolvió que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, entendida ésta “como la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente” (c. 13).⁶⁷³

En otra hipótesis contractual, relativa al contrato de salud, la Corte de Apelaciones de Concepción, acogiendo el recurso de protección, resolvió el 6 de abril de 2004, “que es necesario tener presente que el artículo 1546 del Código Civil establece una regla fundamental relativa a los efectos del contrato entre los contratantes; esto es, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo cual significa que deben cumplirse conforme a la intención de las partes y a las finalidades que se han propuesto al contratar”. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.⁶⁷⁴

Más recientemente, la Corte Suprema ha recurrido a la buena fe para reprochar a los trabajadores su falta de colaboración con los fines de la empresa. En fallo de fecha 4 de diciembre de 2008, señaló que “como lo ha declarado esta Corte en otras oportunidades, el contrato de trabajo se encuentra también marcado por un contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad a que ambas se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en el que se desarrollan en el mundo moderno las actividades empresariales”. “En efecto, el mayor o menor éxito de una empresa radica en la calidad y variedad de los productos que ofrezca a los consumidores de los mismos, características que, a su vez, dependen de un acurado proceso de producción en el que, sin duda, los trabajadores juegan un rol principal”. “Por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, finalmente, de buena fe, principio del cual se encuentra inbuido toda nuestra legislación y consagrado, especialmente en materia contractual, en el artículo 1546 del Código Civil”. “De esta manera, los mencionados deberes de solidaridad y colaboración, integrantes de la carga ética aludida, son claras directrices del comportamiento de los contratantes durante la vigencia de su vinculación, sujetándolos a varios deberes que si bien no han sido explicitados en el texto del contrato pertinente o consensuados expresamente, emanan de la naturaleza de la relación laboral, por ejemplo, que ninguna de las partes actuará en perjuicio o detrimento de la otra”. “Que como consecuencia de lo señalado, ante ciertas conductas del trabajador, graves y debidamente comprobadas, el legislador autoriza al empleador a poner término a la vinculación, sancionando a aquél con la pérdida de las indemnizaciones que, en ausencia de las primeras, le habrían correspondido, como ocurre con la invocada por la demandada para justificar el cese de los servicios de los demandantes, pues ella implica que la convención no se está realizando de buena fe o el contratante respectivo no está siendo diligente al desarrollar las funciones para las que se le contrató” (c. 6 y 7).⁶⁷⁵

La Corte Suprema vuelve a aplicar el principio de la buena fe al cumplimiento de un contrato, señalando, en fallo de 30 de julio de 2009, que “la Municipalidad puso término al contrato por incumplimiento en la ejecución de las obras en el plazo estipulado en la oferta (diez meses), argumento que la actora rebate con el planteamiento que dicho plazo no ha empezado a correr, sin embargo, si bien la

⁶⁷² RM. 173.31.

reclamante hace causal del principio consagrado como la ley del contrato, debe recordar también el principio de la buena fe consagrado en el artículo 1546 del Código Civil y según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Así si se estipuló un plazo para construir a partir de la obtención del permiso de edificación, lo mínimo exigible a un contratante diligente es iniciar los trámites de rigor para la obtención del mencionado permiso, pero ya habían transcurrido un año y cinco meses sin que dicho trámite se iniciara y más aún los actos de la concesionaria sólo demostraban que no había intención de cumplir al comunicar a la municipalidad la inviabilidad económica del proyecto y el aviso de remate de la concesión, de tal suerte que puede hablarse con certeza de incumplimiento del contrato" (c. 10).⁶⁷⁶

La necesidad de que el principio de la ejecución de las convenciones según la buena fe conduzca a tener en cuenta las finalidades perseguidas mediante el contrato ha quedado reforzada en los contratos de consumo, ya que, acorde al nuevo artículo 16 letra g) de la ley N° 19.496, no producen efecto alguno en los contratos de adhesión a los que se refiere la ley del consumidor, las estipulaciones contrarias a las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato. "Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen".⁶⁷⁷

D. La interpretación del contrato

La interpretación de los contratos debe tener lugar aplicándose el estándar de la buena fe, y ésta tiene una función importante que jugar en regímenes subjetivos de interpretación contractual, como es el caso de los sistemas vigentes en Francia y en Chile, o en sistemas mixtos.

En materia de interpretación de tratados y de convenciones internacionales, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prescribe:

⁶⁷⁶ Rol 667/2008 (PuntoLex).

⁶⁷⁷ Norma agregada por la ley N° 19.955 de 2004. Sobre la presunción legal de contrato del artículo 99 del Código del Trabajo y la ejecución de buena fe del contrato individual de trabajo, cabe remitir al fallo de rescisión de la Corte Suprema pronunciado el 17 de marzo de 2003, en el caso *Vernardorf con Mauplat*.

que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".⁶⁷⁸ Son pertinentes a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, los artículos 26 al 38 de la Convención de Viena, publicada en el Apéndice de las últimas ediciones oficiales del Código de Derecho Internacional Privado.

El 29 de abril de 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que "la interpretación de los contratos debe hacerse siguiendo, entre otras bases, la buena fe, principio general del derecho. De acuerdo a esto, los contratos deben interpretarse presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiéndose que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. Tal principio implica asimismo que el contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas".⁶⁷⁹

E. La terminación del contrato y relaciones poscontractuales

En los contratos a plazo o de tracto sucesivo que sirven para la fabricación o comercialización de productos y servicios, implicando importantes inversiones para el productor, licenciado o distribuidor, la contraparte que decide poner fin a la relación contractual, aunque se apoye en una cláusula que la habilite para hacerlo, debe actuar de buena fe, sin abusar de su derecho a la terminación unilateral del contrato.

Incluso, después de terminada la relación contractual, durante la fase de liquidación del contrato, la regla de la buena fe objetiva sobrevive, imponiendo deberes específicos que dependen de las circunstancias. La idea general es impedir cualesquiera conductas mediante las cuales una parte pudiere disminuir las ventajas patrimoniales legítimas de la otra. Sería el caso del arrendamiento de una industria, que impone que al término del contrato los locales sean dejados de tal forma que el arrendador pueda proseguir la actividad industrial que en ellos se

⁶⁷⁸ Sobre la sentencia de la Corte Suprema del 1 de abril de 2003, relativa al impuesto al lujo que grava la importación de automóviles frente a la interpretación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, cfr. los comentarios de FUENTES TARRINO, Ximena en *Revista de Derecho, Universidad de Chile*.

ciería. A igual conclusión podría arribarse en Chile, sobre la base del artículo 1947 del Código Civil, posiblemente en relación con el artículo 1546, corroborado éste por el artículo 1938, en la reglamentación legal del contrato de locación.

Terminado un arrendamiento de oficinas o locales comerciales, el propietario tiene la obligación jurídica de permitir a su antiguo arrendatario colocar un rótulo o aviso en la puerta del inmueble que ocupaba, anunciando el lugar al que se ha trasladado.⁶⁸⁰

Entre las conductas que impone la buena fe después de la muerte del contrato, destaca la de secreto o de reserva. Dice Mosser Icurraspe que "es éste el más evidente de todos los deberes. Aquellas cuestiones que uno de los contratantes hubiere conocido con motivo o en ocasión del contrato celebrado y ejecutado, y cuya difusión o conocimiento por terceros puedan dañar a la contraparte, deben permanecer en el secreto o reserva".⁶⁸¹ La obligación de secreto no sólo concierne a los contratos terminados de licencia, de *know-how*, u otros relacionados con la propiedad industrial (parentada o no), sino que muy particularmente a los contratos de servicios profesionales, por ejemplo, al secreto profesional que liga de por vida al abogado con su ex cliente.

Tal como el tema de la buena fe objetiva en los tratos preliminares ha podido engarzarse en la noción de la culpa *in contrahendo*, las proyecciones de la buena fe objetiva luego de terminado el contrato podrían vincularse a la reciente noción germánica de la culpa *post contrahendum*.

F. Conclusión

El principio de la buena fe, entendido con la amplitud que le pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento motivador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato) con los requerimientos de la justicia, máximo desiderátum del Derecho.

680 y 69. De la Roca, *Fundamentos*, cit., p. 259.

CUARTA PARTE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Fordham Law Review
November, 1986

***125 WHEN DOES THE 'FAT LADY' SING? [FN1]: AN ANALYSIS OF 'AGREEMENTS IN PRINCIPLE' IN CORPORATE ACQUISITIONS**

Harvey L. Temkin [FNal]

Copyright 1986 by the Fordham Law Review; Harvey L. Temkin

INTRODUCTION

CORPORATE acquisitions between two financial giants involving hundreds of millions and sometimes even billions of dollars frequently occur today. [FN2] Such transactions are reported in newspapers, over the media, in business periodicals and the like. [FN3] Frequently, the press release announcing such an event indicates that the parties have reached either an 'agreement in principle,' where the parties contemplate ultimately negotiating and entering into a definitive agreement, or a definitive agreement. The 'agreement in principle' may be based on a handshake understanding or memorialized in a preliminary letter of intent. [FN4]

*126 After announcing the transaction, an issue that commonly arises concerns the enforceability of the agreement. The most common issue is whether the 'agreement in principle' constitutes a binding and enforceable contract, or rather, is an unenforceable 'agreement to agree.' [FN5] If the parties have entered into a definitive agreement, the enforceability of the agreement often depends on whether the selling entity's board of directors can bind the corporation prior to shareholder approval. [FN6] For example, the question of the enforceability of the definitive agreement arises when the selling entity receives a more attractive offer after its board of directors has approved the definitive agreement, but prior to shareholder approval. [FN7]

*127 This Article focuses primarily on the contractual issues resulting from the 'agreement in principle.' [FN8] In most cases, courts have espoused the notion that their major focus is effectuating the parties' intent. [FN9] This Article contends, however, that courts have not focused on the probable expectation of the parties in determining whether a binding and enforceable contract has arisen at the 'agreement in principle' stage. Rather, courts have generally used an 'all or nothing' approach. [FN10] Under this approach, courts determine either that the parties have entered into a contract to consummate the transaction or that no contract exists. [FN11] This Article suggests that, instead of limiting the inquiry to an all or nothing determination, courts should recognize three separate categories of situations involving corporate acquisitions in order to determine more accurately the parties' relationship. [FN12]

In the first category, the parties do not yet intend to have any contractual *128 relationship.

They merely have conducted preliminary negotiations, and each party has felt free to walk away from the discussions for any or no reason. This stage occurs prior to the parties reaching an 'agreement in principle.' Because the parties understand that they have engaged only in preliminary talks and have not yet formulated an expectation that the deal will ultimately be consummated, these clear-cut situations are rarely the subject of litigation. The parties have neither a contract nor an obligation to each other.

In the second category, the parties have entered into a definitive agreement. In most of these cases, the parties feel that they have entered into a binding contract. [FN13] Each party expects the transaction to close, and if either party backs out of the deal, for reasons other than an inability to satisfy one or more of the conditions that is normally contained in an agreement of this nature, [FN14] the other party feels that the contract has *129 been breached, entitling the non-breaching party to a remedy.

The third category, in the middle of these extremes, is the subject of this Article and is the most problematic. Here, the parties' negotiations have proceeded beyond the preliminary stage. [FN15] This is normally the situation where the parties have reached an 'agreement in principle,' which typically spells out the price and outlines the general structure of the transaction, but often conditions the parties' obligation to consummate the transaction on their working out the terms of a definitive agreement. [FN16] The 'agreement in principle' may be based on a handshake understanding [FN17] or reflected in either a preliminary memorandum of understanding or a letter of intent. [FN18] At this point, each party has a clear understanding that negotiations have progressed beyond the mere discussion stage. They have some expectation that an ultimate agreement to *130 consummate the transaction will be reached. [FN19] The parties are aware, however, that a definitive agreement still must be negotiated. Nevertheless, while each party feels that either can walk away from the transaction, each is also likely to feel that there should be some justifiable good faith reason for doing so.

Through using the 'all or nothing' approach, courts, for the most part, have not considered the 'agreement in principle' cases as a separate category. Thus, the commercial expectations of the parties as the middle 'agreement in principle' stage are often ignored, creating an inequitable and an inefficient situation. Some courts have permitted parties to an 'agreement in principle' to withdraw in bad faith from negotiations, either for no reason or perhaps because of a higher offer from another party. [FN20] On the other hand, some courts have held the withdrawing party liable as if a fully negotiated contract to consummate the transaction already existed. [FN21] The inequity of this result is evidenced by the multi-billion dollar jury verdict in *Texaco-Pennzoil*, [FN22] a decision which will be referred to throughout this Article. Neither extreme is likely to reflect what the parties thought they were agreeing to when they entered into the 'agreement in principle.' In addition, the 'all or nothing' approach has created inefficiencies because negotiators are uncertain of whether a court will construe their negotiations as a final contract resulting in full expectation liability. [FN23]

This Article will explore different approaches in determining the enforceability of an 'agreement

in principle.' Part I analyzes the traditional approach used by the courts. Part II discusses alternative approaches: use of promissory estoppel or enforcement of an obligation *131 to negotiate in good faith as a mutually binding contract. Part III discusses how damages should be determined. This Article concludes that judicial recognition of a contractual duty to negotiate in good faith better effectuates the intent of the parties in cases involving an 'agreement in principle.'

I. THE TRADITIONAL 'ALL OR NOTHING' APPROACH

A. Theory

Under the traditional 'all or nothing' approach, courts focus on two related concerns to determine whether the 'agreement in principle' constitutes a binding and enforceable contract: whether the parties intended to be bound, [FN24] and if so, whether the agreement is sufficiently definite to be enforced. [FN25] Nevertheless, once a court has determined that the parties intended to contract, it will attempt to enforce the agreement. Thus, a court will read enough terms into the agreement to provide sufficient definiteness if it can find a reasonably certain basis for providing an appropriate remedy. [FN26]

*132 To determine the parties' intent under the 'all or nothing' approach, courts generally rely on the objective theory of contract. [FN27] The factors on which courts focus to determine intent include the type of contract involved, whether that type of contract is normally in writing or should be in writing, the amount of money at issue in the transaction, any indication that the parties intended to be bound only by a written definitive contract, and whether that contract is of a common or unusual type. [FN28] The party resisting enforcement often contends that the preliminary agreement does not satisfy the statute of frauds, [FN29] the parties had not yet *133 intended to reach a final agreement, [FN30] and finally, even if the parties had intended to agree, the agreement they reached was too indefinite to enforce. [FN31] The party favoring enforcement often argues that, under the objective theory of contract law, the manifestations of the parties would indicate to a reasonable person that an agreement had been reached. [FN32] Although the party may try to use a promissory estoppel theory, courts generally have rejected the use of the doctrine in this situation. [FN33]

By focusing on the above factors, courts can determine whether, under traditional contract law principles, the parties have entered into an enforceable contract. Nevertheless, focusing on these factors may not effectuate what the parties expected from their 'agreement in principle.' In those cases where courts have enforced 'agreements in principle' as binding and enforceable contracts, three circumstances often recur. First, in each of the cases, courts have found that the 'agreement in principle' was sufficiently complete because it contained the essential terms of the contract. [FN34] Thus, through use of gap-fillers [FN35] and the implication of a good faith duty [FN36] on each of the parties, a court could supply the *134 missing terms to make the preliminary agreement sufficiently definite to be enforced. Second, where the selling entity has withdrawn, it generally has done so in order to sell to another at a higher price. [FN37] Finally, the parties contemplated negotiation of a definitive agreement or at least further agreements between the parties.

Based on these three circumstances, courts have found themselves caught in a dilemma. On the one hand, the 'agreement in principle' is sufficiently complete to be enforced, thus overcoming the indefiniteness hurdle. On the other hand, because the parties conditioned any obligation they might have on the negotiation of a further agreement, perhaps they intended their present 'agreement in principle' to constitute an unenforceable 'agreement to agree.' [FN38] As such, a court should not enforce *135 the preliminary agreement as a contract to consummate the transaction until finalization of the definitive agreement. Finally, the seller's withdrawal from the transaction in order to accept a higher offer without even an attempt to negotiate a definitive agreement is inequitable. [FN39]

B. Case Law Application

Courts enforcing an 'agreement in principle' have determined that if it contains the essential terms of the transaction, it indicates that the parties intended to be bound to consummate the transaction. [FN40] Yet this *136 situation, in which the parties have conditioned the transaction on successful negotiation of a definitive agreement, differs from the situation in which the parties have reached a definitive agreement but merely failed to include all terms in the writing. Courts enforcing an 'agreement in principle' based on its completeness, however, are treating the two situations in a similar manner.

Several cases illustrate how courts rely on the completeness of the preliminary agreement [FN41] to help determine the intent of the parties. Under an 'all or nothing' approach, these courts have enforced a preliminary agreement as a contract to consummate the transaction. In *Melo-Sonics Corporation v. Cropp*, [FN42] the court considered a telegram from the defendant's attorney providing that his clients were willing to sell their stock for \$1,500,000 'subject to formalizing a preliminary agreement along lines previously discussed.' [FN43] After plaintiff's lawyer replied and accepted the offer, the parties began negotiating the complete terms of the transaction. *137 Negotiations continued for almost two months before the defendants notified the plaintiff that they were withdrawing from the contemplated transaction. The defendants then sold to a third party for \$4,556,700. [FN44]

In reversing the lower court's dismissal of the case, the court stated that the issue of whether the parties had entered into a contract depended on their intent, which should be decided by a trier of fact. [FN45] The *Melo-Sonics* court further stated that where the parties have agreed on all the essential terms and must only formalize the definitive agreement, the preliminary agreement is sufficiently definite to be enforced as a contract. [FN46]

A number of courts have adhered to the *Melo-Sonics* rationale. [FN47] In *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, [FN48] the court held that a four page preliminary letter had terms sufficiently definite to enforce as a final contract since it contained the essential elements with respect to the subject matter required for a contract. [FN49] The lack of certain *138 terms in the letter did not dissuade the court. Rather, the court judicially supplied the missing terms, such as the closing date and the date for signing the formal agreement. [FN50] Similarly, in

V'Soske v. Barwick, [FN51] the court rejected the argument that no contract had yet arisen because the parties had left too many terms unsettled in the initial agreements. In V'Soske, the parties had not only exchanged correspondence, resulting in an 'agreement in principle,' they also began procedures for consummating the transaction, including drafting and negotiating the formal written agreement. [FN52] The court found that the terms contained in the parties' initial offer and counter-offers sufficiently detailed the terms of their agreement to constitute an enforceable contract. [FN53]

In Mid-Continent Telephone Corp. v. Home Telephone Co., [FN54] the court considered the enforceability of a letter agreement executed by both parties that stated that its purpose was 'to put in writing the terms and conditions of an agreement that we would propose to enter into.' [FN55] Even though the letter agreement contained conditions concerning a number of different matters, including the development of 'a mutually satisfactory arrangement for the continued employment of certain management personnel,' [FN56] the court found it enforceable. On that basis, the court held Home Telephone liable for damages which Mid-Continent sustained as a result of Home Telephone's withdrawal. The Home Telephone court *139 rejected the argument that a contract is unenforceable because some terms are left open for future agreement of the parties. [FN57] The court emphasized that its primary focus in determining the contract's enforceability was the parties' intent. [FN58] Nevertheless, the court stated that where the parties have agreed on all substantial terms of the contract, that the parties contemplate entering into a final agreement does not make the preliminary agreement unenforceable absent a definite intent that the agreement should not be binding until execution of the final document. [FN59]

Finally, the most dramatic example is the recent jury verdict in Texaco-Pennzoil [FN60] involving the battle for the Getty Oil Company. The jury returned a \$10.53 billion verdict against Texaco [FN61] based on its finding that the Getty Oil Company, the Sarah C. Getty Trust, which at the time controlled about 40.2% of the Getty Oil stock, and the J. Paul Getty Museum, which controlled about 11.8% of that stock, had entered into a binding agreement with Pennzoil pursuant to which Pennzoil was to become a three-sevenths owner of Getty Oil. The jury found that the 'agreement in principle' between the parties was binding even though no definitive agreements had been reached, [FN62] and even though the parties *140 contemplated negotiating and entering into such agreements. [FN63]

In these cases, the court was confronted with the three circumstances noted above: [FN64] first, the parties had agreed on the essential terms of the proposed transaction; second, the parties still contemplated negotiating and entering into further agreements spelling out all of the terms and conditions of their arrangement; and in each case where the seller had withdrawn, it had done so in order to sell to a third party at a higher price.

By using the 'all or nothing' approach, courts treat 'agreements in principle' as either creating a binding and enforceable contract to consummate the transaction, or as creating no obligation whatsoever. Classic black-letter law holds that an 'agreement to agree' is no agreement. [FN65] Yet, in each of the cases discussed, the parties had agreed on the essential terms of the transac-

tion. Additionally, the breaching party often withdrew only because someone else offered a better price. Although many courts have concluded that an 'agreement in principle' constitutes an unenforceable 'agreement to agree,' [FN66] other courts have apparently recognized the inequity of the situation and found that the 'agreement in principle' evidenced an agreement sufficiently complete to warrant enforcement as a contract to consummate the transaction. [FN67]

***141 II. A PROPOSED SOLUTION TO THE 'ALL OR NOTHING' PROBLEM**

A. Determining the Parties' True Intent

As discussed in Part I, one of the arguments advanced in favor of finding liability is that courts should attempt to effectuate the intent of the parties. Some courts have assumed that even in the absence of a definitive agreement, the parties intended to be bound to consummate the transaction. In transactions of the magnitude involved in the corporate acquisition setting, however, a court inferring such an intent at the 'agreement in principle' stage will generally not effectuate the parties' true commercial expectations. Even if the 'agreement in principle' contains the essential terms, because of the complexity of the transaction, numerous substantive provisions remain for negotiation before the parties would reach a definitive agreement. For example, the parties often still will have to agree on such critical provisions as warranties and representations, contract conditions, the scope of indemnifications, and sometimes non-competition clauses.

In a corporate acquisition situation, the parties involved are usually sophisticated business people [FN68] represented by able counsel. They realize that a definitive agreement must still be concluded even after they have reached an 'agreement in principle.' [FN69] Admittedly, they are probably assuming that the party on the other side of the bargaining table will negotiate in good faith. Relying on that good faith, however, does not mean that either of the negotiating parties is unaware of the possibility that negotiations might break off. [FN70] On the contrary, each party probably realizes that, until definitive documents are signed, the transaction might not close. This is one reason why the parties are normally anxious to draft, negotiate and finalize their agreement as soon as possible. Once *142 those documents are completed, the parties finally feel that they have an enforceable agreement which, assuming the conditions contained therein are satisfied, will be consummated. [FN71]

Assuming that the parties understand that a final definitive agreement must still be reached, how do we deal with the dilemma created if one of the parties withdraws in bad faith? For example, there would be something troublesome about letting the defendants in *Melo-Sonics* [FN72] walk away from the negotiating table in order to accept another offer yielding three times the prior offer. [FN73] Similarly, in *Texaco-Pennzoil*, [FN74] it seems unfair to permit one of the parties, while the attorneys are drafting final documents based on the 'agreement in principle,' to withdraw from the transaction with impunity simply because it has received a higher offer. [FN75]

The 'all or nothing' approach does not provide a solution to the problem of one party withdrawing in bad faith from an 'agreement in principle' since it forces courts to treat the preliminary agreement as either creating a final and binding contract to consummate the transaction or as

creating no obligation whatsoever. If, however, at the 'agreement in principle' stage courts viewed the parties as having obligated themselves to negotiate with one another in good faith to attempt to reach a definitive agreement, courts could more closely effectuate their commercial expectations. Such an approach also permits tailoring a remedy that more effectively compensates the injured party for breach of that good faith duty.

***143 C. Two Approaches to Impose a Duty to Negotiate in Good Faith on Parties**

This Article discusses two ways to create and enforce a duty to negotiate in good faith. The first, using promissory estoppel, is a less satisfactory method of creating the duty to negotiate than is the second, which would enforce the obligation to negotiate as a mutually binding contract. [FN76]

1. The Impact of Promissory Estoppel

In the 'agreement in principle' context, plaintiffs contending that a court should enforce such an agreement will typically assert that the court should invoke promissory estoppel. [FN77] The plaintiffs will argue that *144 they have reasonably relied to their detriment on a promise made by the defendants, either in their handshake agreement, their letter of intent or perhaps both, and that they have been damaged as a result. Under the approach taken by section 90 of the Restatement (Second) of Contracts, [FN78] the promise is binding if injustice can be avoided only through enforcement of the promise.

Courts generally have rejected the plaintiffs' promissory estoppel argument in this situation. They have found that the situation did not justify taking the contract out of the statute of frauds, [FN79] there was no promise on which the plaintiffs could rely, [FN80] or that, even if a promise did exist, reliance on that promise was unreasonable. [FN81]

Despite the general unwillingness of courts to rely on promissory estoppel to provide a remedy to the non-breaching party when an 'agreement in principle's is at issue, [FN82] precedent exists for using the doctrine to *145 enforce an obligation to negotiate in good faith. Many commentators have viewed Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. [FN83] as creating such a duty to negotiate in good faith. [FN84] Hoffman represented a significant development in the law of promissory estoppel [FN85] by overcoming judicial reluctance to apply the promissory estoppel doctrine to situations involving commercial transactions. [FN86]

In Hoffman, the plaintiff relied on assurances from Red Owl officials and sold his businesses in anticipation of receiving a Red Owl franchise. [FN87] Despite the lack of a final written franchise agreement between the parties, the Hoffman court held that the plaintiff actually and substantially relied to his detriment on a promise by the defendant, and thus met the elements necessary to invoke promissory estoppel. [FN88]

A court in the 'agreement in principle' setting could rely on the Hoffman case as precedent for invoking promissory estoppel to effectuate the parties' expectation that each will negotiate with

the other in good faith. [FN89] The Hoffman case may not provide strong precedent for giving a remedy when a corporate defendant involved in sophisticated business transactions withdraws in bad faith from an 'agreement in principle.' The plaintiff in Hoffman presented a particularly sympathetic case. Because promissory estoppel is an equitable remedy and within the court's discretion, it lends itself to just such sympathetic cases. On the other hand, courts are not always as sympathetic to corporate defendants.

*146 Moreover, promissory estoppel is not the preferable way to enforce the obligation to negotiate in good faith. [FN90] If the parties are viewed as having undertaken a contractual obligation to negotiate at the 'agreement in principle' stage, action or forbearance in reliance on the promise should not be required. There is also no need to determine whether the promisor could reasonably have expected such action or forbearance. [FN91] Although section 90 of the Restatement (Second) of Contracts no longer requires that the action or forbearance be of a definite and substantial character, it retains both the requirement of some action or forbearance in reliance on the promise, and the promisor's reasonable expectation of such action or forbearance. [FN92]

Moreover, even though section 90 gives courts using the doctrine of promissory estoppel the flexibility to award whatever remedy justice requires, [FN93] a recent study indicates that the vast majority of courts now *147 award full expectation damages in promissory estoppel cases. [FN94] A court following the majority approach and awarding expectation damages in 'agreement in principle' cases may not be enforcing a duty to negotiate in good faith but, rather, may be enforcing a final contract under the 'all or nothing' approach. If a court views the promise on which the nonbreaching party is relying as a contract to consummate the transaction, and if it awards expectation damages as a remedy for breach of that promise, then the promissory estoppel doctrine does not overcome the flaws in the 'all or nothing' approach. Unfortunately, courts have not used the flexibility of section 90 to tailor a remedy that enforces the parties' commercial expectations. This inflexible approach has resulted in too much uncertainty for the parties. Although the parties may not have agreed on a contract even if they had negotiated in good faith, if a court invokes promissory estoppel, the withdrawing party might be liable for full expectation damages. [FN95]

2. Reprosystem, B.V. v. SCM Corp. and the Growing Judicial Recognition of a Duty to Negotiate in Good Faith

Rather than invoking promissory estoppel to enforce an 'agreement in *148 principle,' courts should view the parties as having entered into a mutually binding agreement, with each party having undertaken an obligation to negotiate with the other in good faith to arrive at a definitive contract. [FN96] That obligation should itself be enforceable regardless of whether either party takes any action in reliance thereon. [FN97] The advantage of viewing the 'agreement in principle' as a mutually binding contract to negotiate, rather than relying on promissory estoppel, is that it will result in more certain damage awards for a breach of the 'agreement in principle.' The non-breaching party should be compensated for the harm it has suffered in reliance on the other party's duty to negotiate in good faith. [FN98]

Assuming that promissory estoppel is a less satisfactory means of compensating a party for its counterpart's failure to negotiate in good faith than basing recovery on a mutually binding contract to negotiate, the question then becomes whether we can formulate such a contractual duty that is capable of enforcement. The answer is yes, even though some recent case law indicates that courts willing to acknowledge a duty to bargain in good faith are often unwilling to recognize such a duty as a separate contractual obligation. [FN99]

Courts that recognize a duty to negotiate in good faith could hold in three different ways. First, a court may hold that a withdrawing party is liable for breach of a duty to negotiate in good faith regardless of whether an enforceable contract to consummate the transaction is found. [FN100] Second, *149 a court may recognize that a separate contractual duty to negotiate exists, but may find that such a duty is too indefinite to enforce. [FN101] Third, a court may acknowledge the duty to negotiate in good faith but may, even without relying on the agreement's indefiniteness, revert to the 'all or nothing' approach to decide whether an enforceable contract has yet arisen. [FN102]

Perhaps the most complete judicial discussion of a contractual duty to negotiate in good faith in the corporate acquisition setting appears in the district court opinion in Reprosystem, B.V. v. SCM Corp. [FN103] In April 1976 SCM and Reprosystem began negotiating for the sale of SCM's six office copier subsidiaries in Europe. In May, Reprosystem offered \$9,000,000 for the businesses. [FN104] No further negotiations occurred until August. While not accepting the earlier letter offer, SCM provided Reprosystem with a list of items that it considered essential to an agreement. The parties supplemented that list, which became the basis for further negotiations. [FN105]

*150 As negotiations continued, the parties began drafting the formal documents necessary to consummate the transaction. Although the negotiating and drafting process continued on into December with execution of a final agreement seemingly in the offing, [FN106] prospects for finalizing the transaction worsened when, effective January 1, 1977, the person who had directed negotiations for SCM was replaced. The newly appointed officer reviewed the transaction and determined that the businesses being sold were more profitable than earlier projected. After SCM formally broke off negotiations on February 2, 1977, Reprosystem sued for damages, alleging among other things, breach of contract, promissory estoppel, and failure to perform and to negotiate in good faith. [FN107]

The issue confronting the court was whether a contract existed despite the lack of executed formal documents, where the drafts prepared explicitly provided that they were to become binding only upon execution. [FN108] The district court, relying on the objective theory of contract, found that the parties had reached an agreement [FN109] in December 1976 and that SCM's subsequent actions were inconsistent with its duty to perform that agreement in good faith. [FN110]

Because the objective facts indicated that the parties had reached an agreement, the court rejected SCM's argument that a formal signing of final documents was necessary. The court based

much of its reasoning on the parties' agreement on the essential terms of the transaction. The court relied on section 2-204(3) of the Uniform Commercial Code to hold that, as long as the parties had agreed on the essential terms of the *151 transaction, the court could supply the missing ones. [FN111]

In addition to its discussion of whether an agreement to consummate the transaction existed, the district court dealt at length with whether a duty to negotiate in good faith had arisen and whether SCM had breached that duty. The court, in concluding that such a duty did exist and that SCM had breached it, attempted to go beyond the 'all or nothing' approach and, after noting the difficulty in fashioning an appropriate remedy, [FN112] adopted a remedy theory based on restitution or unjust enrichment. [FN113] On that basis, the court awarded Reprosystem the profits earned by the copier businesses during the period in which it deemed SCM had, pursuant to the parties' understanding, operated those businesses on Reprosystem's behalf. [FN114]

The Reprosystem court focused on the proper issue by recognizing that the parties, through their lengthy negotiating process, had obligated themselves to deal with one another in good faith. [FN115] Unfortunately, however, even though the court acknowledged a duty to negotiate in good faith, it did not properly view the contractual good faith duty as separate from the contract to consummate the transaction. Rather, under the Reprosystem approach, a court will only find a breach of duty to negotiate if it first finds an enforceable contract to consummate the transaction. The Reprosystem court found that once the parties had agreed on all material terms of a contract, a final and binding contract existed. The breach of the good faith duty was thus a breach of the performance *152 of the contract rather than the breach of a separate obligation to negotiate.

On appeal, the Second Circuit reversed, [FN116] finding that the language of the contract drafts, taken together with the other communications between the parties, indicated that the parties did not intend to be bound until the final execution of definitive agreements. [FN117] The court reasoned that such an intent comported with commercial reality in such a large transaction. In considering the issue of whether SCM had breached a duty to negotiate in good faith, the court relied on the typical 'all or nothing' approach. Since the court concluded that no contract existed, it found that SCM could not have breached any good faith duty. In addition, the court that any implied agreement to negotiate in good faith that might have existed was too indefinite for a court to enforce under New York law. [FN118]

The Second Circuit's conclusions indicate its unwillingness to find a duty to negotiate in good faith unless the court first finds that the parties had an enforceable agreement to consummate the transaction. These conclusions, however, produce the potentially inequitable result we noted earlier. [FN119] In Reprosystem, the testimony indicated that, after the attorneys had generated sixteen drafts of the agreement, the parties had resolved all open issues. Nevertheless, the parties had not yet executed a definitive agreement. The parties had indicated in these drafts that they were to be final and binding only when executed and delivered. [FN120] Thus, the court may have accurately interpreted the parties' intent that an enforceable definitive agreement would arise only after the parties had executed it. That intent should not mean, however, that until the

final agreement is executed either party may act as it likes with impunity. Rather, once the parties have entered into an 'agreement in principle,' each party reasonably expects to be obligated to act in good faith to agree *153 on the terms of a definitive agreement, regardless of whether they ultimately execute a definitive agreement.

C. Applying the Good Faith Duty

The reluctance of many courts to consider whether a separate duty to negotiate in good faith exists, and the reluctance of other courts to enforce such a duty even if they find that it does exist, may stem from two possible concerns. The first concern is that good faith can be a difficult concept to apply [FN121] and, thus, courts may fear that they are unable to determine whether one of the parties has failed to negotiate in good faith. The second concern may arise out of the difficulty in devising an appropriate remedy for the breach of such a duty. [FN122] Both of these concerns are evidenced by some courts focusing on the indefiniteness of an 'agreement in principle' as the basis for not enforcing it as a contract to negotiate.

Concern over the application of the good faith duty most likely stems from the difficulty of defining, or perhaps even deciding whether to define, good faith. [FN123] The Restatement (Second) of Contracts views good faith as an excluder. [FN124] Under this approach, good faith cannot be defined but, rather, merely excludes many forms of bad faith. [FN125] Although various examples of bad faith conduct can be offered, the excluder approach views as too confining any definition of good faith or any definitive listing of examples of bad faith conduct. [FN126] The excluder approach *154 views good faith as an evolving concept that can be used to fit any situation on a case-by-case basis. [FN127]

Although the Restatement's provision does not directly address the issue of good faith in the formation of a contract, the comment to the section indicates that bad faith in negotiation, although not within the purview of the section itself, may give rise to sanctions. [FN128] Professor Summers, one of the more ardent advocates of the excluder approach, specifically notes in his seminal article on good faith [FN129] that bad faith in negotiating can result in a cause of action, and that among the forms of bad faith in negotiating is the abuse of the power to break off negotiations. [FN130]

More recently, a different approach to good faith has been proposed. Under this analysis, good faith is examined by use of a forgone opportunities test. [FN131] When a contract is formed, each party has agreed to forgo certain alternative opportunities, and thus has limited its discretion. A party will act in bad faith by trying to recapture alternative opportunities it had forgone at the time of contracting. As an illustration, if A had agreed to sell 100 designated widgets to B for \$1.00 each, A has limited its discretion by forgoing the opportunity of selling those same widgets to C for \$1.50 each. If A now tries to sell those widgets to C, A will be acting in bad faith by trying to recapture an alternative opportunity it had forgone at the time of contracting with B.

Professor Burton, who first formulated the 'forgone opportunities approach,' poses two questions. [FN132] First, at the time of contract formation, what were the reasonably expected costs

of performance (forgone opportunities) to the party who has allegedly breached the contract? Second, at the time of performance, did the party who allegedly breached the contract use its discretion to recapture an opportunity that it had forgone on entering the contract?

Professor Burton's forgone opportunities approach can be particularly helpful in determining whether the parties have entered into a contract to negotiate and whether either party has breached that contract. In deciding whether the parties have a contract to negotiate in good faith, a court can look at whether the parties have forgone alternative opportunities. Professor Burton states that courts should focus attention on the time of contract formation. This analysis involves an objective inquiry into the promisee's reasonable expectations as to which opportunities the discretion-exercising promisor acting in bad faith had forgone by entering into *155 the contract. [FN133] Under traditional contract law principles, these forgone opportunities would constitute consideration.

In the 'agreement in principle' setting, this analysis can be illustrated by the following hypothetical. Assume that on January 1, Acquiring Corporation and Target Corporation began negotiating for purchase by Acquiring of Target. Acquiring formed a subsidiary corporation that was to tender for some or all of Target's shares at a specified price. After completion of the tender offer, Target was to be merged into the subsidiary. Target is a processor of Florida orange juice and about 75% of its assets consist of orange groves in Florida. On January 10, although no definitive agreement had been reached, the parties entered into either a handshake understanding that Acquiring would tender for all of Target's shares at a price of \$25 per share or a letter of intent spelling out the basic terms of the transaction. In both situations, the parties understood that the transaction was subject to their negotiating and entering into a definitive agreement.

Once the 'agreement in principle' was reached, the attorneys began negotiating the terms of a definitive merger agreement, and although disagreements existed over the wording of the final agreement, the negotiations were ongoing and had centered around the provisions necessary to implement the transaction. However, negotiations came to an abrupt halt when, on January 13, Vulture Corporation approached Target's management with a proposal in which Vulture agreed to buy all Target's stock that might be tendered at a price of \$30 per share. Target ultimately accepted Vulture's offer.

In the hypothetical, although their letter of intent might not be enforceable as a contract to consummate the transaction, it may constitute an enforceable contract to negotiate in good faith. If each party could reasonably expect that the other, by entering into the letter of intent, has forgone certain opportunities, then sufficient consideration has passed between the parties for a contract to have come into existence. [FN134] By accepting Vulture's offer, Acquiring might reasonably conclude that Target is attempting to recapture a forgone opportunity and is breaching its contract to negotiate in good faith. [FN135]

In addition to clearing the consideration hurdle, Professor Burton's first inquiry can help a court evaluate whether the 'agreement in principle' is sufficiently definite. If a court can look at the

terms of the 'agreement in principle' and find a sufficiently definite understanding between the parties as to the opportunities that each had forgone, then it can find *156 that the parties formed a contract to negotiate. The definiteness required for the formation of this contract should be viewed on a different level than the definiteness that would be required to form a contract to consummate. A court should only be concerned here with determining whether the parties had forgone opportunities. It should not be seeking to supply sufficient terms to create an enforceable contract to close the transaction.

Even if consideration is found, and a court determines that the agreement contains sufficient definiteness to permit the finding of an enforceable contract to negotiate, it must still find that the parties intended to be bound by the contract to negotiate. By focusing on the opportunities that the parties had forgone, a court can discern what the parties expected from their agreement. For example, if the agreement contains either an implicit or an explicit understanding that the parties will withdraw from the market during the negotiation process, a presumption should arise that the parties intended to be bound to negotiate in good faith. On the other hand, if the parties indicated in the 'agreement in principle' that they did not intend any obligation to have arisen, including one to negotiate in good faith, then a court should respect that intent. Absent an explicit statement in the 'agreement in principle' disclaiming any obligation to negotiate in good faith, focusing on the forgone opportunities will help a court determine what the parties expected from the 'agreement in principle.'

Professor Burton's inquiry is whether the withdrawing party has breached the contract to negotiate in good faith and on whether that party has used its discretion to recapture an opportunity that it had forgone on entering into the contract. Here, the court should examine the promisor's subjective intent [FN136] in withdrawing from the negotiations. [FN137] This inquiry should help a court determine whether the promisor is withdrawing from the transaction because it is honestly dissatisfied with the progress of the negotiations or because it changed its mind irrespective of the status of negotiations. [FN138] If the promisor is honestly dissatisfied with the progress of the negotiations, it can withdraw from the contract with impunity. If, on the other hand, the promisor merely declines to pursue the transaction, it may be attempting to recapture a forgone opportunity *157 in breach of the contract to negotiate. [FN139]

A look at some case law is helpful to illustrate how the forgone opportunities approach might work in the corporate acquisition setting. In *Interway, Inc. v. Alagna*, [FN140] the parties entered into a letter of intent providing that Interway would transfer approximately \$1.6 million of its stock to Alagna in exchange for Alagna's interest in Trailer Leasing Corporation. [FN141] The letter of intent, prepared by Interway and accepted by Alagna, stated that "our purchase is subject to a definitive Purchase and Sale Contract to be executed by the parties." [FN142] The day following the execution of the letter of intent, Alagna informed Interway that he would not proceed with execution of the final contract. Interway sued. [FN143]

The court, after indicating that the parties' intent controlled the question of whether they had entered into an enforceable contract, held that the letter unambiguously indicated the tentative na-

ture of any agreement between them. Adhering to the 'all or nothing' approach, the appellate court affirmed the trial court's dismissal of the plaintiff's complaint. [FN144]

Applying the forgone opportunities approach to the facts in *Interway* demonstrates how a court could find an enforceable duty to negotiate in good faith. First, a court would determine whether each party had forgone opportunities by entering into the letter of intent. [FN145] If so, the court would then have to focus on the second inquiry--determining precisely which opportunities these were and deciding whether *Alagna* was now trying to recapture them.

In the first step, the court's concern should be whether a mutually binding contract has been formed. The court should focus on forgone opportunities to determine whether the parties gave consideration and intended to be bound, and whether the 'agreement in principle' is sufficiently definite to be enforced as a contract to negotiate. In the *Interway* case, because the important price term was specified, [FN146] a court could *158 reasonably conclude that, by entering into the letter of intent, each party had limited its discretion and had forgone certain opportunities. A buyer who has entered into a letter of intent of the type present in the *Interway* case, for example, reasonably might expect that the seller could not withdraw solely because of receipt of a higher offer for the asset. [FN147] Similarly, a seller reasonably could expect that the buyer cannot shop around for a comparable substitute asset that might be available at a cheaper price. In addition, the buyer probably is reasonable in assuming that the seller has forgone the opportunity of taking the property off the market, as occurred in *Interway*, without trying to negotiate an acceptable agreement with the buyer. [FN148]

The second step of the inquiry, determining whether the withdrawing party has breached the good faith duty, admittedly will be difficult in many cases. Here, the court must ask whether the promisor is withdrawing because it is trying to recapture a forgone opportunity or because it feels that negotiations have irretrievably broken down despite good faith efforts. In the *Interway* case, for example, because one party withdrew without even attempting to negotiate a final agreement, a court could logically conclude that the party had breached his contractual duty to negotiate in good faith.

Although the *Interway* case presents a clear-cut situation where one party refused to negotiate at all, the hypothetical situation illustrates how the analysis can become difficult in the second step. Let us assume that after *Target* and *Acquiring* had entered into their 'agreement in principle' and while negotiations were underway, a freeze hit Florida that killed the majority of oranges in the state but miraculously left *Target's* groves untouched. Would *Target* be liable if it decided that it no longer wanted to continue negotiations with *Acquiring*, even if it did not accept a better offer?

If *Target's* withdrawal from negotiations is based on its decision that its assets are now worth more than before and that it wants to remain independent, then *Target* appears to be recapturing a forgone opportunity and has breached its duty to negotiate in good faith. [FN149] Frequently, however, the decision to withdraw from negotiations results from a combination of factors. For example, although *Target* may remain committed to negotiating a final agreement with *Acquir-*

ing even though the value of its assets has risen, the attitude of its negotiators toward the negotiations is likely to change, at least subconsciously. Because Target probably feels that the value of its bargain has diminished, it will likely *159 be more inflexible in its demands and less willing to concede certain points.

The second inquiry is undoubtedly a difficult one for courts to make, especially because Professor Burton's approach requires a determination of the promisor's subjective intent. [FN150] This difficulty should not deter the use of this analysis, however, because courts are frequently forced to make such determinations. [FN151]

An interesting example of a court's inquiry into a party's good faith in negotiating, although not arising in the corporate acquisition setting, occurred in *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.* [FN152] *Evans* involved the negotiation of a sublease. [FN153] The *Evans* court extensively reviewed the history of the parties' negotiations and concluded that the defendant breached its duty to negotiate in good faith by ignoring custom and usage, by insisting on arbitrary clauses and by ignoring the sublessor's legitimate interests. [FN154]

Although the *Evans* court may have looked at objective factors in making its determination because the letter of intent between *Evans* and *Tiffany* provided that the parties were to enter into a formal contract incorporating the terms of the letter of intent within 'reasonable limitations,' [FN155] a similar analysis could be undertaken in the corporate acquisition setting. Thus, to evaluate the promisor's subjective intent, a court should be able to consider usage of trade [FN156] and underlying industry *160 practice [FN157] to help determine whether the promisor was negotiating in good faith or just taking a particularly harsh negotiating position in order to create an excuse for withdrawing from the transaction. In the latter situation, the promisor is negotiating in bad faith and should be liable for breaching the contract since it is attempting to recapture a forgone opportunity.

Creating an independent cause of action for failing to negotiate in good faith does present some dangers. The first danger is that good faith is a difficult concept to apply, particularly because of the difficulty in defining, or even deciding whether to define, the term. [FN158] What a court might objectively view as bad faith conduct might not, in reality, have been subjective bad faith by the party. [FN159] Similarly, a court might view certain conduct as not constituting bad faith when in fact one of the parties had in bad faith stymied negotiations in order to recapture a forgone opportunity. Nevertheless, a court focusing on the good faith issue will be far more likely to discern the parties' true intent than will a court that relies on the 'all or nothing' approach. [FN160]

The second danger lies in formulating an appropriate remedy for the breach. Some courts that have considered whether a party has breached its duty to negotiate have found such a duty too indefinite to enforce. [FN161] *161 Both the UCC [FN162] and the Restatement (Second) [FN163] analyze definiteness in terms of whether there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy. Although courts have not generally articulated the difficulty in formulating

an appropriate remedy as their reason for not finding an independent cause of action for breach of the duty to negotiate, this difficulty may explain the results of some cases. [FN164]

III. REMEDIES FOR BREACH

Commentators' suggestions for appropriate remedies for a breach of the duty to negotiate in good faith have ranged from protecting either a party's reliance interest, its expectation interest, or its restitution interest. [FN165] Courts have not yet sufficiently explored this area and consequently, there is still no judicially recognized theory of an appropriate remedy.

Two reasons can be posited to explain this lack of development in the area of remedies. First, courts only recently have begun to recognize the duty to negotiate in good faith as a separate cause of action. [FN166] In addition, once a court suggests that the plaintiff might succeed on such a cause of action, which often occurs in deciding a motion for summary judgment, the parties may well settle the case out of court, thus preempting any need for a court-formulated remedy. [FN167] Second, and more important, courts have focused their analysis on whether a binding contract to consummate the transaction exists. Consequently, the court will focus on whether the parties intended a final and binding contract, and, if *162 so, whether the terms of the 'agreement in principle' are sufficiently definite for a court to enforce. [FN168] By focusing on these issues, rather than on whether a contract to negotiate has arisen, courts have held either that there is no remedy because there is no liability [FN169] or, if they find liability, they assume that the traditional expectation measure of damages is the appropriate remedy. [FN170]

Generally, a court holding that an 'agreement in principle' constitutes a binding contract under the 'all or nothing' approach will give the non-breaching party traditional contract damages. [FN171] When the sale of a business is involved, the typical remedies for breach of such a contract would include either specific performance, if the business is unique and damages could not provide an adequate remedy, [FN172] or damages, based on the non-breaching party's expectation interest.

At the 'agreement in principle' stage, neither of these remedies is appropriate. Specific performance is inappropriate for two reasons. First, in order to grant specific performance the contract must be sufficiently certain to provide a basis for granting and enforcing the decree. [FN173] The certainty required for specific performance is greater than the certainty required for granting damages. [FN174] Thus, although the 'agreement in principle' may be sufficiently certain for a court to enforce as a contract and to grant damages for its breach, it may not be certain enough to *163 warrant a decree of specific performance. Second, specific performance at the 'agreement in principle' stage is inappropriate since the parties do not yet expect that the transaction will close. They each realize that a definitive agreement must still be negotiated, and if negotiations break down over the terms of that definitive agreement, even though both parties have acted in good faith, they each expect to walk away with impunity. Thus, specifically enforcing the agreement would not effectuate the parties' intentions.

The traditional measure of expectation damages is also an inappropriate remedy at the 'agree-

ment in principle' stage. Expectation damages in the sale of business context are intended to give the non-breaching party the benefit of its bargain. This measure of damages is normally calculated by the difference between the contract price and the fair market value of the business on the date of breach plus incidental or special damages provided that they are foreseeable at the time of contracting and can be proven with reasonable certainty. [FN175] These special damages might include costs incurred in connection with a substitute transaction, [FN176] and, in some cases, lost profits. [FN177] At the 'agreement in principle' stage, this measure of damages overcompensates the non-breaching party. Because neither party has any assurance that they will successfully reach a definitive agreement, even if both act in good faith, the non-breaching party should not be entitled to damages other than the harm it suffers in reliance on the other party's implicit agreement to negotiate in good faith. [FN178]

A court focusing on the duty to negotiate in good faith can formulate a remedy concentrating on the harm that the non-breaching party suffers as a result of the breaching party's failure to negotiate in good faith. As already suggested, courts should view the parties to an 'agreement in principle' as entering into a contract with mutual obligations. Each party intends that it will withdraw from the market and not seek a better deal elsewhere. [FN179] In the hypothetical, for example, Acquiring, by entering *164 into an 'agreement in principle' with Target, has forgone the opportunity of shopping around to purchase a comparable firm if that purchase would serve as a substitute for the acquisition of Target. When a party breaches the duty to negotiate in good faith by reentering the market and recapturing that forgone opportunity, it should have to pay any damages that the non-breaching party has suffered in reliance on the 'agreement in principle.'

As a general principle, the non-breaching party's damages can be measured by the extent that it has been harmed by its withdrawal from the market between the time when the parties entered into the 'agreement in principle' and when the withdrawing party terminated the negotiations in bad faith. [FN180] If during this period the market changed to the detriment of the non-breaching party, then the non-breaching party should be compensated to the extent of that change. The purpose of this remedy is not to give the non-breaching party the benefit of the bargain. Rather, it is an attempt to return the non-breaching party, as nearly as possible, to its status quo position at the time of the 'agreement in principle.' [FN181] The hypothetical demonstrates how damages should be calculated under this theory. [FN182]

*165 Assume that on the date that the parties entered into the 'agreement in principle' Target's stock was trading on the market at \$20 per share. At that time, Acquiring was willing to purchase those same shares for \$25 per share. Subsequently, Vulture offered Target \$30 per share. [FN183] On the date that Target breached its duty to negotiate in good faith by accepting Vulture's offer, Acquiring would be placed in its initial position vis-a-vis the market if it could reenter the market and purchase a similar company for the same price it had agreed to purchase Target. On the date the 'agreement in principle' was reached, Acquiring was willing and able to buy the asset it wanted at \$25 per share. On the date of breach, that exact asset is being sold for \$30 per share. In the absence of other information concerning the market, that \$30 per share selling price should indicate that Acquiring would have to pay the equivalent of \$30 per share for a

comparable asset. We can thus put Acquiring in its original position by allowing it to recover the \$5 per share difference between *166 its offer and Vulture's offer. [FN184]

Because Acquiring should be contractually obligated to withdraw from the market following its 'agreement in principle' with Target, Acquiring has suffered damages to the extent that the amount it would have to pay for Target rose while it was contractually obligated to be out of the market. By allowing Acquiring to recover damages based on the \$5 per share increase in the market, Acquiring is returned to the status quo ante. Although the cost it would have to pay has increased, Acquiring has recovered damages equal to that increase, thus permitting it to compete for a substitute for Target on the same basis as before in the now higher market. [FN185]

*167 Now assume that, instead of a rising market, the value of Target's stock in this same time period, absent Acquiring's offer, fell to \$15 per share after the parties entered into their 'agreement in principle.' Acquiring is more likely to breach in this situation because it may no longer be willing to pay \$25 per share to acquire Target when the stock's value would have fallen, but for its offer, to only \$15 per share. [FN186] In this case, Target is the non-breaching party that had contractually obligated itself not to sell to, or perhaps even to negotiate with, another while negotiating with Acquiring. This remedy compensates Target and places it back to its original position as of the date of the 'agreement in principle.' As of that date, Target could have sold its shares on the market for \$20 per share. On the date of breach, it could sell its shares for \$15 per share. Target can only be put back into its original position if Acquiring is required to pay damages based on the \$5 per share decrease in market value of Target's stock between the date of the 'agreement in principle' and the date of Acquiring's breach. In effect, Target is compensated for the harm it suffered as a result of its contractual obligation to stay out of *168 the market in reliance on Acquiring's agreement to negotiate in good faith. [FN187]

The purpose of formulating a remedy based on changes in price is to compensate the non-breaching party to the extent that the 'agreement in principle' contractually obligated it to withdraw from the market. Such a remedy is more in line with the expectations of the parties than are the traditional remedies for the breach of a contract to consummate. [FN188]

In the area of corporate acquisitions, when the parties enter into an 'agreement in principle,' each party recognizes that a definitive agreement may never be reached because of the complicated and intricate nature of such transactions. [FN189] In most cases, however, at the 'agreement in principle' stage, absent a provision permitting 'shopping' of the deal, there is an expectation that the other party will negotiate in good faith. This expectation normally means that the parties have agreed to withdraw from the market. [FN190]

To the extent that a party has withdrawn from the market in reliance *169 on the other party's agreement to negotiate in good faith, the non-breaching party deserves protection. That reliance interest, however, should be limited to any detrimental changes in the price of the target company. Any measure of damages based on future profits or benefits arising from the consummation of the transaction is unjustified because the parties have not entered, nor have they intended

to enter, into a contract to consummate the transaction. Additionally, such damages would require the fact-finder to speculate as to what kind of definitive contract the parties eventually might have negotiated.

Applying the proposed reliance type of recovery introduces a measure of certainty to the interpretation of an 'agreement in principle.' On the one hand, the parties' legitimate commercial reliance interest will be protected if they withdraw from the market. On the other hand, there is a clear and a definite understanding of the scope of the damages. The proposed solution restores the non-breaching party to its status quo position, but avoids the egregious result to the breaching party that may stem from awarding full expectation damages. [FN191] This should encourage more parties to enter into negotiations, which should result in the consummation of more transactions, and, ultimately, will benefit shareholders.

***170 CONCLUSION**

The recent verdict in *Texaco-Pennzoil*, where the jury awarded over \$10 billion to Pennzoil and put Texaco on the verge of bankruptcy, is probably the most dramatic and almost certainly the most well-publicized example of the problems resulting from the confusion as to whether an 'agreement in principle' constitutes an enforceable contract. As this Article illustrates, however, *Texaco-Pennzoil* is just one of many cases where the same issue has arisen. General judicial adherence to the 'all or nothing' approach has exacerbated the confusion because parties are uncertain whether their 'agreement in principle' will be enforced as a contract to consummate the transaction or, alternatively, whether either party can withdraw from the transaction with impunity. As the *Texaco-Pennzoil* verdict illustrates, under the current state of the law, either the target corporation or the pursuing third-party suitor may be gambling with its economic future, not knowing how a court will decide the enforceability of the 'agreement in principle.'

Increased judicial recognition of a contractual duty to negotiate in good faith will help alleviate confusion over whether the 'agreement in principle' constitutes a binding and enforceable contract to consummate the transaction. By focusing on the contract to negotiate, courts will determine more accurately what the parties were trying to accomplish when they entered into the 'agreement in principle.' Courts will also be more likely to tailor a remedy for the breach of that contractual duty that reflects the harm that the breach has caused.

Imposing a contractual duty to negotiate in good faith is not risk-free. Courts may often face difficulties in determining whether the withdrawing party acted in bad faith. Additionally, even using the suggested reliance approach to damages, courts may have difficulty in determining the precise harm that the non-breaching party has suffered as a result of the breach. Nevertheless, these difficulties should be no more significant than the difficulties that courts frequently face when they have to apply the good faith doctrine and make determinations of value in other contexts.

The most significant justification for increased judicial adoption of a contractual duty to negotiate is that courts can then accomplish their primary goal of effectuating the parties' intent and reasonable commercial expectations. Courts should carefully examine the parties' expectations at

the time they entered into the 'agreement in principle.' If the parties did not intend any contractual duty to arise, including a duty to negotiate, courts should respect that intent and, in such a case, allow either party to withdraw with impunity. If the parties did not so indicate, however, the court should look carefully at what the parties agreed on at the 'agreement in principle' stage. It is likely that they will determine that the parties have obligated themselves to negotiate in good faith. Once we determine the parties' true intent, courts can and should effectuate *171 that intent. In doing so, the parties will know that the obligation they intended to undertake is the same one that the court will enforce.

[FN1]. Attorney, Foley & Lardner, Madison, Wisconsin; 1983-86, Associate Professor of Law, Tulane University; B.A. 1974, University of Wisconsin; J.D. 1978, University of Illinois. The author thanks his former colleagues, Professors Thomas J. Andre, Jr., John Dzienkowski, and John Stick for their helpful comments and insights. The author also thanks Jim Shephard (Tulane 1986) for his excellent research work and for his cheerful encouragement.

[FN1]. Although this phrase probably originated in the opera setting, one of its more interesting uses occurred in the battle between Pennzoil and Texaco for the Getty Oil Company. When Texaco's Chairman, John K. McKinley, asked Getty Oil's Chairman Sidney Peterson whether Getty might still be available even though an 'agreement in principle' had been entered into with Pennzoil, Peterson responded that 'the fat lady had not yet sung.' *Pennzoil Co. v. Getty Oil Co.*, No. 7425, slip op. at 46 (Del. Ch. Feb. 6, 1984). For a further discussion of the Texaco-Pennzoil case, see *infra* text accompanying notes 60 to 63.

[FN2]. In 1984 alone, over 2,500 corporate mergers and acquisitions occurred with a combined value of over 122 billion dollars. Work & Seamonds, *What are Mergers Doing to America?*, 99 U.S. News & World Rep. 48 (July 22, 1985). Some of the more notable 1984 mergers and acquisitions included Texaco's purchase of Getty Oil, Allied Chemical's purchase of Bendix Corporation and 39 percent of Martin Marietta, Chevron's purchase of Gulf Oil, and General Motor's purchase of Hughes Aircraft and Electronic Data Systems. *Id.* at 48-49. In 1985, some of the more well-publicized mergers included General Electric's takeover of RCA, Capital City Communication's purchase of ABC and Kohlberg Kravis' buy-out of Beatrice. Although 1986 started by showing some slowdown in the mergers and acquisitions area, the Sperry-Burroughs merger, Northwest Airline's takeover of Republic Airlines and Texas Air's takeover of Eastern Airlines were among a few of the transactions which continued to garner headlines. As the year concluded, activity in the corporate acquisition area increased, presumably in anticipation of implementation of the Tax Reform Act of 1986.

[FN3]. See *infra* note 70.

[FN4]. A related issue is when disclosure of merger negotiations is required in order to comply with the federal securities laws. Although the law is by no means wholly free from doubt, it seems clear that by the time an 'agreement in principle' has been reached, an announcement which is not misleading and which does not contain any material omissions is required. See

(declaración de caducidad y cancelación de las inscripciones), es una sentencia definitiva que reúne las exigencias del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil.

Por tal motivo, en nuestra opinión, en contra de la sentencia que falla la caducidad, declarándola o rechazándola, procederá siempre el recurso de casación de acuerdo con lo que dispone el inciso primero del artículo 766 del Código de Procedimiento Civil.

Disentimos pues, por las razones dadas, de la opinión de mi Excm. Corte Suprema en cuanto califica de incidente a la solución de caducidad reglamentada artículo 50 del Código de Minería y de sentencia interlocutoria auto a la resolución que falla la petición.

Ejemplar N° 0662

DERECHO

LA PROMESA DE CONTRATO PUEDE SER UNILATERAL O BILATERAL (1)

Fernando Fuego Laneri

Profesor Extraordinario y Ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile

SUMARIO: 1.—Anuncio de la solución y explicación; 2.—Combinaciones posibles; 3.—Una sola hipótesis ha sido cuestionada; 4.—Una Memoria de Prueba dio vigor a la tesis de la nulidad; 5.—La solución acertada obtenida por denotación; 6.—Fundamentos de la tesis que sostiene que la promesa es nula, y retenciones; 7.—Fundamentos de la tesis que sostiene que la promesa es válida.

Sección I

Aspectos Fundamentales

1.—Anuncio de la solución y explicación

El problema de la uni y bilateralidad de la promesa de contrato ha dado lugar a controversias, espe-

cialmente en nuestro país y felizmente más en otro tiempo. Dejo anunciado que este contrato puede ser tanto unilateral como bilateral, y en ambos casos es válido.

Dicho en los términos de nuestro artículo 1439, que define los contratos pertenecientes a este clasificación, en este contrato preparatorio es posible que ambos contratantes "se obliguen recíprocamente", como también que uno de ellos se obligue para con el otro "que no contrae obligación alguna". El preparatorio puede ser, pues, unilateralmente vinculante (2).

ral, aunque el contrato definitivo deba calificarse de bilateral.

(2) Sobre el contrato preparatorio unilateral, ver el magnífico Capítulo III, "El contrato preparatorio unilateral", en Giuseppe Tamburino, "Il vincolo unilaterale nella formazione pregressiva del contratto", páginas 38 a 96. Giuffrè, Milano, 1954.

(1) A propósito de la sentencia de la Corte Suprema, de 5 de septiembre de 1962, redactada por el Ministro Ramiro Méndez Brañas, y cuyo considerando 17 establece la siguiente doctrina: "...no existe inconveniente legal para que el contrato preparatorio de promesa pueda ser unilate-

El desarrollo mayor que tendrá el tratamiento de esta materia, ha decidido dejar para el final el estudio del carácter uni y bilateralmente, sin contar que por ello mismo se ha preferido arrancar el tema del capítulo anterior y reservarle un aparte en aras a una mayor claridad.

2.—Combinaciones posibles

Naturalmente que, por la circunstancia de jugar dos contratos, el preparatorio y el prometido, las calidades de uni y bilateralidad pueden presentarse en uno y otro caso, dando lugar a combinaciones que alcanzan a cuatro y que en seguida se dirán.

a) La promesa bilateral —o sea, mutuamente aceptada— de un contrato que es bilateral. Es el caso más corriente y se presenta, por ejemplo, en la promesa mutua de compraventa, de arrendamiento, de sociedad. Constituyen la mayor proporción de las promesas de contrato que se otorgan o se litigan.

Pedro se dirige a Juan y le promete vender un bien determinado, en las condiciones que precisa detalladamente, para una futuraidad que se fija. Juan recibe la promesa, la acepta y a su vez formula otra promesa, la de comprar el referido bien en las mismas condiciones.

Tanto Pedro como Juan quedan obligados, por sus respectivas promesas, a la celebración de un contrato futuro que, a su vez, dará lugar a obligaciones recíprocas, por ser bilateral.

b) La promesa bilateral de un contrato unilateral, como la promesa, mutuamente formulada y acep-

tada, de préstamo, de depósito comodato, etc.

c) La promesa unilateral de contrato bilateral, como ser, la promesa de venta, de arrendamiento, de sociedad, etc., en las cuales uno solo de los que habrán de obligarse en el contrato prometido contra actualmente obligación de celebrar tal contrato definitivo.

Pedro se dirige a Juan y le promete dar en arrendamiento un bien determinado en condiciones que expresa detalladamente. Enterado Juan de tal promesa de contrato, Juan acepta por su parte. Con todo, sin obligarse a nada por lo que a él respecta, pues él no promete cosa alguna (3).

El Ministro Enrique Föster Rocabarren nos ofrece un ejemplo relacionado con la agricultura y que opera con natural frecuencia. Señala en un voto especial de minoría, junto con otros ejemplos más, en la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 11 de noviembre de 1919 (4).

(3) Obsérvese que en la promesa unilateral el contrato bilateral juega como supuesto incluido en la existencia de consentimiento del beneficiario de la promesa, "so pena de confundir la promesa de contrato con una simple oferta o polución", como dice JOSE OSUNA, página 21.

(4) "Del contrato real y de las promesas de contrato". Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1947. "Juan ha hecho en su predio siembras de trigo y como ha necesitado dinero antes de las siembras, lo ha obtenido de Pedro, comerciante en granos, en favor del cual ha estipulado, al mismo tiempo, la venta de todo el trigo de su cosecha al precio corriente de plaza, si Pedro le manifiesta la voluntad de adquirirlo durante el próximo mes de marzo. En caso contrario devolverá el dinero prestado con sus intereses".

"Juan ha contratado aquí una obligación de hacer en favor de Pedro que no queda comprometida a nada y que puede o no comprar el trigo de Juan, según sea su voluntad".

Es, pues, el caso típico de una obligación unilateral, que se ha contratado en favor de determinada persona para celebrar con ella un

La diferencia bien marcada entre la promesa bilateral y la unilateral se observa a través de la causa. En efecto, tratándose de la bilateral, la facultad de pedir el cumplimiento del contrato prometido tiene el significado de causa para cada parte contratante; en cambio, si se trata de promesa unilateral, como contraprestación a la facultad concedida para decidir la celebración del contrato prometido, habrá de entenderse el pago de una prima, el cumplimiento de una obligación, o bien tendrá carácter gratuito (5).

Más adelante, al runarse la tesis de la validez de esta forma de promesa, se sostendrá que la pretendida unilateridad, que se le atribuye desde siempre, es mas aparente que real. En efecto, distinguiéndose se en la promesa unilateral dos rasos, una de inicio y otra de actualización, a lo sumo hay vinculación unilateral, originariamente y en un sentido ciertamente restringido, pues si se atiende a la relación toda, ella nace como modalidad o subcaso de contrato de prestaciones recíprocas, o sea, bilateral.

ch) La promesa unilateral de un contrato unilateral. Sólo uno promete un contrato futuro, a su vez, da origen a obligaciones sólo respecto de uno de los contratantes. La promesa unilateral de depósito, por ejemplo.

3.—Una sola de las hipótesis ha sido cuestionada en Chile

En nuestro país se han aceptado las hipótesis descritas anteriormente, en forma unánime, a excepción del caso de la promesa unilateral de contrato bilateral, que por algunos es rechazada, considerándola legalmente inadmisible, con el fundamento de no cumplirse con lo dispuesto en los Nos 2.º y 4.º del artículo 1554, y en el artículo 1478.

Dicho en dos palabras, la tesis de la nulidad se basa en la confusión de las dos figuras contractuales continuadas, que juegan con objeto jurídico diferenciado y en momento jurídico y práctico también diverso, y que gozan, ambas, de individualidad propia; situación separada que hoy nadie podría discutir. También se basa la tesis de la nulidad en un sofisma, en el caso del argumento del artículo 1478, como lo dice acertadamente Claro Solar, como también, en el fondo, en la falta de distinción entre promesa de contrato y contrato definitivo.

Rechazo por mi parte tal inadmisibilidad, situándose así en el sector de mayoría de la doctrina, por no decir de la unanimidad.

En seguida se tratará este problema en particular.

Sección II

La promesa unilateral de contrato bilateral es válida

Párrafo Primero

Antecedentes y evolución

4.—Una Memoria de Prueba dio vigor a la tesis de la nulidad

Prácticamente ha transcurrido medio siglo desde el momento en

contrato bilateral, si este último así lo exige en la forma y tiempo debidos". Gaceta 1919, 2.º semestre, página 420.

(5) En el mismo sentido, FEDERICO DE CASTRO, "El contrato de depósito", en el Anuario de Derecho Civil, tomo III, fascículo IV, página 171, Madrid, 1930.

que un joven postulante al título de abogado presentaba para tal efecto un trabajo excepcionalmente laborioso y de mérito: "La Compraventa y la Promesa de Venta".

Allí se sostenía, la nulidad de la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral, especialmente en razón de lo dispuesto en los números 2.º y 4.º del artículo 1554, y en el artículo 1478 (6).

La fuerza del razonamiento, la calidad excepcional del trabajo que contenía tal doctrina, y la prestancia intelectual que fue adquiriendo con velocidad vertiginosa su autor, tanto en la Universidad como en el foro, confirieron preeminencia a dicha solución, que cambió su languidez por un vigor inusitado, y que sostuvieron muchos en adelante. Por convencimiento puro algunos, por respeto otros, por verdadera impresión los demás.

5.—La solución verdadera obtenida por decantación

Pasado el tiempo, que en Derecho ha venido abriendo el campo al mayor número de relaciones jurídicas exigidas imperiosamente por el tráfico, y en circunstancias que en la doctrina universal jamás floreció ese distingo para formular la inva-

lidez, y llegaron Códigos, en Chile, que la admitían derechamente por necesidad, como el Chileno, Minera, de 1932, y otros muchos extranjeros que reconocen tal significación sin expresar reserva (2). Lo cierto es que la doctrina apoyada por el profesor Alessandri ha venido a menos o ha pasado de moda.

El espaldarazo jurisprudencial que es lo único que hasta el momento faltaba, lo dio la magnífica sentencia de la Excm. Corte Suprema de 5 de septiembre de 1962, redactada por el Ministro Rámiro Méndez Brañas, a la vez profesor titular de Derecho Procesal en la Universidad de Chile.

Por las razones que se darán más adelante —muchas formuladas de hace tiempo— sostendré la tesis de la validez de la promesa unilateral de contrato bilateral (8), con vencido de que a estas alturas ni siquiera debiera discutirse tan evidente posición.

Párrafo Segundo

Fundamentos de cada tesis

6.—Fundamentos de la tesis que sostiene que la promesa es nula, y refutaciones

a) La exigencia del N.º 4.º del artículo 1594 importa la "especificación" del contrato prometido al

(7) O que van mucho más lejos, admitiendo mérito jurídico a la promesa puramente unilateral, sin mediar aún aceptación o contrato, como sucede con el Código Italiano, en su artículo 1361. (8) Como se dice en otra parte, esta forma es la única que ha despertado discusión en cuanto a su validez, puesto que las demás, incluida la promesa unilateral de contrato unilateral, jamás han motivado duda alguna.

(6) De este modo seguía ALESSANDRI la tesis de la nulidad de la promesa de contrato, sostenida antes por algunas de las sentencias que atendieron a la materia, entre ellas las siguientes:

Revista: Tomo VII, sección 1.ª, página 22.
Tomo VIII, sección 1.ª, página 33.
Gaceta: Tomo XVI, sección 1.ª, página 1.
Año 1876, página 373, N.º 755.
Año 1908, página 232, N.º 73 (Corte de Valparaíso).

Tratados de EUGENIO VALENZUELA: SO-MARRIVA, "Algunas Opiniones de don Leopoldo Urrutia", página 413. Memoria de Prueba, inédita, Santiago de Chile, 1959.

extremo de incluir en la promesa "el concurso de voluntades del comprador y del vendedor en virtud del cual el primero se obliga a comprar y el segundo a vender", y, no concurriendo tal requisito en la promesa unilateral, estaríamos frente a un contrato, mas que anulable, inexistente.

Este fundamento se refuta en mi trabajo "contratos preparatorios", al analizarse el alcance del citado N.º 4.º del artículo 1554, que no tiene por qué necesitar elementos extraños para formarse.

En efecto, se expresa allí que, "en cuanto a la profundidad de la exigencia de "especificar", es la que se conforma con la mención de las cosas de la esencia del contrato prometido, no siendo indispensables, por tanto, las de la naturaleza ni las accidentales". Allí mismo se proporcionan las razones que conducen incontestablemente a esta solución.

Conviene añadir, además, que esta refutación se aviene con una de las soluciones básicas o claves: la de la individualidad y separación de los contratos de promesa y definitivo.

Por consiguiente, el fundamento en análisis se basa en una interpretación errónea y excesivamente estricta de uno de los requisitos del contrato de promesa, y, por lo mismo, ha de rechazarse, en cuanto pretende un consentimiento innecesario, que es exigible sólo en el contrato futuro y no antes.

b) La exigencia del N.º 2.º del artículo 1554 —afirma la tesis de la nulidad— incluye la concurrencia de las voluntades del contrato bilateral prometido; como las de comprar y vender, si se trata de una

compraventa. En otras palabras, es "ineficaz" el contrato preparatorio por faltar en él un requisito de la esencia; pero no de la esencia del preparatorio que ahora se otorga, sino de la esencia del futuro que se promete.

Es la repercusión de ineficacia, del prometido al preparatorio, que alcanza a este caso de promesa unilateral, porque en ésta faltaría, necesariamente, tal acuerdo.

El fundamento en análisis se parece notablemente al anterior, en cuanto en ambos casos se pone en juego y se exige desde luego el acuerdo de voluntades del contrato prometido; pero mientras en el anterior era por acatar la "especificación" estricta, ahora lo es por repercusión de ineficacia.

La muy clara diferenciación que actualmente se hace entre el contrato de promesa y el contrato prometido, formulada con reiteración uniforme en cuantas hipótesis de promesa de contrato ha podido presentarse la oportunidad de hacerlo, y que contrasta con la época de vacilaciones que se observaba en tiempos de boga de la tesis apoyada por Alessandri, no deja la menor sospecha acerca del rechazo del fundamento de la ineficacia repercutida, que pretende agregar al contrato preparatorio, a título de exigencia, un elemento propio y exclusivo del contrato prometido, que nace por virtud de un consentimiento pleno y autónomo, nuevo y fresco, sin necesidad de pedirlo prestado a otra relación, por muy preparatoria que ésta sea.

A mayor abundamiento, la misma diferenciación incuestionable ha permitido morigerar en mucho el requisito de la eficacia del con-

trato prometido, que, a su vez, sirve de exigencia en el contrato preparatorio. En efecto, en hipótesis aun de objeto ilícito, por ejemplo, se ha mirado hacia el instante de concertarse el contrato definitivo, y no antes, para computar o considerar la ilicitud respectiva y la consiguiente ineficacia de la promesa de contrato. No podría ser de otro modo.

Es por la mencionada diferenciación clara e incuestionable entre una y otra figura contractual —la preparatoria y la definitiva—, afirmada en la doctrina patria de modo superlativo, que pienso en la validez del contrato preparatorio de carácter unilateral que promete uno bilateral, no siendo admisible pretender la agregación de un elemento propio del contrato futuro (9).

c) En la promesa unilateral de contrato bilateral, finalmente, a juicio de la tesis de la nulidad que daría exclusivamente a voluntad de una de las partes contraer las obligaciones inherentes a la posición que esa parte ocupa en el contrato, lo cual, en otros términos, importaría la contratación subordinada a una condición potestativa que depende la mera voluntad del deudor, de las que señala como nulas el artículo 1478, por lo que también sería nula la promesa de contratar a juicio de esta tesis.

Respondiendo con acierto a este fundamento, Claro Solar empieza por calificarlo de sofisma, y agrega: "el artículo 1478 se refiere a una

condición que consiste en la voluntad de la persona que se obliga; y en la promesa de venta el promisor queda obligado desde que celebra la promesa y el presunto comprador no contrae obligación alguna que dependa de su mera voluntad, sino que se reserva resolver compra o no compra, sin expresarse aún su voluntad de comprar. Se reserva la facultad de prestar o no su consentimiento, aceptando o no la oferta de venta que el promisor ha hecho" (10).

Ahondando en el argumento, expresando algo que no alcanzo a decir el maestro Claro Solar, puedo afirmar que no cabe hablar de un deudor que decide —arbitrariamente o no— sino que de un acreedor, esto es, de aquel que acepta realizar el contrato prometido. Se trata, pues, de un acreedor de la celebración prometida por el otro contratante; en caso alguno de un deudor de las partes se denomina promitente-deudor, y la otra, el beneficiario, promitiente-acreedor".

Cuando se llega al campo del "deudor" es cuando se ha superado el ámbito de la promesa de contrato y de su celebración, y estamos ya en el ámbito de los efectos del contrato prometido. Pero, me pregunto, ¿qué nos interesa ese momento posterior, ajeno a nuestro problema de la validez del contrato preparatorio?

Razonando con igual orientación, aunque con matiz diferente, es que Eugenio Valenzuela llega a la mis-

(9) En el curso de mi trabajo "Contratos preparatorios" se repite muchas veces, por lo demás, que el criterio de la *individualidad* y *separación de ambos contratos* —el preliminar y el definitivo— es una de las soluciones claras o básicas en el problema de la promesa de contrato.

(10) LUIS CLARO SOLAR, "Derecho Civil Chileno y Comparado", tomo XI, páginas 716 y 717. Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1937.

ma conclusión a que arribo: "De esta manera, la condición meramente potestativa depende de la voluntad del acreedor y no del deudor, y como el artículo 1478 sólo establece la nulidad de aquellas condiciones que dependen de la sola voluntad de este último, las promesas unilaterales son plenamente válidas" (11).

A idéntica conclusión llega Enríque Rodríguez, expresándose de este modo: "Si el cumplimiento de la promesa depende precisamente de la voluntad del promitiente-acreedor, no puede sostenerse que la obligación es nula, porque aun que se estime condición suspensiva meramente potestativa a esa voluntad, ella no es del deudor, de la persona que se obliga, sino del acreedor" (12).

A lo anterior, como si fuera poco, puede agregarse que, en la práctica, tampoco es una voluntad dependiente del puro arbitrio la que decide, de sea que la tengamos como deudor o bien del acreedor, pues se trata de una espera en que se estudia el ofrecimiento, se busca su financiamiento o se vencen impedimentos; como cuando el arrendatario conoce el campo a través de su cultivo actual para resolverse más tarde a su compra aceptando la posibilidad que tiene entre manos, como cuando el propietario estudia la inversión que dará en seguida al precio que recibirá si él se decide a vender, como cuando el comprador

busca el dinero con que pagar el precio de aquello que a él le prometen unilateralmente vender, o si es mujer casada, buscar su separación de bienes con su marido para poder adquirir libremente y en provecho propio.

En otras palabras, a la sazón anterior de una unilateralidad, mas aparente que real, debe añadirse que la propia decisión del que no promete está supeditada a la reunión de requisitos o a la superación de factores de momento insalvables, justamente respecto de ese sujeto, razón de ser de la espera suspensiva, razón de ser de la propia figura del contrato preparatorio todo entero.

7.—Fundamentos de la tesis que sostiene que la promesa es válida

a) Anuncio y breve comentario. Se darán a continuación los fundamentos principales —de carácter positivo— en favor de la tesis de mayoría, vale decir, aquella que sostiene la validez de la promesa unilateral de celebrar contrato bilateral.

Lo anterior sin perjuicio de estimarse sin valor la tesis de la nulidad por la sola refutación de los argumentos que ella aduce, como acabamos de hacerse. No olvidemos que esa tesis sostiene la situación anormal y de excepción, que por lo mismo requiere necesariamente sostenerse sobre sus propios cimientos, debidamente acreditados.

Las razones de orden positivo —que resultan a mayor abundamiento luego de la refutación antedicha— vienen dándose desde antiguo entre nosotros, por repetición

(11) "Algunas opiniones de don Leopoldo Urrutia", página 421. Memoria de Fructu, Santiago de Chile, 1939.

(12) "El contrato unilateral de promesa y la promesa como declaración unilateral de voluntad", página 25. Memoria de Fructu. Editorial Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1939.

de lo que se ha venido aduciendo desde antes, o por agregación, en cada controversia, de alguna nueva razón o de algún modo nuevo de decirlo.

Reuniré en un haz, como pueda, ese conjunto de fundamentos que me parecen decisivos, en la esperanza de que sean suficientemente sopesados y luego nos conformemos con una posición definitiva, favorable a esta corriente. Me parece que ya es tiempo.

Debo anticipar, por otra parte, que más adelante se incluye el argumento nuevo consistente en negar el supuesto de unilateralidad que se atribuye hasta ahora a este contrato, pues es unilateral sólo en un sentido vinculante inicial, y no cuando se le aprecia en un todo, aun inicialmente.

Como, asimismo, adelanto la insistencia e intrascendencia que se viene reconociendo a la clasificación de los contratos en uni y bilaterales, que es el escollo propuesto por los sostenedores de la nulidad de la promesa unilateral (13).

b) La soberana voluntad de los contratantes en el marco de lo dicho (14), —y por simple aplicación de los principios generales de la contratación—, admite el acuerdo

(13) Sobre la clasificación de uni y bilateral, en cuanto a su orientación moderna, consultar el interesante trabajo del profesor y magistrado argentino GUILLERMO BORDA, "Unilateralidad y bilateralidad de los contratos", Revista "La Ley", tomo CVI, Buenos Aires 24 de mayo 1962.

(14) La sentencia de la Corte Suprema, de 5 de septiembre de 1962, redactada por el Ministro RAMIRO MENDEZ, incluye este argumento en los términos que se contienen en el encabezamiento del considerando 17: "Que dentro de la libertad de contratar reconocida por la ley —autonomía de la voluntad— no existe inconveniente legal para que el contrato preparatorio de promesa pueda ser unilateral, aunque el contrato prometido deba calificarse de bilateral".

impedir la mutabilidad de otros caracteres generales de los contratos; como sería, pretendiendo que un contrato consensual no pudiera hacerse solemnemente o real, o que uno gratuito no pudiera convertirse en oneroso, o que uno de ejecución instantánea no pudiera operar como de tracto sucesivo. Será la voluntad, en ejercicio de la autonomía privada, la que decida soberanamente en cada caso.

Se podría argumentar que en algunos casos la ley impide el cambio del carácter general, como si de un tipo solemne se intentara la transformación en consensual por voluntad privada. Pero aquí, en la promesa unilateral de contrato bilateral, ¿dónde está la prohibición o la razón de grado superior que lo impida? ¿Cuál es el orden público agredido?

Dicho en dos palabras, resumiendo, la uni o bilateralidad es de la naturaleza y no de la esencia del contrato. Por lo mismo, las partes pueden generalmente caracterizarlo o matizar un tipo legal, transferirlo en otro, o crear por esta vía una figura innominada. No existe prohibición y menos ilicitud.

ch) No hay precepto alguno en nuestra ley positiva —ni siquiera en el artículo 1554 en relación con la materia específica— que prohíba la promesa unilateral.

Por el contrario, en el contexto de la ley se advierten regulaciones específicas que juegan en el supuesto de admisión de la promesa unilateral. Tal ocurre en los casos de los artículos 1449 (contrato a favor de tercero), 1823 (contrato de compra-venta a prueba) y 1881 (pacto de retroventa). Sin contar los casos, que van mucho más lejos, de

promesa obligatoria simplemente unilateral.

d) La historia fidedigna de la disposición, como lo señala Leopoldo Urrutia en un trabajo publicado a propósito de una sentencia que él impugna (15).

Es sabido que en el Proyecto del año 1853 se identificaba la promesa de contrato con el contrato prometido, si este último es de "aque- llos que se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes". El proyecto decía que, en tal caso, "la promesa equivaldría al contrato mismo".

En la Comisión redactora del Código se siguió admitiendo la idea de "especificar" el contrato prometido, que contemplaba ya el precepto del N.º 4.º otra identificación de contratos que venía en el proyecto.

Todo esto revela, como dice Urrutia, que la idea de identificación no debe considerarse, como base de interpretación, para atribuir al precepto del N.º 4.º otra identificación que la que corresponde a la palabra especificar.

e) La necesidad de operar promesas unilaterales. Está reflejada en una disposición expresa de un Código especial, el de Minería de 1932. En su artículo 76 se dispone: "Será válido el contrato de promesa de venta de una pertenencia o parte alícuota de ella, de acciones de una sociedad minera, y, en general, de cualquier otro derecho registrado especialmente por el presente Código, aunque se estipule que es facultativo para el promitente com-

(15) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVI, sección 1.ª, página 1, Santiago de Chile, 1919.

prador realizar o no la compraventa".

Se dio paso franco a las personas unilaterales de compraventas relacionadas con negocios mineros, dirigiéndose a ellas en ese tiempo florecían esplendorosamente y que causaban penosamente la consiguiente inseguridad en los negocios mineros.

Como dice el profesor Uribe, "sin ambages ni timideces, resueltamente, se determinó que las promesas unilaterales de venta eran válidas" (16).

f) La promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral no tiene, el carácter unilateral que ha venido asignándosele. A esta conclusión se llega analizando el efecto vinculatorio que produce tal promesa, que comprende una fase de inicio y otra posterior de actuación.

En el primer instante el contrato es unilateralmente vinculante, vale decir, vincula solamente a una de las partes y no a la otra, pues mientras el promitente-deudor está obligado a cumplir lo prometido, el promitente-acreedor está solamente en facultad de cumplir.

Con todo, esta unilateralidad en referencia no es la misma concierne a los contratos que se llaman unilaterales, como cuando del mutuo nace la obligación única de restituir que corre a cargo del mutuuario, o del comodato la de restituir perteneciente al comoditario, o de la prenda la de restituir que se impone al acreedor.

Esta unilateralidad de la promesa de contratar, en efecto, nace li-

gada y conjugada con una determinada prestación querida —pero típicamente delimitada— que será dada en actuación por iniciativa del promitente-acreedor, quien, al cumplir y cumpliendo esa prestación adquiere el derecho de contraprestación, resultando, de este modo, la bilateralidad plena de las prestaciones recíprocas, es decir, el contrato bilateral prometido.

Si no admitiésemos esta tesis, la bilateralidad primaria e incipiente, no podríamos responder a la siguiente interrogante relativa a la causa: ¿por qué, entonces, es que obliga el promitente —deudor—? Acaso no es a cambio de la obligación eventual del otro, que ha de tener un contenido predeterminado que es justamente el que le interesa y le mueve a celebrar este contrato preparatorio?

Es por todo ello que unilateralidad tal no queda comprendida en la zona de los contratos unilaterales y esto hace decir a Messineo, tratando la materia en general, al problema de validez que ahora nos ocupa, que ese tipo de unilateralidad de lugar al "contrato unilateralmente vinculante", constituyendo un "subcaso del contrato de prestaciones recíprocas", para nuestro lenguaje, un subcaso de contrato bilateral (17).

Distinciéndose, pues, una fase de inicio y otra posterior de actuación, perfectamente previstas y precisadas por quienes otorgan el contrato unilateral de promesa bilateral.

(17) FRANCESCO MESSINEO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo IV, página 474, Ejea, Buenos Aires, 1955. MESSINEO cita como ejemplos de estos subcasos el contrato de opción, la apertura de crédito y el mandato de crédito.

(16) ARMANDO URIBE H., "Manual de Derecho de Minería", página 401, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1948.

ral, cabalmente ligadas y conjugadas entre sí, podrá concluirse que no hay tal unilateralidad en el contrato, ni siquiera inicialmente, y que por lo mismo toda la argumentación de la nulidad de la promesa de contrato, basada en esa supuesta unilateralidad, se viene al suelo.

Podría existir vinculación unilateral, por ser uno solo el obligado inicial; pero no contrato unilateral, como ha venido repitiéndose, pues éste, como dice Messineo, con mucho acierto, no es más que un subcaso, una modalidad diría yo, del contrato de prestaciones recíprocas.

Con esto creo haber dado un argumento nuevo —de peso— en favor de la tesis de la validez de la llamada promesa unilateral de contrato bilateral, desde que se niega a esta figura la "unilateralidad" que se le venía asignando y que servía de supuesto básico a los argumentos en favor de la nulidad.

g) La simple declaración unilateralidad de voluntad es fuente de obligaciones. Si la simple declaración unilateral vale, según hoy es aceptado, incluso entre nosotros, resulta extraño que se niegue validez, por razón de técnica a una verdadera relación de contrato, niesto que se trata de promesa admitida, como es la que ahora se examina.

Así, en la promesa unilateral —puramente unilateral por ausencia de contrato— encontramos como nota su obligatoriedad: sin embargo, a pesar de tal obligatoriedad, no ha intervenido aceptación definitiva por parte del destinatario o del interesado a quien la misma favorece. De dicho carácter obligatorio se desprende, por otro

lado, la irrevocabilidad de la promesa unilateral (18).

La promesa unilateral que es fuente de obligaciones ha de tener un tipo dado al cual la ley le otorga tal efecto; pero eso no le resta mérito a la tesis (19).

(18) En el mismo sentido, MESSINEO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo IV, página 217, Traducción, Ejea, Buenos Aires, 1955.

(19) La máxima aplicación está, sin duda, en el título de crédito.

(18) En el mismo sentido, MESSINEO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo IV, página 217, Traducción, Ejea, Buenos Aires, 1955.

(19) La máxima aplicación está, sin duda, en el título de crédito.

que en la jurisprudencia nacional tuvo su primer pronunciamiento en el siglo pasado, el año 1876 (20).

i) La opinión mayoritaria de los autores nacionales, mas la unánime de los extranjeros, y algunos fallos judiciales. No podrían considerarse argumentos "per se"; con todo, afianzan de manera sólida la tesis de la validez de la promesa unilateral de contrato bilateral.

Entre los autores extranjeros basta citar a Messineo (21); Luis Muñoz (22); René Dekkers (23); Héctor J. Cerruti (24); Gerardo Abad-Conde (25); Luis María Rezonico, con los innumerables autores franceses y argentinos que cita (26).

Manuel González Enriquez (27); Rafael Rojina Villegas (28); Federico de Castro (29), advirtiendo que éstos, y otros muchos, se limitan a señalar las dos formas posi-

(20) Corte Suprema, 1.º mayo 1876. Gaceta 1876, página 373, N.º 736. (Sentencia con dos votos disidentes, de los Ministros señores PRATS y SILVA).

(21) "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo IV, páginas 466 y 467. Traducción. Ejea, Buenos Aires, 1955. También el mismo autor en "Enciclopedia del Diritto", "Contratto Preliminare...", tomo XI, Giuffrè, Milano, 1962.

(22) "Derecho Mercantil", tomo I, páginas 380 y 381. Librería Herrero, México, 1952.

(23) "Précis de Droit Civil Belge", tomo II, página 57. Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1955.

(24) "La promesa de contratar", páginas 122 y 123. Facultad de Derecho, Montevideo, 1952.

(25) "Derecho Civil, Obligaciones y Contratos", página 187, 2.ª edición. Gráficas Orbe, Madrid, 1958.

(26) "Estudio de los Contratos", página 384, 2.ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1958.

(27) "La Obligación de Contratar", Revista de Derecho Español y Americano, N.º 17, página 677. Madrid, enero-marzo, 1959.

(28) "Derecho Civil mexicano, tomo VI, volumen I, 2.ª edición, página 88. Antigua Librería Rebrede, México, 1954.

(29) "La promesa de contratar", Anuario de Derecho Civil, tomo III, fascículo IV, página 1170. Madrid, octubre-diciembre, 1950.

bles, pero sin siquiera plantearse duda sobre la validez de la promesa unilateral.

Para citar Códigos extranjeros en favor de la tesis, basta referirse al Código mexicano, cuyo artículo 2244 dispone: "La promesa de contratar, o sea, el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral". Y al Código italiano de 1942 que en su Libro dedica todo un artículo, el IV, a esta materia, bajo el título "De las promesas unilaterales", si bien abarcando otras modalidades más de la que aquí se está tratando.

Entre los autores y los profesores nacionales puede decirse que casi la unanimidad sostiene la tesis de la validez.

Se pueden citar los siguientes: Leopoldo Urrutia (30); Manuel Somarriva (31); Luis Claro Solari (32); Manuel Jara Cristó (33); Ernesto Silva Imperiali (34); Enrique Mozo Merino (35); Hernán Silva Vergara (36); Eugenio Valenzuela Somarriva (37); Enrique Rodri-

(30) "Promesa unilateral de venta o de compra. Estudio crítico de una sentencia de casación en el fondo", Revista, tomo XVI, sección D, página 1, Santiago de Chile, 1919.

(31) Voto disidente en la causa "Hannegen y Villegas", Corte de Apelaciones de Santiago, 1943. Reproducido y comentado por EUGENIO VALENZUELA, Memoria de Derecho Civil chileno, concurrido, tomo XI, N.º 121, páginas 71 y 79. Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1937.

(32) "De las promesas de contrato", Memorias de Prueba, Universidad de Chile, 1916.

(33) "La promesa de celebrar contrato", páginas 54. Memoria de Prueba, Etablissements Grifios Bailella y Co., Santiago de Chile, 1950.

(34) "De la promesa de celebrar un contrato", página 54. Memoria de Prueba, Santiago de Chile, 1930.

(35) "Algunos aspectos de la promesa de contratar", página 88. Memoria de Prueba, Editorial Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1956.

(36) "Algunas opiniones de don Leopoldo"

guez Rodríguez (38); Ignacio Gurruchaga Gurruchaga (39); y varios más, citados incluso en los trabajos de Ramiro Méndez Branas, no podría constituir argumento por sí misma; pero no es menos cierto que capta y resume el ambiente doctrinal virtualmente unánime en favor de la tesis de la validez, y a la vez da un vuelco a la jurisprudencia de cerca de cien años.

En ella, sin contar un ordenado y sabio tratamiento del problema, se contiene la siguiente frase decisoria: "...no existe inconveniente legal para que el contrato preparatorio de promesa pueda ser unilateral, aunque el contrato prometido deba calificarse de bilateral" (42).

F. F. L.

(42) Considerando 17 de la sentencia.

Urquiza", página 420. Memoria de Prueba, Editorial Universitaria de Chile, 1959.

(38) El contrato unilateral de promesa y la promesa como declaración unilateral de voluntad", página 27. Memoria de Prueba, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1959.

(39) "El contrato de promesa ante la jurisprudencia", página 105. Memoria de Prueba, Colección de la Editorial Jurídica, volumen XI, Santiago de Chile, 1950.

(40) Personalmente no conozco el caso de algún profesor de Derecho Civil que no admita la validez de la promesa unilateral de contrato bilateral, y estoy por creer que uniformemente están en favor de esta tesis.

(41) Citados concretamente en este sentido por HERNÁN SILVA VERGARA, página 63. Memoria de Prueba recién referida.