

## CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES

### 125. LA FACULTAD DE OPTAR EN EL DERECHO

Desde luego, dejemos bien en claro que debe distinguirse entre la opción en el derecho en general y el contrato de opción.

En efecto, son numerosas las situaciones en que en el derecho se suele otorgar a los sujetos de una situación jurídica el derecho a optar, sin que por ello se transforme en un contrato de opción, sino que es el ejercicio de una facultad de elegir entre dos o más posibilidades que determina la legislación, otra norma jurídica, la convención de las partes o algún acto jurídico, como un testamento.

El ejemplo más claro es el de la acción resolutoria del artículo 1489 del Código Civil, en que el acreedor de un contrato bilateral, en caso de incumplimiento de la parte contraria, tiene el derecho a elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, y en ambos casos, la indemnización de perjuicios.

Otro ejemplo clarísimo de opción es el de las obligaciones con pluralidad de objetos<sup>370</sup>, ya sean alternativas o facultativas, y ya sea que corresponda escoger al acreedor o al deudor.

Muchas veces en los contratos igualmente las partes pueden otorgarse facultades de opción, en que la conducta de la contraparte tiene una cierta

---

<sup>370</sup> Véase mi obra de *Las Obligaciones*, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2008, N°s. 370 y sgtes., T. I, págs. 405 y sgtes.

ductibilidad, como por ejemplo, si se otorga al deudor el derecho de prepagar un crédito sujeto a intereses (Ley N° 18.010 de 27 de junio de 1981, que “Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica”, art. 10).

En consecuencia, en el derecho existen muchas situaciones en que una persona tiene la facultad de elegir, sin que por ello estemos ante un contrato de opción. Más adelante, en el N° 134 y sgtes., analizaremos algunas figuras jurídicas y sus relaciones con el contrato de opción, principalmente la cláusula o convención de preferencia para el otorgamiento de un acto jurídico.

#### 126. CONCEPTOS DEL CONTRATO DE OPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

*Principal problema?*  
El principal 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 analizado recientemente. En Francia se habla de opción por la promesa unilateral. Entre nosotros confunden ambos contratos Pumpin<sup>371</sup> y Navarrete<sup>372</sup>, distinguiéndolos claramente Fueyo<sup>373</sup> y Rodríguez<sup>374</sup>.

Además de que numerosos países lo contemplan expresamente, como los Códigos Civiles italiano, cubano, colombiano, etc.

Por su parte, el artículo 1331 del Código italiano dispone:

*“Opción. Cuando las partes convinieren que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable a los efectos previstos por el artículo 1329. Si no se hubiere fijado un término para la aceptación, éste podrá ser establecido por el juez.*

<sup>371</sup> Ob. cit., pág. 55.

<sup>372</sup> Ob. cit., pág. 26.

<sup>373</sup> Ob. cit., T. 2°, págs. 13 y sgtes.

<sup>374</sup> Ob. cit., pág. 43.

La legislación cubana, por su parte, concibe de otra manera la institución:

*“(…) la opción es un contrato en virtud del cual el propietario de 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 consten de la opción”.*<sup>375</sup>

#### 127. DOS CONCEPCIONES EN EL CONTRATO DE OPCIÓN

Dejando a un lado los casos en que el sujeto tiene el derecho a elegir una actuación u otra, la situación, como veremos más adelante, es muy semejante cuando se habla del contrato de opción a la señalada para el llamado derecho de preferencia, esto es, cuando se tiene la obligación en el caso de los contratos de darle la primera oportunidad de contratar a alguien determinado.

En verdad que para precisar el concepto del contrato de opción lo primero que se debe despejar es este punto inicial de cómo se encara la opción: si las partes tienen que otorgar un contrato al momento de hacerse efectiva la opción, por parte del que tiene el derecho de elección, no hay mayores diferencias con la promesa unilateral. Así, ocurre, por ejemplo, en la citada legislación cubana. A este contrato definitivo estará obligado el optatario al solo requerimiento del optante que utiliza su facultad. *contrato definitivo*

Ahora, si se considera que por parte del optatario no hay obligación de otorgar un contrato futuro, sino que el contrato definitivo para él ya está otorgado, y su obligación es cumplir las prestaciones que le impone la opción 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 resulta 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.<sup>376</sup> *modalidad suspensiva*

<sup>375</sup> Citada por FUEYO, ob. cit., T. 2°, pág. 19, Nota 1.

<sup>376</sup> Ob. cit., T. V, pág. 72, letra Hb. MAZEAUD, ob. cit., parte 3, T. 3°, N° 793, pág. 64, pensando en la promesa unilateral, dice que no es compraventa sujeta a condición sus-

*diferencia  
en oferta*  
En todo caso, tanto en una como en otra concepción la opción se diferencia de la oferta, aun de la irrevocable, porque hay contrato, esto es, oferta ya aceptada, sólo que con modalidad. El mismo precepto citado del Código italiano no la equipara sino en cuanto a sus efectos, y, por ello utiliza la expresión "se considerará".

*contrato  
definitivo*  
En la concepción de la opción como contrato definitivo resulta difícil su introducción 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 hasta ese momento en el contrato de opción es acreedor, pero al cumplirse la condición se transforma en deudor y/o acreedor en el contrato, por el cual optó. Por ejemplo, si era opción de compraventa, puede deber el precio o la entrega o ser acreedor de estas obligaciones de su contraparte.

*condición  
no onerosa  
potestativa*  
En cambio, en la promesa unilateral, el beneficiario de la promesa es desde ya sólo acreedor, y el contrato definitivo lo hará deudor. En la opción, si se estima que no necesita nuevo contrato, sino únicamente de la manifestación de voluntad del optante, depende de la sola voluntad de éste para ser deudor, lo que hace dudosa la validez del contrato por la prohibición de las condiciones meramente potestativas, si no está legislado específicamente, como ocurre en nuestro país con las excepciones legales, como la principal, que es la del Código de Minería.

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.

*libertad  
contractual*  
*CV a  
prueba*  
Como contrato definitivo ya celebrado, el problema realmente se escapa de la legislación misma, y pasa a ser de interpretación, 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, ya que esa es la solución del Código en una situación muy semejante: la compraventa a prueba.

#### Continuación nota <sup>376</sup>

pensiva, porque ésta es elemento esencial y no accidental, ya que del pronunciamiento del optante depende el nacimiento del contrato.

Hay quienes creen que la opción cabe en el artículo 1554, por ser una forma de promesa, pero insistimos que ello corresponde a la concepción de que se requiere doble contratación, y en tal caso, estamos en el conflictivo terreno de la promesa unilateral.

*cto  
consensual*  
*cto  
solemne*  
Parece bastante más fácil, en todo caso, la introducción sin texto legal de la opción en los contratos consensuales, por la gran similitud ya señalada con la venta a prueba del artículo 1823 (N° 133 A), o sea, habría un contrato en suspenso mientras el comprador no declara que, haciendo uso de la opción, compra. Más difícil resulta que sea aceptada en los contratos solemnes, como, por ejemplo, que la sola declaración por escritura pública posterior del optante, aceptando la opción de un bien raíz baste para inscribir la transferencia antes en suspenso.

#### 128. LA OPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Entre la segunda y tercera edición del presente libro sobre el contrato de promesa ha cambiado el giro de la opción, pues existe más literatura jurídica<sup>377</sup>, pero fundamentalmente, se dictó, como ya se ha dicho, un nuevo Código de Minería, que habló directamente del contrato de opción en su artículo 169 inciso final.

También se legisló sobre el contrato de promesa de compraventa y arrendamiento, llamado también "leasing" (N° 184).

Veremos a continuación ambas situaciones.

#### 129 A. LA OPCIÓN EN EL CÓDIGO DE MINERÍA

Como también ya se dijo, el Código de Minería desde hace tiempo aceptó la validez del contrato de promesa, "aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo".

Dicho de otra manera, acepta la promesa unilateral de un contrato bilateral, quedando el promitente vendedor obligado a otorgar la compraventa definitiva, cumplidos los requisitos legales respectivos.

<sup>377</sup> Véase *Contratación Comercial Moderna*, de Álvaro PUELMA ACORSI, Editorial Jurídica de Chile.

Además de otros derechos que otorga el inciso final del artículo 169, que dice:

*“Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero se aplicará también al contrato de promesa de compraventa y al contrato de opción de compra de los bienes a que se refiere el inciso primero. Respecto de este último contrato, bastará la sola aceptación de la oferta irrevocable para que quede perfeccionada la compraventa propuesta, pero tanto la oferta como la aceptación deberán en todo caso, constar por escritura pública”.*

Está claro que el Código de Minería categóricamente se inclinó por la tesis de la opción como contrato definitivo y no como preparatorio, y por ende, diferente al de promesa. Ello se reafirma con la antigua referencia de validez a la promesa unilateral, y también por la declaración que efectúa el inciso 2° en orden a que, cumplidos ciertos requisitos, ésta obliga a celebrar la compraventa, esto es, ella no está otorgada de antemano.

Sin embargo, para los efectos de la regla interpretativa del artículo 24 del Código Civil, el precepto podrá ser un antecedente del espíritu general de la legislación. El problema para aplicar la solución del Código de Minería se presentaría de todas maneras en los casos que el legislador haya exigido una solemnidad, normalmente escritura pública, o inscribir en un Registro (que a veces es mera medida de publicidad, en otras es solemnidad y/o tradición de un derecho real), quedando sujeto así a la interpretación del encargado del mismo.

Por eso es que el Código de Minería se preocupó especialmente de exigir escritura pública tanto para la oferta como para la aceptación. Y a mayor abundamiento, el Reglamento del Código de Minería, publicado en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1987, en su Título 12, artículos 75 y sgtes., trata del Registro Conservatorio de Minas, y el artículo 85 menciona expresamente los contratos a que se refiere el artículo 169.

En el Capítulo Tercero de la Tercera Parte veremos la opción del Código de Minería (N°s. 147 y sgtes.).

### 130 B. EL CONTRATO DE PROMESA CON ARRENDAMIENTO Y EL LEASING

Siempre en nuestro derecho ha solido pactarse una promesa de compraventa unida a un pago de arriendo hasta la suscripción del contrato definitivo.

Últimamente se ha legislado sobre el “leasing”, aunque sin utilizar esta denominación.

Cito lo que he escrito al respecto en mi obra de *Las Obligaciones*, ya citada, en su N° 87 quinquies, pág. 110.

“87 quinquies. El contrato de leasing.<sup>378</sup>

“El contrato de leasing es uno de los que ha adquirido mayor difusión entre nosotros, porque ha habido interés de la autoridad para su fomento, tanto del punto de vista tributario<sup>379</sup> como de las instituciones de fomento y control (Corfo, y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras) para incentivarlo.

“Incluso se ha dictado una ley para su aplicación en materia inmobiliaria, aunque esta última no utiliza la expresión leasing, sino que habla del “arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa”. Esta ley es la N° 19.281, de 27 de diciembre de 1993, modificada por la N° 19.401, de 28 de agosto de 1995 y la N° 20.190, de 5 de junio de 2007 (art. 12), y reglamentada por el D.S. N° 120 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 12 de septiembre de 1995, publicado en el Diario Oficial el 15 del mismo mes y año.

“El leasing (cuya traducción es ‘arrendamiento’) se define como un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada ‘empresa de leasing’ adquiere a solicitud de la otra, denominada ‘arrendatario’, bienes de capital para el uso de este último, a cambio de pagos que recibirá, por un plazo determinado, pudiendo el arrendatario ejercer al fin del período una opción de compra.<sup>380</sup>

<sup>378</sup> Véase también Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, ob. cit., pág. 3 y sgtes., y la bibliografía por él citada, y Raúl DIEZ DUARTE, ob. cit., N° 71, pág. 105.

Sobre arrendamiento con opción de compraventa en fallo publicado en la G.J. N° 237, pág. 65, se resolvió que no procede la citación de evicción mientras no se efectúe la compraventa.

Un caso de arriendo y promesa de inmuebles con cláusula penal se falló por la C.A. de Santiago, y fue publicado en la G.J. N° 301, pág. 175.

En otro, publicado en L. & S. N° 35, se declaró que el leasing es financiero, y en consecuencia, es una obligación de dinero (C.A. de Santiago de 26 de enero de 2007).

Véase en notas 295 y 417 del segundo tomo del libro de *Las Obligaciones*, otras sentencias sobre leasing, que inciden en algunas estipulaciones consideradas excesivas por los tribunales en materia de cláusula de irresponsabilidad, y cláusula penal.

<sup>379</sup> Las cuotas a plazo del contrato de leasing constituyen gastos y cuando el bien se adquiere, si es que se utiliza la opción respectiva, se activa contablemente con la última cuota.

<sup>380</sup> Así define esta operación la Circular N° 239, de 9 de septiembre de 1988, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

“Adviértase que en esta concepción del leasing, hay dos operaciones: una, en que la empresa de leasing compra al proveedor un determinado bien escogido por el usuario, y otra, un contrato entre la empresa de leasing y el usuario, quien paga cuotas periódicas por el uso del bien teniendo la opción, al final, de hacer suyo el bien a su sola voluntad o devolverlo a la empresa.

“El mecanismo económico del leasing es que la empresa prefiere explotar un bien determinado pagando por él una suma periódica y ahorra, por ende, desembolsar todo el capital o comprometer su crédito por igual suma, teniendo la posibilidad de adquirir finalmente el bien. Sin embargo aunque ésta es la concepción de este contrato, nada impide que él se celebre entre particulares, ya que en ambos casos es posible dentro del mismo principio de la autonomía de la voluntad.

“Por cierto que se ha discutido la naturaleza jurídica del leasing, ya que tiene mucho de arrendamiento unido a una opción o promesa unilateral de compraventa. Puede advertirse que en materia inmobiliaria el legislador prefirió no entrar en esa discusión y resolvió hablar lisa y llanamente de arrendamiento con promesa de compraventa.

“En todo caso, siendo un contrato innominado, los problemas que se presenten deberán solucionarse conforme a las reglas generales de los contratos y aplicando las soluciones de los que componen la operación: arrendamiento y opción o promesa de compraventa”.

En definitiva, de acuerdo a lo expuesto en dicho texto, el legislador en este caso se apartó de la solución dada por el Código de Minería, y no habló del contrato de opción, sino que prefirió mantenerse en el esquema de la promesa de compraventa.

Pero válida absoluta lo esencial del contrato de opción que hacen mella en todos y cada uno de los argumentos de quienes creen que pueda tratarse de un contrato nulo la promesa de compraventa en tales circunstancias.

En efecto, en el N° 34 de esta obra, al analizar la promesa unilateral de un contrato bilateral, nos encontramos con quienes se oponen a ella, entre otros, con el argumento de que ella dependería de la sola voluntad del deudor, por lo cual sería nula. El Código de Minería al aceptarla y varias de las figuras que veremos en los capítulos siguientes, demuestran que ello no es así.

Se dirá que el negocio verdadero es el arrendamiento, es lo esencial del contrato, y al final viene la resolución del adquirente de acceder al dominio con el último pago. Una típica opción, pero de las que obliga a otorgar un contrato específico.

En la Parte Tercera, Capítulo Tercero de esta obra trataremos en profundidad este contrato, su legislación, doctrina y jurisprudencia (N°s. 184 y sgtes.).

### 131. OTRAS FORMAS DE OTORGAR CONTRATOS DE OPCIÓN

La situación, en consecuencia, actual para el contrato de opción admite tres posibilidades:

a) En los casos que el legislador ha contemplado expresamente la opción, como son los mencionados, no cabe duda alguna de la validez y eficacia de los que se otorgan de acuerdo con las respectivas disposiciones;

b) En contratos consensuales, en que tampoco se exijan medidas de publicidad, como Conservador de Bienes Raíces u otro, la opción es un contrato innominado perfectamente válido y oponible a terceros, sujeto por cierto, a la prueba correspondiente;

c) El problema está en los casos de solemnidades ya sea para la validez o publicidad del acto, en que la situación ha mejorado, pero se tropieza con el posible rechazo convencional o judicial del acto;

d) Finalmente, este último problema es reparable mediante una transacción, un arbitraje arbitrador, o la primera avalada por la segunda, siempre que no prospere un reclamo judicial ante la justicia ordinaria.

Creemos que sería de gran interés una modificación legislativa que contemple tanto el estatuto de la promesa unilateral como el de la opción, porque ambos contratos son de gran importancia práctica y evitarían muchos de los problemas actuales, eliminando una buena cuota de las promesas de compraventa. Piénsese en el caso tan frecuente de la venta de bienes raíces con financiamiento de instituciones públicas y privadas. En vez de promesa,

el vendedor podría otorgar una opción al comprador por el período necesario para la obtención del préstamo. Bastaría a esa fecha que el optante y el organismo financiero otorgaran la aceptación y pagaran el precio para que la transferencia quedara perfecta y eficaz, sin intervención del optatario. Y a la inversa, vencido el plazo, sin que mediara la aceptación y pago del precio, el optatario quedaría libre para disponer de la propiedad, sin otro trámite, ahorrándose todas las discusiones actuales sobre caducidad de la promesa, mora, resolución, etc. Naturalmente que esto sí requiere reglamentación legal.

### 132. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Ya hemos señalado en el N° 20 C3, la semejanza, especialmente en la concepción del contrato de opción como preparatorio, de éste con la promesa unilateral, y por ende, con todas las figuras que se asemejan a este contrato, como son la venta a prueba, el pacto de retroventa y otras.

Algunas de estas figuras al ser unilaterales se repiten con la opción, por lo cual también deberemos hacer dicho paralelo.

Veremos así sucesivamente:

- A. La venta a prueba o al gusto;
- B. La retroventa;
- C. El derecho de preferencia o prelación, y
- D. La retroventa y la prelación y el contrato de opción.

### 133 A. LA VENTA A PRUEBA O AL GUSTO<sup>381</sup>

Está contemplada en el artículo 1823 del Código Civil, y en los artículos 131 y 132 del Código de Comercio.

<sup>381</sup> Véase ALESSANDRI, ob. cit., *De la compraventa y de la promesa de venta*, edición del año 2003, Tomo 1, Volumen 2°, N°s. 625 y sgtes., págs. 497 y sgtes.

Dice el primero:

*“Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato, mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor.*

*“Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo”.*

De ahí que Alessandri<sup>382</sup> la defina diciendo que “es aquella en que el comprador se reserva la facultad de probar la cosa vendida, de manera que la existencia del contrato queda subordinada a su mera voluntad”.

El mismo autor rechaza que se trate de una venta condicionada, porque piensa que en tal caso habría una condición potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, lo que sería nulo. Pero reconoce que en la compraventa comercial la situación es distinta, porque los artículos 131 y 132 del Código de Comercio citados hablan de la condición suspensiva de la compraventa. Ello lo lleva a señalar:

*“Esta venta, antes que se perfeccione, importa en el fondo una especie de promesa unilateral que se convertirá en venta cuando el comprador declare que la cosa le agrada. Pero el vendedor queda obligado antes de esa declaración, porque, a pesar que el comprador no ha dado su consentimiento, aceptó esa promesa u oferta, y al aceptarla lo deja obligado”.*

La verdad es que la reglamentación del contrato de opción haría innecesaria esta forma de la compraventa: el comprador tendría la opción de comprar en vez de asilarse en esta figura de la venta a prueba. La única diferencia que ésta tiene de la manera en que la entiende Alessandri es que en vez de estar lisa y llanamente a su sola voluntad, sin necesidad de agregar nada, aquí sí dice que le gusta, lo que produce los efectos señalados respecto de la posible pérdida de la cosa antes de hacer efectiva su opción.

Pero si se hace efectivo que hubo un contrato de opción, ya hay contrato, a diferencia de lo que sostiene Alessandri, que dice que no lo hay aún, siempre complicado por la posible nulidad de la condición por ser meramente potestativa dependiente de la voluntad del deudor.

<sup>382</sup> Ver la nota anterior.