

RENÉ ABELIUK MANASEVICH

CONTRATO DE PROMESA, DE OPCIÓN Y OTROS ACUERDOS PREVIOS

**(OFERTA Y ACEPTACIÓN, ARRAS, CIERRES DE NEGOCIOS,
ARRIENDO CON PROMESA DE COMPRAVENTA, LEASING,
PREFERENCIAS Y PRELACIONES, SITUACIONES Y
LEGISLACIONES ESPECIALES)**

 **Abeledo Perrot®**
Legal Publishing Chile

 **THOMSON REUTERS**

72. SEPARACIÓN JUDICIAL, DIVORCIO Y
NULIDAD DEL MATRIMONIO SUJETO A SOCIEDAD CONYUGAL

De acuerdo a la actual Ley de Matrimonio, los cónyuges pueden separarse de hecho o judicialmente (capítulo 3° de la Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que “Establece nuevo matrimonio civil” (arts. 21 y sgtes.).

Por la separación judicial, de acuerdo al artículo 34 de dicha ley, termina la sociedad conyugal o el régimen de participación de gananciales que hubiera existido entre los cónyuges, sin que revivan en caso de reconciliación (art. 40).

Producida la nulidad y el divorcio se disuelve el matrimonio, y por ende, se pone término a los regímenes matrimoniales, que regían entre los cónyuges, y se deberá proceder a la liquidación del régimen matrimonial, salvo del de separación de bienes, que no la requiere.

Dice el actual artículo 1764 del Código Civil que “la sociedad conyugal se disuelve: “1° por la disolución del matrimonio”, y tanto la nulidad como el divorcio producen ese efecto.

Según el artículo 1765 se debe de inmediato proceder al inventario y tasación de los bienes.

SECCIÓN CUARTA

FIJACIÓN DE LA ÉPOCA DEL OTORGAMIENTO DEL CONTRATO DEFINITIVO

73. ENUNCIACIÓN

De acuerdo a la regla tercera del artículo 1554, para la validez del contrato de promesa es necesario que “contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato”.

Esencialmente, el contrato de promesa no tiene otro objeto que dar paso al definitivo. Por eso, el Código exige que se fije el momento en que ello ocurrirá para que las partes no queden ligadas indefinidamente. La obligación es siempre transitoria, nace para extinguirse por el cumplimiento. Como en la promesa se parte de la premisa de que por el momento aún no puede

cumplirse, la ley exige que se señale cuándo deberá hacerse. En otras legislaciones menos precisas que la nuestra en la materia, no se contempla esta exigencia, quedando la promesa, si las partes nada dicen, pendiente hasta cumplirse los plazos de prescripción.¹⁷⁴ La modalidad, por regla general, es un elemento accidental del contrato; en el contrato de promesa se presenta uno de los pocos casos de excepción a esta regla, ya que la modalidad es esencial, pues si no se conviene alguna que determine la época de la celebración del contrato definitivo, aquélla es nula absolutamente.¹⁷⁵

Se ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si la promesa cumple o no el requisito señalado.¹⁷⁶

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, lo que 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 99 A).

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

¹⁷⁴ FUEYO, ob. cit., Nº 73, pág. 145 y sgtes., G.T. de 1922, 2º sem., Nº 221, pág. 974. R.D.J., Ts. 58, sec. 1ª, pág. 170 y 60, sec. 2ª, pág. 85. Se declaró también la nulidad absoluta en fallo publicado en la G.J. Nº 238, pág. 58, y en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicado en la misma G.J. Nº 245, pág. 83. Este último se trataba de una promesa en que se fijó un plazo de 50 días, pero el contrato no tenía fecha.

¹⁷⁵ *Repertorio*, T. 4º, 2ª edición, Nº 60, págs. 246 y 247.

¹⁷⁶ R.D.J., T. 41, sec. 1ª, pág. 506.

- A. Al plazo;
- B. A la condición;
- C. A la combinación del plazo y la condición, y
- D. A las modalidades indeterminadas.

74 A. PLAZOS SUSPENSIVOS Y RESOLUTORIOS EN LA PROMESA

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 trascendencia especial en relación al cumplimiento y exigibilidad de la promesa, lo trasladamos al capítulo respectivo (Nº 115 B), 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.

En todo caso, no se discute que en la promesa puede convenirse un plazo suspensivo, porque éste cumple la exigencia del Nº 3º del artículo 1554, esto es, fija la época de la celebración del contrato definitivo; éste puede exigirse desde que se venza el plazo.

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 una vez que se cumpla tal fecha, etc. Transcurrido el lapso fijado o llegada la fecha que se indica, podrá exigirse el cumplimiento de la promesa.

En las promesas es muy frecuente la estipulación de un plazo suspensivo: el del pago del precio de la compraventa prometida. Ahora bien, si en la promesa se conviene un plazo para el pago del precio de la compraventa prometida, esto no fija por sí solo el plazo para el otorgamiento del contrato definitivo¹⁷⁷, a menos que así se estipule.¹⁷⁸ En este último caso se convino que la compraventa se otorgaría cuando se hubiera pagado todo el precio, el

¹⁷⁷ R.D.J., T. 46, sec. 2ª, pág. 79.

¹⁷⁸ G.T., de 1881, Nº 2536, pág. 1408.

que se convino pagadero en 95 mensualidades. En otro contrato de promesa se estipuló que el contrato definitivo se otorgaría al pagarse la última cuota del precio en la fecha que se indicó.¹⁷⁹ En estas dos situaciones hay plazo y condición, ya que el contrato definitivo se otorga o es exigible sólo una vez que se paga todo el precio, para lo cual se estipula un plazo.

La C.S. ha tenido oportunidad de dilucidar que el plazo es suspensivo en varias ocasiones.¹⁸⁰ En el segundo caso, el contrato definitivo de compraventa se había otorgado después del plazo fijado, y por un mandatario, designado en la promesa, por lo cual se alegaba nulidad por falta de consentimiento. En todo caso el contrato tampoco sería nulo, porque la venta de cosa ajena no lo es, sino que la sanción es la inoponibilidad para el verdadero dueño.

Se ha discutido, a nuestro juicio equivocadamente, el significado de la estipulación de un día fijo para el otorgamiento de la compraventa definitiva, como por ejemplo, que la compraventa se celebrará el 6 de mayo próximo. Nos parece claramente un plazo suspensivo, a menos que expresamente las partes le den otro carácter. Naturalmente, como lo destaca un fallo, para cumplir el requisito del artículo 1554, N° 3°, no es indispensable que se señale como plazo un día fijo.¹⁸¹

Al plazo extintivo o resolutorio no se ha referido expresamente la ley 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. Semejante plazo cumple plenamente el cometido que el N° 3° del artículo 1554 asigna a la modalidad: fijar la época de la celebración del contrato prometido. Ella abarcará todo el lapso que media entre la promesa y la expiración del plazo resolutorio convenido.¹⁸² La doctrina y jurisprudencia aceptan plenamente la estipulación de plazos extintivos en la promesa,¹⁸³ pero a nuestro juicio, han solido exagerar notoriamente su aplicación (N° 115 B).

¹⁷⁹ R.D.J., T. 51, sec. 1ª, pág. 65.

¹⁸⁰ G.J. N° 282, pág. 136 y N° 279, pág. 99.

¹⁸¹ G.T. de 1922, 2º sem., N° 221 pág. 974.

¹⁸² R.D.J., T. 41, sec. 1ª, pág. 354.

¹⁸³ Sobre plazos extintivos en la promesa, R.D.J., Ts. 50, sec. 2ª, pág. 140; 41, sec. 1ª, pág. 354; 42, sec. 1ª, pág. 251; 44, sec. 1ª, pág. 544; 46, sec. 1ª, pág. 554; 55, sec. 1ª, págs. 212 y 292; 58, sec. 1ª, pág. 170, con comentario de don Fernando FUEYO, 51, sec. 1ª, pág. 453. *Fallos del Mes* N° 223, pág. 126, etc.

Casos indiscutidos de plazos resolutorios 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 la promesa expirará irrevocablemente o que el contrato definitivo no podrá otorgarse en ningún caso más allá de tantos meses o de tal fecha, etcétera.

El efecto del plazo extintivo da lugar a mayores controversias que el del suspensivo, según veremos más adelante. Adelantemos que el contrato expirará 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 quién es imputable este incumplimiento, pues el responsable deberá indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales (N° 112 D), 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.

75 B. LA CONDICIÓN 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 N° 3° del precepto en estudio.

Y como no distingue, puede serlo tanto con una suspensiva como con una resolutoria (ordinaria).¹⁸⁴ 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 sujeto a la resolución convenida. Por ejemplo, se conviene que la compraventa se otorgará cuando el comprador obtenga un préstamo

¹⁸⁴ *Repertorio*, T. 4º, 2ª edición, pág. 252, N° III.

determinado,¹⁸⁵ pero no habrá lugar a ella si antes de ese momento se le protesta algún documento mercantil.

Respecto de 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 N° 77 D, y si la condición suspensiva puede ser meramente potestativa dependiente de la voluntad de una de las partes.¹⁸⁶

Al respecto, cabe distinguir entre la promesa bilateral y la unilateral si se acepta la validez de ésta (N° 34 F2). 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.

Se ha resuelto que es meramente potestativa y anula el contrato la estipulación que reserva al deudor la facultad de desistirse del mismo dentro de cierto plazo.¹⁸⁷ En cambio, no es meramente potestativa la condición si se estipula como época para otorgar la compraventa el tiempo que demore la tramitación de una operación en un organismo de previsión, porque depende de la voluntad del deudor, pero también de un tercero.¹⁸⁸ Sin embargo, hay que advertir que la validez del contrato se discute en este último caso por el carácter indeterminado de la condición.

Otro fallo de la C.S. de 3 de enero de 2011,¹⁸⁹ analizó el tema y casó la sentencia sosteniendo que los jueces del fondo habían desnaturalizado lo

¹⁸⁵ Si por ejemplo, quien va a hacer un préstamo no acepta las condiciones indeterminadas habría que agregar un plazo para la obtención del préstamo.

¹⁸⁶ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 256. Véase también R.D.J., T. 19, sec. 1ª, págs. 1 y 5; y 1ª parte, pág. 31. Luis CLARO SOLAR, *Los Contratos sobre suministro de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema*.

¹⁸⁷ R.D.J., T. 43, sec. 1ª, pág. 399.

¹⁸⁸ R.D.J., T. 48, sec. 1ª, pág. 593.

¹⁸⁹ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl

acordado por las partes, lo que le permitía casar la sentencia, porque, si bien la condición meramente potestativa del deudor no vale, la que habían acordado las partes era mixta, al depender en parte de la voluntad del acreedor y en parte, de la voluntad de un tercero.

Otra sentencia¹⁹⁰ dispuso que “la condición de suscribir un contrato de compraventa prometido una vez que se proceda a autorizar la escritura pública a favor del promitente vendedor de parte de su anterior propietario –a fin de inscribirla a su nombre en el registro del Conservador de Bienes Raíces– es de aquellas condiciones que dependen de un hecho voluntario de cualquiera de las partes, por lo que valdrá, de acuerdo con el artículo 1478 inciso 2º. Aun cuando no está debidamente determinada la época para el cumplimiento de la condición, habiendo cumplido el promitente vendedor su obligación, se cumple la condición suspensiva, quedando obligado a cumplir el contrato prometido”.

Los efectos que produce la condición en la promesa son los normales de esta modalidad.

Tratándose de la suspensiva, cumplida, da derecho a exigir el contrato definitivo, y si falla, ya no habrá posibilidad de pedir el cumplimiento, y se extinguirá la promesa. Por eso, en la misma situación ya citada, la concesión de un préstamo por un organismo de previsión, se ha resuelto que es condición suspensiva, y el contrato definitivo no podrá exigirse mientras no se otorgue el préstamo.¹⁹¹

Respecto de 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.

Sin embargo, en ambos casos, de la condición suspensiva y resolutoria, conviene advertir una salvedad que analizaremos más adelante, y que varía sus efectos: que la condición falle por hecho o culpa del deudor (N° 100 B).

¹⁹⁰ C.A. de Santiago de 31 de julio de 2007, publicada en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl

¹⁹¹ R.D.J., T. 40, sec. 2ª, pág. 29.

Finalmente, también debemos señalar que todo lo dicho no tiene nada que ver con la posibilidad de que en la promesa, como en cualquier otro contrato bilateral, operen la condición resolutoria tácita o el pacto comisorio en caso de incumplimiento de las obligaciones emanadas de él (Nº 111 A).

76 C. CONDICIÓN Y PLAZO

Mientras se cumpla 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; ante esto, lo corriente y lo conveniente será que se fije un plazo para que se cumpla la condición, pasado el cual ella se entenderá fallida. Por ejemplo, la compraventa prometida se otorgará cuando se obtenga tal préstamo, lo que debe ocurrir en el término de 3 meses. Un caso se presentó en los tribunales: 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.¹⁹²

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, éste deberá otorgarse en tal fecha, siempre que el prometiende vendedor obtuviese título definitivo de dominio de lo prometido vender, de acuerdo a una sentencia de la Corte Suprema.¹⁹³ Agregó el fallo que vencido el plazo, la condición fracasa y aunque se cumpla después, no es ya posible exigir el cumplimiento de la promesa, es decir, se entendió que en el plazo fijado debía cumplirse la condición.

¹⁹² G.T. de 1876, Nº 1616, pág. 833.

¹⁹³ R.D.J., T. 15, sec. 1ª, pág. 591.

3º. Condición seguida de un plazo.

Esto es, el otorgamiento del contrato definitivo está sujeto 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 tantos meses, etc. contados desde que la Municipalidad correspondiente reciba la construcción o autorice su división por unidades (antes por pisos o departamentos). Si se considera que semejante condición es indeterminada y como tal, sujeta al problema que analizamos en el número que a éste sigue, es conveniente agregar un plazo para que el prometiende vendedor obtenga la autorización municipal.

Finalmente, respecto de la combinación de plazos y condiciones, se ha fallado que tampoco hay inconvenientes para fijar un plazo que comience a correr cuando falle una condición,¹⁹⁴ ni para señalar una condición, y para el caso en que ella falle, o en su defecto, un plazo.¹⁹⁵

77 D. MODALIDADES INDETERMINADAS

Son modalidades indeterminadas aquellas en que no se sabe de antemano cuándo ocurrirá el evento fijado por las partes, si es que llega a suceder. El plazo es indeterminado cuando no se sabe cuándo se va a cumplir, y su ejemplo casi único es la muerte de una persona, que se sabe tiene que ocurrir, y por ello es plazo y no condición, pero se ignora cuándo llegará. El problema es mucho más amplio en la condición, que es indeterminada cuando el hecho futuro del cual depende el cumplimiento de la condición no se sabe si va a ocurrir, es incierto, y por ello hay condición, y además, supuesto que llegue, no se sabe cuándo ocurrirá.

Mucho se ha discutido, tanto en doctrina como ante los tribunales, si cabrían en la promesa estas modalidades indeterminadas; quienes se oponen a ellas sostienen que tales modalidades no cumplen con el requisito establecido en el Nº 3º del artículo 1554, pues no fijan la época de la ce-

¹⁹⁴ R.D.J., T. 50, sec. 1ª, pág. 491.

¹⁹⁵ R.D.J., T. 60, sec. 2ª, pág. 85.

lebración del contrato, cualquiera que sea la interpretación que se le dé a esta expresión.¹⁹⁶

Se agrega que justamente lo que el legislador ha querido al exigir que se fije la época de otorgamiento del contrato definitivo, es impedir que ella quede en el aire, con los conflictos consiguientes. La promesa es eminentemente transitoria para dar lugar al contrato definitivo, y éste no puede quedar en suspenso indefinidamente.

Para otros, en cambio, el N° 3° del artículo 1554 se refiere expresamente al plazo y la condición, y como no distingue, acepta tanto las modalidades determinadas, como las indeterminadas, que también fijan la época del contrato definitivo: cuando el plazo o la condición se cumplan.¹⁹⁷

La jurisprudencia es sumamente contradictoria.

Se han declarado nulas promesas por indeterminación de la condición en los siguientes casos:

Si se estipula que el contrato definitivo se otorgará cuando el comprador lo exija.¹⁹⁸

Cuando el otorgamiento del contrato definitivo queda sujeto a la condición de que se mida un terreno.¹⁹⁹

Cuando queda sujeto a la condición de que se alce una prohibición.²⁰⁰

En cambio, se han declarado válidas promesas en que la condición indeterminada consistía:

En que se aprobara una partición.²⁰¹

¹⁹⁶ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2° N° 2109, pág. 1238; FUEYO, ob. cit., N° 92, pág. 185.

¹⁹⁷ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1208, pág. 710.

¹⁹⁸ G.T. de 1889, T. 2°, N° 402, pág. 1082; R.D.J., T. 50, sec. 2ª, pág. 60.

¹⁹⁹ G.T. de 1897, T. 3°, N° 4581, pág. 346.

²⁰⁰ G.T. de 1912, T. 2°, N° 935, pág. 313.

²⁰¹ G.T. de 1910, T. 2°, N° 1300, pág. 1149.

En que se adjudique la cosa al prometiende enajenante.²⁰²

En que la propiedad se inscriba a nombre del vendedor²⁰³, o éste obtenga título definitivo de dominio.²⁰⁴

En que el Notario extienda la escritura pública, una vez presentado el borrador respectivo.²⁰⁵

En que se pague el precio de la compraventa, para el cual no se había fijado plazo²⁰⁶, o se había fijado plazo para el pago del precio, pero no para el otorgamiento de la compraventa misma.²⁰⁷

Finalmente, hay quienes sostienen otra opinión distinta en este problema, ya que dicen que la condición indeterminada cumple plenamente con el requisito señalado en el N° 3° del artículo 1554, porque la ley fija para toda condición un plazo máximo dentro del cual debe cumplirse, que primero era de 30 años, pasó a ser de 15 años, y actualmente es de 5 ó 10 años, según la interpretación que se dé a la reforma de la Ley N° 16.592 de 1° de octubre de 1968,²⁰⁸ y, por tanto, la promesa expirará si la condición falla, y en todo caso ésta se considerará fallida si no se cumple dentro del plazo legal máximo. Así lo han declarado algunos fallos de los tribunales,²⁰⁹ el último de los cuales agregó que debe saberse con certeza la fecha en que el acreedor puede exigir la obligación de otorgar el contrato, o cuando ya no podrá otorgarse, exigencia que se cumple si se conviene que se celebrará cuando el prometiende vendedor obtenga una posesión efectiva, porque ello debe ocurrir dentro del plazo máximo señalado. Con una pequeña variante acepta la misma tesis un fallo reciente,²¹⁰ que declaró que la condición del otorgamiento del contrato definitivo consistente en la obtención de un per-

²⁰² G.T., de 1876, N° 240, pág. 1237. R.D.J., T. 8°, sec. 1ª, pág. 33.

²⁰³ R.D.J., T. 41, sec. 1ª, pág. 506.

²⁰⁴ G.T. de 1908, T. 2°, N° 530, pág. 613, y R.D.J., T. 10, sec. 1ª, pág. 600.

²⁰⁵ G.T. de 1861, N° 1789, pág. 1105.

²⁰⁶ G.T. de 1893, T. 3°, N° 4288, pág. 461.

²⁰⁷ G.T. de 1881, N° 2536, pág. 1408.

²⁰⁸ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. 1°, N° 487, pág. 306.

²⁰⁹ R.D.J., Ts. 50, sec. 1ª, pág. 491 y 60, sec. 2ª, pág. 85.

²¹⁰ R.D.J., T. 71, sec. 1ª, pág. 135.

miso de subdivisión sólo está fallida si no se obtiene esa autorización en el plazo de extinción de la prescripción ordinaria.

En la doctrina, Osuna acepta esta interpretación,²¹¹ y la rechazan Alessandri y Fueyo.²¹² Este último lo hace con gran vehemencia, fundamentándose principalmente en la transitoriedad de la promesa. Sin embargo, cabe hacer notar que la condición determinada puede superar los plazos máximos legales de la indeterminada, sin que por ello deje de cumplir el requisito del N° 3° del artículo 1554.

El problema es complejo y es muy difícil dar una opinión categórica. Si bien acepto la tesis de que toda condición está sujeta a un plazo para su cumplimiento, estipulado o legal subsidiario, querría decir, aplicado esto a la promesa, que toda condición fija la época de la celebración del contrato definitivo, y en tal caso, la frase en cuestión del N° 3 del artículo 1554 pasaría a ser meramente explicativa.

Un fallo reciente de la Excma. C.S. de 24 de junio de 2008,²¹³ en los siguientes términos y con voto disidente, declaró al respecto:

“Las partes, habiendo pactado un contrato de promesa de compraventa, estableciendo como condición el alzamiento de los gravámenes que afectaban al inmueble objeto del contrato de promesa, corresponde ante el cumplimiento de la condición, que la promitente vendedora suscriba la escritura de compraventa definitiva. No corresponde en consecuencia tener por fallida la condición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1482 del Código Civil, que establece que se tendrá por fallida la condición si ha concurrido el tiempo mediante el cual la condición ha debido verificarse, y no se ha verificado, pues, no establece esta norma un plazo determinado a partir del cual la condición ha de estimarse fallida, por lo tanto, la condición pactada en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, posee total eficacia”.

El voto disidente dice por su parte:

“Se ha discutido respecto a si la condición indeterminada, posee efectivamente un límite de tiempo, o si por el contrario, existe un plazo respecto del cual

²¹¹ Ob. cit. N° 249, pág. 202.

²¹² Véase la nota 204.

²¹³ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl

deben cumplirse todas las condiciones, aunque sean determinadas, luego del cual se reputarán condiciones fallidas. A este respecto, cabe señalar que en el Mensaje del Código Civil, don Andrés Bello ya expresó su preocupación por la duración de las condiciones suspensivas o resolutorias, las cuales, al decir del propio Bello, se reputarán fallidas si pasan más de treinta años sin cumplirse. Ello, unido a la redacción del artículo 1482, que reputa fallidas las condiciones si ha pasado el plazo en que han debido verificarse, a diferencia de su símil francés de donde se ha extraído —el artículo 1176 del estatuto galo— que habla ‘del plazo estipulado para que la condición se cumpla’. La diferencia no puede resultar superficial, pues da lugar a sostener que el artículo 1482 es más amplio, comprendiendo tanto el plazo estipulado por las partes, como el establecido por la ley. En consecuencia, siendo actualmente el plazo máximo de prescripción el de diez años, se reputa fallida la condición que no se ha verificado en tal plazo, en cuyo caso, al tener la condición por cumplida los sentenciadores de segunda instancia, han cometido error de derecho que debe subsanarse por esta vía”.

Por razones prácticas, desde luego que resulta de máxima conveniencia determinar siempre la condición.

SECCIÓN QUINTA
ESPECIFICACIÓN DEL CONTRATO PROMETIDO

80. CONCEPTO

El N° 4° del artículo 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 de promesa consensuales (N° 29 D2), de la promesa unilateral (N° 33 F1 y siguientes), etcétera.

²¹⁶ Han declarado la nulidad sentencias publicadas en R.D.J., Ts. 44, sec. 1ª, pág. 591; 45, sec. 1ª, pág. 176; 46, sec. 1ª, pág. 906, etc. En cambio, las han declarado válidas sentencias publicadas en la misma R.D.J., Ts. 40, sec. 2ª, pág. 29; 52, sec. 1ª, pág. 204; 55, sec. 1ª, pág. 341, 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 de bienes raíces, sólo faltara reemplazar las expresiones "promete vender" y "promete comprar", por "vende" y "compra", respectivamente. Se pretendía, 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 faltaría solamente para ser perfecta, el otorgamiento de la escritura pública, o la tradición tratándose de un contrato real. Con tal criterio, una antigua sentencia²¹⁷ llegó a anular una promesa porque no decía quién pagaría los impuestos del contrato definitivo. Tan manifiesto error fue enmendado en fallo posterior²¹⁸, ya que esta estipulación ni siquiera es indispensable en el contrato definitivo, pues la ley suple el silencio de las partes. En otros casos, sin llegarse a semejantes extremos, se exigió para la promesa la mayor parte de las estipulaciones propias del contrato definitivo.²¹⁹

Reaccionándose vigorosamente contra una interpretación tan rigurosa, se ha reconocido que de acuerdo con el Diccionario, "especificar" es declarar o explicar con individualidad alguna cosa, e "individualizar" es tratar de una cosa con particularidad y por menor.²²⁰ Dicho en forma más sencilla, es distinguir un contrato de los demás, separación que de acuerdo al artículo 1444, la otorgan los elementos esenciales del mismo. Usando terminología penalística, consiste en tipificar el contrato prometido.

En consecuencia, pueden faltar en la promesa los elementos de la naturaleza del contrato prometido,²²¹ y con mayor razón aún los accidentales. Los primeros, porque la ley suple plenamente el silencio de las partes, y por eso se ha resuelto que si en una promesa no se señala el lugar de otorgamiento

²¹⁷ G.T. de 1878, N° 1299, pág. 520.

²¹⁸ G.T. de 1884, N° 2714, pág. 1863.

²¹⁹ R.D.J., Ts. 16, sec. 1ª, pág. 1; 18, sec. 1ª, pág. 156; 38, sec. 1ª, pág. 55 y 40, sec. 1ª, pág. 80. G.T. de 1922, 2º sem., N° 221, pág. 974.

²²⁰ R.D.J., T. 40, sec. 1ª, pág. 180; G.T. de 1913, 2º sem., N° 1076, pág. 3114.

²²¹ R.D.J., T. 55, sec. 1ª, pág. 341.

del contrato definitivo, corresponde exigirlo en el domicilio del deudor.²²² 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 cuándo 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, naturalmente no se refiere 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 otorgar por vía judicial el contrato definitivo prometido. Para ello es indispensable que se señale el contrato de que se trata, si compraventa, permuta, arriendo, sociedad, innominado de tal clase, etc., y las estipulaciones esenciales de ellos, como son, en la compraventa, las partes del contrato, la cosa y el precio.

En tal sentido va orientándose firmemente la doctrina: Alessandri, Osuna, Fueyo, etc.²²³, y la jurisprudencia de los tribunales.²²⁴

Cabe todavía formular dos observaciones a lo ya dicho:

1º. Como decíamos, es factible la omisión de los elementos de la naturaleza y accidentales del contrato definitivo en la promesa, pero si se les estipula en ésta, para lo cual obviamente no hay inconveniente alguno, debe especificárselos a su vez, pues en caso contrario, no podría otorgarse el contrato definitivo, como si se indica que el precio se pagará a plazo pero no se señala cual será éste.²²⁵ Así se ha resuelto también en un caso de promesa de cesión de créditos en que se dijo que se efectuaría con garantía, sin especificarla.²²⁶

²²² R.D.J., T. 5, sec. 2ª, pág. 140.

²²³ ALESSANDRI, ob. cit., N° 2138, pág. 1291; OSUNA, ob. cit., pág. 203, FUEYO, ob. cit., N° 114, pág. 212.

²²⁴ Aunque no tan claramente: R.D.J., T. 48, sec. 1ª, pág. 593. Derechamente: R.D.J., T. 55, sec. 1ª, pág. 341, y para puntos específicos, los fallos que se citan más adelante en esta misma sección.

²²⁵ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 2138, pág. 1291.

²²⁶ G.T. de 1873, N° 1555, pág. 688.

2º. Que yendo aún más lejos en la interpretación del precepto, debe concluirse que tampoco es indispensable que queden determinados totalmente los elementos esenciales del contrato prometido en la promesa, siempre que sea posible hacerlo al tiempo de otorgarse el definitivo. Así lo veremos en los números siguientes, al referirnos a las especificaciones más corrientes en el contrato de promesa.

Se ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si el contrato está suficientemente especificado:²²⁷ Como es usual, la afirmación es un poco amplia, porque si, por ejemplo, los jueces del fondo declaran determinadas las partes, la cosa y el precio de la compraventa prometida, y no consideran especificada ésta, han violado claramente la ley, y procedería la casación en el fondo. Lo que es cuestión de hecho es precisar si se cumplen las primeras individualizaciones.

En los números siguientes veremos sucesivamente:

- A. Especificación de los contratos reales;
- B. Especificación de los contratos solemnes;
- C. Especificación de las partes del contrato prometido;
- D. Especificación del objeto prometido, y
- E. Especificación de la contraprestación.

81 A. CONTRATOS REALES

No hay duda alguna que el artículo 1554, N° 4º, al decir que en la promesa es necesario para que el contrato definitivo sea perfecto que falte únicamente la "tradición" de la cosa, se está refiriendo a los contratos reales, como lo decía explicativamente el precepto correspondiente (art. 1733) del Proyecto Inédito. Y es lógico que así sea, porque estos contratos se perfeccionan, o sea, quedan otorgados mediante la entrega de la cosa. Ciertamente es que el legislador usó mal la expresión "tradición", porque no en todos los contratos reales la hay, pero el error lo repite en otros preceptos.

²²⁷ R.D.J., T. 46, sec. 1ª, pág. 564.

En los contratos reales deben especificarse para la validez de la promesa sus elementos esenciales, si será mutuo, comodato, depósito, etc.; las personas de los contratantes, mutuante y mutuario, comodante y comodatario, depositante y depositario, etc., aunque según sabemos, no es necesario que en la promesa se obligue sino quien debe entregar la cosa, o recibirla, es decir, es indiscutible la factibilidad unilateral, porque el contrato prometido también lo es (N° 33 F1). Finalmente, es indispensable individualizar el objeto cuya entrega perfeccionará el contrato, determinaciones todas ellas que son análogas a las del contrato prometido solemne, y veremos en los números siguientes.

No es necesario especificar aquellos elementos en que la ley, ante el silencio de las partes, suple la solución correspondiente, como, por ejemplo, en la promesa de mutuo, indicar la fecha de la restitución, pues el artículo 2200 dispone que si en el contrato definitivo no se fija, no puede exigirse la devolución sino pasados 10 días desde la entrega. Naturalmente que si se convienen en la promesa, pasan a formar parte del contrato definitivo tan luego éste queda perfeccionado por la entrega de la cosa.

Tampoco es necesario en la promesa de contrato real especificar aquellas obligaciones que no son esenciales del contrato prometido, pero pueden aparecer en su desenvolvimiento, como por ejemplo, indemnizar los gastos que haya provocado al otro contratante la tenencia de la cosa entregada.²²⁸

Especificado en esta forma el contrato prometido, al entregarse la cosa queda éste perfeccionado, y si no se cumple con la entrega en la época convenida, se la puede exigir judicialmente.

Por otra parte, la existencia de los contratos reales es un verdadero fósil jurídico, cuya sobrevivencia es incomprensible, y ya ha comenzado a discutirse.²²⁹

²²⁸ OSUNA, ob. cit., N° 256 y sgtes., págs. 208 y sgtes.

²²⁹ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. 1º, N° 69, pág. 87.

82 B. CONTRATOS SOLEMNES Y CONSENSUALES

En los contratos solemnes deben quedar convenidas las estipulaciones esenciales del contrato prometido, según la naturaleza del mismo, de manera que la solemnidad legal que afecta a éste pueda llevarse a cabo sin que sea indispensable un nuevo consentimiento voluntario de las partes. Igual cosa ocurre en los contratos consensuales, dado que hemos aceptado la procedencia de las promesas de otorgarlos (Nº 29 D2).

Y así, en la compraventa deberán individualizarse la cosa que se promete vender y el precio que por ella se pagará; en la permuta, los dos objetos que se intercambiarán; en el arriendo, la cosa que se dará en goce y la renta que por ella se pagará, etc.

Ya nos hemos referido a la discusión de si puede considerarse que cumple el requisito del Nº 4º del artículo 1554 la promesa unilateral de un contrato bilateral (Nº 34 F2).

En los números siguientes veremos los elementos indispensables más comunes en los contratos de promesa, y cuya falta de especificación acarreará la nulidad absoluta de ella, según la exigencia en estudio, esto es, de las partes del contrato prometido, del objeto prometido y de la contraprestación prometida.

83 C. LAS PARTES DEL CONTRATO PROMETIDO

Es evidente que deben estar determinadas las partes del contrato prometido, pues al otorgar éste es preciso saber quiénes serán el acreedor y el deudor de la obligación de celebrarlo, o si ambas partes lo son recíprocamente. Por ello se ha declarado la nulidad absoluta de la promesa de compraventa en que se deja en la incertidumbre la persona del futuro comprador.²³⁰

A la situación especial que se produce en la especificación de las partes cuando la venta prometida debe efectuarse en pública subasta nos referimos en el Nº 49, al cual nos remitimos.

²³⁰ G.T. de 1890, T. 2º, Nº 2212, pág. 475.

Un fallo de los tribunales²³¹ declaró que si el Fisco promete comprar, la promesa no lo obliga si en el presupuesto no se consignan fondos para efectuar la compraventa. En nuestro concepto, si prometiendo comprar el Fisco en realidad no se obliga, la promesa sería nula, y el fallo nos parece equivocado.

En nuestra opinión, que comparten Fueyo y Osuna²³², para cumplir con el requisito de especificar a las partes, basta que ellas sean perfectamente determinables al momento de otorgarse o exigirse el contrato definitivo. Ello resulta especialmente interesante en relación con la novedosa figura contemplada en la legislación italiana del contrato por persona a nombrar²³³, y en que una de las partes se reserva la facultad de designar más adelante el nombre de la o las personas por quienes contrata a la cual o a las cuales corresponderán los derechos y obligaciones emanadas de él. En todo caso, esta figura debe contener un plazo en que se haga la determinación (que puede llegar hasta el otorgamiento del contrato definitivo), y una fórmula para efectuarla, pues si bien resulta aceptable la indeterminación de alguna de las partes en el contrato, ello es a condición de que resulta determinable.

A nuestro juicio, sería perfectamente válida la estipulación de que el prometiende promete comprar para sí y/o las personas que declare al tiempo de otorgarse la escritura definitiva de compraventa, entendiéndose que si nada dice, comprará para sí. La ventaja para el prometiende comprador es que esto le permite un margen para interesar a otras personas en el negocio.

84 D. OBJETO PROMETIDO

El objeto de la prestación prometida por una de las partes puede ser una cosa, un hecho o una abstención, y se ha fallado que también puede ser una cuota en una comunidad,²³⁴ pero en cualquier caso debe estar determinado, bajo pena de nulidad absoluta de la promesa, nulidad que los tribunales han declarado reiteradamente.²³⁵

²³¹ G.T. de 1892, T. 2º, Nº 1555, pág. 26.

²³² OSUNA, ob. cit., Nº 253, pág. 204. FUEYO, ob. cit., Nº 122, pág. 221.

²³³ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. I, Nº 87, pág. 107.

²³⁴ G.T. de 1913, 2º sem., Nº 677, pág. 2155.

²³⁵ G.T. de 1878, T. 2º, Nº 2276, pág. 939; de 1890, T. 2º, Nº 3212, pág. 475; de 1894, T. 2º, Nº 1968, pág. 294 y de 1908, T. 2º, Nº 350, pág. 613.

Y así, es preciso individualizar la o las cosas prometidas en la compraventa, permuta, arrendamiento, etc.; si se promete ejecutar una obra, ésta; si abstenerse de hacer algo, en qué consistirá la omisión, etc.

Sin embargo, no es imprescindible la determinación específica, de la cosa prometida: pueden prometerse géneros, y en tal caso, la individualización se hará en el contrato definitivo o a su cumplimiento de acuerdo a la ley, que obliga a entregar una calidad a lo menos mediana: en todo caso, deberá expresarse la cantidad, ya sea a través de su expresión numérica o por otra referencia, como por ejemplo, toda la producción de una viña a una época determinada.²³⁶

En relación con la especificación de la cosa prometida, se ha discutido ante los tribunales cuando se trata de inmuebles, si es forzosa la indicación de los deslindes del predio, o basta que se especifique suficiente y claramente por otros medios, como serían su ubicación (ciudad, calle y número), rol del catastro, inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, referencia a un plano protocolizado, etc. Aunque la jurisprudencia en un comienzo se inclinó por exigirlos,²³⁷ tiende actualmente a reparar su error²³⁸ con el apoyo de la doctrina.²³⁹

Es así como se han aceptado promesas en que el objeto quedaba determinado por la referencia a una escritura pública en que se señalaban los deslindes:²⁴⁰ por el número de sitio en el plano protocolizado en el Conservador de Bienes Raíces y nombre de la población²⁴¹; por la ciudad, calle y número;²⁴² por la calle, número y comuna.²⁴³

²³⁶ Véase G.T. de 1876, N° 2405, pág. 1237, y de 1885, N° 2388, pág. 1433, sobre mayor especificación de la cosa prometida vender en contrato posterior a la promesa.

²³⁷ Repertorio, T. 4º, segunda ed., pág. 260, N° 76, I, II, III y IV.

²³⁸ R.D.J., T. 60, sec. 2ª, pág. 85, y los fallos citados en las notas siguientes.

²³⁹ Por ejemplo, ALESSANDRI, ob. cit. T. 2º, N° 2123, pág. 1277; FUEYO, ob. cit., N° 118, pág. 216; DIEZ Y GUZMÁN, ob. cit., N° 10, pág. 22.

²⁴⁰ G.T. de 1901, T. 1º, N° 1643, pág. 1485.

²⁴¹ R.D.J., T. 48, sec. 1ª, pág. 593.

²⁴² R.D.J., T. 56, sec. 1ª, pág. 334.

²⁴³ R.D.J., T. 71, sec. 1ª, pág. 97.

Que esta última es la buena tesis, no cabe duda alguna:

1º. Porque la especificación que la ley exige se ha cumplido: hay una especie o cuerpo cierto imposible de confundir con otra. La determinación de los deslindes se efectuará al otorgarse el contrato definitivo con los elementos que la promesa proporciona: inscripciones, planos, escrituras, etc., a que ella se refiere, y

2º. Porque si bien los deslindes son indudablemente uno de los elementos que ayudan a individualizar una especie o cuerpo cierto, no son los únicos, y tienen también otros objetivos, desde luego separar un predio de otro; y principalmente, permitir la inscripción en el Registro Conservatorio (art. 78 N° 4º del Reglamento); como no es obligatorio inscribir la promesa (N° 97 C), no es indispensable deslindar en ella la propiedad prometida.

Otra sentencia de la C.S. de 5 de abril de 2006,²⁴⁴ resolvió lo siguiente en un caso de error de deslindes:

“Hay error esencial si en el contrato de promesa de compraventa se señaló que los deslindes de la propiedad y sus accesiones eran unos distintos a los que finalmente se consignaron en el contrato de compraventa, y no hay indicios de que el comprador haya tenido conciencia de esa diferencia (Considerandos Decimotercero a Decimosexto, C.A. de Santiago). El error esencial da lugar a la nulidad absoluta (Considerando Decimoséptimo, C. de A. de Santiago). El objeto de un contrato lo constituyen los derechos y obligaciones que engendra, y el objeto de la obligación desde el punto de vista del deudor es la prestación debida, esto es, dar, hacer o no hacer. De manera que si se erró en cuanto a la prestación debida, se produce un “error esencial” o “error obstáculo” (Considerando Cuarto, C.S.). No hay ultra petita al declararlo si la demandante había solicitado la nulidad por “falta de objeto”, ya que la causa de pedir invocada es la misma (Considerando Quinto, C.S.). Una distinta calificación jurídica, tratándose de los mismos hechos, no significa actuar de oficio. Ello sucede cuando se examinan otros puntos, distintos a aquellos sometidos por las partes a decisión del tribunal (Considerando Séptimo, C.A. de Santiago)”.

Con el mismo criterio se ha aceptado una promesa en que lo prometido vender era el 50% del inventario de una sociedad determinada y en la que

²⁴⁴ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl

se han especificado los bienes de cada socio y el interés que tiene cada socio en la misma.²⁴⁵

85 E. DETERMINACIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN

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 la reglamente por sí sola. 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 mutuuario tendrá obligación de restituir ni cuándo, porque en el silencio de las partes la ley establece la primera obligación y la época de la restitución.

Pero, en cambio, la ley no fija precios de compraventa en el silencio de las partes, y por eso se ha declarado invariablemente la nulidad de las promesas de compraventa en que el precio prometido no se encuentra determinado,²⁴⁶ e incluso, si el precio se fijó en otro contrato no incorporado ni citado en la promesa.²⁴⁷

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,²⁴⁸ o por peritos.²⁴⁹

Demás está decir que derogado el principio nominalista, y si el precio en la promesa se establecido en unidades de fomento u otro mecanismo de reajuste, el monto expresado en pesos puede ser diferente en el contrato definitivo.

²⁴⁵ F.M. N° 238, septiembre 1978, pág. 244.

²⁴⁶ *Repertorio*, T. 4°, 2ª. Ed., pág. 262 N° 79.

²⁴⁷ G.T. de 1890, T. 2ª, N° 3186, pág. 459.

²⁴⁸ G.T. de 1893, T. 3ª, N° 4288, pág. 461.

²⁴⁹ G.T. de 1885 N° 2465, pág. 1478; de 1899, T. 2ª, N° 949, pág. 759, y de 1912, T. 2ª, N° 1219, pág. 898; ALESSANDRI, ob. cit., N° 2134, pág. 1287.

CAPÍTULO TERCERO EFECTOS DE LA PROMESA

86. ENUNCIACIÓN

Los efectos del contrato de promesa, como en todo contrato, son los derechos y obligaciones que genera para las partes. Salvo la disposición del inciso final del artículo 1554, no hay norma especial para el contrato de promesa, por lo que dichos efectos se rigen por las reglas generales de los contratos. Por ello se aplican todos dichos efectos de los contratos.²⁵⁰

Tienen lugar, en consecuencia, los artículos 1545 y 1546, que sientan las reglas básicas al respecto: la llamada ley del contrato del artículo 1545, y el artículo 1546, que ha ido adquiriendo gran importancia con la aplicación de la teoría del acto propio, que es una consecuencia natural de la disposición que comienza diciendo que los contratos deben ejecutarse de buena fe.²⁵¹

Una sentencia de la C.A. de Santiago de 31 de julio de 2007,²⁵² aplicó esta doctrina en los siguientes términos:

“La doctrina de los actos propios encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe. Postula que no es lícito hacer valer un derecho o una

²⁵⁰ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. I, N° 95, págs. 123 y sgtes., y especialmente el N° 105 bis.

²⁵¹ Véase la nota anterior y especialmente el N° 105 bis donde se constata que esta teoría se ha abierto exitosamente paso en la jurisprudencia.

²⁵² Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl

pretensión en contradicción con la conducta anterior del mismo sujeto, en la medida que el cambio de conducta o comportamiento importe un perjuicio en contra de otro, o sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

“No dar cumplimiento a un contrato de promesa por un defecto en su redacción, habiendo entregado parte del precio el promitente comprador al promitente vendedor supondría enriquecimiento ilícito para este último”.

Está de más decir que esta tesis contradice totalmente la que había predominado en este contrato, respecto a su presunto carácter de derecho estricto.

En este capítulo sólo estudiaremos la aplicación de dichas normas comunes, modificadas por la doble circunstancia de que la promesa genera fundamentalmente una obligación de hacer y tan especialísima como es la de otorgar un contrato.

Ello nos obligará a referirnos en distintas secciones, a saber:

1. El efecto principal del contrato de promesa, que es la obligación de otorgar el contrato prometido;
2. Otras obligaciones derivadas de la promesa, y
3. Cumplimiento e incumplimiento de la promesa.

SECCIÓN PRIMERA *OBLIGACIÓN DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO*

87. PAUTA

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. Por la promesa las partes se comprometen a celebrar otro contrato más adelante, y cumplido el plazo o condición se podrá exigir su otorgamiento voluntaria o forzosamente.

En los números siguientes analizaremos:

- A. Características de esta obligación;
- B. Que la promesa no produce efectos reales, y
- C. La inscripción de la promesa en un registro público.

88 A. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO: ENUNCIACIÓN

Las principales características de la obligación de otorgar el contrato prometido, que estudiaremos en los números siguientes, son:

- 1º. Es obligación de hacer;
- 2º. Es mueble;
- 3º. Es indivisible;
- 4º. Es normalmente fungible;
- 5º. Es transmisible;
- 6º. Es cesible, y
- 7º. Es prescriptible.

89 A1. LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO ES DE HACER

De acuerdo al inciso final del artículo 1554, concurriendo los requisitos que estudiamos en el capítulo anterior, “habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”.

Como dijimos al comienzo, ya desde los primeros Proyectos del 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.

Siendo tan clara la disposición en esta materia, no ha habido duda alguna ni en la doctrina ni en la jurisprudencia²⁵³, destacando un fallo que el objeto

²⁵³ Por vía ejemplar, R.D.J., Ts. 38, sec. 1ª, pág. 153; 58, sec. 1ª, pág. 179.

de la promesa es el otorgamiento de otro contrato y no las obligaciones propias de éste.²⁵⁴

Con esto evitó muchas discusiones sobre la naturaleza jurídica de la obligación emanada de la promesa, pero resulta obvio, según dijimos, que, aun cuando no se haya remitido expresamente a ellas, también se aplican a la promesa las reglas generales de los contratos y obligaciones.

La circunstancia de que se trata de una obligación de hacer, explica alguna de las restantes características de esta obligación. En la sección correspondiente al incumplimiento de la promesa analizaremos cómo juegan en ella los derechos alternativos que el artículo 1553 otorga al acreedor de una obligación de hacer (Nº 105 y sgtes.).

90 A2. CARÁCTER MUEBLE

De acuerdo al artículo 581 del Código, los hechos que se deben se reputan muebles. En consecuencia, la obligación de otorgar el contrato prometido es mueble, y también lo es la acción para exigir su cumplimiento. Así se ha fallado.²⁵⁵

Es también la opinión de Alessandri,²⁵⁶ sin embargo, una sentencia, evidentemente equivocada, sostuvo lo contrario respecto de una promesa de compraventa de bienes raíces.²⁵⁷

91 A3. CARÁCTER INDIVISIBLE

La obligación de otorgar el contrato prometido no puede cumplirse por parcialidades, y en consecuencia, es indivisible.

²⁵⁴ R.D.J., T. 60, sec. 2ª, pág. 85.

²⁵⁵ R.D.J., T. 5, sec. 2ª, pág. 140; 47, sec. 1ª, pág. 175, y 49, sec. 2ª, pág. 75. G.T. de 1899, T. 1ª, Nº 827, pág. 690.

²⁵⁶ Ob. cit., T. 2º, Nº 2148, pág. 1302.

²⁵⁷ R.D.J., T. 45, sec. 1ª, pág. 510.

De manera que siendo varios los prometientes, todos ellos deben concurrir y exigir conjuntamente el otorgamiento del contrato definitivo. Así se ha resuelto.²⁵⁸

92 A4. NORMALMENTE FUNGIBLE

La obligación de otorgar el contrato prometido es normalmente fungible en el sentido de que puede cumplirse aun sin la intervención del obligado, ya sea que fallezca o se imposibilite, etc.

Por excepción, no concurrirá esta característica si las obligaciones del contrato definitivo suponen una calidad personal; ello repercutirá forzosamente en la promesa, como si, por ejemplo, lo prometido es una sociedad colectiva y uno de los prometientes se ha imposibilitado.

93 A5. CARÁCTER TRANSMISIBLE

Por la misma razón de que por regla general la obligación no mira a la calidad personal de las partes, ella normalmente se transmitirá a los herederos, quienes deberán cumplir la que contrajo el causante. Igualmente, los herederos tendrán el derecho a exigir el cumplimiento de la promesa otorgada por el causante.

La excepción es el caso de las obligaciones intransmisibles del contrato definitivo, ya que nada se conseguiría con otorgar un contrato definitivo que los herederos no podrán cumplir.

94 A6. CESIÓN DE LA PROMESA

El crédito consistente en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es, en principio, cesible, de acuerdo a las reglas generales de la cesión de créditos, y se efectúa mediante la entrega del título y la notificación o aceptación del deudor.

²⁵⁸ R.D.J., T. 45, sec. 1ª, pág. 510.

Igualmente, se cederán conforme a las reglas generales las otras obligaciones que pueden derivar de la promesa, y a que nos referiremos en la sección siguiente.

Todo esto tiene una salvedad neta tratándose de la promesa bilateral y respecto a la obligación de otorgar el contrato prometido, ya que 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. Ha sido más frecuente que la cesión de promesa se efectúe entre nosotros, cediendo el prometiente comprador sus derechos a un tercero, y notificando al prometiente vendedor. Esto resulta perfecto respecto al crédito del prometiente comprador, pero en cuanto a su obligación de otorgar el contrato prometido, vendría a ser una delegación imperfecta.

La verdadera figura que corresponde es la de cesión de contrato, en que se traspasa éste íntegramente, y que no está reglamentada y ha sido muy poco estudiada entre nosotros.²⁵⁹ En todo caso, para que la cesión de promesa bilateral sea plenamente eficaz, a nuestro juicio, debe hacerse con el consentimiento del otro prometiente, ya que en nuestra legislación nadie está obligado a aceptar el cambio de deudor sin su consentimiento.

95 A7. PRESCRIPCIÓN DE LA PROMESA: REFERENCIA

No hay norma especial para la prescripción en la promesa, por lo que la acción para exigir su cumplimiento, esto es, el otorgamiento del contrato definitivo, prescribe de acuerdo a las reglas generales: 5 años como ordinaria y 3 como ejecutiva, durando en este último caso 2 años más como ordinaria.

De acuerdo con las mismas reglas generales, los plazos se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, esto es, desde el momento en que se cumplió la modalidad que determinó la época para el otorgamiento del contrato definitivo (Nº 120 D).

Así lo han entendido la doctrina,²⁶⁰ y jurisprudencia.²⁶¹

²⁵⁹ Véase *Las Obligaciones*, T. II, Nº 1160 y sgtes., págs. 1141 y sgtes., quinta edición.

²⁶⁰ Por vía ejemplar, ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, Nº 2175, pág. 1324, naturalmente que con los plazos antiguos de prescripción.

²⁶¹ Por ejemplo, G.T. de 1913, 2º sem., Nº 677, pág. 2155.

96 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 traslativo de dominio.²⁶² Así se ha fallado.²⁶³ Ni siquiera es aquel principio de enajenación de que han solido hablar algunos jueces (Nº 48 D).

Dice Fueyo:

"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".²⁶⁴

Nuestra jurisprudencia ha extraído variadas consecuencias de este principio. Desde luego que la promesa no produce efectos reales de ninguna especie, sino únicamente personales entre los contratantes.²⁶⁵ La única forma de otorgarle efectos reales a la promesa es constituir una caución real para garantizar su cumplimiento, pero los efectos reales corresponderán a la prenda e hipoteca, no a la promesa.

También se ha declarado que en la promesa nada tiene que hacer la tradición,²⁶⁶ que es un modo de adquirir el dominio.

No es posesión regular la fundada en una promesa,²⁶⁷ ni corresponde al prometiente adquirente ninguna de las acciones que concede la ley al propietario, aun cuando haya mediado entrega de la cosa prometida, inscripción en el Registro Público,²⁶⁸ etc.

²⁶² ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, Nº 2150, pág. 1303.

²⁶³ Repertorio, 2ª ed., T. 4º, Nº 4, pág. 222.

²⁶⁴ Ob. cit. Nº 35, pág. 61.

²⁶⁵ R.D.J., Ts. 3, sec. 1ª, pág. 123; 46, sec. 1ª, pág. 486; 47, sec. 1ª, pág. 178, etc.

²⁶⁶ R.D.J., T. 56, sec. 1ª, pág. 334. En igual sentido, ALESSANDRI, ob. cit., Nº 2150, pág. 1303.

²⁶⁷ R.D.J., T. 10, sec. 1ª, pág. 152. En igual sentido, ALESSANDRI, ob. cit., Nº 2151, pág. 1304.

²⁶⁸ G.T. de 1899. T. 2, Nº 1287, pág. 1051. La sentencia no reconoció al prometiente adquirente derecho a oponerse a una mensura.

Pero la consecuencia más importante del principio señalado es que por la promesa el prometiende 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 efectuada por el tercero, a menos que medie una prohibición judicial de celebrar actos o contratos.²⁶⁹

Fueyo propone establecer la promesa real, confiriendo al prometiende adquirente un derecho real de preferencia.²⁷⁰ Si se acogiera la sugerencia, sería de mucha conveniencia tomar los resguardos competentes para que no se invierta la situación actual y se cree una traba para la enajenación de propiedades. La solución podría ser el alzamiento automático pasado un plazo determinado sin que se otorgue el contrato definitivo, o el tribunal ordene su mantención.

97 C. INSCRIPCIÓN DE LA PROMESA EN REGISTROS PÚBLICOS

El punto se ha debatido en torno al Registro 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 improcedente su inscripción en el Registro de Propiedades.²⁷¹ Sin embargo, Alessandri²⁷² cree que la inscripción puede efectuarse, pero no produce efecto alguno, lo que no nos parece la interpretación correcta.

En la práctica, tal inscripción se acepta en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, por una aplicación bastante extensiva y liberal del N° 3° del artículo 53 del Reglamento.

²⁶⁹ R.D.J., Ts. 3, sec. 1ª, pág. 123; 46, sec. 1ª, pág. 486; 47, sec. 1ª, pág. 178, etc. En igual sentido, ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 2156, pág. 1308.

²⁷⁰ Ob. cit., N° 159, pág. 251.

²⁷¹ FUEYO, ob. cit., N° 36, pág. 62. G.T. de 1889, T. 2º, N° 4018, pág. 1081; R.D.J., Ts. 3, sec. 1ª, pág. 123, y 46, sec. 1ª, pág. 486.

²⁷² Ob. cit., T. 2º, N° 2158, pág. 1313.

Pero, como se ha fallado²⁷³, semejante inscripción cuando mucho podría considerarse como una mera formalidad voluntaria, que no produce efecto alguno ni es obstáculo para que el prometiende enajenante disponga en cualquier forma de lo prometido. En la práctica, la inscripción 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 se vende lo prometido a otro²⁷⁴. La verdad es que la única manera de alcanzar al tercero adquirente es por la vía del fraude, en cuanto éste se desarrolle como institución de aplicación general.

*SECCIÓN TERCERA**CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA*

102. ENUNCIACIÓN

En la promesa, como en cualquier otro contrato, el cumplimiento puede ser voluntario o forzado, en naturaleza o por equivalencia. Si no se cumple, se produce el incumplimiento del contrato de promesa, y los derechos correspondientes del acreedor para obtenerlo, siempre que concurren los requisitos señalados por la ley, y principalmente, la imputabilidad del incumplimiento.

Veremos estas situaciones en los números siguientes, dejando eso sí la resolución de la promesa para el capítulo de la extinción de este contrato.

103. CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PROMESA

Ya hemos señalado 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. Entre ellos, que el pago debe efectuarse al tenor de la obligación,

²⁹² C. de A. de Santiago, 2 de septiembre de 2009. Fallo publicado en jurisprudencia online en www.legalpublishing.cl

salvo que las partes convengan otra cosa. Además, el pago debe ser íntegro, y, en consecuencia, no bastará, por ejemplo, con suscribir la escritura del contrato definitivo, sino que deben cumplirse todas las cargas propias de estos instrumentos: pago de los derechos notariales, si proceden, acompañamiento o exhibición de determinados documentos, pago de los impuestos que gravan el acto, en la forma convenida o de acuerdo a la ley.

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 desde 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 indeterminación del precio, vicio del cual no adolecía el contrato definitivo otorgado voluntariamente en cumplimiento de dicha promesa.

Se resolvió, acertadamente a nuestro juicio, que la nulidad absoluta de la promesa no se transmitía a su cumplimiento.²⁹³

En la promesa proceden la dación en pago y la novación; es decir, que las partes pueden convenir al momento de otorgar el contrato definitivo, o por medio de una convención, el reemplazo del otorgamiento del contrato definitivo por otra prestación. También tiene lugar la confusión si se reúnen en una sola persona las calidades de prometientes contratantes. No así la compensación, ya que las obligaciones, aun provenientes de dos promesas, no serán jamás fungibles (art. 1656, N° 1°). En cambio es perfectamente aplicable la transacción.

104. INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA

Si la obligación esencial que emana del contrato de promesa es la de otorgar el contrato definitivo, habrá incumplimiento si no se otorga en la oportunidad convenida el contrato prometido.

²⁹³ R.D.J., T. 33, sec. 1ª, pág. 165.

De acuerdo con las reglas generales, el incumplimiento puede ser voluntario e involuntario, total o parcial, definitivo y temporal, e imputable e inimputable al deudor.

Interesa precisar cuándo el deudor responde y cuándo no. En la promesa operan todos los modos de extinguir las obligaciones; ya hemos señalado lo que ocurre con los que equivalen al pago a propósito del cumplimiento; corresponde ahora examinar los que no equivalen al pago, ya que la obligación se extingue sin que el acreedor reciba una satisfacción a su acreencia.

De éstos, no requieren mayor comentario la nulidad, la prescripción (N° 120 D), el mutuo consentimiento y la remisión, en que se aplican en todo y por todo, las reglas generales.

En cambio, requieren un análisis especial la condición resolutoria, la imposibilidad en la ejecución y el plazo extintivo que examinaremos al hablar de la extinción de la promesa. En esta sección veremos los derechos del acreedor en caso de incumplimiento imputable al deudor.

105. DERECHOS DEL ACREEDOR EN EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

Tratándose de incumplimiento imputable al deudor, y como no se discute²⁹⁴, se aplica íntegramente el artículo 1553 al cual se remite expresamente el inciso final del artículo 1554 y que establece los derechos del acreedor ante la infracción por parte del deudor de una obligación de hacer. En síntesis, para que el acreedor goce de los derechos que le otorga el artículo 1553 es preciso que el deudor esté colocado en mora. En tal caso, el acreedor puede exigir además de que se le indemnice la mora, esto es, la llamada indemnización moratoria²⁹⁵, cualquiera de estas tres cosas: que se apremie al deudor, que se cumpla el contrato o se le pague indemnización compensatoria.

No obstante que el precepto no las menciona expresamente, no hay duda, como lo hemos advertido, de que el acreedor tiene un cuarto derecho, que es pedir la resolución de la promesa (N° 114 A), y también puede impetrar las llamadas medidas conservativas.

²⁹⁴ Por vía de ejemplo, R.D.J., T. 54, sec. 1ª, pág. 153.

²⁹⁵ R.D.J., T. 54, sec. 1ª, pág. 153.

En los números siguientes veremos sucesivamente:

- A. La mora del deudor;
- B. El apremio al deudor;
- C. El cumplimiento forzado de la promesa, y
- D. La indemnización de perjuicios.

106 A. LA MORA DEL DEUDOR

Según decíamos, el artículo 1553 exige que el deudor esté en mora para que el acreedor pueda hacer uso de los derechos que el precepto le otorga; también para que opere la condición resolutoria tácita el deudor debe estar en mora.

No hay sí, en la obligación de hacer o en la promesa, normas especiales respecto de la mora del deudor, por lo que se aplican en todo y por todo las reglas generales. Sin embargo, el carácter peculiar de la obligación en la promesa genera algunas dudas que conviene aclarar en los números siguientes, en que nos referiremos sucesivamente a cuando el deudor está en mora, al cumplimiento recíproco y a la excepción del contrato no cumplido.

107 A1. CUANDO EL DEUDOR ESTÁ EN MORA EN LA PROMESA

De acuerdo con las reglas generales, el deudor está en mora cuando ha retardado el cumplimiento de la obligación, esto es, no la ha cumplido en la oportunidad convenida; el retardo le es imputable, esto es, obedece a dolo o culpa suya, quedando excusado en el caso fortuito u otra eximente de responsabilidad; sea interpelado por el acreedor en alguna de las formas señaladas en el artículo 1551 y, finalmente, que el acreedor a su turno haya cumplido o esté llano a cumplir sus propias obligaciones. Por su importancia, este último punto lo tratamos en el número siguiente.

Nos referiremos en el presente número a la interpelación del deudor, en que, de acuerdo al citado artículo 1551, la regla general, es la de la interpelación judicial, pero no debe olvidarse que en la promesa las modalidades son esenciales, y una de ellas, el plazo, puede hacer innecesaria dicha forma de requerimiento.

Por tanto, tratándose de la condición señalada como época en que debe otorgarse el contrato definitivo, la mora se producirá una vez efectuado el requerimiento judicial al deudor. A menos que se haya fijado un término para otorgar el contrato definitivo, una vez cumplida la condición, como si, por ejemplo, se estipula que la compraventa se celebrará dentro de los tres meses siguientes a la recepción municipal de la obra en ejecución. Vencido el plazo, habrá mora para quien no cumplió.

En cambio, si para el otorgamiento del contrato definitivo se ha fijado un plazo dentro del cual debió éste otorgarse, el deudor quedará en mora si no cumple en el plazo convenido, de acuerdo al N° 1° del artículo 1551.

Así se ha resuelto reiteradamente, declarándose que vencido el plazo para otorgar el contrato definitivo, queda en mora el que no cumplió²⁹⁶; que si se convino que el contrato definitivo se otorgaría el 5 de enero de 1962, queda en mora el que no cumple en esa fecha.²⁹⁷

Un fallo de la C.S.²⁹⁸ pareciere entender lo contrario, pues en su considerando 7° dice que, “vencido el plazo, el contratante que desee cumplir, puede constituir en mora al otro contratante, haciéndolo saber que por su parte, está llano a cumplir en forma y tiempo debidos, a fin de que pueda tener lugar lo que previene el artículo 1553 del Código Civil”. Como el contrato definitivo se había prometido “dentro” de cierto plazo, la mora se produjo de pleno derecho, y pareciere que el fallo lo que quiso destacar fue la actitud de la contraparte indispensable para que ella operase, de acuerdo a lo que veremos a continuación.

Estos son los principios que rigen la interpelación en materia de promesa, a los cuales hay que formularles, eso sí, algunos alcances:

1° Que no habrá mora si la contraparte, también deudora, no ha cumplido o estado llana a cumplir sus obligaciones, como lo insistiremos en el número siguiente;

²⁹⁶ R.D.J., T. 42, sec. 1ª, pág. 251.

²⁹⁷ R.D.J., T. 62, sec. 1ª, pág. 388.

²⁹⁸ R.D.J., T. 62, sec. 1ª, pág. 258.

2° Que es necesario que el plazo haya sido fijado para cumplir dentro de él la obligación, y no como momento inicial para poderla exigir, como si, por ejemplo, se ha convenido que el contrato definitivo se otorgará después o una vez que hayan transcurrido tres meses desde la fecha. En tal caso, hay que volver a la regla general de la interpretación judicial;

3° También se producirá la mora por el solo transcurso del plazo si no se han cumplido dentro de él las obligaciones necesarias para el otorgamiento oportuno del contrato prometido, u otras convenidas por las partes.

Como ejemplo de lo primero, podemos citar una sentencia de la C.S.²⁹⁹. Se había convenido que el contrato definitivo debió otorgarse dentro de los tres años contados desde la promesa, y el prometiende vendedor se obligó a urbanizar el predio. Nuestro más alto tribunal entendió que esta obligación debió cumplirse dentro del plazo convenido para el otorgamiento de la compraventa prometida, y que el prometiende vendedor quedó en mora por no haberlo hecho así.

En nuestro concepto, lo mismo debe entenderse de todas las cargas necesarias para el otorgamiento del contrato prometido dentro del plazo estipulado, aunque no se las haya mencionado expresamente. Cuando menos a la expiración del término, el prometiende en quien inciden debe estar en situación de otorgar el contrato definitivo, y si no lo está por incumplimiento imputable de tales obligaciones, habrá mora de su parte.

También estará en mora el contratante incumplidor respecto de las obligaciones anexas a la promesa, si se ha fijado plazo para ellas, como para la de pagar con la mera promesa el precio de la compraventa prometida.

4° Si se ha convenido un plazo extintivo, aquel de los prometiendes por cuyo hecho o culpa no pudo otorgarse el contrato definitivo dentro del término convenido, por lo cual éste quedó extinguido, estará en mora, y deberá soportar la reparación del daño.

²⁹⁹ R.D.J., T. 63, sec. 1ª, pág. 443.

108 A2. CUMPLIMIENTO RECÍPROCO

Ya hemos insistido con reiteración que en toda promesa bilateral ambas partes invisten recíprocamente la condición de deudoras y acreedoras la una de la otra, y todavía de una obligación análoga,³⁰⁰ y, en consecuencia, todas ellas deben concurrir al otorgamiento del contrato definitivo, y si éste es solemne, no hay posibilidad alguna de que se le otorgue sin la concurrencia del otro contratante.

También hemos insistido en que la mora es requisito para cualquier actuación de quien asume la función de acreedor para exigir apremios, cumplimiento forzado o indemnización de perjuicios o resolución del contrato. Pues bien, de acuerdo al artículo 1552, ninguno de los contratantes está en mora si la contraparte no cumple su propia obligación o se allana a hacerlo.³⁰¹

Según lo expresado, que el acreedor cumpla su obligación propia (la esencial de otorgar el contrato prometido) por sí solo no es viable, pero sí que adquiere enorme importancia el segundo aspecto, esto es, que haya estado llano a cumplir, punto que ha sido muy debatido en los tribunales, pero en que creemos posible sentar principios bastante claros:

1° Si quien exige cumplimiento o indemnización, ninguna actividad específica por su parte ha tenido que desarrollar para que la obligación de otorgar el contrato prometido se cumpliera oportunamente, ni tampoco ha contraído por la promesa otras obligaciones o ha cumplido las contraídas (verbigracia, pago del precio), creemos que todo el problema de la mora incide en la contraparte si esta se ha encontrado en las situaciones señaladas y ella quedará en mora vencido que sea el término estipulado, o en las demás situaciones señaladas en el número anterior. Es el caso citado en dicho número anterior, en que el prometiende vendedor se había obligado a urbanizar³⁰²: si no había cumplido esa obligación, es obvio que nada de-

³⁰⁰ Así lo destaca, por vía de ejemplo, fallo de la R.D.J., T. 16, sec. 1ª, pág. 487.

³⁰¹ Véase en *Las Obligaciones* la excepción del contrato no cumplido, T. II, 5ª edición, N° 941 a 946, págs. 941 y sgtes., y la mora del acreedor N° 880 a 883, págs. 863 a 867.

³⁰² R.D.J., T. 63, sec. 1ª, pág. 443. En igual sentido, R.D.J., T. 16, sec. 1ª, pág. 487 y T. 71, sec. 1ª, pág. 135.

bía, por su parte, hacer el prometiente comprador, sino esperar que aquél cumpliera y le hiciera saber (extrajudicialmente, por cierto) que estaba en situación de otorgar el contrato definitivo. Si ante este requerimiento es el prometiente comprador quien no otorga el contrato definitivo, quedará en mora si concurren los demás requisitos legales.

2° Si ambas partes tenían obligaciones que cumplir o actividades que desarrollar para hacer viable el contrato definitivo, estará en mora la que no cumplió con ello, siempre que la otra parte haya cumplido sus propias obligaciones, y haya estado llana al cumplimiento de la de otorgar el contrato definitivo.

Basado en esto, se ha resuelto³⁰³ que si el prometiente comprador estuvo llano a cumplir, y el prometiente vendedor no, éste quedó en mora. A la inversa, el prometiente vendedor no está en mora si el prometiente comprador pidió prórroga para el otorgamiento del contrato definitivo, por no tener disponible el precio de la compraventa³⁰⁴.

Ahora, no basta, como es natural, que la parte diga que ha estado llana al cumplimiento, sino que debe manifestarlo por hechos positivos suyos³⁰⁵, como por ejemplo, consignar el precio de la compraventa³⁰⁶. No creemos de ningún modo indispensable un requerimiento judicial al deudor, bastando uno extrajudicial, tan pronto se haya quedado por parte del acreedor en situación de otorgar el contrato definitivo.

3° Es posible que alguna de las partes deba cumplir determinadas obligaciones al tiempo mismo de otorgarse el contrato definitivo, a fin de que éste se perfeccione. En el caso más frecuente de la promesa de venta de bienes raíces; junto con suscribir la escritura pública, el prometiente debe exhibir sus documentos personales, acompañar determinados comprobantes que la ley exige, pagar su parte en los gastos notariales, impuestos de transferencia y otros, etcétera.

³⁰³ R.D.J., T. 42, sec. 1ª, pág. 251.

³⁰⁴ R.D.J., T. 40, sec. 1ª, pág. 358.

³⁰⁵ R.D.J., T. 46, sec. 1ª, pág. 570.

³⁰⁶ R.D.J., T. 5, sec. 2ª, pág. 140.

Especialmente frecuente es que se haya estipulado que todo o parte del precio de la compraventa prometida se pague al momento de suscribirse la escritura definitiva correspondiente; recordemos con un fallo de los tribunales³⁰⁷ que para que estemos en la situación prevista es necesario que se haya estipulado expresamente así, porque en caso contrario se hace exigible, como toda obligación, sólo una vez que se ha perfeccionado el contrato.

Pues bien, en todos estos casos en que hay que cumplir determinadas obligaciones al momento de otorgar la escritura definitiva, no se habrá cumplido la propia obligación si no se cumplen también esas otras obligaciones, y en consecuencia, no habrá mora para la contraparte; y a la inversa, ésta si cumple o demostró estar llana a hacerlo puede colocar en mora a la otra.

Por ello se ha resuelto que el prometiente comprador no está en mora si depositó el precio que debía pagar con la compraventa en la Notaría³⁰⁸, y que tampoco lo está si concurrió a ella y no pagó el precio por no haber concurrido el otro prometiente.

4° Es posible que ninguna de las partes haya cumplido, ya sea en cuanto al otorgamiento mismo del contrato definitivo o de aquellas otras obligaciones indispensables para hacerlo posible o para su perfeccionamiento. En tal caso no hay mora para ninguna de ellas, de acuerdo al artículo 1552, y será necesario que alguna se decida a cumplir para poder exigir el cumplimiento ajeno. Así se ha resuelto.³⁰⁹

El artículo 2932, inciso 2° del Código italiano, a propósito de la "ejecución específica de la obligación de concluir un contrato", declara que *"la demanda no puede ser acogida si la parte que la ha propuesto no cumple su prestación o no hace el ofrecimiento de ello en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible"*.

³⁰⁷ R.D.J., T. 53, sec. 2ª, pág. 74.

³⁰⁸ R.D.J., T. 62, sec. 1ª, pág. 388.

³⁰⁹ Por vía de ejemplo, R.D.J., T. 57, sec. 1ª, pág. 274, y G.J. N° 227, pág. 71. Otro fallo de la C.S. de 22 de enero de 2007, aplicó la excepción del contrato no cumplido a un caso de incumplimiento parcial de ambos. Otra sentencia de la C.A. de Rancagua de 26 de agosto de 2005, lo hizo en un caso en que el promitente vendedor no liberó de un gravamen a la propiedad prometida, y el comprador no pagó el precio anticipado fijado en la promesa.

Ahora bien, si ninguna de las partes se decide a cumplir, existe en la legislación una verdadera laguna, y en tal circunstancia, la Corte Suprema ha optado por dar lugar a la extinción del contrato, ya que ninguno de los contratantes quería seguir ligado por el vínculo jurídico, pero no a la indemnización de perjuicios, que requiere mora, y en este caso no podía existir para ninguna de las partes, de acuerdo al artículo 1551³¹⁰.

5º Finalmente, hay una estipulación que por lo frecuente requiere cierto comentario: en las promesas de compraventa de bienes raíces se suele convenir que se considerarán cumplidas las obligaciones del contrato de promesa concurriendo en la oportunidad fijada a una determinada Notaría a suscribir el contrato definitivo.

Al respecto, es necesario tener presente que si no se ha convenido así expresamente, no creemos que sea necesario para que el acreedor acredite que ha estado llano al cumplimiento que suscriba la escritura de compraventa; basta cualquier requerimiento que revele el interés de hacerlo. Sin embargo, en una ocasión se resolvió lo contrario: el prometiende vendedor no había cumplido la obligación de alzar gravámenes y prohibiciones de lo prometido vender; sin embargo, la sentencia declaró que de todos modos el prometiende comprador debió concurrir a la Notaría, mandar extender la escritura de compraventa y depositar el saldo de precio en poder del Notario Público.³¹¹

Tampoco creemos que sea indispensable para el acreedor recurrir al procedimiento del pago por consignación, sobre todo porque como hemos dicho, es imposible cumplir voluntariamente sin la colaboración de la contraparte.

Pero, desde luego, la parte que ha concurrido a la Notaría y suscrito la escritura pública, deja de manifiesto que ha estado llana a cumplir.³¹² Conforme a lo dicho, será indispensable que, además, cumpla todas las obligaciones necesarias para que la escritura sea operante, como exhibición

³¹⁰ R.D.J., Ts., 28, sec. 1ª, pág. 689, y 57, sec. 1ª, pág. 274.

³¹¹ R.D.J., T. 55, sec. 1ª, pág. 292.

³¹² R.D.J., T. 56, sec. 2ª, pág. 98.

y acompañamiento de los documentos necesarios, etc. Y además, debe depositar el precio, si éste se hizo exigible con la sola suscripción de la escritura.³¹³

Se ha resuelto también que el hecho de no concurrir a la Notaría en la época convenida, no impide exigir posteriormente el otorgamiento, allanándose a cumplirlo.³¹⁴ Pero en tal caso, es obvio que habrá que requerir a la contraparte para colocarla en mora.

Las prácticas actuales han variado en algo las circunstancias del cumplimiento e incumplimiento de las promesas.

Así, la supresión del impuesto de transferencia que establecía para ciertos actos, como la compraventa de bienes raíces, la Ley de Timbres y Estampillas, y la participación de un organismo en las escrituras que no concurre a las Notarías, ya sea Banco u otro, y que además efectúa el pago del precio en la parte que es un préstamo o concurrencia suya al acto una vez inscrito lo vendido, en el caso más frecuente, en el Registro del Conservador de Bienes Raíces ha hecho renacer una antigua práctica que había desaparecido de nuestros hábitos:

La firma de unas instrucciones al Notario que se utilizaban en muy pocos casos, por la demora de los servicios respectivos para efectuar los trámites que les correspondían, y por la devaluación que sufrían los pagos en los períodos de alta inflación.

Hoy han retornado en gloria y majestad y no han dejado de provocar conflictos, sobre todo si alteran lo pactado en la compraventa. En efecto, ésta normalmente dice que, por ejemplo, el precio se ha pagado al vendedor al contado, con lo cual queda protegido por la presunción de derecho del artículo 1876 del C.C.:

"Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores".

³¹³ R.D.J., Ts. 5, sec. 2ª, pág. 140, y 44, sec. 1ª, pág. 544.

³¹⁴ R.D.J., T. 16, sec. 1ª, pág. 487.

Las instrucciones son normalmente documentos privados, cuando más autorizados ante Notario, y por ende, si en algo alteran o contradicen lo que declara la escritura pública, quedan sujetas a las normas de las contraescrituras establecidas en el artículo 1707 del C.C.³¹⁵

Y así, si la escritura pública de compraventa es contradicha por las instrucciones, ello no producirá efectos respecto de terceros (inciso 1º), y si las instrucciones se hacen por escritura pública, ésta es una contraescritura pública, que sólo produce efectos cumpliendo las condiciones del inciso 2º del artículo 1707: si se ha tomado nota de ella al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

Pero en tal caso se sostendrá que de todos modos prima el artículo 1876.

Han existido conflictos ya a estas alturas, principalmente por las demoras de los organismos de créditos, por otros motivos o causa, y la advertencia es que se debe ser muy cuidadoso al firmar dichas instrucciones, tanto como la propia promesa y el contrato definitivo.

109 A3. EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO

“La excepción del contrato no cumplido” o “*exceptio non adimpleti contractus*” es la que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya”.³¹⁶ Cuando la promesa es bilateral, se aplica en todo y por todo la excepción en referencia.

Lo que hemos señalado en el número anterior en cuanto a la necesidad de quien pretenda ampararse en esta excepción de haber cumplido o estar llano a cumplir su obligación, y cuando ha entendido la jurisprudencia que cumple este requisito, vale para el presente párrafo, por lo que nos parece innecesario repetirlo.

³¹⁵ Véase *Las Obligaciones*, quinta edición, Tomo I, N° 142 y sgtes., pág. 165 y sgtes.

³¹⁶ Véase *Las Obligaciones*, quinta edición, Tomo II, N° 941, pág. 911 y sgtes.

Digamos solamente que la jurisprudencia ha reconocido ampliamente la aplicación de esta excepción al contrato de promesa, y es así como se ha resuelto que el prometiente comprador puede negarse a seguir pagando el precio de la compraventa prometida si el prometiente vendedor no le extiende el contrato definitivo en la época estipulada,³¹⁷ y que la parte que opone la excepción del contrato no cumplido no debe estar en mora.³¹⁸

En el N° 104 hemos hablado de la excepción preventiva de incumplimiento, y de su dificultad de aplicarla a la promesa. Nos remitimos a lo allí señalado destacando únicamente que el Código italiano la contempla parcialmente para el mutuo: el prometiente mutuante puede negarse a cumplir si las condiciones patrimoniales del otro contratante han llegado a ser tales que hacen notablemente difícil la restitución y no se le ofrecen garantías idóneas (art. 1822).

Finalmente, respecto de la posible aplicación del derecho legal de retención en la promesa nos remitimos al N° 121.

110 B. APREMIO AL DEUDOR

El artículo 1554 al remitirse expresamente al artículo 1553 hace aplicable el N° 1º de dicho precepto, que otorga al acreedor de una obligación de hacer el derecho de pedir “que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido”. Aunque haya sido poco usual, no hay inconveniente alguno para que el prometiente cumplidor pida que se apremie al deudor para que firme el contrato, apremio que reglamenta el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil:

“Cuando se pida apremio contra el deudor podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación”.

111 C. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA PROMESA

El acreedor en la promesa no está obligado a exigir el pago por ejecución; como el artículo 1553 lo deja elegir, bien puede optar por apremiar

³¹⁷ R.D.J., T. 32, sec. 1ª, pág. 251.

³¹⁸ R.D.J., T. 72, sec. 1ª, pág. 33.

al deudor, en la forma ya señalada en el número anterior o derechamente pedir la indemnización compensatoria de perjuicios, o bien, según veremos, la resolución del contrato.

Como en todo caso de cumplimiento forzado es necesario que el deudor quede en mora, ya que así lo exige el artículo 1553, y así se ha fallado³¹⁹, y además que el cumplimiento sea posible, lo que implica que la obligación de otorgar el contrato prometido no esté extinguida por alguno de los modos que veremos en el capítulo siguiente.

Si el cumplimiento en naturaleza ya no es posible, al acreedor sólo le restará pedir indemnización de perjuicios, si ella es procedente.

Como en cualquier ejecución, respecto al procedimiento hay que distinguir: Si el acreedor no goza de título ejecutivo, deberá obtener que previamente se declare por el tribunal la obligación de la contraparte de otorgar el contrato definitivo; este procedimiento es ordinario.

Con esta sentencia u otro título ejecutivo, demandará ya directamente el otorgamiento mismo del contrato definitivo, conforme al N° 1° del artículo 1553, complementado y aclarado por el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil. Existe abundante jurisprudencia en tal sentido.³²⁰

Se ha resuelto también que el juicio de cumplimiento de la promesa es susceptible de evaluación pecuniaria, lo que tenía a la época del fallo importancia para la procedencia del recurso de casación en el fondo.³²¹

Una sentencia reciente de la C.A. de Valdivia de 15 de abril de 2008,³²² resolvió lo siguiente:

“El cumplimiento tardío de la obligación asumida por el promitente comprador, consistente en el pago del impuesto territorial, correlativa al beneficio de haber

³¹⁹ R.D.J., T. 16, sec. 1ª, pág. 487.

³²⁰ Por vía ejemplar, R.D.J., Ts. 4, sec. 1ª, pág. 4; 5, sec. 2ª, pág. 140; G.T. de 1913, 2º sem., N° 639, pág. 2053.

³²¹ R.D.J., T. 53, sec. 1ª, pág. 261.

³²² Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl.

recibido el terreno, no empece la obligación de hacer que emana del título que sirve de base para despachar el mandamiento de ejecución, pues el impuesto debe enterarse en arcas fiscales antes de la intervención del notario público en la compraventa, quien verifica el cumplimiento de aquella obligación, que llene el carácter de accesoria, y, por tanto, debe rechazarse la excepción opuesta por el ejecutado, de falta de alguno de los requisitos que la ley exige para que el título tenga fuerza ejecutiva (considerando 4º).”

En virtud de esta ejecución, el juez, como representante legal del deudor, procederá a otorgar por éste el contrato definitivo de que se trate, y de esta manera el acreedor consigue el cumplimiento en naturaleza de la obligación, y la promesa queda cumplida, forzosamente (art. 532 citado del Código de Procedimiento Civil). Así lo ha reconocido la jurisprudencia reiteradamente.³²³

Respecto de esta ejecución, ya hemos tenido oportunidad de destacar que no se trata de una enajenación forzada, sino del cumplimiento forzado de una obligación de enajenar, lo que tiene, entre otros casos posibles, importancia en la enajenación de los bienes raíces sociales (N° 60), lesión enorme (N° 50 F), etcétera.

Finalmente, digamos que el artículo 2932 del Código italiano da una solución más práctica: la propia sentencia que acoge la demanda del acreedor vale como contrato definitivo:

“(...) si el que está obligado a concluir y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido”.

112 D. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA PROMESA

De acuerdo al inciso 1º del artículo 1553, el contratante diligente tendrá derecho a la indemnización por la mora, esto es, a la reparación moratoria, como por ejemplo, a las rentas de arrendamiento del inmueble prometido, si se hubiere otorgado oportunamente el contrato de compraventa, según se

³²³ Por vía ejemplar, R.D.J., Ts. 17, sec. 1ª, pág. 293, y 63, sec. 2ª, pág. 67. Véase también C.A. de Antofagasta, 21 de agosto de 2009, publicada en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl.

ha resuelto³²⁴, aplicándose eso sí erróneamente el N° 3° del artículo 1553, que se refiere a la indemnización compensatoria.

El acreedor puede, si así lo desea, no exigir el cumplimiento, sino rechazamente la indemnización de perjuicios, porque el artículo 1553 se lo faculta de esa manera, a su elección.

Igualmente, si opta por pedir la resolución de la promesa, de acuerdo al artículo 1489, éste también le concede derecho a pedir indemnización de perjuicios.

Por último, el acreedor sólo podrá pedir la compensación, cuando ya no sea posible el cumplimiento forzado del contrato, como si, por ejemplo, según se ha fallado,³²⁵ se ha vendido la cosa prometida.

Como es lógico, los perjuicios no pueden cobrarse ejecutivamente mientras no estén determinados por sentencia ejecutoriada.³²⁶

En la promesa es frecuente, en la práctica, la estipulación de cláusulas penales para el caso de no cumplirse la obligación de otorgar el contrato definitivo u otras agregadas a la promesa. Debe sí tenerse cuidado con la redacción de esta cláusula, pues no hay que olvidar que, por regla general, la pena no es exigible conjuntamente con la obligación principal, y además que siempre requiere incumplimiento imputable.^{327 328}

Esto lo destaca un fallo reciente de la Excma. C.S. de 14 de enero de 2010,³²⁹ que declara que la obligación de indemnizar perjuicios nace como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento imperfecto del deudor, y en consecuencia, para que el acreedor cobre la pena debe haber un incum-

³²⁴ R.D.J., T. 63, sec. 1ª, pág. 443.

³²⁵ R.D.J., T. 46, sec. 1ª, pág. 486.

³²⁶ R.D.J., T. 4, sec. 1ª, pág. 4.

³²⁷ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., N°s. 913 y 918.

³²⁸ En F.M. N° 251 de octubre de 1979, pág. 289, se publica una sentencia que considera lucro cesante indemnizable la rentabilidad que el prometiende comprador habría obtenido si el deudor hubiera cumplido oportunamente su obligación.

³²⁹ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl.

plimiento imputable al deudor y mora, la que según la sentencia requiere una interpelación específica.

Otra sentencia de la C.A. de Santiago de 12 de enero de 2010,³³⁰ señala la distinción entre una cláusula penal por el incumplimiento de celebrar el contrato prometido, y la reparación del daño que pudo causar el retraso en la entrega material del inmueble.

Un fallo de la C.S. de 8 de agosto de 2005,³³¹ resolvió otro juicio sobre una cláusula penal en el caso “de un contrato de promesa de compraventa de bien raíz”. Tal contrato definitivo de compraventa nunca fue celebrado, aduciendo las partes mutuo incumplimiento de las obligaciones que emanaban del contrato de promesa. Así, el actor devino en demandado reconvencional, pidiendo el demandado principal vía demanda reconvencional la declaración de incumplimiento contractual de su contraparte en el contrato de promesa y el pago forzado a su favor de la cláusula penal antedicha.

“En cuanto a la impugnación del certificado extendido por un Notario Público, de haber concurrido el actor a celebrar el contrato definitivo, aduciendo la parte impugnante faltar tal documento, a la verdad, es falso que tal certificado constituya un instrumento público, siendo así determinado por el artículo 1699 del Código Civil. Luego, el documento en cuestión tendrá valor probatorio de tal y no de instrumento público, siendo, más aún, desvirtuado por otras pruebas rendidas en autos.

“En suma, estima el Tribunal de Alzada que el contrato de promesa de marras no estipuló de manera suficiente de quién era la obligación de implementar materialmente la celebración del contrato definitivo, aduciendo ambas partes ser de la otra. Luego, cobra importancia la prueba testimonial en razón de acreditar qué parte estuvo llana al cumplimiento de sus obligaciones y qué partes no. Así las cosas, fluye de autos que las declaraciones de los testigos allegados por la parte demandada revisten mayor verosimilitud que las de los de la parte actora, ello determinado por ser los últimos de mayor número y estar mejores instruidos en los hechos, además de hallarse sus declaraciones más conformes a otras pruebas del proceso.

³³⁰ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl.

³³¹ Fallo publicado en jurisprudencia on line en www.legalpublishing.cl.

“Habiéndose defendido suficientemente la parte demandada, cobra relevancia lo preceptuado por el artículo 1552 del Código Civil, en el sentido de que tratándose de contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumple por su parte o no se allana a cumplir en tiempo y forma. Y no habiendo el actor promitente vendedor demostrado estar llano a cumplir, no procede el cumplimiento forzado de la cláusula penal. De este modo resulta inoficioso determinar si también hubo incumplimiento de la parte promitente compradora”.

no tiene el carácter de un contrato de opción, sino de un contrato de compraventa, en el que el comprador adquiere el derecho de comprar el bien a un precio determinado, y el vendedor se obliga a venderlo a ese precio. En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

En consecuencia, el contrato de opción no es un contrato de compraventa, sino un contrato de compraventa con opción de compra.

PARTE SEGUNDA

LA OPCIÓN Y EL CONTRATO DE OPCIÓN

124. ENUNCIACIÓN

En el capítulo primero señalamos dos temas íntimamente unidos: por un lado, la posibilidad de celebrar promesas unilaterales de un contrato bilateral (Nº 34 F2), en que enunciamos y analizamos la discusión doctrinaria al respecto, y a continuación tratamos el contrato de opción (Nº 7 A y 35 F3), que en las anteriores ediciones de esta obra se mencionaba sólo en relación con el concepto del mismo, y sus características principales.

Hemos preferido en esta oportunidad, desarrollarlo en todos sus alcances y posibles aplicaciones en Chile, y porque en el mismo año de esa segunda edición hubo un hecho que no alcanzó a aparecer en ella, como fue la consagración en el artículo 169 del Código de Minería de un caso plenamente reglamentado de contrato de opción.

En el Nº 35 F3 dábamos una definición de la opción, pero como lo desarrollaremos en este capítulo, ella obedece a una concepción del contrato de opción de las varias que se dan en las legislaciones que lo reglamentan, y/o en la doctrina y que difieren fundamentalmente en la materia.

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 objetos³⁷⁰, 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

³⁷⁰ 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

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 Pumpin³⁷¹ y Navarrete³⁷², distinguiéndolos claramente Fueyo³⁷³ y Rodríguez³⁷⁴.

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."

³⁷¹ Ob. cit., pág. 55.

³⁷² Ob. cit., pág. 26.

³⁷³ Ob. cit., T. 2°, págs. 13 y sgtes.

³⁷⁴ 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".*³⁷⁵

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.

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.³⁷⁶

³⁷⁵ Citada por FUEYO, ob. cit., T. 2°, pág. 19, Nota 1.

³⁷⁶ 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-

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".

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.

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.

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 ³⁷⁶

persiva, 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.

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 (Nº 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 jurídica³⁷⁷, 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" (Nº 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.

³⁷⁷ 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.”³⁷⁸

“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 tributario³⁷⁹ 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.”³⁸⁰

³⁷⁸ 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.

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ 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.

CAPÍTULO SEGUNDO

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OPCIÓN

139. PAUTA

Ya hemos dicho que, en general, salvo los casos específicos mencionados, es un contrato entre nosotros innominado.

Además, analizaremos:

- A. Es, en general, un contrato unilateral;
- B. Es un contrato oneroso;
- C. Es consensual;
- D. Es principal;
- E. Otras características;
- F. Las partes en el contrato de opción, y
- G. Los riesgos del contrato de opción.

140 A. LA OPCIÓN ES, EN GENERAL, CONTRATO UNILATERAL

En principio es un contrato unilateral porque queda obligado únicamente el ofertante, y no el ofertatario. Este se obliga sólo cuando dentro del plazo y demás circunstancias establecidas de su aceptación, hace efectiva ésta.

Ahora, si se le asimila al contrato de promesa sigue siendo unilateral, por cuanto continúa para él su carácter facultativo de otorgar el contrato definitivo, y sólo obligatorio para su contraparte.

Pero aun en la forma que adopta nuestro Código de Minería sigue siendo optativo para el ofertatario, quien deberá aceptar la oferta irrevocable por escritura pública para que quede perfeccionada la compraventa.

Sin embargo, en lo no esencial sino en lo común de la ocurrencia, la opción es, en general, bilateral, y ni siquiera imperfecta, porque, como se verá a continuación, puede pactarse en un solo acto la oferta irrevocable, y la aceptación sujeta a la voluntad de quien la recibe, pero éste paga un precio o prima por esta facultad que se le otorga, o se compromete a pagarla en caso de cumplirse alguna modalidad, como ser, plazo o condición.

En tal caso, no cabe duda que procederán todas las consecuencias del contrato bilateral, a saber la condición resolutoria tácita, la excepción del contrato no cumplido y la teoría del riesgo.

141 B. ES UN CONTRATO, EN GENERAL, ONEROSO

Cuando el contrato es unilateral su carácter de gratuito u oneroso puede discutirse, porque sólo una de las partes está obligada a firme y definitivamente, pero la operación en sí misma puede terminar siendo onerosa cuando finalmente se acepta la oferta irrevocable.

Pongámonos en el caso de la opción minera; ella es de una compraventa, contrato, por definición, oneroso y la motivación de la espera puede estar en que el futuro comprador necesita reunir fondos u obtener financiamiento, efectuar algunas investigaciones de su posible compra, o lisa y llanamente buscar otros socios, etc., y por su parte, el oferente otorga el plazo de espera justamente para facilitar la venta.

De manera que nunca las partes actúan desinteresadamente, sino dentro de sus negocios onerosos.

Ello deja de ser problema naturalmente cuando existe una prima o premio por la espera, porque ahí claramente el contrato es oneroso para ambas partes: para uno que hace la oferta irrevocable, y no puede disponer del hecho o cosa durante el plazo otorgado, y para el otro que paga por la espera de su contraparte.

Eso reafirma el parecido de la opción de compraventa con la venta a futuro a que se refiere el artículo 1813 del Código Civil.³⁹² O sea, el contrato es conmutativo y/o aleatorio según las circunstancias, pero siempre oneroso.

142 C. ES CONTRATO CONSENSUAL, POR REGLA GENERAL

El contrato de opción en sí es consensual, salvo que la ley exija solemnidad, como ocurre en el caso de la opción minera.

Además, puede recaer en un objeto para el cual la ley exige una solemnidad, ya sea como requisito esencial, ya sea por razones de publicidad.

Lo primero ocurre en la opción reglamentada en el Código de Minería, artículo 169, que es solemne y debe otorgarse en dos etapas, ambas por escritura pública: al hacerse la oferta y al efectuarse la aceptación.

Sería realmente muy difícil que procediera en una opción en bienes raíces, de lo que sea, dominio, hipoteca, etc. sin que mediara escritura pública, o sea, una solemnidad.

Lo mismo ocurrirá si se exige una formalidad habilitante.

Pero si en definitiva la prestación de las partes no lo requiere, el contrato sigue siendo, por regla general, consensual.

Ahora, si el contrato fuere real, es obvio que una opción de comodato, depósito o mutuo se va a perfeccionar por la entrega, una vez efectuada la aceptación de la oferta.

143 D. ES CONTRATO PRINCIPAL

La opción es un contrato principal cuando subsiste por sí solo, pero por ejemplo, en una opción de prenda, hipoteca u otra caución puede ser considerado accesorio.

³⁹² Véase *Las Obligaciones*, de este mismo autor, ob. cit., T. I, N° 64, pág. 80 al final.

En todo caso, no es un contrato dependiente, según la nueva clasificación³⁹³, porque la opción, sobre todo la que contiene una prima o premio por parte del optatario, no necesita del otro contrato, y aquella que no la comprende puede dar lugar a un contrato definitivo o la mera aceptación según la forma que opere la opción, o lisa y llanamente transcurrir el plazo de la opción sin que nada pase; en tal caso, la opción produjo todos sus efectos, y operó durante dicho plazo, impidiendo al oferente disponer de la cosa o hecho ofrecido.

144 E. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA OPCIÓN

Son ellas:

a) Es preparatoria cuando se la asimila y es una forma de promesa unilateral de contrato bilateral, pero no lo es cuando la aceptación es un acto unilateral del ofertatario y no un contrato definitivo;

b) En general, es de libre discusión, salvo en las circunstancias que por su poderío el oferente imponga sus condiciones, como suele ocurrir en el leasing con una empresa dedicada a este tipo de negocios;

c) Se le puede considerar contrato de ejecución única, pero postergada³⁹⁴, pero según la prestación que se trate, ésta puede ser de ejecución instantánea, pero también, de ejecución postergada o de tracto sucesivo;

d) Finalmente, como ya lo señalamos, es desgraciadamente innominado, salvo el caso excepcional del Derecho de Minería y sólo para la compraventa, y la opción desde el punto de vista del comprador. También hay una opción en el leasing reglamentado, pero la ley prefirió hablar de promesa (Nº 184).

145 F. LAS PARTES Y DEMÁS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE LA OPCIÓN

En la opción, aunque puedan concurrir varias personas, hay dos partes, al igual que en la promesa de otorgar un contrato.

³⁹³ Véase *Las Obligaciones*, Tomo I, Nº 74, pág. 91.

³⁹⁴ Véase *Las Obligaciones*, Tomo I, Nº 81, 2º, pág. 101.

Uno es el que hace una oferta irrevocable, que obviamente como en cualquier contrato pueden ser una o más personas, y reciben el nombre de oferente.

Otro, que también pueden ser varios sujetos, es el optatario que recibe la oferta irrevocable.

Es evidente que las partes deberán dejar establecido si habrá entre ellas solidaridad o indivisibilidad para otorgar la prestación y/o, más importante, la aceptación.

El contrato de opción puede establecer las prestaciones que estimen pertinentes las partes. Ya sabemos que en el Código de Minería está limitada la opción a la compraventa.

En todo lo demás el contrato de opción, como contrato innominado que es, está sujeto a los acuerdos de las partes, aplicándose en subsidio de lo que ellas estipulen, las reglas establecidas por el Código para el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.

Elemento fundamental en la opción es obviamente la modalidad a que ella queda sujeta. Normalmente, será un plazo determinado, pero no hay obstáculo para que sea indeterminado, o una condición suspensiva, aunque en tal caso se acentúa la duda en nuestro país por el tema que hemos visto sobre si con ello se fija la época del cumplimiento, en el caso que se la asimile al contrato de promesa.

La prestación, que no es esencial en la opción, es el pago de una prima, precio o recompensa por la opción, en cuyo caso hemos sostenido que el contrato es bilateral. Además, es posible que este premio no sea necesariamente en dinero, sino algún otro tipo de retribución, u otra prestación que deberá pagar el optatario como precio por la espera que le da el ofertante.

También las partes son libres de estipular la forma que adopte la recompensa.

Como decíamos, el cumplimiento y el incumplimiento, y los derechos y acciones de las partes en relación con él, se rigen por las reglas generales,

y la resolución del contrato de opción sólo procederá en tal caso si éste es bilateral, por la existencia de la recompensa o prima o premio por parte del optatario. Tratándose de un contrato innominado, adquiere gran importancia lo que las partes estipulen al respecto.

En cuanto al riesgo, las partes convendrían que lo estipulan, pues en caso contrario, se aplicará los artículos 1550 y 1820 para la compraventa en el sentido que el riesgo en el cuerpo cierto cuya entrega se daba, es siempre de cargo del acreedor, salvo las excepciones legales.

Pero ello sólo tendría efecto después de la aceptación del ofertario, pues resulta obvio que si la especie se ve afectada, no hará uso de la opción.

146 G. LOS RIESGOS Y EFICACIA DEL CONTRATO DE OPCIÓN

Si bien la opción en su verdadera modalidad, y que por ende, difícilmente puede operar en nuestro país en materia de bienes raíces, es más expedita y sencilla que el contrato preliminar en que las partes deben volver a firmar una escritura, ahora de compraventa (u otro contrato definitivo), y no por ello disminuyen los riesgos que hemos anotado en el contrato de promesa.

Porque el propietario sigue siendo tal, y por ende, puede realizar una serie de actos que emanan de esta calidad. Ya sabemos que la prohibición de otorgar contratos no impide la ejecución de tales actos, que pueden llegar a la enajenación del bien sujeto a opción, infringiéndose así este contrato de opción, al igual que ocurre con la promesa, pero sin poder evitar su consumación.

Veremos en el párrafo siguiente, algunas de las medidas que autoriza el Código de Minería mientras esté pendiente la opción, todas encaminadas a proteger al beneficiario, de cualquier infracción a sus obligaciones de parte del optatario.

Es otra razón más para legislar al respecto. En el caso de la promesa los problemas son los mismos, y para determinados actos, como hemos visto, procede que el promitente vendedor entregue garantías (Nº 222); lo mismo deberá extenderse a la opción, si este contrato es finalmente legislado.

Rigen también todas las garantías personales y reales, y algunos mecanismos como los que pasamos a ver en el número siguiente.

Uno de los más eficaces es que la opción, al igual que la promesa, puede inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces o anotarse al margen de la inscripción de dominio, ya que para alzarla el adquirente deberá demandar a su detentador, y en el intertanto no tiene certificado de gravámenes y prohibiciones limpio.

Como ya lo hemos dicho, la falta de reglamentación legal, fuera de los casos excepcionales ya señalados, dejan al contrato de opción como una posibilidad en los contratos que no tienen exigencias de registro, publicidad o incluso solemnidades habilitantes.

Ni pensar en los bienes raíces, donde incluso, según veremos, la ley de arrendamiento con promesa de compraventa, no usó la verdadera naturaleza del contrato que verdaderamente es un contrato de opción, pero en la fórmula de ser voluntario para el comprador realizar la compra, y además otorgar una nueva escritura, la de compraventa con ambas partes.