

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**

CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTO Y CARACTERES PRINCIPALES

SECCIÓN PRIMERA
GENERALIDADES

2. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Variadas son tanto las denominaciones como las definiciones del contrato en estudio.

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

Para la definición nos parece que lo único importante es dejar en claro que por el contrato de promesa se conviene en la celebración de otro contrato en el futuro. Un fallo de los tribunales definió el contrato de promesa en los siguientes términos: “es aquel por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición”.¹

Insistimos desde ya en este concepto: lo que caracteriza a la promesa es que mediante ella las partes quedan obligadas a otorgar en una época posterior un nuevo contrato, que es el realmente buscado por los interesados.

¹ R.D.J., T. 60, sec. 2A, pág. 85. Una definición muy semejante en la misma R.D.J., T. 58, sec. 1ª, pág. 179.

No pudiendo o no queriendo suscribirlo de inmediato, mientras tanto se comprometen a hacerlo.

Las partes que intervienen en el contrato de promesa toman el nombre de promitentes, siendo muy frecuente el uso de la expresión “promitentes”, que los especialistas no consideran del todo correcta², pero el uso es tan poderoso que con toda seguridad se seguirá hablando de “promitentes”, como ocurre con tantas otras denominaciones igualmente inexactas.

Como apellido se utiliza el del contrato definitivo de que se trate, y así se habla (por referirnos al más frecuente e importante de los contratos de promesa, el de compraventa) de “prometientes vendedores” y “prometientes compradores”. Por la promesa, los primeros se obligan a vender y los segundos, a comprar en la época que se señala en el contrato.

3. ORIGEN Y DESARROLLO

El Derecho Romano no conoció la promesa actual, sino únicamente esbozos de ella, en el llamado pacto de *contrahendo o ineundo contractus*.³

Por su parte, el Código francés se refirió únicamente a la promesa de venta en su artículo 1589:

“La promesa de venta equivale a la compraventa cuando existe consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio”.⁴

La disposición desde su dictación originó tan graves discusiones en la doctrina y jurisprudencia que éstas desalentaron a muchos Códigos clásicos de reglamentar el contrato.

Entre los del siglo pasado como dejamos apuntado, el nuestro y los inspirados en él constituyen una excepción en cuanto tratan expresamente el contrato en estudio.⁵

² FUEYO, *Derecho Civil*, Tomo 5º, “Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones”, volumen 2º, “Los contratos preparatorios”.

³ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2, Nº 2061; OSUNA, ob. cit., Nº 209, pág. 174.

⁴ Sobre interpretación de este precepto, véase el Nº 34 de la presente obra.

⁵ FUEYO, ob. cit., T. 1, Nº 43 y sgtes., pág. 77 y sgtes.

Entre los más modernos, el Código suizo dispone en su artículo 22:

“(...) puede establecerse por contrato la obligación de concluir un contrato futuro”.

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

Un fallo de la C.A. de Valdivia de 26 de septiembre de 2008, establece claramente estos conceptos en los siguientes términos:⁶

“El contrato de promesa de celebrar un contrato es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición, y tiene como características: a) ser un acuerdo de voluntades en que nacen para ambas partes obligaciones recíprocas sujetas a las reglas generales contenidas en el Libro Cuarto del Código Civil, “De las obligaciones en general y de los contratos”; b) la celebración del contrato prometido queda aplazada para el futuro y la promesa es sólo su antecedente, por lo que no puede hacerse conjuntamente con el contrato prometido; c) la finalidad de la promesa es celebrar otro contrato; d) el efecto único de la promesa es el derecho de exigir la celebración del contrato prometido y, por ende, sólo da origen a una obligación de hacer, y e) ser siempre solemne y debe constar por escrito (considerando 1º).

“Tanto el contrato de promesa, como el contrato prometido, tienen carácter de principal, cada uno subsiste por sí mismo y no requiere de otra convención, pues no existe dependencia de uno y otro acto jurídico; sin embargo, se diferencian, en primer lugar, en que el contrato de promesa es siempre modal –su exigibilidad depende de un evento futuro–, mientras que el contrato prometido es naturalmente actual y sólo excepcionalmente podrán estipularse modalidades; en segundo lugar, el contrato de promesa debe cumplir, además de los requisitos de todo acto jurídico –del artículo 1445 del Código Civil–, aquellos expresamente indicados en el artículo 1554 del texto aludido, de modo que la omisión de los primeros puede acarrear la nulidad absoluta o relativa del contrato de promesa, pero la de los segundos, tendrá como consecuencia, necesariamente, su nulidad absoluta; en tercer lugar, el contrato de promesa crea exclusivamente una obligación de hacer, mientras que el contrato prometido puede originar una

⁶ Fallo publicado en Legislación on line en www.legalpublishing.cl

obligación de dar, hacer o no hacer, y por último, el contrato de promesa debe ser solemne y escriturado, mientras que el contrato prometido puede ser o no solemne (considerando 2º)".

4. IMPORTANCIA ACTUAL

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

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

1º. La necesidad actual de concretar rápidamente los negocios, unida a la pérdida de confianza en la mera palabra si no pueden contratar de inmediato. En todo caso, los interesados quieren asegurarse de que el contrato se hará; con tal fin se ligan desde ya mediante una promesa, mientras se reúnen los antecedentes o cumplen los trámites necesarios para suscribir el definitivo a lo cual contribuye, por cierto, el interés de los corredores de propiedades deseosos de asegurar el negocio.

2º. La existencia de un obstáculo de mayor o menor entidad que impide a una o a ambas partes el otorgamiento del contrato querido, como ser una prohibición o un embargo que deben alzarse, la obtención de una posesión efectiva, necesidades de financiamiento, etc. Los interesados convienen el otorgamiento del contrato definitivo y se obligan a suscribirlo una vez subsanado el inconveniente que lo hace imposible o inconveniente por el momento.

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

4º. El abuso de la figura para el otorgamiento de promesas en casos en que bien podría celebrarse un contrato definitivo con las modalidades ade-

cuadas a las circunstancias. Así, entre nosotros normalmente se recurre a la promesa si se quiere vender una obra en construcción, cuando bien podría usarse otra fórmula con obligaciones definitivas que hagan innecesaria una convención posterior.

Una podría ser la compraventa de cosa futura, a que se refiere el artículo 1813. Otra sería que el dueño del terreno en que se va a construir, lo enajenara de inmediato al adquirente, con lo cual éste asegura desde ya el dominio, evitándose los múltiples riesgos de la promesa, y esto se acompaña de un contrato de construcción en el cual quedan las obligaciones pendientes de la futura vivienda o local.⁷

Claro está que este sistema no puede operar si existe algún obstáculo legal para la venta, como por ejemplo, cuando se quiere vender un departamento no terminado en un edificio acogido a la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, antes de Venta por Pisos y Departamentos. La compraventa no puede otorgarse mientras la Municipalidad respectiva no declare acogido el edificio a dicha ley especial; sin embargo, este tropiezo también se obvia traspasando al adquirente una cuota en el dominio del inmueble representativa de su futuro derecho en éste, radicándose posteriormente el dominio en el departamento respectivo cuando se obtenga la mencionada autorización.⁸

⁷ Con este sistema solían actuar las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, hoy desaparecidas, a fin de garantizar con hipotecas su crédito, pero hoy no se utilizan mayormente.

⁸ Al autor y al abogado de la Asociación de Ahorro y Préstamos Ahorromet, señor Alfredo Lathrop, les correspondió utilizar este sistema por primera vez en la construcción del Edificio "Oriente" de esta capital. Pueden consultarse los antecedentes en los títulos de dicha propiedad. La verdad es que no obstante la novedad de él, no se produjeron mayores inconvenientes. Después algunos bancos intentaron utilizar un sistema de promesas e hipotecas del dueño, sin mayor difusión.

Pero la Ley Nº 19.537 de 16 de diciembre de 1997 sobre "Copropiedad Inmobiliaria" en el inciso 3º del artículo 16, solucionó el problema al disponer: "Se podrá constituir hipoteca sobre una unidad de un condominio en etapa de proyecto o en construcción, para lo cual se archivará provisionalmente un plano en el Conservador de Bienes Raíces, en el que estén singularizadas las respectivas unidades, de acuerdo con el permiso de construcción otorgado por la Dirección de Obras Municipales. Esta hipoteca gravará la cuota que corresponda a dicha unidad en el terreno desde la fecha de la inscripción de la hipoteca y se radicará exclusivamente en dicha unidad y en los derechos que le correspondan a ésta en los bienes de dominio común, sin necesidad de nueva escritura ni inscripción, desde la fecha del certificado a que se refiere el inciso segundo del artículo 10, procediéndose al archivo definitivo del plano señalado en el artículo 11".

5°. El deseo del vendedor de reservarse el dominio hasta el íntegro pago del precio lo mueve a exigir una promesa en vez de la venta definitiva, en vista de la contradicción existente en nuestra legislación respecto a la posibilidad de otorgar contrato definitivo con tal reserva.⁹

En la práctica, esto ha trasladado el riesgo al comprador, ya que el vendedor retiene el dominio, y además, la plena disposición de lo prometido.

5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE PROMESA EN CHILE

Se pueden distinguir en la evolución de la aplicación práctica del contrato de promesa cuatro etapas muy definidas:

A. La promesa, por la misma forma en que está concebida, ha jugado un papel importantísimo entre nosotros para encarar, especialmente en materia de bienes raíces, aquellas situaciones en que por diferentes motivos es imposible concretar de inmediato el contrato definitivo.

B. Cuando el Derecho Civil Chileno fue modelado por los grandes maestros (Claro Solar, Somarriva y Alessandri), la promesa adquirió por muchos años sus características que en este libro se analizan, de considerarla un contrato peligroso en la práctica, lo que se agravó especialmente cuando la inflación adquirió en el país volúmenes que, como es obvio, repercutían en las condiciones de la promesa, cuando llegaba el momento de otorgar el contrato definitivo.

Allí se hizo gran uso y abuso de las teorías sobre el presunto carácter restrictivo de la promesa que se comenta más adelante y que ya hemos advertido.

C. Ahora ha sido superada esa dificultad por la literatura y jurisprudencia posterior a la obra de don Arturo Alessandri Rodríguez, tan destacada por varios conceptos, pero restrictiva en materia de promesas. Contribuyó a ello, además, la expansión de los contratos no definitivos a raíz de la política habitacional, a través de organismos de fomento del Estado, como la Corvi

⁹ Véase Antonio VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*, basado en las explicaciones de los profesores Arturo ALESSANDRI y Manuel SOMARRIVA, T. II, *De los Bienes*, N° 483, pág. 328.

(Corporación de la Vivienda), con un gran impulso, y también de leyes de fomento de la construcción, como fueron la Ley N° 9.135 del año 1948, llamada "Ley Pereira", reemplazada por el D.F.L. N° 2 del año 1952 (N° 211), y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos, hoy desaparecidas.

D. La labor de esos organismos fue sustituida en forma acelerada, especialmente de estas últimas por su desplazamiento hacia los bancos, y otras entidades privadas, que incluso han adquirido una intervención mucho mayor en las compraventas de bienes raíces a través de distintos sistemas; al mismo tiempo, se privatizó totalmente el corretaje de propiedades, y quienes ejercen esta profesión han intensificado el uso de documentos distintos que se suelen firmar, incluso como previos a la promesa, ya sea una oferta y su aceptación (N° 172), un cierre de negocios (N° 179), todo ello sin perjuicio de posteriormente, abrochado el negocio y comisión del Corredor de Propiedades del mismo, otorgarse la promesa respectiva.

Igualmente, se ha introducido lentamente el contrato de opción, pero sin tener la suficiente difusión, por las razones que vemos en este texto desde su primera edición, y que trataremos de ampliar con el desarrollo completo de este contrato y de sus profundas diferencias con la promesa (N° 124 y sgtes.).

Ello significa un crecimiento de esta obra, que se refleja en la presente parte y en las siguientes, absolutamente novedosas, y en un nuevo Apéndice al final de ella.

6. EL CONTRATO DE PROMESA Y OTRAS INSTITUCIONES

Para mejor caracterizar el contrato en estudio conviene destacar sus semejanzas y diferencias con otras instituciones, a algunas de las cuales deberemos referirnos más adelante, pues suponen el estudio de ciertos aspectos del contrato de promesa.

Dicho a modo de enunciación, son ellas:

A. La principal de estas figuras es la opción, a la que destinaremos la segunda parte de esta obra y que en muchos lugares del mundo ha desplazado al contrato de promesa, pero como veremos en la parte correspondiente

de este libro, entre nosotros está seriamente limitado por la redacción y las interpretaciones imperantes del artículo 1554 del Código;

- B. La promesa del hecho ajeno y la estipulación a favor de otro;
- C. La oferta, a veces irrevocable y otras no, seguida de la aceptación;
- D. Otras obligaciones de contratar;
- E. Contratos definitivos con obligaciones pendientes o sujetos a determinadas modalidades;
- F. Las arras;
- G. El cierre de negocios;
- H. La retroventa, y
- I. El derecho de preferencia o prelación.

Algunas de estas constituyen efectivamente contratos previos, en el sentido de que van a requerir otro acuerdo de las partes para su ejecución o cumplimiento, o cumplimientos de determinadas obligaciones, sin que sean necesarios otros actos jurídicos para su perfeccionamiento.

Estos últimos los veremos, como advertimos, en la parte tercera de la presente obra, y los restantes serán objeto de una referencia, distinguiéndolos así del contrato de promesa.

7 A. CONTRATO DE OPCIÓN. REFERENCIA

Como ya advertimos, volveremos sobre él en la parte segunda de esta obra, pues su desarrollo ha estado limitado por las discusiones sobre la promesa, salvo en el Derecho de Minería, en que tiene gran aplicación, y con reglamentación especial legislativa.

En todo caso, su mayor semejanza es con la promesa unilateral, donde también tendremos que referirnos a este contrato tan útil en otros países (Nº 35 y Parte Segunda Nºs. 124 sgtes.).

Dentro de dicha parte segunda se verá también el derecho de preferencia o prelación, que es en cierta forma una opción, aunque no se otorgue bajo la forma del contrato de opción.

8 B. LA PROMESA DE HECHO AJENO Y LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE OTRO

Al primero se refiere al artículo 1450 en los siguientes términos:

"Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse una cosa, esta persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Se asemejan ambas instituciones en que las dos imponen una obligación de hacer; tanto que, como puede apreciarse, el artículo 1450 transcrito termina refiriéndose al que "hizo la promesa".

Pero son muy diferentes las obligaciones que originan estas estipulaciones; en el de promesa, es otorgar el contrato prometido, y en la promesa de hecho ajeno, el deudor se compromete a obtener que un tercero dé una cosa, ejecute algo o se abstenga de hacerlo. Un ejemplo aclarará la idea: si me comprometo a venderle mi casa a otro en una época determinada, se trata de una promesa de compraventa, y estoy obligado en esa fecha a otorgar el contrato de compraventa. Pero si a la misma persona le prometo que un tercero le venderá su casa en igual fecha, hay promesa de hecho ajeno y mi obligación es la de obtener la ratificación del tercero bajo pena de indemnizar los perjuicios.

La diferencia es de capital importancia, porque si no cumplo con el contrato de promesa, se me puede exigir incluso forzosamente el otorgamiento del contrato definitivo, en el ejemplo, de la compraventa prometida. En el otro caso, si el tercero no ratifica, nada se le puede exigir, ya que éste ha sido ajeno a la convención, y el acreedor sólo tiene acción en mi contra por mi incumplimiento de no obtener su ratificación, y estaré obligado a indemnizarle los perjuicios ocasionados. Así se ha resuelto.¹⁰

¹⁰ R.D.J., T. 54, sec. 1ª, pág. 36.

Además, el contrato de promesa es siempre solemne y muy estricto en sus requisitos, lo que no ocurre con la promesa de hecho ajeno, que es consensual y no tiene exigencias especiales.

En la estipulación a favor de otro también se conviene entre dos partes en relación con la intervención de un tercero, pero que en este caso no adquiere una obligación, sino un derecho.

Dice el artículo 1449 del Código Civil:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

La verdad es que como lo decimos en otra parte¹¹, su mayor semejanza está con la gestión de negocios, hasta el punto que hay casos en que es difícil distinguirla.

Pero la diferencia con la promesa es que de ésta nace siempre una obligación de hacer: otorgar el contrato prometido, pero en la estipulación a favor de otro sólo el tercero puede exigir el cumplimiento, esto es, la prestación estipulada a su favor, sea de dar, hacer o no hacer, mientras que en la promesa cualquiera de los contratantes puede exigir el contrato prometido o reclamar su incumplimiento.

Sin embargo, ello no obsta, fuera de los casos reglamentados, como el de seguro de vida, contrato de transporte de una especie a favor de un tercero, a que, producida la aceptación, el contrato queda plenamente eficaz y desaparece el estipulante, pudiendo reclamar el cumplimiento el beneficiario.

SECCIÓN SEGUNDA
CARACTERES DEL CONTRATO DE PROMESA

14. ENUNCIACIÓN

Una sentencia de la C.A. de Valdivia de 15 de abril de 2008,¹³ señaló los siguientes caracteres del contrato de promesa:

“El contrato de promesa tiene como características: a) que es un acuerdo de voluntades en que nacen para ambas partes obligaciones recíprocas, sujetas a las normas del Libro Cuarto del Código Civil, b) que la celebración del contrato prometido queda aplazada para el futuro y el contrato de promesa es sólo su antecedente, por lo que no puede existir juntamente con el contrato prometido, c) que la finalidad o destino de la promesa es celebrar otro contrato, d) que el efecto único de la promesa es el derecho de exigir la celebración del contrato prometido, es decir, sólo da origen a una obligación de hacer, y e) que el contrato de promesa es siempre solemne, debiendo constar por escrito (considerando 3º)”.

Por nuestra parte nos interesa destacar los siguientes caracteres del contrato de promesa:

- A. Es un contrato;
- B. Es principal;
- C. Es preparatorio;
- D. Es de aplicación general;
- E. Es solemne;
- F. Por regla general, es bilateral y oneroso, y
- G. Es nominado.

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

¹³ Publicada en Legislación on line en www.legalpublishing.cl

15 A. LA PROMESA COMO CONTRATO

Decir que el contrato de promesa de otorgar un contrato tiene esta calidad, puede parecer una perogrullada, pero es, sin embargo, un punto que conviene destacar por una doble razón:

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

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

Pero en nuestro país, tanto la jurisprudencia¹⁴ como la doctrina¹⁵ son contestes en que, no obstante lo señalado, la promesa es un contrato, porque supone un acuerdo de voluntades, y este acuerdo genera la obligación de celebrar el contrato futuro.

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

16 B. CARÁCTER PRINCIPAL

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención, y en tal sentido la promesa lo es, porque produce sus efectos, aunque no haya otro contrato, ni siquiera el definitivo.

¹⁴ No sólo porque normalmente habla del contrato de promesa, sino porque lo ha calificado expresamente de tal y señalado específicamente la necesidad de acuerdo de las partes que es fuente de obligaciones: otorgar el contrato prometido. Por vía ejemplar, R.D.J., Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689 y 54, sec. 1ª, pág. 153.

¹⁵ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2, N° 2074, pág. 1195 y comentario a la primera de las sentencias citadas en la nota anterior; FUEYO, ob. cit., N° 44 A, pág. 83; MEZA, ob. cit., N° 86, pág. 68; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1201, pág. 702; Raúl DÍAZ DUARTE, *El Contrato de Promesa*, 2ª edición, Editorial Jurídica de ConoSur, Santiago 1993, págs. 85 y sgtes.

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

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

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

Tanto los autores¹⁶ como la jurisprudencia¹⁷ reconocen en forma casi uniforme esta distinción, sin perjuicio de que para problemas específicos la hayan desconocido; según lo iremos viendo más adelante.

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

¹⁶ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2°, N° 2075, pág. 1196; MEZA, ob. cit., N° 87, pág. 69; FUEYO, ob. cit., N° 44 CH., pág. 89; GURRUCHAGA, M. de P. citada, pág. 58; SOMARRIVA, "Las Obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia", Santiago 1939, Nascimento, N° 213, pág. 158.

¹⁷ G.T. de 1893, T. 3°, N° 4288, pág. 461. R.D.J., Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689 (con nota de Arturo ALESSANDRI Rodríguez), 44, sec. 1ª, pág. 591, 54, sec. 1ª, pág. 153, etc. Fallos publicados en la R.D.J., Ts. 58, sec. 1ª, pág. 179 y 64, sec. 1ª, pág. 255 destacan que la promesa y el contrato definitivo no coexisten, pues éste es futuro respecto de aquélla.

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

La separación de ambos contratos, la promesa y el definitivo prometido, permite explicar numerosos efectos de la promesa que iremos viendo más adelante, como por ejemplo, que el contrato de promesa no produce efectos reales ni tampoco —salvo estipulación expresa en contrario— los efectos propios del contrato definitivo, ni requiere sus formalidades, etcétera.

Aplicando estos principios se ha resuelto que si el contrato definitivo otorgado es nulo, no puede asignársele valor de promesa¹⁸. Se trataba de actas de remates reducidas a escrituras públicas, pero no autorizadas por el Notario respectivo, y a las que se pretendía dar el valor de promesas, ya que cumplían los requisitos de ésta. Ni qué decir que estamos con esta solución, pues un contrato de compraventa imperfecto no se asimila a la promesa ni en el consentimiento de las partes ni en el objeto ni en la causa.

Por igual motivo se ha resuelto que un posible vicio de nulidad en la promesa no invalida el contrato definitivo ya otorgado, si éste resulta válido.¹⁹

17 C. CARÁCTER PREPARATORIO

La teoría de los contratos preparatorios es de origen meramente doctrinario. En términos muy generales, se llama así a los que tienen por objeto la celebración de otro contrato en el futuro. Quien inicialmente entre nosotros más se ha preocupado del tema es Fernando Fueyo.²⁰

La promesa es contrato preparatorio, ya que indudablemente tiene por objeto y finalidad esencial la celebración del contrato querido por las par-

¹⁸ G.T. de 1875, N° 1826, pág. 820, de 1888, T. 1°, N° 1306, pág. 1065; de 1895, T. 3°, N° 4.214, pág. 683. En contra, G.T., de 1864, N° 1685, pág. 607.

¹⁹ R.D.J., T. 33, sec. 1ª, pág. 165, comentado por SOMARRIVA, ob. cit., N° 213, pág. 158.

²⁰ Ob. cit., T. 1°, pág. 13 y sgtes., con una extensa bibliografía sobre el tema.

tes, y que a la sazón no pueden o no desean aún otorgar. Si bien las partes pueden conferirle otros efectos, es éste el que no debe fallar en la promesa y así lo ha reconocido la jurisprudencia.²¹

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

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

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

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

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

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

B. En un sentido mucho más propio, el contrato preparatorio es aquel que lleva al otorgamiento, generalmente entre las mismas partes, de un contrato

²¹ Clara y directamente, R.D.J., T. 48, sec. 1ª, pág. 11, pero en general, los fallos de nuestros tribunales discurren en torno a esta idea.

en estudio entre ellas. Es éste el que realmente les interesa, y el contrato preliminar solamente un medio para llegar a él.

En todo caso, lo que resulta indudable es que la promesa es típicamente preparatoria: todo otro efecto que se la haga producir es meramente accidental²², sino es el único preliminar, el más importante y de aplicación práctica.

C. Aunque respecto de cada figura hay discusión teórica, se citan como preparatorios principalmente los siguientes contratos:

- C1. La venta a prueba;
- C2. El pacto de retroventa;
- C3. La opción;
- C4. La preferencia;
- C5. Suscripción de acciones;
- C6. El corretaje o mediación;
- C7. La apertura de crédito;
- C8. La cláusula compromisoria, y
- C9. La tarjeta de crédito.

Los pasamos a examinar en los párrafos siguientes.

27 D. APLICACIÓN GENERAL

Como lo hemos anunciado, a diferencia del francés, nuestro Código no refirió únicamente la promesa a la compraventa, sino que habló en general, sin hacer distinción alguna de “la promesa de celebrar un contrato”. Pero aun en la misma Francia se ha reconocido que la promesa es de aplicación general, en virtud del principio de la libertad contractual,

Dado el texto legal amplio nuestro, no hay duda alguna ni se discute que por medio de la promesa puede convenirse la celebración de cualquier tipo de contratos definitivos, ya sean unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos, principales o accesorios, de compraventa, sociedad, arrendamiento, mutuo, prenda, etc. No hay otro límite que cumplir el requisito del N° 2° del artículo 1554, esto es, que el contrato prometido sea de aquellos que las leyes reconocen como eficaces.

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

1°. Situaciones dudosas;

2°. Si es válida la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral;

3°. Carácter de derecho estricto del contrato, en función de exigencias drásticas para su validez;

4°. Si es posible la promesa de un contrato consensual, y

5°. Si es posible otorgar otros contratos que contengan obligaciones de contratar o el artículo 1554 los engloba a todos ellos.

Analizaremos en los números siguientes los puntos 1, 4 y 5. El N° 2 lo estudiaremos a propósito de esta característica de bilateral de la promesa (N° 32), y el supuesto carácter de derecho estricto, al hablar de los requisitos del contrato (N° 38).

28 D1. SITUACIONES DUDOSAS DE CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO COMO PROMESA

Hemos visto ya varios casos en que resulta muy dudoso determinar si se trata de un contrato de promesa o de distinta naturaleza jurídica, al compararlo con otras instituciones claramente diferentes (Nº 6 y siguientes), y al comentar el carácter principal del contrato de promesa (Nº 16), donde citamos la jurisprudencia que determinó que no vale como promesa el contrato definitivo nulo, y finalmente, al comparar en el Nº 25 C8, la promesa con otros contratos considerados preparatorios, como la cláusula compromisoria.

Para completar este examen de situaciones controvertidas, examinaremos otros casos que han preocupado a nuestros tribunales:

Un fallo³⁵ resolvió que era contrato definitivo y no promesa un contrato referente a la fijación de la línea divisoria entre los predios de las partes y las compensaciones que ellas pudieran adeudarse por este concepto, aun cuando se comprometieran a dejar constancia de los nuevos deslindes fijados en otro instrumento. El caso es interesante, porque incide justamente en lo dicho en el Nº 10 D, esto es, que en el contrato definitivo pueden quedar pendientes operaciones u obligaciones que requieran la concurrencia de las partes, sin que por ello exista promesa.

Se ha resuelto que es promesa el contrato por el cual dos personas convienen en subastar una propiedad, haciendo las posturas para ambas, para después del remate el que resultare adquiriéndola traspasare a la otra una parte del terreno; el subastador quedó obligado a traspasar esa porción.³⁶

La Corte Suprema declaró que: fue promesa el convenio suscrito por el Fisco con la South American Power Co., en virtud de la Ley Nº 8.132.³⁷

Se ha declarado que es promesa la estipulación en una sociedad que permite al socio sobreviviente adquirir los haberes del fallecido, quedando los herederos de éste obligados a suscribir las escrituras respectivas.³⁸

³⁵ R.D.J., T. 9, sec. 1., pág. 90.

³⁶ G.T. 1865, Nº 964, pág. 397.

³⁷ R.D.J., T. 48, sec. 1ª, pág. 314.

³⁸ R.D.J., T. 59, sec. 1ª, pág. 326.

No son promesas: la prórroga facultativa para una de las partes de un contrato de suministro de electricidad³⁹; el encargo efectuado al albacea de vender una propiedad⁴⁰; la declaración escrita de una persona de haber vendido a otra una propiedad, faltando solamente el otorgamiento de la escritura de venta, porque no contiene la obligación de suscribir esta última⁴¹; por la misma razón, tampoco lo es el borrador de la escritura de compraventa entregado al Notario⁴².

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

Finalmente, se ha resuelto que procede el recurso de casación en el fondo si se declara la existencia de una promesa que legalmente no ha existido⁴³. La solución es obviamente correcta, pues se trata de un problema de calificación del contrato.

29 D2. PROMESA DE UN CONTRATO CONSENSUAL

Nadie ha puesto en duda nunca que mediante la promesa, las partes pueden comprometerse a otorgar un contrato real o uno solemne, porque el Nº 4º del artículo 1554 se refiere expresamente a ellos (Nº 82 B).

En efecto, cuando el precepto habla de que falte la "tradición" (y debió decir "entrega"), es un contrato real el prometido, y si se requieren solemnidades para la perfección del contrato definitivo, es porque éste es solemne.

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

³⁹ R.D.J., T. 19, sec. 1ª, págs. 1 y 5.

⁴⁰ G.T., de 1907, T. 1º Nº 581, pág. 981.

⁴¹ G.T., de 1868 Nº 935, pág. 398.

⁴² G.T., de 1872 Nº 2362, pág. 1041.

⁴³ R.D.J., T. 8, sec. 1ª, pág. 33.

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

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

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

Con la mayoría de los autores y jurisprudencia⁴⁴, estimamos perfectamente factible la promesa de contrato consensual, porque si bien ella supone un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato prometido, no es preciso de momento determinarlos integralmente y, además, existen otros que las partes pueden diferir para más adelante (N° 82 B y siguientes); en seguida, en virtud de la generalidad del artículo 1554 y de la libertad contractual, no hay inconveniente para que las partes convengan postergar el contrato definitivo cuya celebración actual no es posible, porque hay inconvenientes legales o es necesario cumplir ciertos trámites previos.

Por último, el contrato definitivo quedará perfecto cuando las partes así lo acuerden, sin necesidad de cumplir otro requisito, y de ahí que el N° 4° del artículo 1554 no se refiera a los contratos consensuales. Otro problema

⁴⁴ R.D.J., Ts. 18, sec. 1ª, págs. 156 y 60, sec. 2ª, págs. 85. MEZA BARROS, ob. cit., N° 97, págs. 77, letra d), cree que sólo es posible la promesa unilateral de un contrato bilateral consensual.

muy diferente es el de la prueba de que se produjo tal acuerdo, y el cumplimiento de las obligaciones del contrato definitivo acredita únicamente que él se otorgó; esto es, que se cumplió la promesa.

30 D3. POSIBILIDAD DE OTORGAR OTROS CONTRATOS QUE CONTENGAN PROMESA DE CONTRATAR

Hemos ya destacado que el artículo 1554 no habló del contrato de promesa de celebrar un contrato, sino meramente de la promesa de celebrar un contrato, a fin de sujetarla a una serie de exigencias para que pueda generar la obligación de otorgar el contrato prometido.

La conclusión que se extrae habitualmente de esta redacción del precepto es que toda convención que no esté legislada especialmente en otro texto legal y que establezca la obligación de otorgar un contrato en el futuro, debe sujetarse a los requisitos del precepto citado, bajo pena de nulidad.⁴⁵

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

Fernando Fueyo⁴⁶ reacciona enérgicamente contra esta interpretación que califica de dogmática y exegética, y altamente inconveniente en la práctica de los negocios, porque obliga a las partes a precipitar un contrato completo como la promesa, cuando aún no están en situación de otorgarlo.

Compartimos plenamente la crítica del señor Fueyo, pero no puede negarse que ella deriva de una mala concepción del contrato por parte del legislador, que, como otros problemas que plantea el artículo 1554, no puede obviarse sino mediante la reforma legal de éste; nada se gana sosteniendo la validez de los compromisos que no cumplan los requisitos del precepto,

⁴⁵ R.D.J., T. 60, sec. 2ª, págs. 85: "El artículo 1554 reglamenta toda promesa".

⁴⁶ Ob. cit. N° 176, págs. 26, 2º Tomo.

porque los profesionales e interesados desconfiarán con toda justicia de su eficacia ante la estrictez jurisprudencial.

Desde otro punto de vista, Osuna⁴⁷ también critica la solución legislativa tan estricta, e insinúa lo que nos parece evidente: mientras no se corrija el precepto, la solución para sancionar a los contratantes inescrupulosos que se asilan en la estrictez del artículo 1554 se encuentra en la extensión de la responsabilidad extracontractual a estas situaciones.⁴⁸

31 E. CARÁCTER SOLEMNE. REFERENCIA

El contrato de promesa es solemne, pues el N° 1 del artículo 1554 exige que se otorgue por escrito; al estudiar este requisito insistiremos en el punto (N° 40 y sgtes.).

32 F. CARÁCTER POR REGLA GENERAL BILATERAL Y ONEROSO. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

En principio, el contrato de promesa es bilateral y oneroso, y así, en el caso más frecuente en la práctica de la promesa de compraventa, ambas partes se obligan la una en beneficio de la otra: el vendedor a vender y el comprador a comprar. La obligación para ambas partes es análoga: otorgar el contrato prometido.

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

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

⁴⁷ Ob. cit., N° 271 y sgtes., págs. 221 y sgtes.

⁴⁸ *Las Obligaciones*, ob. cit., T. 2, N° 931, pág. 912.

33 F 1°. PROMESA UNILATERAL DE UN CONTRATO UNILATERAL

Hemos destacado la generalidad del contrato de promesa, por la cual no hay duda alguna que es posible otorgarla respecto de aquellos contratos que al celebrarse serán unilaterales, y así pueden darse promesas de mutuo, de depósito, comodato, donación, prenda, etc.⁴⁹

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

Se acepta la plena validez de esta promesa unilateral, puesto que se cumple con el requisito del N° 4° del artículo 1554, porque el contrato queda especificado de manera que para ser perfecto falta solamente la entrega de la cosa.⁵⁰

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

⁴⁹ Por vía de ejemplo, R.D.J., Ts. 18, sec. 1ª, pág. 156 y 60, sec. 2ª, pág. 85.

⁵⁰ OSUNA, ob. cit., N° 258, pág. 209; ALESSANDRI, ob. cit., T. 2°, N° 2113; FUEYO, ob. cit., N° 47, pág. 98; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1210, pág. 713, etc.

entrega. Concluye este autor que, salvo casos muy excepcionales, no hay promesa bilateral de un contrato unilateral.⁵¹

Don Leopoldo Urrutia discrepa de esta interpretación, porque en su concepto puede haber promesa bilateral de un contrato unilateral, si en el ejemplo el prometiende comodatario queda obligado a otorgar el contrato prometido, esto es, a aceptar el comodato.⁵²

El señor Osuna replica que no es posible que el comodatario se obligue a aceptar el comodato, esto es, a recibir la cosa, porque siendo gratuito el comodato y en mero beneficio suyo, el prometiende comodante no tendría interés alguno en exigir el cumplimiento de tal obligación. De esto concluye que no habría esa obligación, aplicando la misma solución a todos los contratos unilaterales, salvo situaciones muy excepcionales.

Estamos con la tesis del Sr. Urrutia, porque a veces el prometiende comodante puede tener interés en exigir el contrato definitivo, así, por ejemplo, es posible que desee ausentarse del país, y si bien facilita la cosa, al mismo tiempo obtiene que se la cuiden; en el mutuo con intereses, el mutuante puede desear que se le reciba su préstamo, a fin de obtener los frutos de su capital, etcétera.

Ahora bien, si realmente no tiene interés en el contrato definitivo, de seguro no exigirá la promesa, pero ello no significa que la contraparte haya quedado meramente en facultad y no obligada a otorgar el contrato.

Muchas veces en la propia promesa bilateral de un contrato también bilateral, una de las partes no tendrá interés en exigirlo; por ejemplo, el vendedor en la promesa de compraventa, si puede obtener un mejor precio de otro comprador, pero ello no implica que éste haya quedado únicamente facultado para exigir.

En cambio, lo que caracteriza al contrato unilateral de promesa es que una de las partes queda obligada y la otra en facultad para otorgar el contrato; ésta

⁵¹ OSUNA, ob. cit., N° 261, pág. 212.

⁵² Leopoldo URRUTIA ANGUITA, en un artículo publicado en la R.D.J., T. 16, 1ª parte, pág. 5, se refiere a este tema bajo el título "Promesa unilateral de venta o de compra", denominándolo "pacto ad referendum".

puede exigir; aquélla no puede hacerlo ni tampoco debe cumplir mientras no se decida el no obligado; cuando éste se decide, está forzado a hacerlo. La figura es perfectamente válida si el contrato definitivo es unilateral, porque el contrato queda especificado, y basta la entrega de la cosa para que sea perfecto, si el contrato prometido es real, y la solemnidad respectiva, si es solemne, como ocurre por lo general en la donación.

Pero también puede ser bilateral la promesa si la contraparte está en obligación y no en mera facultad y buena prueba es que quien cumple una promesa, paga. Pues bien, si el prometiende que debe entregar una cosa para perfeccionar el contrato está obligado a hacerlo sin esperar el pronunciamiento de la contraparte, puede pagar por consignación, con lo que perfecciona el contrato real, y la consignación supone necesariamente que el acreedor está obligado a recibir.

34 F 2°. PROMESA UNILATERAL DE UN CONTRATO BILATERAL

Si se acepta unánimemente la validez de la promesa unilateral del contrato unilateral, en cambio, en nuestro país se discute arduamente si es posible que se convenga una promesa unilateral de un contrato definitivo bilateral, esto es, que sólo uno de los contratantes quede obligado a otorgar el contrato definitivo, mientras el otro está facultado para exigir el otorgamiento, pero no obligado a celebrarlo. Por ejemplo, A promete vender a B en tal precio que se señala una propiedad raíz; B acepta la promesa porque en caso contrario no habría contrato, pero a su turno no se obliga a comprarla, sino que se reserva la facultad de hacerlo si lo estima conveniente dentro de los 3 meses siguientes a la promesa.

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

En Francia, ya desde Pothier se hablaba de este tipo de promesas. Como dijimos en el N° 3, el Code se refiere exclusivamente a esta promesa, que Mazeaud define en los siguientes términos: "La promesa unilateral de venta es una convención por la cual el prometiende consiente al beneficiario la facultad de comprar un bien en un precio cierto".⁵³

Hay quienes sostienen que la promesa unilateral es el único camino de antecontrato, puesto que la bilateral equivale al contrato prometido. Otros en cambio, como Planiol y Ripert⁵⁴, Colin et Capitant⁵⁵ y Mazeaud⁵⁶, creen que excepcionalmente hay promesa bilateral cuando el contrato prometido es solemne.

El Código italiano la acepta limitadamente:

"La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por las leyes".

Aclaremos, además, que se habla de promesa unilateral cuando una sola de las partes se obliga al contrato prometido y la otra no; no deja de ser unilateral la promesa si esta última adquiere una obligación de otro tipo, como sería de pagar premio.

Messineo⁵⁷, seguido entre nosotros por Fueyo⁵⁸, cree que la figura es bilateral, sólo que unilateralmente vinculante, porque al mismo tiempo que se obliga el prometiende, se establece desde ya la prestación recíproca que tendrá la otra parte si acepta el contrato. Pero ello importa desconocer el mecanismo de doble contrato en la promesa; por ésta sólo se obliga el prometiende, y cuando el beneficiario hace efectiva su facultad, se obliga por el contrato definitivo, no por la promesa.

Respecto de la validez de este contrato entre nosotros, la polémica se ha provocado por el texto del artículo 1554 de redacción tan estricta, unida a la

⁵³ Ob. cit., parte 3ª, T. 3º, N° 788, pág. 59.

⁵⁴ "Traité Pratique de Droit Civil Français", T. 6º, N° 144.

⁵⁵ "Cours Elementaire de Droit Civil Français", T. 2º, pág. 426.

⁵⁶ Ob. cit., Parte 3ª, T. 3º, N° 784 y sgtes.; pág. 56 y sgtes.

⁵⁷ Ob. cit., Parte 3ª, T. 3º, N° 785 y sgtes.; págs. 56 y sgtes.

⁵⁸ Ob. cit. N° 51, f. pág. 108.

interpretación puntillosa del mismo. Para una parte de la doctrina, representada principalmente por don Arturo Alessandri Rodríguez⁵⁹, y predominante hasta hace muy poco en la jurisprudencia⁶⁰, el contrato que comentamos es nulo por infracción a los requisitos del precepto citado. En cambio, para el grueso de los comentaristas: Claro Solar⁶¹, Leopoldo Urrutia⁶², Fueyo⁶³, y algunos fallos, más modernos⁶⁴, la promesa unilateral es perfectamente válida y eficaz.

Adelantamos que compartimos esta opinión porque la contraria sólo se funda en una exégesis estrecha del artículo 1554, en boga cuando el contrato estaba muy poco estudiado, pero, a nuestro juicio, insostenible hoy en día (N° 38); pero la verdad es que la sola existencia de la discusión ha arruinado el desarrollo de este contrato, de enorme proyección e importancia práctica, porque ni los interesados ni los profesionales pueden arriesgarse a un contrato de dudosa posibilidad en juicio.

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

1º. La promesa unilateral de contrato bilateral no cumpliría con los requisitos del artículo 1554, especialmente los de los N°s. 2º y 4º. Lo primero, porque el contrato prometido sería ineficaz, ya que habría nulidad en una compraventa en que únicamente el vendedor vendiera, pero el comprador no comprara. Siendo ineficaz el contrato prometido, de acuerdo al N° 2º del artículo 1554, lo es la promesa.

Y no cumpliría el del N° 4º del mismo precepto, porque el contrato no estaría especificado, de modo que sólo faltara para que fuere perfecto la

⁵⁹ Ob. cit., T. 2º, N° 2113, págs. 1244 y sgtes.

⁶⁰ Véase *Repertorio*, 2ª edición, T. 4º, pag. 228, N° 24, I.

⁶¹ Ob. cit., T. 11, N° 1211, pág. 714.

⁶² Artículo citado de la R.D.J., T. 16, 1ª parte, pág. 25.

⁶³ Ob. cit. N° 51 pág. 104, donde cita además múltiples opiniones en el mismo sentido, y artículo publicado en la R.D.J., T. 59, 1ª parte, pág. 149.

⁶⁴ Véase *Repertorio*, T. 4º, 2ª edición, pág. 230 N° 24 II. De estos fallos se destaca por su construcción doctrinaria el de la Excma. Corte Suprema de 5 de septiembre de 1962, publicado en la R.D.J., T. 59, sec. 1ª, pág. 326, y con el comentario del señor FUEYO citado en la nota anterior. En el mismo sentido, pero sin afirmarla categóricamente se pronuncia Raúl Díaz DUARTE, *El contrato de promesa*, ob. cit., N° 96, pág. 144.

solemnidad legal; le faltaría, además, el consentimiento del beneficiario de la promesa.

Se ha dicho que la promesa unilateral de contrato bilateral también infringiría el N° 3° del artículo 1554⁶⁵, porque la promesa no fija la época de la celebración de éste, sino para que el prometiende comprador manifieste si compra o no. Otro fallo rechazó esta tesis⁶⁶. En realidad, en el caso propuesto lo que estaba en juego era otro problema: si son válidas o no las modalidades indeterminadas (N° 77 D). En efecto, si se dice únicamente que el contrato definitivo se otorgará tan pronto el prometiende declare si lo otorga o no, hay incertidumbre respecto a la época en que ello ocurra. Pero, en todo caso, el inconveniente se obvia fijando una modalidad determinada para el pronunciamiento, y en ese momento el contrato se hace exigible.

2°. Porque en la promesa unilateral queda a la sola voluntad del que se reserva su pronunciamiento el perfeccionamiento del contrato; en consecuencia, se trataría de una condición meramente potestativa dependiente de la sola voluntad de quien se obliga, y como tal nula, de acuerdo al artículo 1478⁶⁷.

De estos argumentos, la mayoría son de fácil contradicción; desde luego el último es un craso error. Si la condición fuere meramente potestativa, y bien puede no serlo si depende también de otras circunstancias además de la voluntad del otro prometiende, en todo caso no dependería del deudor condicional, sino del acreedor condicional, o sea, de quien puede reclamar el cumplimiento de la promesa a su sola voluntad. Por la sola promesa, el beneficiario no pasa a ser deudor; sus obligaciones nacen con el contrato definitivo.

En seguida, el requisito del N° 2° del artículo 1554 tiene otra inteligencia, como se verá más adelante (N° 42 B). No es necesario para la validez de la promesa que ésta cumpla todos los requisitos del contrato definitivo, porque en tal caso se confundiría con éste. Entendida en la forma señalada, dicha

⁶⁵ R.D.J., T. 7, sec. 1ª, pág. 222.

⁶⁶ G.T. de 1913, 2° Sem., N° 1076, pág. 3313.

⁶⁷ Véase *Las Obligaciones*, T. I, N° 489, pág. 488.

exigencia hace imposible no sólo la promesa unilateral, sino que la mayoría de las bilaterales, que justamente se otorgan por existir en ese momento algún obstáculo para el contrato definitivo. Es evidente que sería nula una compraventa en que el vendedor vende, pero el comprador no compra, pero ello no va a ocurrir: cuando el beneficiario se pronuncie se otorgará voluntaria o forzosamente una compraventa perfecta.

La controversia se centra, pues, fundamentalmente, en el alcance del N° 4° del artículo 1554, y la opinión negativa se basa en una interpretación equivocada del mismo; este requisito importa que el contrato definitivo quede especificado en sus elementos esenciales, y esto tiene que cumplirlo tanto la promesa uni como bilateral (N° 80), pero no es fuerza que ésta, según decíamos, contenga desde ya todos los elementos del contrato definitivo, pues pasaría a confundirse con éste; en el caso de la promesa unilateral, el consentimiento para comprar deberá darlo el beneficiario para que haya compraventa, pero al otorgar ésta y no la promesa.

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

Pareciere que la tesis restrictiva piensa más bien en la circunstancia de que el contrato no puede ser forzado por el prometiende sino únicamente por el beneficiario, mientras que en la promesa bilateral el contrato puede perfeccionarse judicialmente ante la exigencia de cualquiera de las partes. Sin embargo, veremos más adelante que en muchos casos de promesa bilateral tampoco puede exigirse judicialmente el otorgamiento del contrato definitivo porque se ha hecho imposible, y no por ello queda afectada la validez de la promesa.

Contradichos los argumentos de los partidarios de la nulidad, sus opositores agregan otros en apoyo de su propia posición:

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

2°. La generalidad del artículo 1554, que se refiere, sin efectuar ningún distingo, a la promesa de celebrar contratos, y

3°. La aceptación por la ley de numerosos casos en que depende de la voluntad de una sola de las partes el perfeccionamiento del contrato, como ocurre en la compraventa a prueba del artículo 1823, en el pacto de retroventa del artículo 1881, y en el artículo 76 del Código de Minería vigente a la época de estas argumentaciones.

Dicho precepto disponía:

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

Este precepto, como lo veremos al hablar de la opción, fue modificado, pero para hacerlo más amplio aún, por lo cual el argumento sigue siendo válido (N°s. 149 y sgtes.).

Los contradictores replican que respecto al primer argumento, el artículo 1554 es justamente una limitación a la libertad contractual; en cuanto al segundo, que la generalidad del inciso 1° del precepto está restringida por las exigencias siguientes, y, finalmente, que los casos de excepción o bien no corresponden a promesa o por su carácter de excepción, especialmente en la redacción del artículo 76 del Código de Minería (ampliada en la forma que veremos más adelante), prueban que la regla general sería la contraria.

La verdad es que estos últimos argumentos de texto son de refuerzo porque el problema, como ya quedó dicho, se soluciona según la interpretación actual y lógica del N° 4° del artículo 1554. La redacción del artículo 76 del anterior Código de Minería, y del artículo 169 del actual Código del ramo, se explican justamente para dejar a un lado la discusión sobre la validez de la promesa unilateral del contrato bilateral, ya conocida a la época del antiguo

Código y en el caso de la actual legislación minera, impedir cualquier duda sobre la procedencia del contrato de opción a lo menos en esa rama.

En todo caso, destaquemos desde ya que el actual Código de Minería de 1983, que reemplazó al de 1932, mantiene prácticamente la redacción del artículo 76 citado en el inciso 1° del artículo 169, adecuándola solamente a la actual forma de la propiedad minera, de manera que, para los efectos de la discusión doctrinaria, el punto se mantiene igual.

Pero el actual artículo 169 mantuvo los otros dos incisos del anterior Código de Minería en su artículo 76, pero agregó un inciso final sobre el contrato de opción, sobre el cual volveremos en la parte segunda de esta obra, Capítulo Tercero (N°s. 144 E y sgtes.).

35 F 3°. LA PROMESA UNILATERAL Y EL CONTRATO DE OPCIÓN.

REFERENCIA⁶⁸

Dicho en términos muy generales, la opción es un contrato en que una persona se obliga para con otra a otorgarle una determinada prestación, quedándole a ésta la facultad de aceptarla o rechazarla. Constituye una figura de gran interés, pero aún en plena elaboración en la doctrina y legislaciones.

Los trataremos en otra parte, pues a pesar de las dificultades ya señaladas que tiene entre nosotros, se utiliza, incluso no dándole este nombre.

En el contrato de opción intervienen dos partes: el optatario que otorga al optante la facultad de decidir si acepta o no el contrato, y éste. En todo caso, deben quedar fijadas las obligaciones y prestaciones de las partes al tiempo de concretarse la opción: si es una compraventa, la cosa vendida y el precio, etc. Es igualmente indispensable que se señale un plazo para el ejercicio del derecho de optar. Vencido éste, las partes quedan desligadas si el optante no ha ejercido su facultad. La opción puede ser bilateral si se paga un precio por el derecho mismo de optar, precio que toma el nombre de "premio"; también es posible y común estipular el pago de una suma para el caso de rechazar el contrato.

⁶⁸ Véase FUEYO, ob. cit., T. 2°, págs. 13 y sgtes., y la abundante bibliografía citada por él, sin que compartamos su posición en cuanto a la procedencia en Chile de la opción en la forma que él señala.

CAPÍTULO SEGUNDO
REQUISITOS DE LA PROMESA

36. ENUNCIACIÓN

Trataremos esta parte del contrato de promesa dividido en cuatro secciones:

- A. La primera, contiene las generalidades en esta parte del estudio;
- B. La segunda, analiza la exigencia de que la promesa debe constar por escrito;
- C. La tercera, se refiere a la eficacia del contrato prometido, y
- D. La cuarta, trata la fijación de la época del otorgamiento del contrato prometido.

SECCIÓN PRIMERA
GENERALIDADES

37. PAUTA

El legislador sometió la promesa a requisitos bastante estrictos en los cuatro numerandos del artículo 1554.

Desde luego, en la promesa se aplican las reglas generales de todos los contratos, y, en consecuencia, requiere consentimiento exento de vicios,

capacidad para otorgarla, objeto y causa lícitos,⁷⁴ y además, por expresa disposición legal (Nº 1º del artículo 1554), una solemnidad objetiva: constar por escrito.

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

Como aspectos generales nos interesa por el momento referirnos:

1º. Al carácter del derecho estricto que se atribuye a la promesa, y

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

Así lo haremos a continuación.

38. CARÁCTER SUPUESTAMENTE DE DERECHO ERICTO DE LA PROMESA

Como sabemos, el inc. 1º del artículo 1554 dispone que la promesa de otorgar un contrato no produce obligación alguna, "salvo que concurren las circunstancias" que enumera el precepto.

Esta redacción, evidentemente no muy afortunada, ha hecho sostener a una parte de la doctrina,⁷⁵ especialmente en los primeros tiempos del contrato, y a alguna jurisprudencia⁷⁶, que se trata de una norma de aplicación estricta, excepcional, de interpretación restringida, prohibitiva, etc. Todas estas expresiones tienden a un mismo objetivo: una exigencia estrictísima

⁷⁴ Por vía de ejemplo, R.D.J., Ts. 58, sec. 1ª, pág. 179, y 60, sec. 2ª, pág. 85.

⁷⁵ Principalmente ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, Nº 2073; p. 1194; también OSUNA, ob. cit., Nº 234, pág. 193.

⁷⁶ G.T. 1919, 2º Sem., Nº 77, pág. 408; R.D.J., Ts. 38, sec. 1ª, pág. 55.

para la validez de la promesa, cuya eficacia puede aceptarse sólo tras un examen riguroso de la misma a la búsqueda de posibles nulidades; tanto, que se ha llegado a afirmar que en la duda entre la validez y la nulidad del contrato, el juez ha de inclinarse por esta segunda, como si las sanciones pudieran aplicarse por simple gusto.

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

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

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

Nos fundamos para rechazarla:

1º. En que si bien el artículo 1554 limita la libertad contractual negando valor a cualquier clase de promesa que no cumpla los requisitos que establece dicho precepto, la libre contratación sigue siendo la regla general en materia de contratos; de acuerdo a ella, todo contrato es una ley para las partes, y debe cumplirse de buena fe.⁷⁷

⁷⁷ Para la promesa: R.D.J., T. 39, sec. 1ª, pág. 176.

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

3°. El precepto no dice tampoco lo que se pretende: que por regla general el contrato de promesa sea ineficaz; la mera promesa de celebrar contrato es la que no obliga, a menos que invista la forma de un contrato de promesa, cuyos elementos específicos son los del artículo 1554. Como señala Claro Solar: "si no reúne estos requisitos, o circunstancias, como dice la ley, la promesa no se considera obligatoria; no pasa de una mera conversación o cambio de ideas, sin propósito de obligarse; no habrá en ella una convención de promesa de celebrar un contrato determinado".⁷⁸

Otra cosa muy distinta es que el contrato de promesa puede prestarse para el fraude a la ley, sobre todo para eludir prohibiciones legales o impuestos.⁷⁹ En vez del acto prohibido o gravado se otorga una promesa, agregándole los efectos propios del contrato definitivo (N° 99 A). Contra esto, el legislador ha reaccionado en ciertos casos, prohibiendo derechamente la promesa (N° 45 A).

⁷⁸ Ob. cit. N° 2101, pág. 703. En igual sentido, FUEYO, ob. cit., N° 44 F, pág. 91.

⁷⁹ El uso de figuras jurídicas distintas a la que genera la obligación tributaria, es antiguo, y constituye elusión y no evasión tributaria, a menos que haya simulación.

En todo caso, hay que destacar que la promesa de compraventa suele ser gravada con el "Impuesto a las Ventas y Servicios" que establece el D.L. N° 825 así intitulado, de 3 de diciembre de 1976.

Dice el artículo 8° en una larga enumeración que: "El impuesto de este Título (el N° 2, "Impuesto al valor agregado") afecta a las ventas y servicios. Para estos efectos serán consideradas también como ventas y servicios, según corresponda:

"1. Las promesas de ventas de bienes corporales inmuebles de propiedad de una empresa constructora de su giro y los contratos de arriendo con opción de compra que celebran estas empresas respecto de los inmuebles construidos total o parcialmente por ellas. Para los efectos de la aplicación de esta ley, estos últimos contratos se asimilarán en todo a las promesas de venta".

Esto último se refiere al leasing, que se trata en esta obra en los N°s. 184 y sgtes.

39. SANCIÓN POR LA INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1554

La expresión "no produce obligación alguna" ha permitido sostener, a quienes son partidarios de la aplicación de la inexistencia en nuestro Derecho, que éste es un caso en que ella ocurre.⁸⁰

Pero tanto en la doctrina⁸¹ como en la jurisprudencia ha predominado la opinión de que la sanción es la nulidad absoluta, de acuerdo al artículo 1444 del Código, esto es, por omisión de algún elemento esencial del contrato, sin los cuales "o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente". Y la causal de nulidad absoluta es la infracción de algún requisito que la ley prescribe para el valor del contrato en consideración a su naturaleza (art. 1682).

En consecuencia, para la validez de la promesa deben cumplirse todos los requisitos señalados, pues la omisión de cualquiera de ellos producirá la nulidad absoluta del contrato.⁸²

Por tratarse de una nulidad absoluta, debe declararse de oficio cuando aparece de manifiesto en el contrato, como si no se especifica el contrato prometido o la promesa no contiene una modalidad, etc.⁸³

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

Lo dicho no obsta a la concurrencia de otras nulidades absolutas o relativas en la promesa por infracción a las reglas generales de los contratos, como si se otorga una promesa prohibida (N° 45 A) o si se produce un vicio del consentimiento o el contrato lo celebra un incapaz, etc.

⁸⁰ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1201, pág. 704.

⁸¹ Por ejemplo, ALESSANDRI, ob. cit., T. 2°, N° 2078; ver nota siguiente.

⁸² R.D.J., Ts. 7°, sec. 1ª, pág. 222; 8, sec. 1ª, pág. 33; 33, sec. 1ª, pág. 55; 60, sec. 2ª, 85; G.T. 1888, T. 1°, N° 1671, pág. 1304; de 1885, N° 2465, pág. 1478; del 1912, T. 2°, N° 925, pág. 313, etc.

⁸³ G.T., 1887, N° 3491, pág. 239; R.D.J., T. 60, sec. 2ª, pág. 85.

SECCIÓN SEGUNDA
LA PROMESA DEBE CONSTAR POR ESCRITO

40. LA ESCRITURA COMO SOLEMNIDAD OBJETIVA

De acuerdo al N° 1° del artículo 1554, la promesa produce obligación siempre que ella "conste por escrito".

En uno de los pocos aspectos no controvertidos del contrato, se puede señalar que esta es una solemnidad objetiva, exigida en atención al acto mismo que es siempre solemne⁸⁴, aun cuando el contrato prometido sea consensual.⁸⁵

Por excepción, la promesa puede ser consensual en el caso del artículo 515 del Código de Comercio: "el seguro ajustado verbalmente vale como promesa, con tal que los contratantes hayan convenido formalmente en la cosa, riesgo y prima".

En todos los demás casos, como se trata de una solemnidad objetiva, su omisión acarrea la nulidad absoluta del contrato de promesa, según lo expresado en el número anterior; y el acto no puede probarse por otro medio, aunque éste sea la confesión de la contraparte⁸⁶. Menos podrá probarse por testigos.⁸⁷

En relación con estos requisitos, en los números siguientes veremos dos aspectos:

A. Instrumento que exige la ley, y

B. El consentimiento en la promesa.

⁸⁴ R.D.J., Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689; 44, sec. 1ª, pág. 591; 58, sec. 1ª, pág. 179, etc.

⁸⁵ R.D.J., T. 63, sec. 1ª, pág. 156.

⁸⁶ R.D.J., Ts. 44, sec. 1ª, pág. 591 y 60, sec. 2ª, pág. 85; G.T. 1880, N° 1272, pág. 880; de 1907, T. 2º, N° 1175, pág. 929; de 1912, T. 1º, N° 695, pág. 1134; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1202, pág. 704, etc.

⁸⁷ "Fallos del mes" N° 283, octubre de 1980, pág. 319.

41 A. PARA EL CONTRATO DE PROMESA
BASTA EL INSTRUMENTO PRIVADO, AUN SI EL
CONTRATO PROMETIDO REQUIERE OTRA SOLEMNIDAD

Como el N° 1° del artículo 1554 exigió únicamente que la promesa conste por escrito, basta el otorgamiento de un instrumento privado, aunque nada obsta naturalmente a que se celebre por escritura pública.⁸⁸

En la época de formación doctrinaria del contrato de promesa, en que se le confundía con el definitivo (N° 16 B), hubo al respecto una discusión que hoy debe tenerse por superada; se solía pretender que el contrato de promesa debía otorgarse por escritura pública, si el contrato prometido, normalmente compraventa de bienes raíces, requería esta solemnidad;⁸⁹ jurisprudencia⁹⁰ y doctrina⁹¹ han uniformado su criterio en sentido contrario, puesto que el artículo 1554 exige únicamente constancia escrita, y justamente en el N° 4° se pone en el caso de que a la promesa falte la correspondiente solemnidad, con lo cual se está refiriendo casi únicamente a la compraventa de bienes raíces que siempre debe constar por escritura pública.

42 B. EL CONSENTIMIENTO EN LA PROMESA

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

⁸⁸ R.D.J., T. 44, sec. 1ª, pág. 591; G.T. de 1901, T. 1º, N° 1643, pág. 1465, etc. En otras legislaciones, como ocurre con el artículo 1351 del Código italiano, se exigen para el contrato preliminar las mismas formalidades que las del definitivo.

⁸⁹ Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 237 N° 46, I.

⁹⁰ Ídem, pág. 238, N° 46, II, y R.D.J., T. 63, sec. 1ª, pág. 155.

⁹¹ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 2081, pág. 1203; Arturo ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*. M. de P. Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, N° 316, pág. 286; MEZA, ob. cit., N° 90, pág. 71; CLARO SOLAR, ob. cit., N° 1203, pág. 704, etc., DIEZ Y GUZMÁN, *Promesa de Contrato* N° 6, pág. 14.

Nuestra jurisprudencia ha aplicado reiteradamente este principio, deduciendo de él que el consentimiento debe ser expreso, teniendo las partes la intención de celebrar una promesa, y no puede ser tácito.⁹²

Por ello se ha resuelto que no hay promesa si en un documento posterior a esta no aparece una aceptación precisa e indudable de la promesa; tampoco en la carta del vendedor que ofrece vender un inmueble, si no hay aceptación escrita de la oferta por el comprador.⁹³

También se ha fallado que no hay promesa si el que recibe la oferta declara que hará la compra más tarde si otro no efectúa el negocio.⁹⁴

Sin embargo, se resolvió que valía como promesa el recibo firmado únicamente por el vendedor de haber recibido una parte del precio de la compraventa prometida, y en que se fijaba una modalidad para el otorgamiento de ésta, no obstante no estar firmado dicho recibo por el comprador,⁹⁵ sentencia que con toda razón rechaza Alessandri.⁹⁶

En cambio, se ha discutido si contiene una promesa de compraventa el formulario de una institución de previsión en que el imponente solicita un préstamo para la compra de una propiedad que también firma el futuro vendedor, formulario que expresamente dice que vale como promesa. Hay fallos que le han negado valor de promesa, fundándose en que ésta requiere que expresamente se declare la intención de las partes de otorgar un contrato futuro,⁹⁷ y otro que le reconoce validez, con el cual estamos naturalmente de acuerdo.⁹⁸

No hay inconveniente alguno para que cada parte otorgue su consentimiento en documento separado, puesto que con ello se conforma la exigen-

⁹² R.D.J., Ts. 25, sec. 2ª, pág. 65, 24, sec. 1ª, pág. 273; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1204, pág. 707. ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 2082, pág. 1210.

⁹³ R.D.J., T. 8, sec. 1ª, pág. 33.

⁹⁴ G.T. 1887, N° 812, pág. 477.

⁹⁵ G.T. 1893, T. 3º, N° 4288, pág. 461.

⁹⁶ Ob. cit., T. 2º, N° 1269.

⁹⁷ R.D.J., Ts. 38, sec. 1ª, págs. 55 y 44, sec. 1ª, pág. 591.

⁹⁸ R.D.J., T. 40, sec. 2ª, pág. 29.

cia legal de que la promesa conste por escrito. Así lo han reconocido los autores,⁹⁹ y la jurisprudencia.¹⁰⁰

Tampoco la exigencia de escrituración importa una redacción del contrato con fórmulas sacramentales. Basta que sea indudable la aceptación expresa de las partes. Por ello se ha fallado que vale como contrato de promesa, la promesa de vender de una de las partes aceptada por la otra,¹⁰¹ y el contrato firmado ante Notario en que se individualizó a los dos contratantes, los que declararon que celebraban el contrato que a continuación se expresaba, aunque en su texto se haya dicho sólo que se prometía vender, pero no que se prometía comprar.¹⁰²

SECCIÓN TERCERA

LA EFICACIA DEL CONTRATO PROMETIDO

43. ENUNCIACIÓN

Esta sección la dividiremos por razones metodológicas en dos párrafos:

El primero, sobre casi todos los problemas al respecto, y el segundo examina solamente los que se generan por el complicado régimen matrimonial vigente en Chile en materia de bienes.

Párrafo primero

La eficacia del contrato prometido en general

44. PAUTA

El contrato de promesa no produce obligación alguna, salvo que, concurriendo las demás circunstancias en estudio, se cumpla también la del N° 2º del artículo 1554: "*que el contrato prometido no sea de aquellos que*

⁹⁹ Por vía de ejemplo, OSSUNA, ob. cit., N° 243, pág. 197; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, N° 1204, pág. 708; Arturo ALESSANDRI BESA, ob. cit., N° 316, pág. 286, y FUEYO, ob. cit., N° 59, pág. 123.

¹⁰⁰ G.T. 1876, N° 2405, pág. 137. R.D.J., T. 25, sec. 2ª, pág. 65.

¹⁰¹ G.T. 1912, T. 2º, N° 1219, pág. 898.

¹⁰² R.D.J., T. 36, sec. 1ª, pág. 126.

las leyes declaran ineficaces". Dicho en otros términos, que el contrato definitivo prometido tenga eficacia ante la ley.

En el proyecto de 1853 la frase equivalente era: "La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno". Esta redacción es aún más clara que la actual para expresar que la ineficacia del contrato prometido debe ser definitiva, y no provocada por el incumplimiento de determinadas exigencias que le son previas.

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

1°. En una interpretación muy restrictiva, de acuerdo a la tesis del contrato "mal visto" por el legislador, unida a la confusión entre contrato preliminar y definitivo, si el contrato prometido era nulo en los términos y momento en que se otorgó la promesa, ésta se contagia por así decirlo, con aquel vicio. Esto es, el contrato definitivo debe ser apto de otorgarse y la celebración de la promesa ha de respetar todos los requisitos y exigencias de validez de aquél. Fruto de esta estrictez fue sostener, como vimos en el N° 41 A, que si el contrato prometido requiere escritura pública, también la promesa estaba forzada a ella.

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

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

2°. La posición contraria, en cambio, sostiene que la exigencia excluye únicamente aquellos contratos posteriores, cuya celebración es definitivamente prohibida por la ley. Esto es, en las condiciones propuestas, el contrato definitivo es declarado ineficaz por la ley, nulidad que no es susceptible de remediarse dentro de la modalidad fijada en la promesa para su celebración; en consecuencia, la promesa es inútil, porque conduciría

fatalmente a un contrato carente de validez, y por ello la ley declara nula la promesa misma.

Se ha solido decir que la exigencia se refiere a los requisitos internos de fondo o intrínsecos del contrato;¹⁰³ esta forma de expresión tiende más bien al problema de las formalidades del contrato definitivo, que trataremos en el N° 48 D.

Es el caso de que se prometa una compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, o de un bien raíz de un pupilo a su guardador;¹⁰⁴ o el objeto prometido es intransferible, o por la promesa se induzca a un hecho ilícito, contrario a las buenas costumbres, o imposible, etc. Por tanto, quedan incluidos todos aquellos contratos prohibidos por la ley, pero no aquellos que previamente imponen determinados requisitos para hacerlos factibles.

La letra de la ley refuerza esta interpretación, pues se refiere a las ineficacias de carácter general y no a las causales específicas de que pudiera adolecer el contrato definitivo.¹⁰⁵

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

En los números siguientes nos referiremos a los siguientes problemas en torno al requisito en estudio:

- A. Promesas prohibidas;
- B. Promesa de cosa ajena;
- C. Prohibiciones y embargos;
- D. Capacidad y formalidades habilitantes;
- E. Venta en pública subasta;

¹⁰³ CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11 N° 1206, pág. 708; MEZA, ob. cit., N° 91, pág. 72.

¹⁰⁴ G.T. de 1901, T. 1°, N° 1643, pág. 1485.

¹⁰⁵ R.D.J., T. 58, sec. 1°, pág. 47.

F. La lesión enorme y la promesa de compraventa, y

G. Caso de la pequeña propiedad raíz.

45 A. PROMESAS PROHIBIDAS

Ya hemos advertido que el contrato de promesa puede ser peligroso en cuanto se le utilice peyorativamente para eludir tributos o prohibiciones legales; máxime si se le anexan los efectos propios del contrato definitivo, y por eso veremos en el N° 99 A, que la Corte Suprema ha declarado que si al contrato de promesa de un contrato consensual se le agregan todos los efectos del definitivo, las partes han hecho una calificación errónea del contrato que celebran, y, en realidad, han otorgado el definitivo y no una promesa.

Este riesgo ha movido al legislador a prohibir en numerosos casos el contrato de promesa que no cumple exigencias propias del definitivo, que la ley tiene mucho interés en que sean respetadas.

El caso más destacado es el de la prohibición de vender sitios no urbanizados que contiene el artículo 136 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, D.F.L. N° 224 del año 1953, cuyo texto definitivo fue fijado por Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo N° 458, de 18 de diciembre de 1975, publicado en el Diario Oficial de 13 de abril de 1976. El texto actual del mencionado artículo 136 se lo dio la Ley N° 16.742 de 8 de febrero de 1968. Esta legislación tiene por objeto poner fin a uno de los más graves problemas sociales del último tiempo, consistente en el engaño de que son víctimas personas generalmente de escasos recursos por los llamados "loteadores brujos", esto es, que se comprometen a entregar sitios urbanizados y posteriormente, no cumplen esta obligación, ya sea por mala fe inicial o porque la inflación encarece más allá de lo presupuestado los costos de urbanización (N° 236).

Por ello, el precepto citado prohíbe, mientras en "una población, apertura de calle, formación de un nuevo barrio, loteo o subdivisión de un predio" no se hubiere efectuado o garantizado la urbanización correspondiente, vender, edificar, enajenar, acordar adjudicaciones en lote de los terrenos respectivos y también las "promesas de venta, reserva de sitios, constituir comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblacio-

nes o celebrar cualquier clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio de dichos terrenos". El artículo 138 del mismo D.F.L. N° 224, según el texto que le dio la citada Ley N° 16.742, sanciona penalmente la contravención al precepto, sin perjuicio de la nulidad de los actos celebrados.

La justificación de la actual prohibición de la promesa estriba en que cuando se excluía únicamente la enajenación, la limitación se burlaba mediante aquel contrato; aunque justificable por la finalidad loable que persigue el legislador, la restricción es demasiado amplia y compromete una serie de actos que nada tienen que ver con "pobladores". Habría quizás bastado con prohibir la exigencia de cualquier prestación a los interesados mientras no se efectuare o garantizare la urbanización, pero la ley quiso evitar por todos los medios la repetición de fraudes creadores de poblaciones en situación irregular (N° 234).

Volveremos sobre el tema en la Parte Cuarta, Capítulo Cuarto de la presente obra, con un análisis más a fondo de las exigencias de la ley para los loteos de terrenos.

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

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

46 B. PROMESA DE COSA AJENA

Si el contrato de promesa, según lo hemos insinuado y veremos con más detalle posteriormente (N° 96 B), no importa una enajenación de la cosa a que se refiere, carece de importancia para la validez del contrato que aquélla pertenezca o no al promitente enajenante, máxime que en nuestro

Derecho los actos sobre bienes ajenos no son nulos, sino que inoponibles al verdadero dueño. Así se ha estimado generalmente,¹⁰⁶ aun cuando en un caso se consideró que había existido error de hecho,¹⁰⁷ y en otro se anuló la promesa por existir varios prometientes vendedores, y haber firmado sólo alguno de ellos.¹⁰⁸ También Osuna¹⁰⁹ estima que en el mutuo debe ser propia la cosa prometida, opinión que no compartimos.

Otro problema es la repercusión que esto puede tener en el cumplimiento de la promesa, si el promitente adquirente descubre la calidad ajena de la cosa. Veremos más adelante que el promitente contratante contrae la obligación de otorgar un contrato definitivo válido y eficaz (Nº 100 B), y por ende, en el caso propuesto, el que prometió adquirir puede negarse a recibir un cumplimiento en tales condiciones, no pueda ser obligado al propio cumplimiento y habrá lugar a responsabilidad del promitente enajenante si concurren los requisitos legales, especialmente la imputabilidad (Nºs. 102 y sgtes.).

¹⁰⁶ G.T. de 1882, Nº 1746, pág. 976; de 1893, Tº 3º, Nº 4288, pág. 461; de 1913, 2º sem., Nº 677, pág. 2155; R.D.J., T. 60, sec. 2ª, pág. 85.

¹⁰⁷ G.T. de 1925, 2º sem., Nº 410, pág. 1057.

¹⁰⁸ G.T. de 1882, Nº 287, pág. 171.

¹⁰⁹ Ob. cit., pág. 201.

¹¹⁰ Por ejemplo, CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, Nº 1207, pág. 709; FUEYO, ob. cit., Nºs. 65 y 66, pág. 129.

¹¹¹ G.T. de 1884, Nº 994, pág. 626; de 1895, T. 1º, Nº 921, pág. 694; de 1912 T. 2º, Nº 925, pág. 313, y de 1913, 2º sem., Nº 639, pág. 2053. R.D.J., T. 49, sec. 2ª, pág. 16. En contra, para una prohibición por decreto judicial: G.T. de 1895, T. 1º, Nº 1719, pág. 1294.

¹¹² G.T. de 1949, 2º sem., Nº 37, pág. 199.

48 D. CAPACIDAD Y FORMALIDADES HABILITANTES

No hay exigencias especiales en materia de capacidad en la promesa, y, en consecuencia, las partes deberán tener la normal para contratar. Los incapaces deberán, pues, actuar por intermedio o con la autorización de sus representantes legales, y así se ha fallado que una mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal no puede prometer vender un bien propio suyo sin la correspondiente autorización marital (Nº 68).¹¹⁷

Pero como lo hemos dicho e insistiremos oportunamente (Nº 96 B), en sí misma la promesa no es acto dispositivo, aun cuando pueda conducir a uno de ellos; su efecto esencial es otro: generar una obligación de hacer, que es la de otorgar el contrato definitivo en la época convenida. En nada influye en la promesa que éste sea dispositivo o no. La consecuencia es que el contrato de promesa no se sujeta a los requisitos de los actos de disposición.

Sin embargo de aceptarse el primer postulado, se ha discutido la última conclusión señalada, que obviamente deriva de él, por aquel afán de trasladar a la promesa los requisitos propios del contrato definitivo, y hasta se ha llegado a decir por una sentencia que en la promesa habría "un principio de enajenación",¹¹⁸ concepto sumamente vago y peligroso que no hace sino introducir mayores confusiones en un contrato ya complicado por las interpretaciones equivocadas.

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

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

¹¹⁷ G.T. de 1906, T. 2º, Nº 785, pág. 143, R.D.J., Ts. 44, sec. 2ª, pág. 3 y 47, sec. 2ª, pág. 41. La sanción en el caso señalado sería la nulidad relativa, y podría sanearse por la ratificación (confirmación).

¹¹⁸ R.D.J., T. 59, sec. 1ª, pág. 72. Un fallo posterior declaró expresamente que no hay enajenación en la promesa: R.D.J., T. 70, sec. 1ª, pág. 83.

incapaces¹¹⁹ y otras tantas que rechazan esta posición,¹²⁰ siendo esta última la tesis dominante en la doctrina.¹²¹

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

1º. Las formalidades son de derecho estricto y no es posible extenderlas a otros actos que aquellos para los cuales han sido expresamente contempladas, entre los que no puede considerarse en caso alguno incluida la promesa. Por regla general, las habilitantes se exigen para la enajenación o gravamen de los bienes, especialmente raíces, del incapaz y la promesa no es ni lo uno ni lo otro (Nº 96 B);

2º. Se contraargumenta a lo anterior con el Nº 2 del artículo 1554 que exige para la validez de la promesa que el contrato prometido sea eficaz. Pero si es indiscutible que el contrato definitivo será nulo si al otorgarlo se omiten dichas formalidades, ello no obsta a la promesa en que sólo se contrae el compromiso de celebrar aquél. Lo contrario es incurrir en el vicio ya rebatido de exigir para el contrato preliminar los requisitos del definitivo (Nº 44);

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

Ahora bien, aceptado que el contrato de promesa vale aun cuando no se cumplan las formalidades habilitantes del definitivo, nace el mismo problema del número anterior al tiempo de otorgarse éste, y que veremos al hablar de los efectos de la promesa (Nº 100 B), las posibilidades son también que se haya convenido su cumplimiento como condición del contrato, como obligación del representante legal o no se haya dicho nada, en cuyo caso hay

¹¹⁹ R.D.J., Ts. 44, sec. 1ª, pág. 189 y 62, sec. 1ª, pág. 388; G.T. de 1881, Nº 2065, pág. 1174; de 1885, Nº 3020, pág. 1809, y de 1912, T. 2º, Nº 1064, pág. 585.

¹²⁰ R.D.J., Ts. 32, sec. 1ª, pág. 516; 44, sec. 2ª, pág. 3; 60, sec. 2ª, pág. 85; G.T., de 1943, 2º sem., Nº 90, pág. 447.

¹²¹ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, Nº 2093, pág. 1224; FUEYO, ob. cit., T. 1º, Nº 70, pág. 135; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 11, Nº 1206, págs. 708 y 709; OSUNA, ob. cit., Nº 246, pág. 199.

quienes piensan que es condición de todos modos del contrato, u obligación del prometiende enajenante, que es nuestra opinión.

49 E. CASO DE LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA

Una situación muy discutible se presenta cuando el bien objeto de promesa por imperio de la ley debe ser enajenado no sólo con autorización judicial, sino además en pública subasta, como ocurre, por ejemplo, con los bienes raíces de las personas sujetas a guarda (arts. 393 y 394).

En una ocasión, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró que la promesa en tal caso no era nula,¹²² pero la Corte Suprema en sentencia de 14 de diciembre de 1960 anuló la promesa de venta de un bien raíz de un demente,¹²³ fundándose especialmente en el N° 4° del artículo 1554: no estar especificados el comprador ni el precio, ya que ellos se determinan en la subasta.

A nuestro juicio, se impone un distingo.

Si las partes han señalado la necesidad de la pública subasta, es evidente que el contrato queda sujeto a la condición de que el prometiende adquirente se lo adjudique en el remate, que falla en caso contrario. La obligación de éste es concurrir a la subasta y pujar en ella hasta el tope si se le ha colocado uno. En tal promesa, el comprador está determinado, y el precio, si no determinado, es cuando menos determinable: el de la subasta o el tope señalado.

Pero si las partes han prescindido de la circunstancia de que la venta requiere pública subasta y han sometido el contrato a alguna otra modalidad, hay no una falta de especificación del contrato prometido, sino que la imposibilidad de otorgarlo en la forma convenida.

50 F. LA LESIÓN ENORME Y LA PROMESA DE COMPRAVENTA

Sabido es que sólo excepcionalmente acepta nuestra legislación la lesión como vicio del consentimiento, y entre otros casos, en la compraventa (y por

¹²² R.D.J., T. 44, sec. 2ª, pág. 3.

¹²³ R.D.J., T. 57, sec. 1ª, pág. 367. Véase además, FUEYO, ob. cit., N° 122, pág. 221.

ende, en la permuta), cuando tratándose de bienes raíces, el precio recibido es inferior a la mitad del justo precio, o el pago efectuado es más del doble del justo precio (art. 1889).

Uno de los problemas más debatidos entre nosotros es el de la influencia en la lesión de la circunstancia que la compraventa haya sido precedida de promesa: fue la agudización del problema inflacionario, que puede hacer variar el equilibrio que inicialmente existía en las prestaciones prometidas, la que acentuó la discusión. La situación puede resultar injusta para ambas partes, según el criterio que se adopte; para el prometiende vendedor si va a recibir un precio desvalorizado, mientras la cosa prometida conserva el valor intrínseco que tiene, o lo ha aumentado, y también para el prometiende comprador si ha sido el incumplimiento de la contraparte el que ha retardado la compraventa cuya rescisión posteriormente se solicita.

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

1°. Si la promesa misma es susceptible de atacarse por lesión;

2°. Si lo es la compraventa que se celebre en cumplimiento de una promesa de compraventa, y

3°. En caso afirmativo de la duda anterior, si el prometiende está obligado a otorgar una compraventa viciada de lesión enorme.

Los veremos en este orden en los números siguientes.

51 F1. LA PROMESA NO ES SUSCEPTIBLE DE RESCINDIRSE POR LESIÓN ENORME

El problema se plantea cuando en la promesa misma no se da la equivalencia exigida por la ley, esto es, el precio que se ha fijado es de partida inferior en más de un medio al justo precio, o viceversa.

Nos parece inconcuso que la promesa no puede atacarse por lesión enorme, principalmente, porque la acción rescisoria es propia de la compraventa y no puede extenderse a otros contratos por su doble excepcionalidad: cons-

tituye una sanción y en nuestro Código, además, especifica para contados actos y contratos.

En la promesa no hay obligación de pagar el precio ni de entregar una cosa, sino una muy diferente: otorgar el contrato prometido, en que no puede regir la proporcionalidad del contrato definitivo. Es la opinión predominante en la doctrina y jurisprudencia.¹²⁴

La tesis contraria¹²⁵ confunde el contrato preliminar con el definitivo, y sus argumentos son fácilmente rebatibles.

Los principales son:

1º. Que la promesa no cumple el requisito del N° 2º del artículo 1554 porque el contrato prometido no es eficaz, puesto que sería susceptible de rescindirse por lesión enorme. Desde luego, cabe observar que ello importaría una sanción más enérgica para la promesa que para la compraventa, pues la inobservancia de los requisitos del artículo 1554 se sanciona con nulidad absoluta. Y en seguida, ya hemos dicho que la inteligencia del N° 2º del artículo 1554 es otra (N° 44), y

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

52 F2. RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA VENTA PRECEDIDA DE PROMESA

Sentada la conclusión de que, aun cuando se den las condiciones legales para la rescisión del contrato definitivo, no procede la de la promesa,

¹²⁴ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 1959, pág. 1073. DIEZ Y GUZMÁN, ob. cit., N° 21, pág. 33. G.T. de 1862, N° 54, pág. 28; de 1895, N° 921, pág. 694; R.D.J., Ts. 46, sec. 1ª, pág. 780; 58, sec. 1ª, pág. 48; 67, sec. 1ª, pág. 388, etcétera. En Francia, por la ley de 28 de noviembre de 1949, se agregó un inciso 2º al artículo 1675 en cuya virtud en caso de promesa unilateral de venta la lesión se aprecia en el día de su realización, o sea, al otorgarse el contrato definitivo (MAZEAUD, ob. cit., Parte 3ª, T. 3º, N° 800, pág. 69).

¹²⁵ Véase la exposición de esta tesis en Navarrete, ob. cit., N° 50 y sgtes., G.T. de 1895, N° 2459, pág. 694. Defiende la nulidad de la promesa, FUEYO, ob. cit., N° 71, págs. 136 y sgtes.

queda pendiente determinar qué ocurre con la compraventa si a la fecha de otorgarla o exigirse su otorgamiento subsiste o ha aparecido la causal de lesión, esto es, la desproporcionalidad fijada por la ley entre el justo precio de la cosa y el precio real.

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

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

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

Por último, ya hemos dicho que la rescisión es propia de la compraventa y en función de ella hay que considerar la lesión.¹²⁶

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

1º. Cumplimiento forzado de la promesa.

Se ha sostenido que si la compraventa se otorga por el juez en la ejecución forzada de la promesa por el acreedor, no procede la lesión porque ella

¹²⁶ ALESSANDRI, ob. cit., T. 2º, N° 1959, pág. 1073. DIEZ Y GUZMÁN, ob. cit., N° 21, pág. 33. R.D.J., Ts. 46, sec. 1ª, pág. 780; 57, sec. 2ª, pág. 30. En contra, sentencia arbitral de don Leopoldo Urrutia; T de 1915, 2º sem., N° 431, pág. 1108; de 1895, N° 2459, pág. 442; R.D.J., Ts. 43, sec. 1ª, pág. 87 y 65, sec. 1ª, pág. 210.

se ha efectuado por el ministerio de la justicia, y cabe, en consecuencia, la excepción ya señalada del artículo 1891. Así lo sostuvo don Gonzalo Barriga Errázuriz¹²⁷, con eco de un fallo de la Corte Suprema.¹²⁸

Nos parece equivocada la tesis, por dos razones fundamentales. La primera es la misma que veremos en el N° 66 B a propósito de la ejecución forzada de una promesa de un bien raíz social otorgada por el marido, sin el consentimiento de su mujer. La venta en tal caso no es judicial, sino que voluntaria, sólo que el juez suple al deudor que debiendo otorgarla, no la efectúa. Una sentencia de los tribunales¹²⁹ ha dicho: "ventas hechas por el Ministerio de la Justicia no son las en que el juez se limita a hacer cumplir un contrato en las condiciones que los interesados convinieron libremente, sino aquellas en que el contrato de compraventa se genera por la justicia, aquellas en que el juez representa la voluntad del vendedor y en las cuales concurre un tercero al juicio, asumiendo en el contrato el rol jurídico de comprador, y en favor del cual se ha consultado esta disposición (el artículo 1891). Son, en consecuencia, ventas "hechas por el ministerio de la justicia", las de remate público en juicio ejecutivo; la de un remate en pública subasta en un juicio de liquidación y partición, las ventas en pública subasta en los actos de jurisdicción voluntaria que exigen tal trámite".

En seguida, no hay razón alguna para hacer distingos según si el vendedor ha cumplido voluntaria o forzosamente su obligación. En la venta propiamente judicial, la subasta garantiza que las condiciones de la venta son realmente justas, mientras que en el cumplimiento forzado de la promesa, el precio es el mismo que fijaron las partes, y que puede ser injusto.

De ahí que la jurisprudencia y doctrina¹³⁰ se inclinen en contra de la tesis del señor Barriga.

¹²⁷ Gonzalo BARRIGA ERRÁZURIZ, comentario a sentencia de la R.D.J., T. 46, sec. 1ª, pág. 780, y *El Derecho ante la inflación*, Editorial Jurídica. Santiago 1955, pág. 156 y sgtes.

¹²⁸ R.D.J., T. 54, sec. 1ª, pág. 386.

¹²⁹ R.D.J., T. 65, sec. 1ª, pág. 210, considerando 16. En el mismo sentido respecto a la promesa de venta de bienes raíces sociales sin consentimiento de la mujer. Revista *Fallos del Mes* N° 188, pág. 121.

¹³⁰ R.D.J., Ts. 46, sec. 1ª, pág. 780; 57, sec. 2ª, págs. 30 y 65, sec. 1ª, pág. 210. DIEZ Y GUZMÁN, ob. cit., N° 22, pág. 34.

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

Esta situación se presenta muy a menudo, porque la compraventa definitiva no se ha otorgado oportunamente por hecho o culpa del promitente vendedor; negativa que se origina generalmente en que a esas alturas ya puede obtener un precio mejor. Durante el curso de la ejecución y hasta que se obtiene el otorgamiento del contrato, se produce la lesión y el promitente incumpliente pretende rescindir la compraventa. Es principio imperante en todas las legislaciones de Roma a nuestros días que nadie puede aprovecharse de su propia culpa o dolo, y creemos que en el caso propuesto no le es posible al incumplidor invocar la lesión en contra de la compraventa otorgada.¹³¹

Modernamente, esto se ha reforzado con la aplicación de la teoría del acto propio; ella sostiene que no se puede sin una justificación valedera adoptar una posición diferente a la que se tuvo al contratar.¹³²

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

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

En nuestro concepto, no procede la lesión si el precio era justo al tiempo de pagarse.¹³³

Nos basamos en que el artículo 1889 se refiere al "precio que recibe el vendedor"; en consecuencia, es el precio recibido el que debe compararse

¹³¹ En igual sentido, FUEYO, ob. cit., N° 71, pág. 141; R.D.J., T. 65, sec. 1ª, pág. 210.

¹³² Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. 1ª, N° 105 bis, pág. 133.

¹³³ R.D.J., T. 65, sec. 1ª, pág. 210. Puede apreciarse el interesante estudio que hace esta sentencia del problema; disintimos de ella si, en cuanto refiere el justo precio a la época de la promesa, en circunstancias de que utilizó el argumento de la Ley N° 15.742, que se cita más adelante en el texto, demostrativo de lo contrario.

con el justo precio. Este se determina, según dijimos, “al tiempo del contrato” de compraventa, por imperio del mismo precepto, pero se le coteja con el precio que recibe el vendedor. Si éste ha desvalorizado su contenido, es preciso actualizarlo para compararlo con el justo precio; muy cierto es que nuestro Código acogía la teoría nominalista¹³⁴, pero ella se refiere a la forma en que debe cumplirse la obligación, y no hay por qué abarcarla a una situación en que precisamente se trata de establecer si hubo equivalencia en las prestaciones. Ello implica necesariamente comparar valores y no números. La situación por razones obvias no fue prevista por el legislador del C.C., pero es perfectamente aceptable por la expresión que usa el artículo 1889, y para qué hablar según la equidad y la buena fe con que deben cumplirse los contratos.

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

El precepto, si bien limitado a una situación muy especial –loteos de sitios (N° 233)–, es de gran interés, porque, desde luego, es claramente demostrativo de que el justo precio se refiere al tiempo de la compraventa, pues

¹³⁴ Véase *Las Obligaciones*, ob. cit., T. I, N° 356, pág. 235. Sin embargo, como sabemos, el artículo 26 del Decreto Ley N° 455, de 13 de mayo de 1974, publicado en el Diario Oficial de 25 del mismo mes, derogó el artículo 2199 del Código Civil que si bien estaba ubicado en el mutuo, era considerado como la expresión más clara, aunque no la única, del principio nominalista en nuestra legislación. El mismo Decreto Ley estableció la reajustabilidad de las “operaciones de crédito de dinero a mediano y largo plazo” (art. 4°), pero para las demás obligaciones en dinero dispuso que “se regirán por las disposiciones legales que les sean aplicables”.

El 27 de junio de 1981 se dictó la Ley N° 18.010, que reemplazó al D.L. N° 455 y extiende muchas de las disposiciones a otras obligaciones de dinero derivadas de “saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles” (art. 26).

No es, por cierto, el lugar para estudiar esta compleja materia, pero para los efectos que nos interesa, digamos que si bien el principio nominalista no ha quedado totalmente desplazado de nuestra legislación, por el contrario, esta legislación que contempla la reajustabilidad de las obligaciones lo ha debilitado enormemente. En consecuencia, el argumento de texto en cuanto a la actualización del justo precio, adquiere mayor valor y categoría.

en el caso contrario, la disposición sería inútil. La expresión “se entenderá” confirma igualmente de que por lo normal la solución es la contraria.

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