

Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Contratos Parte Especial
Prof. Francisco González Hoch

Materiales II

“Negociaciones precontractuales y contratos preparatorios”

1. DE LA MAZA, Íñigo. *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010) pp. 75-99
2. CELEDÓN, Rosario y SILBERMAN, Patricia. *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones precontractuales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2010). pp. 105-144.
3. ABELIUK, René. *El contrato de promesa*. Editores López-Vivanco. Santiago (1971). pp. 21-76.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN*

["Typical and Atypical Precontractual Duties of Information"]

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI**
Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

I. CONFUSIÓN Y COMPLEJIDAD EN EL TEMA

1. *Confusión en el tema.*

En la 6^a edición de sus *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Díez-Picazo dedica, por primera vez, un apartado a los deberes precontractuales de información; y señala al respecto que: “No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios [...]. Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto. / La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información [...] La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular. / Sin embargo, más allá de estas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma [...]. / Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información [...]. / Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no”¹.

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

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

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

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

ser severamente matizada. Ninguna de las dos premisas apuntadas por el autor es totalmente clara. Empezando por la primera, no es evidente que, en todo caso, las partes que negocian un contrato tengan la carga de procurarse su propia información. Así, si entre ellas existe una relación de confianza no será el caso. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de mandato³. Con respecto a la segunda premisa, no siempre resulta evidente que se deba dar respuesta a las peticiones expresas de información. Así, por ejemplo, Barnett ha sugerido que un vendedor no puede pretender que el comprador le conteste con honradez a la pregunta de si estaría dispuesto a pagar más por lo que le estoy vendiendo. Cualquiera que se involucre en una negociación sabe que la respuesta “no, esta es mi última oferta” no constituye un engaño que la ley sancione⁴. Finalmente, la tercera afirmación referida a la confusión imperante en este campo de estudio, parece verdadera en un sentido aún más radical de lo que el propio Díez-Picazo piensa. Después de todo, prestándoles atención, ni siquiera las dos premisas que presenta como claras el autor lo son.

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

2. Complejidad en el tema.

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

En un conocido trabajo de 1964, Friedrich Kessler y Edith Fine señalaron que una investigación acerca del deber de informar conduce directamente a la filosofía que subyace al derecho de contratos⁵. Esto puede ser correcto, sin embargo, una vez que se destapa el derecho de

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

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

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

contratos, lo que se encuentra no es exactamente “la” filosofía que subyace a su diseño, sino más bien las tensiones que imponen a las reglas jurídicas los diversos –y eventualmente contradictorios– fines que se busca servir a través de ellas⁶. Tratándose de los deberes precontractuales de información, los intereses son múltiples y, eventualmente contradictorios. No resulta necesario intentar presentar un catálogo taxativo de ellos, sino que bastará mostrar su multiplicidad y eventual antinomia. Un caso debería contribuir en esta tarea.

Durante el mes de agosto de 1986, Larry Trawick y Charles Brown, quienes se dedicaban profesionalmente a la especulación en derechos sobre minerales (“mineral interests”), tuvieron conocimiento de ciertas actividades de prospección minera (“drilling”) en Comanche County, Oklahoma. A través de algunas pesquisas se informaron de que las prospecciones mostraban que los terrenos poseían ricos depósitos de minerales. Una investigación acerca de quiénes eran los propietarios de los derechos sobre minerales en la zona los llevó a Hedwig Zimpel, a la sazón una mujer de avanzada edad y afectada por una enfermedad terminal, incapaz de afrontar sus gastos médicos. Trawick tomó contacto con ella y le ofreció comprarle todos sus derechos de explotación. Finalmente acordaron la venta de 15 acres por 30.000 dólares. Aproximadamente veinte días después de la celebración del contrato, los compradores vendieron rápidamente los 15 acres por 49.500 dólares. El albacea de Zimpel demandó a Trawick y Brown por fraude y engaño (“fraud and deceit”) solicitando que se condenara a estos a pagarle la diferencia de precio que habían obtenido y los daños punitivos⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LA CONCRECIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

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

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

1. *El caso.*

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

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

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

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

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

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

2. *Las normas.*

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

¹⁶ Me he detenido sobre este artículo en DE LA MAZA GAZMURI, I., *A propósito del artículo 186*, en *Estudios de Derecho Civil V* (en prensa en Santiago, LegalPublishing).

to¹⁷ muestra que reúne dos supuestos de responsabilidad, el del vendedor que conociendo los vicios de que adolecía la cosa no los declaró y del vendedor que, debiendo conocerlos, los ignoraba y, por supuesto, no los declaró. Tratándose del primer supuesto, a responsabilidad del vendedor se origina por no informar al comprador la existencia del defecto, lo que se sanciona, en definitiva, es la ilicitud de la reticencia del vendedor. En otras palabras, lo que hace el artículo 1861 CC. es establecer un deber precontractual de información¹⁸, si el vendedor lo incumple con la finalidad de engañar al comprador, entonces actúa dolosamente. En lo que se refiere al segundo supuesto, el vendedor es sancionado porque su ignorancia resulta inaceptable, en este caso el deber precontractual de información es infringido culposamente¹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Deberes precontractuales de información típicos y atípicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la buena fe (traducción de J. L. Carro, Madrid, Editorial Civitas, 1977), pp. 11-12, señala que la buena fe se manifiesta de formas diversas en el ordenamiento jurídico. La primera de ellas es como un concepto técnico jurídico que describe o delimita un supuesto de hecho en una norma jurídica. Así, por ejemplo, sucede tratándose del artículo 51 de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, en el cual la expresión “buena fe” designa “la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios” (cfr. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), I, p. 92). De manera que parte del supuesto de hecho del artículo 51 consiste en la ignorancia, de al menos uno de los contrayentes, acerca de la existencia de un vicio que afecte al matrimonio. La segunda forma en que puede manifestarse la buena fe es como un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas, según el cual —en lo que interesa aquí— las personas: “[...] deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Ibíd., p. 12)”.

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

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

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

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

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

1. *Los intersticios de los deberes típicos.*

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

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

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

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

2. *La utilidad.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ CARTWRIGHT, CIT. (n. 2), p. 535.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ Díez-Picazo, cit. (n. 1), p. 137.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

1977

Dº Cív
C 392 9
2010

ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Obra destacada con el
PREMIO ÁLVARO PUELMA ACCORSI

© ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER
© PATRICIA SILBERMAN VESZPREMI

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

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

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

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1992-8



www.editorialjuridica.cl

BARROS LETELIER Y CIA. LTDA.
BIBLIOTECA

DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA
DE LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES
CONTRACTUALES

Uno de los presupuestos básicos en torno al cual se estructura el derecho privado es la facultad que se reconoce a los particulares para conformar sus relaciones jurídicas con autodeterminación y responsabilidad, adecuándolas a sus necesidades e intereses.¹ Con ese objeto, se reconoce a los individuos un ámbito de libre actividad, en que la producción y el intercambio de bienes y servicios descansan en su iniciativa privada.

Desde esta perspectiva, el contrato cumple un rol esencial en la concreción del principio de autonomía de la voluntad, en la medida en que hace posible la descentralización de las relaciones jurídicas al operar como instrumento básico de interacción entre los distintos agentes económicos.

En el ámbito de los negocios jurídicos, la autonomía privada se traduce en el reconocimiento de la libertad de contratación de las partes. En virtud de dicha libertad las partes pueden decidir libremente cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a perfeccionar un contrato y también decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos para llegar a un acuerdo. De igual modo, las partes pueden optar libremente entre contratar o abstenerse de hacerlo.²

¹ En concepto de Emilio Betti, esta facultad deriva de la autonomía privada que se reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento. BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción y concordancias con el derecho español de A. Martín Pérez), Granada, Editorial Comares, 2000, p. 46.

² En el ámbito de las negociaciones contractuales, se reconocen a los individuos las siguientes facultades como manifestaciones de la libertad contractual: a) libertad



En ejercicio de su libertad contractual, las partes pueden involucrarse en un proceso de negociaciones a fin de deliberar acerca de los términos y condiciones de la operación jurídica que desean realizar y evaluar la conveniencia de dicha transacción.³ Asimismo, durante este período exploratorio, los eventuales contratantes pueden intercambiar sus puntos de vista, formular propuestas y evaluar las opciones recibidas de su contraparte, a fin de precisar el contenido del contrato que desean celebrar.⁴

para contratar o abstenerse de hacerlo; b) libertad para elegir con quién contratar; c) libertad para determinar el contenido del contrato a celebrar y, d) libertad para determinar la forma de los acuerdos, siendo la regla general la consensualidad. En este sentido se pronuncian TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE, y LEQUETTE, IVES, *Droit Civil: Les Obligations*, 7ª edición, París, Editorial Dalloz, 1999, p. 29. Una conceptualización similar se encuentra en derecho chileno en VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, y LYON PUELMA, ALBERTO, *Actos jurídicos y personas*; volumen N° 1 "Teoría general del acto jurídico", 2ª edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1991, p. 52.

³ El desarrollo de un proceso de negociaciones contractuales aparece como necesario para alcanzar la composición de intereses contrapuestos que supone la celebración de todo contrato, aunque la complejidad y extensión de la etapa precontractual dependerá, en gran medida, de la índole y magnitud de la transacción que las partes pretenden llevar a cabo. Esta vinculación entre negociación y contratación ha llevado a algunos autores incluso a cuestionar la voluntariedad de aquellas categorías contractuales en que la posibilidad de negociar se encuentra descartada o resulta improbable, como es el caso de los contratos de adhesión o de los contratos forzosos.

⁴ En términos generales, puede decirse que las partes negocian porque consideran que al coordinar sus objetivos con los de otros individuos alcanzarán mejores resultados que actuando solos. Recurriendo a una analogía ya planteada por el análisis económico del derecho, podría analizarse el proceso de negociación contractual bajo la óptica de la teoría de juegos, desarrollada en el ámbito de las ciencias sociales. Bajo este marco conceptual, el proceso de negociaciones es considerado como una actividad que permite a las partes maximizar las ganancias de la transacción y en que cada interesado en la conclusión del contrato determina su estrategia de acción en respuesta a las conductas y actitudes de la parte contraria. Podría decirse que, en el desarrollo de las negociaciones contractuales, las partes negociadoras se enfrentan a un dilema al definir sus tácticas óptimas y estrategias comunicacionales, por lo que se advierte que la adopción de comportamientos cooperativos y confiables resulta beneficioso para ambas partes. En otras palabras, la estrategia óptima que un negociante puede adoptar en el contexto de una negociación contractual dependerá del plan de acción escogido por la otra. En este contexto, la teoría de juegos puede constituir un gran aporte en cuanto herramienta de análisis de la dinámica que tiene lugar entre los eventuales contratantes aunque no otorgue soluciones exhaustivas a los problemas que pueden tener lugar en el período precontractual. Una exposición sistemática de la aplicación de la teoría de juegos a la contratación, puede encontrarse en SCHÄFER, HANS-BERND, *Manual del análisis económico del Derecho Civil*, traducción de

Tal como se ha puesto de manifiesto en el derecho comparado, esta libertad que se reconoce a los individuos durante todo el iter contractual puede concebirse desde una perspectiva tanto positiva como negativa.⁵ En su dimensión positiva, la libertad de contratar supone que las partes son libres de crear un contrato vinculante, por lo que tanto la formación de ese acuerdo contractual como la selección de su contenido deben ser reconducibles a la intención de las partes.⁶

En tanto, la concepción de la libertad contractual en sentido negativo implica reconocer que las partes permanecen libres de toda obligación mientras no hayan celebrado un contrato válido y ejecutable.⁷

Es precisamente esta dimensión negativa de la libertad contractual la que explica que, durante el desarrollo de las negociaciones contractuales, las partes deban permanecer libres de conducir la negociación como les parezca. Por lo mismo, las partes pueden involucrarse en todas las conversaciones paralelas que quieran a fin de comparar diversas proposiciones, elegir las más ventajosas e incluso poner fin libremente a las negociaciones que dejen de convenir a sus intereses.⁸

La libertad contractual que predomina en este período implica que por el solo hecho de involucrarse en negociaciones

Macarena Von Carlstenn, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 315, y en KATZ, AVERY, "The strategic structure of offer and acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation", en *Michigan Law Review*, volumen N° 89, 1990.

⁵ Esta doble dimensión de la libertad contractual ha sido desarrollada por la autora Nili Cohen en "Precontractual Duties: Two freedoms and the contract to negotiate", publicado en "Good faith and fault in Contract Law", Oxford University Press, 1997, p. 25. En este artículo la autora israelí postula la posibilidad de aplicar al ámbito de la libertad contractual las reflexiones en torno al significado de la libertad planteadas por el filósofo Isaiah Berlín en el artículo "Two Concepts of Liberty", publicado en "Four Essays on Liberty", 1969, p. 118.

⁶ BEATSON, JACK, y FRIEDMANN, DANIEL, "Introduction: From 'Classical' to Modern Contract Law", en *Good Faith and Fault in Contract Law*. Edición de Jack Beatson y Daniel Friedmann, Oxford University Press, 1995, pp. 7 y ss.

⁷ Al interior de la tradición jurídica del *Common Law*, esta dimensión negativa de la libertad contractual es conceptualizada bajo la expresión "freedom from contract" en oposición a la calificación de la libertad contractual en sentido positivo como "freedom to contract". COHEN, NILI, *op. cit.* [nota 5], pp. 25 y ss.

⁸ TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE, y LEQUETTE, IVES, *op. cit.* [nota 2], p. 168.



contractuales no se crea una relación jurídica entre las partes. Por lo tanto, las partes negociadoras no quedan vinculadas por los tratos previos, ni asumen la obligación de concluir exitosamente el proceso de negociación.

En efecto, cada parte que se involucra en un proceso de negociaciones sabe, desde su inicio, que éstas no necesariamente se traducirán en la celebración del contrato proyectado, ya que puede suceder que las conversaciones finalicen sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo. Sin embargo, quien entra en negociaciones con miras a celebrar un contrato aspira a que este proceso se desarrolle en forma seria, sincera y correcta, aunque no se alcance necesariamente el perfeccionamiento de un contrato.

En definitiva, cada parte negociadora confía en que el ejercicio de la libertad contractual de la otra parte no atentará contra su propia libertad de negociación. Cada individuo negocia bajo la expectativa que la otra parte no lo inducirá a negociar sin la intención seria de celebrar un contrato, que no prolongará deliberadamente las tratativas para luego contratar con un tercero ni interrumpirá abusiva e injustificadamente las negociaciones.

Precisamente el hecho que una parte pueda actuar de un modo abusivo o deshonesto durante las negociaciones, causando daños a la otra parte, es lo que explica que la facultad de entablar negociaciones libremente y discutir sobre los términos a negociar no puede ser ilimitada. En este sentido, se advierte que la prerrogativa que se reconoce a las partes de poner término a las negociaciones contractuales encuentra su límite en el desarrollo de conductas de mala fe o conductas en extremo indebidas que pueden traducirse en la lesión de las expectativas razonables desarrolladas por la otra parte durante el curso de la negociación.⁹

⁹ La necesidad de reconocer límites a la facultad de poner término a las negociaciones preliminares ha sido ampliamente discutida en el derecho comparado. Así, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se contempla alguna norma que establece que una vez que una parte ha formulado una oferta de contrato, ésta sólo puede ser revocada dentro de los límites establecidos en las reglas sobre formación del consentimiento. De la misma forma, se ha estimado que aun antes de que esa etapa se haya alcanzado o en aquellos procesos de negociaciones en que no se presenta una secuencia de oferta y aceptación o resulta difícil determinar la concurrencia de una oferta legal, una parte tampoco deberá permanecer libre de poner término a las negociaciones abruptamente o en detrimento de su conegociante que



Tal como se ha señalado anteriormente, la participación en un proceso de negociaciones puede demandar la realización de gastos, desembolsos e inversiones destinados a incrementar las ganancias esperadas del contrato proyectado. De igual modo, e inducida por la expectativa de realización del contrato, una parte puede dejar pasar otras oportunidades convenientes a sus intereses, todo lo cual se traducirá en pérdidas para esa parte si las negociaciones no llegan a buen término.

Por lo anterior, ante el fracaso de las negociaciones contractuales, se hace necesario determinar cuál de las partes negociadoras debe asumir los perjuicios en que se convierten todos aquellos gastos e inversiones que éstas pueden haber realizado durante el período precontractual. Esto supone establecer si cada parte debiera soportar, a su propio riesgo, cualquier daño derivado de la frustración de las negociaciones o, si, por el contrario, existen razones para sostener que, bajo ciertas circunstancias, tales perjuicios deben ser atribuidos a la parte que ha abandonado el proceso de negociaciones.

Cabe señalar que la solución de este conflicto en cada ordenamiento jurídico depende principalmente tanto del enfoque adoptado respecto de la contratación como del rol que se atribuye a la libertad contractual en este ámbito.

Así, bajo un enfoque esencialmente liberal, el contrato se concibe como una institución que permite a los individuos regular en forma autónoma y descentralizada sus intereses, lo que desde una perspectiva kantiana expresa la facultad del individuo para autolegislarse.¹⁰

ha efectuado gastos y desperdiciado la oportunidad de celebrar otros contratos, confiando en la conclusión del contrato proyectado. Sin embargo, se debe tener presente que determinar cuándo se ha alcanzado ese punto sin retorno, dependerá de las circunstancias concretas del caso, en especial en qué medida una parte como resultado de la conducta de la otra, tenía razones suficientes para confiar en que las negociaciones tendrían resultados positivos así como si las partes ya han alcanzado acuerdos sobre los elementos esenciales del contrato a celebrar. Al respecto, véase comentarios al artículo 2.15. de *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2ª impresión corregida y editada, Roma, 1995.

¹⁰ Esta concepción individualista de la contratación, que el autor español Luis Díez-Picazo denomina "Voluntarismo Jurídico", se traduce en que la creación de obligaciones es considerada como un acto soberano del individuo, que enajena o



En este sentido, se reconoce a las partes una amplia libertad para negociar los contratos que pretenden celebrar, relevándolas de cualquier riesgo de incurrir en responsabilidad durante este período.¹¹ Mientras el contrato no se encuentre perfeccionado, las partes negociadoras no tienen obligación de conducirse de manera particular alguna, pudiendo cualquiera de ellas romper las negociaciones en cualquier momento, sin necesidad de invocar justificación o fundamento alguno.¹²

Desde esta perspectiva, las negociaciones contractuales son concebidas como un proceso esencialmente aleatorio, de tal manera que cualquier pérdida sufrida en razón de su fracaso resulta enteramente previsible para las partes por tratarse de un riesgo intrínseco de toda negociación.¹³

Así, bajo el prisma liberal, la parte que entra en negociaciones en la esperanza de obtener ganancias con la celebración de un contrato asume el riesgo de cualquier pérdida que pueda sufrir en

limita voluntariamente su propia libertad. De esta manera, el contrato se convierte en el fundamento de todo el derecho y de todas las relaciones jurídicas. DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen I "Introducción Teoría del Contrato", 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 124.

¹¹ Tal como ha señalado el autor Allan Farnsworth en relación a la tradición jurídica del *Common Law*, tradicionalmente se ha reconocido a las partes la libertad de negociar sin el riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual. A su juicio, lo anterior se debe a que las reglas clásicas de formación de los contratos dejan a las partes una amplia libertad de negociación, pudiendo cada parte retirarse libremente de las negociaciones, mientras el contrato no se encuentra perfeccionado por la concurrencia de una oferta y una aceptación. FARNSWORTH, ALLAN, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealing and failed negotiations", publicado en *Columbia Law Review*, volumen N° 87, 1987, pp. 222 y ss.

¹² FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 222.

¹³ Las reglas del juego que asumen quienes se involucran en una negociación se traducen en que, tal como advierte el autor Werner Flume, "cada parte actúa a su propio riesgo si, confiando en que el contrato llegue a existir, hace gastos o deja pasar la posibilidad de celebrar el contrato con otro". FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Cañas. Tomo II, 4ª edición, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 723. Por su parte, la autora Nadia Nedzel da cuenta que esta concepción de la negociación como una actividad aleatoria por esencia se traduce en que cualquier pérdida derivada del fracaso de una negociación contractual es previsible para la parte perjudicada, y, por lo tanto, sólo excepcionalmente podrá reclamarse su reparación. NEDZEL, NADIA, "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability", *The Tulane European and Civil Law Forum*, 1997, pp: 109 y ss.

el evento en que la otra parte abandone, incluso abruptamente, dichas negociaciones.¹⁴

De este modo, se considera que mientras las partes no han manifestado claramente su intención de quedar vinculadas, permanecen libres de toda obligación y así quien decide no seguir adelante con un proceso de negociaciones contractuales está simplemente ejerciendo su libertad de no contratar.

Por esta razón, en la tradición liberal se considera que la imposición de responsabilidad por retiro de las negociaciones constituye una limitación innecesaria a la libertad contractual en su dimensión negativa, que no sólo atenta contra la noción misma de contrato recogida en esta tradición jurídica, sino que puede generar un efecto indeseable al desincentivar a las partes a entrar en negociaciones.¹⁵

Desde otro enfoque, el contrato puede concebirse como una institución destinada a incentivar y fomentar la cooperación entre los individuos, permitiendo a las partes negociadoras obtener beneficios a través de la coordinación de sus expectativas mutuas.¹⁶

¹⁴ De acuerdo a este enfoque liberal de la contratación, se considera que mientras las partes no han concluido un contrato son libres de comportarse del modo que convenga a sus intereses, pudiendo incluso retirarse de las negociaciones sin incurrir en responsabilidad por los daños o costos infligidos a la otra parte. Bajo esta premisa, la parte agraviada por la ruptura de las negociaciones tendría que asumir inevitablemente los daños patrimoniales que puede experimentar si la negociación no llega a buen término, sin que pueda compensar los costos en que ha incurrido durante la negociación con aquellos beneficios que esperaba obtener de la celebración del contrato proyectado. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 222. Esta regla según la cual cada parte actúa a su propio riesgo y por tanto debe velar por sus propios intereses sin que pueda exigir una compensación por las consecuencias perjudiciales que experimenta, también es conocida como la máxima del "*Caveat Emptor*". KESSLER, FRIEDRICH y FINE, EDITH, "Culpa in contrahendo, bargaining in good faith and freedom of contract: a comparative study", publicada en *Harvard Law Review*, 1964, volumen 77, N° 3, p. 440.

¹⁵ En este sentido, el autor Allan Farnsworth advierte que la imposición de responsabilidad precontractual puede operar como un elemento disuasivo respecto de aquellas personas que pretenden entrar en negociaciones en que las posibilidades de éxito son reducidas. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 222 y ss.

¹⁶ Así, el autor Emilio Betti considera que en el núcleo mismo del concepto de contrato se encuentra el deber de cooperación que surge entre las partes contratantes ya en el período precontractual, que ha de servir no sólo para alcanzar la finalidad particular de los interesados, sino la meta misma del contrato. BETTI, EMILIO, *Cours de Droit Civil Comparé*. Des Obligations, N° 79, p. 13, citado en REZZÓ-



Por lo mismo, la negociación se presenta como un proceso de construcción de una relación de confianza recíproca entre las partes negociadoras que les permite planificar anticipadamente la forma en que desarrollarán sus intercambios y que genera expectativas acerca de los beneficios que pueden derivarse de dicha transacción.¹⁷

Este contexto justifica la imposición de deberes de conducta en las partes negociadoras y la obligación de negociar de buena fe y actuar en forma leal y honesta. Dichas obligaciones tienen por finalidad evitar que quienes participan en dicha negociación contractual vean defraudadas las expectativas que razonablemente pueden haber desarrollado a partir de la conducta del otro negociante.¹⁸

Así, se considera que la inobservancia del deber de buena fe que debe presidir los actos preparatorios de un contrato puede generar graves entorpecimientos e incluso la paralización del tráfico jurídico. Por lo tanto, se justifica el establecimiento de un límite a la libertad contractual de las partes negociadoras mediante la sanción de los comportamientos contrarios a la honestidad y lealtad exigible a las partes durante el período de preparación del contrato.

Bajo este enfoque, aunque no se obliga a las partes a concluir el negocio jurídico proyectado, se da cuenta del carácter de instrumento de cooperación que cabe al contrato al admitir la imposición de ciertos deberes de conducta durante el proce-

NICO, JUAN CARLOS, *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 475.

¹⁷ GOETZ, CHARLES, y SCOTT, ROBERT, "Enforcing promises: An examination of the basis of contract", publicado en *Yale Law Journal*, volumen N° 89, 1980, pp. 1267-1270.

¹⁸ A juicio del autor Luis Díez-Picazo, el fundamento de esta concepción se encuentra en una norma ética derivada de la buena fe, implícita en toda relación contractual, que "se basa en la idea de que los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de buena fe y por tanto llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta hayan creado razonablemente en los demás. La buena fe exige no defraudar la confianza que en otro puede haber creado nuestra promesa o nuestra conducta y por lo tanto impone el deber de atenerse a la palabra dada". Díez-PICAZO, LUIS, *op. cit.* [nota 10], p. 124.

so de negociaciones contractuales. La inobservancia de dichos deberes da lugar a la obligación de reparar los daños causados por quien ha incurrido en una conducta contraria al estándar de comportamiento debido.

De lo expuesto anteriormente, puede advertirse que la protección irrestricta de la libertad de contratación en el ámbito de las negociaciones que se postula en la tradición liberal, conduciría a un rechazo casi absoluto de la responsabilidad precontractual. Bajo este enfoque se admite la procedencia de responsabilidad precontractual sólo en circunstancias extremas de dolo o mala fe, en circunstancias que el abandono de un proceso de negociaciones puede traducirse en perjuicios injustos para la parte que ha visto defraudadas sus expectativas razonables.¹⁹

Por otra parte, la imposición a las partes negociadoras de deberes positivos de conducta derivados de la buena fe puede resultar excesiva en un escenario en que debe primar la libertad de negociación para que las partes puedan alcanzar libremente los fines perseguidos con ella.

En este sentido, parece razonable sostener que para resolver el conflicto suscitado por la ruptura de un proceso de negociaciones, más que adherir en forma absoluta a alguno de los enfoques planteados anteriormente, se deben tomar en consideración aquellos aspectos relevantes que cada una de estas visiones pone de manifiesto.

Así, se debe tener presente que la dinámica en que se desarrollan las negociaciones contractuales supone que éstas tienen lugar en un ámbito de libertad en que cada parte puede actuar conforme le parezca, debiendo velar por sus propios intereses para obtener

¹⁹ La profesora Joanna Schmidt advierte que el respeto absoluto de la libertad contractual durante la fase preparatoria conduciría a rechazar toda intervención jurídica en este terreno por considerar que los participantes son libres de llevar la negociación como les parezca y que los comportamientos indebidos en que éstos eventualmente pueden haber incurrido no debieran ser sancionados por el derecho. Sin embargo, esta autora hace presente que el afán de seguridad experimentado por los negociantes requiere una intervención jurídica que les asegure las posiciones negociadas. Asimismo, señala que entre estos dos imperativos opuestos, el derecho deberá asumir el rol armonizador de las relaciones sociales que le cabe e interrogarse por las técnicas de intervención adecuadas. SCHMIDT-SZALEWSKI, JOANNA, "La sanction de la faute précontractuelle", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo LXII, 1974, pp. 49-50.



las ventajas propias de la negociación. Sin embargo, también se debe considerar que esta libertad de actuación que se reconoce a las partes negociadoras no puede llegar al punto de permitir que las partes se comporten en forma deshonesto o extremadamente indebida, causando con ello daños a la otra parte.

En razón de lo anterior, se advierte que la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos —ya sea adhiriendo a un enfoque liberal o imponiendo a las partes un deber de negociar de buena fe— han tendido a reconocer la primacía de la libertad contractual en la fase de las negociaciones. Al mismo tiempo, en tales sistemas jurídicos se admite que dicho principio debe ser moderado a fin de impedir que los negociantes desarrollen conductas ilícitas que posteriormente se traduzcan en el fracaso de las negociaciones.

De esta forma, se ha señalado que incurriría en responsabilidad precontractual quien inicia o continúa un proceso de negociaciones de mala fe o sin la intención seria de concluir el contrato proyectado.

También se ha sostenido que resulta reprochable iniciar las negociaciones haciendo creer a la otra parte que con seguridad se realizaría un contrato, en circunstancias en que se sabía o se debía saber que dicho acuerdo era irrealizable por motivos externos.²⁰

Asimismo, se considera reprochable la conducta de quien prolonga deliberadamente un proceso de negociaciones para desviar a la contraparte de otras oportunidades de contratar o bien la conducta de quien mantiene contactos negociales con la única finalidad de obtener ventajas en negociaciones paralelas. Otro supuesto de esta índole, que justificaría la imposición de responsabilidad precontractual, se ha identificado en aquellos casos en que una parte deliberadamente ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que debieron haber sido informados atendida la naturaleza de las partes y/o del contrato.

²⁰ Al respecto, véase comentarios a artículo 2.15. de *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *op. cit.* [nota 9].

De igual modo, se ha considerado inadmisibles la conducta de quien interrumpe injustificadamente un proceso de negociaciones avanzado, luego de haber creado, con su comportamiento, un alto grado de confianza en la conclusión segura del contrato proyectado.

En este sentido, los siguientes casos se han identificado en el derecho comparado como supuestos de responsabilidad precontractual:

—Un profesional es contactado por una empresa para asumir un alto cargo directivo en las nuevas dependencias de la compañía ubicadas en otra ciudad. Atendido a que se le había informado que el traslado era inminente y que el puesto de trabajo le sería asignado con toda seguridad, el profesional adopta las medidas necesarias para asumir su nuevo cargo (venta del automóvil, búsqueda de nueva casa, renuncia de su esposa al trabajo, etc.). Posteriormente, el profesional es informado por la empresa que ha seleccionado a otra persona para hacerse cargo de las nuevas instalaciones, resultando perjudicado por el fracaso de sus expectativas de traslado.

—Un empresario interesado en la adquisición de equipos de alta tecnología entra en negociaciones con el distribuidor local de maquinarias manufacturadas por una empresa extranjera. Después de un largo período de negociaciones durante el cual el empresario había incluso viajado a conocer el proceso de fabricación de la maquinaria, el distribuidor le comunica repentinamente que no podría venderle el equipo solicitado, puesto que ya había firmado un contrato con uno de los competidores del empresario en virtud del cual se obligaba a proveerle en forma exclusiva dicha maquinaria, obligándose a no vender otra máquina de similares características en la misma zona.²¹

—Una empresa multinacional asegura a un comerciante el otorgamiento de una franquicia si este último adopta las medidas necesarias para ganar experiencia en el rubro y acuerda invertir una suma determinada de dinero. Durante los años siguientes, el comerciante realiza diversas gestiones con la finalidad de concluir

²¹ Estos casos se encuentran referidos en los *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales*, *op. cit.* [nota 9].



el contrato contando siempre con la seguridad otorgada por la multinacional que le sería otorgada la franquicia solicitada. Una vez que el comerciante ha dado cumplimiento a todas las condiciones requeridas para firmar el contrato, la empresa le informa que deberá invertir una suma de dinero sustancialmente mayor a la señalada previamente y al negarse el comerciante a dar cumplimiento a esta nueva exigencia, la empresa decide poner término a las negociaciones destinadas a implementar la franquicia antes referida.

También se ha calificado como hipótesis de responsabilidad el comportamiento de quien después de haber alcanzado un acuerdo verbal con la otra parte acerca de todos los elementos del contrato que pretende celebrar, se niega a dar cumplimiento a las formalidades exigidas por la ley, la voluntad de las propias partes o los usos para la validez del convenio.²²

Como puede advertirse, los tipos de casos en que se ha tendido a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual son sustancialmente los mismos en todo el derecho comparado. Sin embargo, el ámbito de protección reconocido por cada ordenamiento jurídico se encuentra determinado fundamentalmente por el enfoque y actitud asumida en cada sistema respecto de la preservación de la libertad contractual de las partes y el resguardo de otros intereses jurídicamente relevantes como derivación del principio de la buena fe.²³

²² Esta hipótesis es descrita por el autor Luis Díez-Picazo, concluyendo que este tipo de casos deben ser reconducidos al supuesto general de ruptura injustificada de las negociaciones. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.* [nota 10], p. 276.

²³ Cabe señalar que desde el siglo XIX se ha reconocido paulatinamente que los daños experimentados por una parte como consecuencia de las actuaciones de su contraparte en la fase de preparación del contrato pueden dar lugar a responsabilidad, llegando a identificarse diversas conductas lesivas que tienen su origen en el período previo a la formación del contrato como circunstancias generadoras de responsabilidad precontractual. El origen de la teoría de la responsabilidad precontractual se remonta a la tesis postulada por el jurista alemán Rudolph von Ihering, quien demostró que, como consecuencia del comportamiento observado por las partes en las negociaciones que preceden al contrato, puede surgir para ellas una determinada responsabilidad, que este autor fundamenta en la culpa en la negociación, o culpa in contrahendo. La tesis introducida por Ihering postula que las partes negociadoras están obligadas contractualmente a observar la diligencia necesaria desde que se formula una oferta de contrato. Por lo tanto, la conducta reprochable de quien causa la invalidez del contrato o impide su perfeccionamiento lo hace responsable por los perjuicios sufridos por la otra parte al haber confiado

Por lo tanto, la amplitud e intensidad de la protección brindada por un determinado ordenamiento jurídico ante eventuales comportamientos lesivos desarrollados durante el período de formación del contrato depende, en gran medida, de cuál es el comportamiento que se estima exigible a las partes durante el período de preparación del contrato.

En particular, se debe tener presente que la problemática que suscita la interrupción injustificada de un proceso de negociaciones genera una serie de interrogantes que es necesario dilucidar a fin de resolver en qué medida la conducta adoptada por la parte que se desiste de los tratos negociales puede considerarse como ilícita y, por tanto, generadora de responsabilidad precontractual.

En primer lugar, se debe identificar el fundamento de la atribución de responsabilidad en este supuesto, lo que supone examinar bajo qué condiciones se justifica imponer al autor de la ruptura la obligación de resarcir los perjuicios causados.

Asimismo, corresponde preguntarse por la fuente y naturaleza de esta eventual responsabilidad, analizando si la ruptura de las negociaciones constituye un acto ilícito sancionable por el régimen de responsabilidad extracontractual o si esta infracción debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual. Corresponde analizar, incluso, si resulta pertinente la formulación de un régimen de responsabilidad autónomo para la reparación de los daños precontractuales.

en la validez del acuerdo. Con todo, y dado que Ihering no incluía en su teoría a las meras tratativas preliminares nunca aplicó su tesis a situaciones que envolvían negociaciones fallidas. IHERING, RUDOLPH, "De la Culpa in Contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles on restées imparfaites", *Oeuvres Choisis*, tomo II, Paris, 1893, traducción francesa por O. Meaulenaere, pp. 1 y ss. Con posterioridad, otros autores lograron extender el ámbito de la responsabilidad precontractual a la etapa anterior a la oferta, sosteniendo que la ruptura arbitraria de las negociaciones contractuales podía constituir un antecedente suficiente de responsabilidad. En la actualidad, bajo la noción de responsabilidad precontractual se suelen reunir supuestos de carácter sumamente heterogéneo que presentan como elemento común la vulneración de los deberes precontractuales que deben observar los negociantes y la existencia de un daño que se produce en la etapa preparatoria del contrato. Para un análisis exhaustivo de las hipótesis de responsabilidad precontractual contempladas en los ordenamientos jurídicos de mayor relevancia en la tradición continental, véase ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Editorial Universidad del País Vasco, 1989.



Finalmente, una vez establecido que bajo determinadas circunstancias quien interrumpa las negociaciones puede ser obligado a compensar a la otra parte por los perjuicios que haya sufrido, resulta necesario determinar cuáles debieran ser las consecuencias patrimoniales atribuibles al autor de la ruptura injustificada de las negociaciones.

Para ello, se debe examinar cuál es la medida de resarcimiento que responde en forma más adecuada al interés protegido por la responsabilidad precontractual. Se debe analizar cuáles son los daños que ameritan ser indemnizados ante el fracaso de un proceso de negociaciones en que las partes han efectuado gastos e inversiones e incluso han descartado otras oportunidades de negocio por confiar en la conclusión del contrato frustrado.

Son precisamente estas cuestiones las que deben responderse para determinar los límites que razonablemente se pueden imponer las partes negociadoras. Con dicho propósito, en el capítulo siguiente de este trabajo se expondrán los criterios elaborados en derecho comparado para dar respuesta a las interrogantes planteadas.

RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO COMPARADO

Del estudio de las soluciones adoptadas en el derecho comparado acerca de la ruptura de negociaciones contractuales se desprende que en todos los sistemas jurídicos se advierte la importancia de preservar la libertad contractual de los negociantes mientras éstos no hayan concluido un contrato en este trabajo. En este sentido los ordenamientos jurídicos analizados se reconoce, en principio, la facultad de cada parte de retirarse de las negociaciones contractuales sin incurrir en responsabilidad.²⁴

Así, el punto de partida en los diversos sistemas jurídicos es que la libre competencia y el buen funcionamiento de una economía de mercado requieren que las partes que negocian un contrato sean libres de ponerle término a las conversaciones contractuales si consideran insatisfactorio el proyecto de contrato que negocian.²⁵

Sin embargo, al mismo tiempo se advierte la necesidad de poner un límite a dicha libertad a fin de impedir que una parte pueda incurrir en abusos en el curso de las negociaciones, generando desventajas patrimoniales para la parte que se encontraba interesada en la conclusión del contrato proyectado. En razón de ello en los diversos ordenamientos analizados, se admite que bajo ciertas circunstancias quien interrumpe injustificadamente las

²⁴ El presente trabajo se concentra en la revisión y del modo en que la problemática de la responsabilidad precontractual ha sido resuelta comparadamente en los ordenamientos jurídicos más influyentes en el derecho occidental (Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia e Italia).

²⁵ MALAURIE, PHILIPPE, y AYNES, LAURENT, *Cours de Droit civil. Les obligations*. Tomo VI, 10^a edición, París, Editorial Cujas, 1999, p. 225.



negociaciones contractuales, cuando la otra parte ya ha efectuado gastos y desperdiciado la oportunidad de celebrar otros contratos, puede verse obligado a responder por los perjuicios causados a consecuencia de su conducta ilícita.

En este sentido, podría decirse que la reflexión acerca de la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales se efectúa en los distintos países prácticamente en los mismos términos. Se considera inadmisibles la conducta de quien en el curso de las negociaciones contractuales ha actuado en forma tal que ha hecho confiar a la otra parte en que el contrato que se negocia será concluido con toda seguridad y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones injustificadamente.

Con todo, la amplitud con que se admite la procedencia de responsabilidad precontractual en este supuesto y el fundamento en virtud del cual se atribuye responsabilidad a quien abandona un proceso de negociaciones, varía en cada sistema. Lo anterior, dependiendo tanto de la tradición a la que cada ordenamiento jurídico pertenece como al rol que en éste se atribuye a nociones tales como la equidad y al principio de buena fe en la etapa precontractual.

En términos generales, puede advertirse una contraposición entre aquellos ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common Law*, en que se restringe a casos extremos la admisibilidad de la responsabilidad por retiro de las negociaciones por estimar que constituye una limitación inaceptable de la libertad contractual en sentido negativo, respecto de aquellos países pertenecientes a la tradición continental. En los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición civil, el reconocimiento generalizado de un deber de buena fe en el período de formación de los contratos se traduce en una aceptación más amplia de tal limitación al principio de libertad contractual.

De esta manera, en el *Common Law* se recurre a la responsabilidad precontractual únicamente en determinados casos excepcionales a fin de compensar a quienes se han visto injustamente perjudicados por el fracaso de la negociación. En tanto, bajo la tradición continental se admite en mayor medida la imposición de responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones por estimar que se trata de una conducta

contraria a la honestidad y lealtad que debe presidir los tratos preliminares.²⁶

Las soluciones admitidas en los diversos ordenamientos jurídicos coinciden con los enfoques adoptados en cada tradición jurídica acerca de la contratación y la libertad contractual. Dicha correlación se advierte tanto respecto de la admisibilidad de la responsabilidad precontractual ante el supuesto de ruptura de negociaciones contractuales, como respecto de la identificación del fundamento de atribución de responsabilidad precontractual y las consecuencias patrimoniales que deben ser asumidas por el autor del ilícito.

2. FUNDAMENTO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA DE NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Los diversos ordenamientos jurídicos coinciden en términos generales en la determinación de las condiciones bajo las cuales quien interrumpe las negociaciones puede resultar obligado a indemnizar a su contraparte. Sin embargo, existe cierta discrepancia en cuanto al fundamento técnico al que cada sistema jurídico recurre para imponer responsabilidad precontractual al autor de dicha conducta.

⁷⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil Internacional", en *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 1997.



2.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS APLICADOS EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL Y EN CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

En el ámbito de la tradición continental se ha tendido a justificar la sanción de la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales recurriendo a diversos criterios de atribución de responsabilidad. En determinados sistemas jurídicos se considera la interrupción de las tratativas como un supuesto de abuso de derecho, mientras en otros ordenamientos se recurre a la aplicación de las nociones de culpa in contrahendo, defraudación de la confianza y prohibición de realizar comportamientos contradictorios (*"venire contra factum proprium"*).

De igual modo, en algunos ordenamientos jurídicos se ha llegado a fundamentar la imposición de responsabilidad precontractual directamente en la infracción del deber de comportarse durante las negociaciones de acuerdo a un parámetro general y objetivo conformado por las exigencias de la buena fe.

Puede advertirse en estos países incluso una tendencia a reforzar el carácter antijurídico de la ruptura de las negociaciones por la vía de efectuar una cierta yuxtaposición de los fundamentos normativos que permiten justificar la atribución de responsabilidad precontractual.

-Abuso de derecho

Algún sector del derecho comparado ha pretendido configurar la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones como un supuesto de abuso del derecho a poner término unilateralmente a las negociaciones contractuales. Tal derecho a retirarse de las negociaciones en cualquier tiempo se reconocería a cada parte negociante como derivación del principio de libertad contractual.⁷⁷

⁷⁷ A favor de esta posición, se ha pronunciado un sector minoritario de la doctrina francesa, entre ellos JOSSERAND, LOUIS, en *El espíritu de los derechos y su relatividad: teología jurídica*, traducción de Eligio Sánchez Larios, Puebla, México, editado por José M. Cajica, 1946, p. 112. Asimismo, dan cuenta de la existencia de esta corriente doctrinaria los siguientes autores: GHESTIN, JACQUES, *Traité de Droit Civil: Les obligations*, París, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 177; DURRY, G. "La nature contractuelle ou delictuelle de la responsabilité",

En este sentido, se ha considerado que una parte ejerce abusivamente o incurre en una extralimitación del uso de su facultad de retirarse de las negociaciones cuando daña el interés de confianza de su contraparte en no ver defraudadas las expectativas creadas acerca de la efectiva conclusión del contrato.⁷⁸

De acuerdo a este sector de la doctrina comparada, la iniciativa de la ruptura presentaría un carácter abusivo cada vez que se ejerce en condiciones arbitrarias o desleales, con una intención maliciosa o cuando la actitud ambigua del autor de la ruptura ha impedido a la otra parte prever la interrupción del proceso de negociaciones.

Así, se considera reprochable que el autor del daño decida poner fin en forma irreflexiva a una situación que él ha creado o mantenido voluntariamente con otros. Se reprocha la falta de consideración de las consecuencias perjudiciales que la ligereza de su conducta puede significar respecto de los intereses de su contraparte.⁷⁹

De esta manera, aunque se reconoce a las partes la prerrogativa jurídica de apartarse de las tratativas, se admite la imposición de responsabilidad precontractual cuando uno de los negociantes ejerce este derecho en forma intempestiva o sin invocar una

publicada en *Revue Trimestrielle Droit Civil*, 1972, N° 71, p. 972; VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Introduction a la responsabilité*, 2ª edición, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 358. Por su parte, el autor François Terré advierte que el recurso a la noción de abuso de derecho ha sido recurrente en la jurisprudencia francesa como un medio de buscar un equilibrio entre el ejercicio de la libertad y la intención de moralizar el comportamiento de los individuos. TERRÉ, FRANÇOIS, *op. cit.* [nota 2], p. 168.

⁷⁸ Por su parte, tal como advierte el autor Reinhard Zimmerman, la jurisprudencia francesa en algunas ocasiones también ha declarado que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones debe necesariamente provenir de un abuso del derecho a negociar, señalando que este abuso se configura cuando la ruptura de las negociaciones se efectúa de mala fe o con intención maliciosa, o al menos se incurre en una actitud que demuestra una cierta duplicidad de intenciones. ZIMMERMAN, REINHARD, *op. cit.* [nota 35], pp. 239-241.

⁷⁹ VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilité*, 2ª edición, París, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 368, quien cita en apoyo de esta doctrina los siguientes pronunciamientos judiciales de la Sala Comercial de la Corte de Casación: sentencia de 11 de enero de 1984, publicada en *Bulletin Civil*, tomo IV, N° 16, y sentencia del 23 de mayo de 1989, publicada en *JCP*, 1989, p. 18761.



causa suficiente para ello, en cuyo caso deberá responder por los perjuicios causados.

Sin embargo, cabe señalar que la calificación de la ruptura de los tratos como un supuesto de abuso de derecho ha sido postulada únicamente por sectores doctrinales minoritarios. Al respecto, se cuestiona que dichos autores no han logrado fundamentar adecuadamente de qué modo el retiro de las negociaciones podría conceptualizarse como un derecho subjetivo, elemento que en la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia comparadas resulta esencial para configurar una conducta como hipótesis de abuso de derecho.

Por lo mismo, la aplicación de la doctrina del abuso de derecho para sancionar este ilícito precontractual ha sido fuertemente criticada por otros sectores doctrinales. A juicio de estos autores, no basta con limitarse a invocar la doctrina del abuso de derecho sin justificar adecuadamente la calidad de derecho subjetivo que se atribuye a la posibilidad de abandonar las negociaciones. Al respecto, se señala que si bien la facultad de retiro de las negociaciones constituye un reflejo de la libertad contractual, no puede calificarse como derecho subjetivo en sentido técnico, del que se pueda abusar por ejercitarlo en forma extralimitada.⁸⁰

—Infracción del deber de buena fe

La noción fundamental a la que se recurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición continental para articular la imposición de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones es el deber de buena fe. Al igual que en los instrumentos de unificación internacional, el deber de buena fe es entendido en esta tradición jurídica como

⁸⁰ En este sentido se manifiesta DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.* [nota 10], p. 275. En el mismo sentido, se manifiesta el autor Roberto Brebbia, quien se opone enérgicamente a la aplicación de la teoría del abuso del derecho como fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, al señalar: "Ya se acepte como base para la determinación de lo que debe entenderse por abuso de derecho el elemento de la intención de perjudicar, el de la culpa, o el del ejercicio del derecho fuera de su función económica o social, la mencionada doctrina debe considerarse insuficiente para explicar adecuadamente la responsabilidad en la etapa de las tratativas cuando todavía no hay formulación de la oferta —en la que las partes no tienen una sobre otra ningún derecho". BREBBIA, ROBERTO, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavala, 1957, p. 38.

el parámetro de conducta que impone una serie de obligaciones de comportamiento leal y honesto en la fase de preparación del contrato. Estos deberes mínimos de decencia y colaboración que se exigen durante la negociación, suponen que las partes deben respetar el cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociaciones. La inobservancia de tal patrón de comportamiento permite calificar la conducta del autor de la ruptura de las negociaciones como antijurídica.

Así se advierte en el derecho alemán, en que se ha reconocido expresamente que la doctrina de la culpa in contrahendo que sustenta el régimen de responsabilidad precontractual desarrollado en ese país, puede ser vista como una derivación de la cláusula general de buena fe contenida en la sección § 242 del Código Civil alemán.⁸¹

Según la interpretación que se ha dado a esta norma legal, el requerimiento de buena fe en la etapa de formación del contrato encuentra su fundamento en la relación obligatoria que surge entre las partes desde el comienzo de los contactos negociales. En virtud de esta relación precontractual se impone a las partes la obligación de comportarse en forma leal y honesta y tomando en consideración los intereses de la contraparte a fin de no defraudar la confianza generada.⁸²

También en el derecho francés se ha reconocido la existencia de un deber precontractual de negociar de buena fe. En ausencia de una regulación expresa acerca de los deberes de conducta exigibles en el período de formación del contrato, dicho deber de negociar de buena fe encontraría asidero legal en una extensión a la fase precontractual del deber de ejecutar los contratos de buena fe contenido en el artículo 1134 del Código Civil francés.

⁸¹ A partir de la norma contenida en la sección § 242 del Código Civil alemán conocida como la provisión "Treu und Glauben" (que en términos simples, significa fe y crédito), se ha señalado que la legislación germana requiere que las partes contratantes observen el deber de comportarse de buena fe y de actuar en forma razonable tanto en la negociación como en el cumplimiento del contrato. POWERS, PAUL J., "Defining the undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods", en *The Journal of Law and Commerce*, University of Pittsburgh, 1999, volumen N° 18, pp. 333 y ss.

⁸² ZIMMERMAN, REINHARD, *op. cit.* [nota 35], p. 31.



Con todo, la preocupación que se manifiesta en Francia por salvaguardar el principio de la libertad contractual ha llevado a interpretar el deber precontractual de buena fe en términos bastante restringidos. Se considera como un deber de no negociar de mala fe, que impide a las partes poner fin a las negociaciones cuando han suscitado en la otra parte un alto grado de confianza en la conclusión del acuerdo.⁸³

Sin embargo, es en el derecho italiano donde se advierte con más claridad la adherencia al principio de buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones. En dicho sistema jurídico se ha llegado a consagrar legislativamente un deber de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato en el artículo 1337 del Código Civil.⁸⁴

De igual modo, en el ámbito de la contratación internacional (UNIDROIT y Principios Contractuales Europeos) se contempla un marco regulatorio de las conductas de las partes durante las negociaciones que incorpora el estándar de buena fe en su forma negativa, esto es, sancionando las conductas de mala fe en la etapa precontractual. En tales cuerpos normativos se establece expresamente la responsabilidad de quien interrumpe de mala fe las negociaciones contractuales por los daños experimentados por su contraparte al haber efectuado gastos y perdido la oportu-

⁸³ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 114.

⁸⁴ Por tratarse de una norma carente de consecuencias jurídicas, la concreción de esta cláusula general y abstracta ha correspondido a la jurisprudencia italiana, pudiendo advertirse que la plasmación legal de la obligación precontractual de buena fe, aunque ha contribuido a llamar la atención sobre las negociaciones contractuales y ha servido de base legal a las demandas por responsabilidad precontractual, no tiene una trascendencia práctica determinante. En este sentido, la Corte di Cassazione ha definido la buena fe en sentido objetivo como referida a una regla de conducta que impone una serie de obligaciones cuya inobservancia lesiva obliga a reparar los perjuicios sufridos por la otra parte si la conducta de quien interrumpe las negociaciones es susceptible de inducir una razonable confianza en la otra parte". Sentencia de la Corte di Cassazione, de 27 de octubre de 1961, publicada en *Repertorio del Foro Italiano*, 1961, número 2425, citado en PALMIERI, NICOLA, "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *Seton Hall Law Review*, 1993, N° 24, p. 70. Por esta vía, la jurisprudencia italiana ha precisado el contenido de la cláusula de buena fe contenida en el artículo 1337, definiendo los presupuestos necesarios para configurar la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones en el derecho italiano.

unidad de celebrar otros contratos, confiando en la conclusión del contrato proyectado.

—Doctrina de los actos propios

También se ha justificado la procedencia de responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales recurriendo a la doctrina de los actos propios. Dicha doctrina, que es una derivación del principio de buena fe, establece que no es lícito actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza que se ha generado en otros a través de conductas anteriores.⁸⁵

Así, se ha estimado que se incurre en un comportamiento contradictorio al poner término a las negociaciones contractuales sin motivo alguno, después de haber suscitado en la otra parte la impresión de que la realización del contrato era segura.⁸⁶ Se considera que la actuación del autor de la ruptura es contraria a la buena fe, porque no se condice con las expectativas que éste había generado en su contraparte con su propio comportamiento.

Esta aplicación de la doctrina de los actos propios se ha postulado en forma explícita en el derecho alemán, en que se ha señalado que la prohibición de "*venire contra factum proprium*"

⁸⁵ En términos generales, la doctrina ha requerido la concurrencia de los siguientes elementos para dar aplicación a la teoría de los actos propios: 1° Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante. De ahí que si está viciada pueda el propio autor atacarla válidamente. 2° Que posteriormente esa misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3° Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. 4° Que entre la conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujeto. Díez-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 439.

⁸⁶ En este sentido, Hans-Bernd Schäfer sostiene que en los casos de comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprium*) se concede una protección especial de la confianza derivada del § 242 del BGB, pues quien con su comportamiento ha generado una situación de confianza tiene que atenerse a las consecuencias si posteriormente contradice su primitivo comportamiento. Por lo mismo, este autor concluye que la parte que ha hecho gastos confiadamente y ha descartado otras opciones basado en la impresión generada por su contraparte de que la realización del contrato era segura, debe resultar protegida en cualquier caso. SCHÄFER, HANS-BERND, *op. cit.* [nota 4], pp. 336-337.



quedaría comprendida en la ya referida cláusula general de buena fe establecida en la sección § 242 del Código Civil alemán.⁸⁷

Como puede advertirse, bajo esta concepción más que atender a la existencia de una violación de los deberes de cuidado durante la etapa precontractual, se considera reprochable el hecho mismo de interrumpir las negociaciones injustificadamente, tras haber creado la apariencia que se estaba en condiciones y se tenía la intención seria de suscribir el contrato.

—Infracción a deberes de cuidado

También se ha pretendido configurar la ilicitud de la ruptura de negociaciones contractuales como un supuesto de infracción al deber general de cuidado que se exige a los individuos en el tráfico jurídico. Se impone responsabilidad precontractual a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas causando un daño a la contraparte en forma dolosa o negligente al haber incurrido en una conducta contraria al estándar de comportamiento exigible a los negociantes.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad precontractual se presenta como una aplicación de la responsabilidad extracontractual. No se pretende sancionar la inexecución de una obligación contraída expresa o implícitamente por quien entra en negociaciones con un tercero, sino que se trata simplemente de sancionar los comportamientos incorrectos en que pueden incurrir las partes durante la negociación de un contrato y que pueden traducirse en la posterior ruptura de dichas conversaciones.⁸⁸

En este sentido, se considera que la responsabilidad precontractual encuentra su origen en la infracción del deber general de respetar la esfera jurídica ajena, que se concreta en el con-

⁸⁷ La prohibición de *venire contra factum proprium* ha sido considerada por la doctrina alemana como un principio general de derecho que se basa, en definitiva, en la ilicitud y en la contravención a la buena fe que supone actuar en contradicción con los actos propios, por lo cual puede sostenerse que queda comprendida en el § 242 del BGB. El autor Gunther Kühne da cuenta que la doctrina de los actos propios encuentra su origen en el derecho romano y que por tanto se encontraría contenida en el principio de buena fe regulado en la sección 242 del Código Civil alemán. KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 281.

⁸⁸ LARROUMET, CHRISTIÁN, *Teoría general del contrato*, volumen I, Santa Fe, Bogotá, Editorial Temis, 1993, p. 185.

tacto mantenido por las partes durante la fase de preparación de un contrato. De esta manera, la ilicitud de la ruptura de las negociaciones radicaría en la inobservancia de la razonable consideración que las partes se deben por estar inmersas en una relación preparatoria.⁸⁹

Este es el razonamiento que han seguido, en forma casi unánime, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa al señalar que a través de la responsabilidad precontractual se pretende reparar los daños sufridos injustamente por una parte a consecuencia de los errores de conducta en que ha incurrido la otra en el período de negociación de un contrato. De esta manera, se trataría de un supuesto más de ilícito aquiliano.⁹⁰

En consecuencia, en el derecho francés se acepta la procedencia de responsabilidad extracontractual por comportamientos reprochables en el curso de las negociaciones en presencia de dolo o culpa. Para establecer la culpa del autor de la ruptura se efectúa una comparación del comportamiento del autor de la ruptura con el de un hombre normalmente prudente bajo las mismas circunstancias exteriores o con el patrón de conducta aplicable al ámbito profesional o comercial en que se encontraban las partes negociadoras.⁹¹

Así, en aquellos casos en que el autor de la ruptura tiene carácter de profesional en el ámbito en que se desarrolla la nego-

⁸⁹ ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], pp. 155 y ss. Este es el criterio adoptado por Roberto Brebbia, quien señala que "El fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside, pues, en la culpa, que puede ser definida como la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar manifestada en el curso de las relaciones sostenidas por las partes en vistas a la concertación de un convenio". La justificación de este criterio es precisada por el autor al concluir que "La razón por la cual el legislador impone la obligación de resarcir el daño causado por un acto realizado en el período de formación del consentimiento no puede ser buscada en la buena fe de la parte damnificada, pues la contraparte puede haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso, sino en la culpa calificante de la acción de esta última. Esta culpa in contrahendo consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro". BREBBIA, ROBERTO, *op. cit.* [nota 78], p. 26.

⁹⁰ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 115.

⁹¹ SCHMIDT, JOANNA, *op. cit.* [nota 19], p. 54.



ciación, los tribunales franceses han tendido a admitir en forma más amplia la procedencia de responsabilidad precontractual. Se estima que los profesionales deben regirse por deberes de conducta más rigurosos que los simples particulares, puesto que la confianza que los profesionales son capaces de crear en la parte no profesional es mayor.⁹²

Por el contrario, la doctrina francesa ha planteado que en aquellos casos en que los profesionales son los perjudicados por la ruptura de las negociaciones resulta sumamente difícil apreciar que dicha responsabilidad precontractual existe. Se considera que por tratarse de una actividad que los profesionales desarrollan en forma habitual, la confianza que pueden desarrollar en las negociaciones que emprenden habitualmente con su clientela es más limitada, ya que no pueden esperar razonablemente que todas las negociaciones iniciadas culminen exitosamente.

Por lo anterior, se concluye que el juego normal de la competencia supone que los gastos en que los profesionales incurren durante las negociaciones deben ser considerados por éstos como costos generales de la actividad que realizan. Por tanto, los profesionales deben soportar el riesgo de la no contratación salvo en aquellos casos en que el comportamiento de la otra parte sea de especial gravedad.

Finalmente, cuando las negociaciones se desarrollan entre dos profesionales, la jurisprudencia francesa parece particularmente preocupada por el respeto de la seguridad comercial, resistiéndose a imponer responsabilidad precontractual a los negociantes. En estos casos se considera que la mera ruptura de las negociaciones no basta para generar responsabilidad, por lo que se exige la prueba de una culpa patente e indiscutible, es decir, un estándar de culpa más exigente que el ordinario.⁹³

Al mismo tiempo, se advierte en el derecho francés una pre-ocupación por impedir que la admisión de la responsabilidad

⁹² SCHMIDT, JOANNA, *op. cit.* [nota 19], pp. 51 y ss.

⁹³ Tal como sostiene la autora Geneviève Viney, esta reflexión doctrinal acerca del estándar de cuidado aplicable a los profesionales es una manifestación de la tendencia observada en otros dominios del derecho francés a configurar un régimen de responsabilidad propio de los profesionales, en que la culpabilidad es apreciada en relación a la conducta de un buen profesional en lugar del patrón ordinario de un buen padre de familia. VINEY, GENEVIÈVE, *op. cit.* [nota 77], p. 358.

precontractual actúe en detrimento del principio de la libertad contractual, limitando su procedencia a aquellas situaciones que demuestran que la confianza generada por los actos de la parte culpable era seria, legítima y previsible.⁹⁴

En razón de ello, los tribunales franceses han sostenido en reiteradas ocasiones que, si bien es cierto que en la fase de negociaciones contractuales las partes se encuentran sujetas a ciertos deberes de cuidado, no puede pensarse que incurre en responsabilidad todo aquel que se retire de las negociaciones o que mantenga negociaciones con un tercero. Por lo tanto, se exige la presencia de mala fe o de una falta de carácter patente e indiscutible para dar lugar a responsabilidad precontractual.⁹⁵

En este sentido, los tribunales franceses han considerado que si las negociaciones habían llegado a un grado de avance tal que la conclusión del contrato aparecía como inminente y el demandante ha incurrido en gastos considerables en la preparación del contrato, se infringe el deber de cuidado aplicable en las relaciones comerciales por el solo hecho de poner fin a las negociaciones en forma abrupta y sin invocar una razón legítima.⁹⁶

⁹⁴ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 139.

⁹⁵ La Corte de Apelaciones de Pau ha precisado la naturaleza de la culpa susceptible de generar responsabilidad para el autor de la ruptura, sosteniendo que una parte incurre en una conducta sancionable al romper sin razón legítima, brutal y unilateralmente las negociaciones avanzadas. Sentencia dictada con fecha 14 de enero de 1969, publicada en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1970, p. 358. Con todo, y tal como se desprende de los fallos judiciales más recientes emanados de los tribunales franceses, se ha señalado que para juzgar la ilicitud de la ruptura de las negociaciones se debe atender a las circunstancias precisas del caso a fin de determinar si un hombre razonable en el lugar del demandante habría confiado en que el contrato proyectado se celebraría, efectuando gastos y postergado otras oportunidades de negocio basado en tal suposición. Asimismo, se debe analizar la conducta del autor de la ruptura para verificar si sus actitudes pudieron haber contribuido a generar la confianza de su conegociante o si se encontraba en conocimiento de las decisiones adoptadas por su contraparte en vistas de la conclusión segura del contrato en negociación. KÖTZ, HEIN, y FLESSNER, AXEL, *op. cit.* [nota 32], p. 30.

⁹⁶ Así se ha pronunciado la Corte de Casación en sentencia dictada con fecha 20 de marzo de 1972, publicada en *La Semaine Juridique* (JCP), 1973, II, p. 17543. La misma tendencia se advierte en decisiones recientes de ese mismo tribunal: sentencia de la Sala Comercial del 7 de enero de 1997, publicada en *Recueil Dalloz*, 1998, sección 4ª, p. 45; en la sentencia de la Sala Civil de fecha 6 de enero de 1998, publicada en *Semaine Juridique*, JCP, 1998, tomo II, Nº 10066, p. 757, y en la sentencia de 10 de marzo de 2000 de la Corte de Apelaciones de París, publicada en *La Semaine Juridique*, JCP, Nº 6, p. 317.



Por su parte, en Alemania también se observa una reflexión acerca de los deberes de diligencia y consideración al interés de la otra parte que deben observar los negociantes durante la fase de preparación de un contrato.⁹⁷ Al respecto, resulta particularmente reveladora la denominación de culpa in contrahendo (literalmente, culpa en las negociaciones) con que se ha designado la doctrina desarrollada por Ihering, que estructura todo el régimen de responsabilidad precontractual en el derecho alemán.

Desde esta perspectiva, se considera que el fundamento de la responsabilidad por ruptura de las negociaciones radica en haber desarrollado una conducta constitutiva de mala fe o en haber creado o mantenido en la otra parte una expectativa acerca de la conclusión segura del contrato, en circunstancias en que se sabía o se debía saber que dicho acuerdo era irrealizable por motivos externos. De igual modo, se considera reprochable la actitud de quien hace creer a la otra parte que se celebraría un contrato con toda seguridad y luego interrumpe las negociaciones sin un motivo serio.⁹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana, que ha admitido la existencia de una relación de confianza entre las partes negociadoras como generadora de deberes precontractuales de cuidado. La infracción de tales deberes de cuidado imputable a una de las partes genera responsabilidad, que bajo el sistema jurídico alemán se rige por los principios contractuales.⁹⁹

⁹⁷ En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana han sostenido que la determinación del comportamiento exigible a los eventuales contratantes se efectúa en el derecho alemán en relación al parámetro objetivo y abstracto contenido en el § 276 del Código Civil alemán, modificado por la Ley de Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones de 2002, que establece el deber de cuidado que deben observar los individuos en el tráfico jurídico en los siguientes términos: § 276 "Responsabilidad por la conducta propia. (1) El deudor será responsable por los actos u omisiones deliberadas o negligentes en que incurra, a menos que se encuentre establecido un grado de responsabilidad más estricto o menos severo o que éste pueda inferirse del contenido de la obligación en especial, si el deudor ha asumido expresamente un riesgo o ha contraído una obligación de garantía. (2) Una persona actúa negligentemente al no observar los estándares de cuidado aceptados como relevantes. (3) El deudor no podrá ser relevado anticipadamente de responsabilidad por los actos u omisiones deliberados en que incurra.

⁹⁸ ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 156.

⁹⁹ Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo alemán, que, en sentencia de 20 de junio de 1952, declaró que "La responsabilidad por culpa en la

Esta reflexión doctrinal acerca de los deberes de conducta que deben observar los eventuales contratantes se encuentra recogida actualmente en la nueva sección § 311 incorporada al Código Civil alemán mediante reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones, vigente desde el 1º de enero de 2002.¹⁰⁰

realización del contrato es la que deriva de una relación legal creada para completar el derecho escrito que surge del inicio de las conversaciones y que obliga en el comportamiento frente a la otra parte en el negocio a observar el cuidado habitual en el tráfico". Otro pronunciamiento de este tribunal en que se manifiesta la existencia de deberes precontractuales de cuidado puede encontrarse en sentencia de 5 de abril de 1922, publicada en RGZ, 104, 265 y JW, 1922, 1313. Ambas resoluciones judiciales fueron citadas por ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 51. Con todo, una decisión posterior del Tribunal Supremo alemán ha revelado una tendencia jurisprudencial a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual sin exigir la presencia de culpa durante el proceso de negociaciones, lo que demuestra un cambio notable en la argumentación. Superando el enfoque tradicional acerca de la responsabilidad por culpa in contrahendo, esta decisión reconoció que también una ruptura tardía de las negociaciones contractuales que frustra las inversiones por confianza de la contraparte puede dar lugar a responsabilidad precontractual, aunque no haya existido una conducta negligente previa, siempre que esa ruptura no se encuentre justificada por una razón válida. Esta sentencia justificó la procedencia de responsabilidad por ruptura de las negociaciones sin requerir la existencia de culpa previa al recurrir a la aplicación por analogía de la norma de responsabilidad estricta establecida en la sección 122 del Código Civil alemán, que ordena la reparación de los daños por confianza sufridos a consecuencia de la rescisión de un contrato por error. Sentencia del Tribunal Supremo alemán de fecha 6 de febrero de 1969, publicada en MDR, 1969, p. 641, citada por KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 286. Tal como ha puesto de manifiesto el autor Joachim Dietrich, esta decisión por la cual se establece la procedencia de responsabilidad precontractual sin requerir la concurrencia de culpa en la parte que rompe las negociaciones implica una ampliación considerable del riesgo de incurrir en responsabilidad en el período de formación de los contratos, resultando más acertado hablar de *contrahendo sine culpa* en lugar de *culpa in contrahendo*. DIETRICH, JOACHIM, "Classifying precontractual liability: a comparative analysis", publicado en *Legal Studies*, volumen N° 21, 2001, p. 178.

¹⁰⁰ La nueva sección 311 del Código Civil alemán dispone: "(1) Salvo disposición legal en contrario, se requiere la celebración de un contrato entre las partes para crear una obligación emanada de un acto jurídico o para alterar el contenido de una obligación. (2) Una obligación de la que emanan los deberes contemplados en el § 241 II también puede surgir como resultado de: 1. Entrar en negociaciones contractuales. 2. Preparaciones efectuadas con miras a la creación de una relación contractual si una de las partes permite que la otra afecte sus derechos, sus intereses legalmente protegidos u otros intereses, o confía estos a la otra parte. 3. Contactos negociales similares. (3) Una obligación de la que emanan los deberes



Esta norma impone a las partes negociadoras la obligación de ajustar su conducta durante las negociaciones contractuales a deberes de cuidado destinados precisamente a proteger los intereses y derechos de los potenciales contratantes.

Al momento de determinar el nivel de diligencia exigible a los eventuales contratantes, se tiende a recurrir al parámetro objetivo y abstracto del comportamiento que un hombre normalmente prudente habría adoptado bajo las mismas circunstancias exteriores.

Sin embargo, se debe tener presente que tal como ha advertido la doctrina comparada para considerar la ruptura de las negociaciones como una conducta culpable no basta con estimar que un hombre razonable bajo las mismas circunstancias no habría incurrido en dicho comportamiento reprochable. La culpa precontractual debe manifestarse en una conducta lo suficientemente antijurídica para superar el interés de la otra parte en preservar su libertad contractual, aunque esa conducta reprochable no haya sido intencional.¹⁰¹

Cabe señalar que esta intención de reforzar el carácter anti-jurídico de la ruptura de negociaciones contractuales ha llevado a varios ordenamientos jurídicos a invocar la noción de buena fe como parámetro adicional a la culpa para definir el perfil de actuación que les sería exigible a las partes durante el proceso de negociaciones.¹⁰²

contemplados en el § 241 II también puede surgir para aquellas personas que no tienen la intención de ser partes en el contrato". De esta manera, hace aplicable al período de formación del contrato los deberes de cuidado contemplados en la sección 241 II, la cual establece: "Deberes emanados de una obligación. (1) En virtud de una obligación, el acreedor tendrá derecho a exigir del deudor el cumplimiento de la misma. El cumplimiento puede consistir en abstenerse de hacer algo. (2) Una obligación puede exigir a cada parte tener consideración por los derechos e intereses legalmente protegidos y otros intereses de la parte contraria". Por esta vía el Código Civil alemán reconoce que las relaciones precontractuales de las partes negociadoras pueden dar lugar a obligaciones similares a las de un contrato, estableciéndose una sanción para las conductas negligentes que tengan lugar durante la fase de formación de un contrato. SCHLECHTRIEM, PETER, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", 2002, *Oxford University Comparative Law Forum*, volumen 2, p. 8, cuyo texto puede encontrarse en <http://oucl.iuscomp.org>.

¹⁰¹ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], pp. 97 y ss.

¹⁰² Esta tesis es defendida por la autora española Clara Asúa, quien explica este fenómeno por el hecho que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones

Se ha pretendido denotar la ilicitud de la conducta de quien pone término a un proceso de negociaciones avanzadas, por la vía de calificar ese comportamiento como un supuesto de defraudación de la confianza creada que resulta también contrario a las exigencias del deber de buena fe.¹⁰³ De esta manera se intenta justificar la restricción a la libertad contractual que supone la imposición de responsabilidad precontractual en este supuesto demostrando que la ruptura injustificada de las negociaciones contractuales constituye un comportamiento particularmente reprochable.

Sin embargo, en este esfuerzo por intensificar la ilicitud de la ruptura de las negociaciones, los distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición continental han tendido a integrar diversos criterios de atribución de responsabilidad para sancionar al autor de la ruptura. Este fenómeno de yuxtaposición en lugar de contribuir a clarificar en qué radica la ilicitud de esta conducta tiende a generar confusión acerca de cuál es el deber de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación de un contrato.

contractuales se produce "en una esfera, la precontractual, en la que a nada se está obligado todavía, y el que se trate de daños exclusivamente patrimoniales hace que se haya buscado un refuerzo a la idea de antijuridicidad, haciéndola derivar de la violación de las exigencias de la buena fe en sentido objetivo". ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 253.

¹⁰³ Así lo pone de manifiesto la autora María Paz García Rubio al referirse a la opinión sustentada por la profesora Clara Asúa, quien pese a considerar que el fundamento de la responsabilidad precontractual se halla en el principio *neminem laedere*, considera que por planear el fantasma de la actuación conforme a derecho (romper las negociaciones) resulta conveniente la invocación de normas de conducta derivadas del concepto de buena fe en sentido objetivo. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 131. En este sentido, Clara Asúa estima necesario un reproche más específico que el derivado del *alterum non laedere*, por lo que aprecia "útil la invocación de parámetros o normas de conducta exigibles a quienes se ven inmersos en determinadas situaciones. Esto es, en definitiva, lo que sugiere el concepto de buena fe en sentido objetivo como norma de conducta que aportará el perfil de la actuación que en el caso le era exigible al sujeto y que si no se ha observado permitirá calificar ese comportamiento de ilegítimo o antijurídico". ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 253.



2.2. TÉCNICAS JURÍDICAS INVOCADAS EN EL *COMMON LAW* PARA IMPONER RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Mayor claridad se advierte al interior del *Common Law* acerca del fundamento jurídico que permite atribuir responsabilidad precontractual en caso de ruptura de negociaciones contractuales. En dichos sistemas jurídicos se mantiene la tendencia a otorgar una primacía absoluta a la libertad de negociación de las partes y por lo tanto se aprecia una fuerte resistencia a admitir la procedencia de responsabilidad precontractual, mientras las partes no han alcanzado un contrato válido y vinculante.

Por lo mismo, la discusión al interior del *Common Law* no se centra tanto en la calificación de la conducta de la parte que pone término a las negociaciones como reprochable. El análisis se centra en la búsqueda de soluciones de equidad como un sustituto razonable para remediar las situaciones extremas de injusticia que pueden producirse como resultado de la interrupción de un proceso de negociaciones.¹⁰⁴

En las últimas décadas, tanto los tribunales norteamericanos como la jurisprudencia inglesa han admitido la existencia de ciertos fundamentos que podrían servir para atribuir a una de las partes los daños experimentados por la otra a consecuencia del fracaso de una negociación.¹⁰⁵ Al respecto, se ha señalado que la parte que resulte agraviada podrá basar su reclamación

¹⁰⁴ En razón de ello, se ha puesto de manifiesto en esta tradición que la relevancia de identificar cuál de las partes ha puesto término a las negociaciones y bajo qué circunstancias lo ha hecho no radica en la calificación de la conducta de este negociante como reprochable en sí misma, sino en la necesidad de verificar que las razones que han impedido a esa parte perfeccionar el contrato pertenezcan al ámbito de riesgo que dicho negociante ha asumido voluntariamente o que le ha sido atribuido por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la cuestión determinante en esta tradición jurídica es identificar a cuál de las partes correspondía asumir el riesgo de las pérdidas ocurridas en tales circunstancias particulares. DIETRICH, JOACHIM, *op. cit.* [nota 97], p. 170.

¹⁰⁵ En todas estas hipótesis los tribunales norteamericanos han tendido a atribuir el riesgo de no conclusión del contrato a la parte que interrumpe las negociaciones, por considerar que se encuentra en mejor posición para prevenir los obstáculos que impiden alcanzar un acuerdo. Esta regla también responde a una consideración por la situación de vulnerabilidad en que ha quedado la contraparte al haber efectuado inversiones por confianza en el contrato proyectado. DIETRICH, JOACHIM, *op. cit.* [nota 97], p. 169.

en los siguientes fundamentos jurídicos: enriquecimiento injusto, declaraciones falsas o erróneas y la realización de promesas específicas durante el curso de las negociaciones.¹⁰⁶

–Doctrina del enriquecimiento injusto

Se ha recurrido a la doctrina del enriquecimiento injusto para imponer a quien interrumpe un proceso de negociaciones la obligación de restituir todos los beneficios que ha recibido injustamente de su contraparte durante la fase precontractual. Estas acciones por enriquecimiento ilícito comúnmente se refieren a la apropiación indebida de ideas reveladas durante el curso de las negociaciones o a la restitución de los beneficios obtenidos por servicios prestados durante el período precontractual, anticipando el cumplimiento del contrato proyectado.¹⁰⁷

En todo caso, para dar lugar a la restitución de los gastos e inversiones por confianza efectuados por una parte durante el curso de las negociaciones, la jurisprudencia norteamericana ha exigido que la conducta de la parte que ha inducido a efectuar tales desembolsos pueda ser considerada como excesiva o desmesurada (“*unconscionable*”). Adicionalmente, se ha exigido que

¹⁰⁶ FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 230 y ss.

¹⁰⁷ En este tipo de casos, se otorga a la parte perjudicada el derecho a que la parte injustamente enriquecida le retorne la ganancia obtenida, poniéndola en la misma posición en que hubiera estado si no se hubiese producido el perjuicio. Tal como señala el autor Agustín Viguri, “el beneficio puede medirse bien por el incremento en la propiedad del demandado o por el valor razonable que éste debería pagar por similares servicios a los prestados por el demandante. Para ello, el demandante deber probar que sus prestaciones comportaron un valor real para el demandado”. VIGURI PEREA, AGUSTÍN, *op. cit.* [nota 44], p. 119. Un caso paradigmático de enriquecimiento injusto por servicios prestados, es *Hill v. Waxberg*, en que Hill requirió los servicios de Waxberg, un contratista, para la preparación de un proyecto de construcción de un edificio, señalándole que la construcción del edificio le sería adjudicada en caso de obtenerse el financiamiento del proyecto. Waxberg efectuó los trabajos requeridos para el desarrollo del proyecto confiando en que los gastos realizados se compensarían con los beneficios que se derivarían del contrato. Cuando se obtuvo el financiamiento, las partes fueron incapaces de acordar los términos definitivos del contrato, por lo que Hill decidió contratar los servicios de un tercero. Waxberg demandó la restitución de los gastos realizados y los servicios prestados, en la medida en que estos habían resultado beneficiosos para Hill. Sobre la base jurídica de la restitución, el tribunal resolvió que Waxberg tenía derecho a que le fuera compensado el valor razonable de los servicios prestados. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 232.



tales gastos o inversiones no puedan razonablemente atribuirse al ámbito de riesgo asumido por la parte perjudicada en dicha negociación precontractual.¹⁰⁸

De esta manera, se considera que ante el fracaso de las negociaciones no resulta lícito retener aquellos beneficios otorgados por la otra parte negociante al haber confiado en la conclusión del contrato proyectado. A fin de impedir un enriquecimiento injusto del autor de la ruptura, el derecho obliga a esta persona a restituir a la otra parte los beneficios obtenidos como consecuencia de la negociación fracasada.¹⁰⁹

—Doctrina del *promissory estoppel*

Con más frecuencia se recurre a la doctrina del *promissory estoppel* para imponer responsabilidad precontractual a quien pone término a las negociaciones contractuales. Se recurre a esta teoría legal en aquellos casos en que una persona ha efectuado una promesa específica a la otra parte negociante con el objetivo de estimular su interés en el contrato proyectado, e inducir la a efectuar gastos por confianza o a descartar otras oportunidades de negocio igualmente convenientes.¹¹⁰

De acuerdo a la figura del *promissory estoppel*, una parte no puede romper impunemente una promesa hecha durante las

¹⁰⁸ A juicio de Allan Farnsworth, estos dos criterios contemplados en el *Restatement (Second) of Restitution* § 6(2) (recopilación jurídica de criterios doctrinales y jurisprudenciales vigentes elaborado por el American Law Institute), resultan consistentes con la concepción aleatoria de las negociaciones adoptada en el *Common Law*. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 233.

¹⁰⁹ Sin embargo, tal como señala Farnsworth, puede resultar difícil acreditar la existencia del beneficio indebidamente apropiado por la contraparte. Esta es la razón por la que los potenciales litigantes han tendido a asumir que los beneficios conferidos a la otra parte durante las negociaciones fallidas deben ser considerados como un riesgo inherente a la negociación, adhiriendo tácitamente al enfoque aleatorio sostenido por la doctrina. FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 231.

¹¹⁰ La institución del *promissory estoppel* es definida en el *Black's Law Dictionary* en los siguientes términos: "Aquel que surge cuando hay una promesa que el promitente debe razonablemente esperar inducirá a una acción u omisión de un carácter definido y sustancial por parte del destinatario de la promesa, y que de hecho induce tal acción u omisión, y tal promesa es obligatoria si la injusticia sólo puede evitarse mediante la ejecución forzada de la promesa". FRIED, CHARLES, *La obligación contractual: El contrato como promesa*, traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 14.

negociaciones si la otra parte, con el conocimiento y la aquiescencia de la primera, ha actuado sobre la base de la mantención de dicha promesa.¹¹¹

Esta doctrina, que se encuentra contemplada en la sección 90 del Segundo *Restatement* de Contratos, señala expresamente que una promesa en la que ha confiado su destinatario para actuar o dejar de actuar, resulta vinculante si con ello se puede evitar una situación de injusticia.¹¹² Como puede advertirse, para dar

¹¹¹ Esta doctrina se ha desarrollado particularmente a partir de casos que involucran negociaciones de contratos de franquicia, en que los potenciales beneficiarios han sido inducidos por el franquiciador a efectuar gastos que incrementarían los beneficios del contrato proyectado, pero que se traducen en pérdidas cuando este último decide poner fin a las negociaciones después de un largo período. El caso emblemático a este respecto es *Hoffman v. Red Owl Stores* (133 N.W. 2d 267 (1965)), en que se otorgó fuerza vinculante a una promesa de otorgamiento seguro de una franquicia con el fin de remediar la defraudación de la confianza inducida por el promitente, aunque el demandado no había formulado una oferta de contrato propiamente tal. Un análisis exhaustivo de las circunstancias de hecho que motivaron la sentencia se efectúa en "Expanded Application of promissory estoppel in Restatement of Contracts, section 90: Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.", publicada en *Michigan Law Review*, volumen N° 65, 1966-1967, p. 551; y, más recientemente, en FEINMAN, JAY, "Promissory Estoppel and Judicial Method", publicada en *Harvard Law Review*, 1984, volumen N° 97, p. 678. Asimismo, se ha recurrido a la institución del *promissory estoppel* como fundamento legal en conflictos que, por ejemplo, se originan en el sector de la industria de la construcción. Se trata de casos en que un subcontratista ha presentado un presupuesto por determinadas obras a un contratista general, quien incorpora ese precio al calcular su propuesta global para la licitación del contrato principal de construcción, pero el subcontratista con posterioridad se rehúsa a efectuar los trabajos al precio señalado una vez que el contratista ya se ha adjudicado el contrato de construcción. Asimismo, el recurso a *promissory estoppel* integra las demandas que pretenden hacer cumplir a los empresarios las promesas de trabajo a futuros empleados, que tras dejar su ocupación habitual se encuentran con que el nuevo puesto les ha sido denegado, incluso antes de comenzar a desempeñar sus funciones. Para una revisión de los pronunciamientos judiciales recaídos en este tipo de casos, véase FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], pp. 237 y ss.

¹¹² Tal como describe Nilli Cohen, el *promissory estoppel* es un recurso que se ha utilizado en *Common Law* para superar las distorsiones que se derivan de la rigidez de los requisitos formales del derecho contractual. Así, se ha recurrido a esta doctrina para otorgar valor a las promesas que no se han llegado a materializar en un contrato válido y vinculante. De igual modo, se recurre a esta institución para superar los problemas que se presentan en el *Common Law* respecto de la exigencia de *consideration* y para remediar aquellas situaciones en que una parte de la negociación, injustificadamente, intenta evadir el cumplimiento de un contrato escudándose en que éste no consta en el documento requerido para su exigibilidad. COHEN, NILI, *op. cit.* [nota 26], pp. 265 y ss.



aplicación a esta doctrina se exige la presencia de una promesa clara y precisa que induce a la otra parte a desarrollar una confianza razonable y previsible, y por tratarse de un remedio de equidad se limita su aplicación a aquellos casos en que el resultado injusto sólo puede evitarse otorgando fuerza obligatoria a la promesa.¹¹³

En el derecho inglés también se ha recurrido a la doctrina del *estoppel* en aquellos casos en que una persona ha alterado voluntariamente su posición inducido por la confianza en una promesa, cuyo autor posteriormente pretende alegar su ineficacia. Con todo, en derecho inglés la aplicación de la doctrina del *estoppel* se ha admitido únicamente como medio de defensa de la persona perjudicada por el quiebre de la promesa formulada, pero no se admite como acción directa contra el autor de la ruptura.¹¹⁴

Como puede apreciarse, el fundamento de la institución del *estoppel* se encuentra en la idea que, cualquiera que haya podido ser la intención real de un individuo, debe quedar vinculado por la apariencia o impresión que su conducta pueda haber ocasionado en el otro negociante.¹¹⁵ Con ello queda en evidencia que el principio que subyace a la doctrina anglosajona del *estoppel* es la prohibición de desarrollar comportamientos contradictorios con la expectativa ajena, creada por la propia conducta precedente.¹¹⁶

¹¹³ NEDZEL, NADIA, *op. cit.* [nota 13], p. 130.

¹¹⁴ Tradicionalmente se ha sostenido que los tribunales ingleses han mantenido el recurso al *estoppel* como un escudo sin llegar a convertirlo en una espada. En este sentido, véase Díez-PICAZO, LUIS, *La Doctrina de los Propios Actos*, Barcelona, 1963, Editorial Bosch, p. 68. Para un análisis del tratamiento otorgado por el derecho inglés a la doctrina del *equitable estoppel*, véase ATIYAH, PATRICK, "Misrepresentation, Warranty and Estoppel", *Alberta Law Review*, 1971, volumen N° 9, pp. 347 y ss.

¹¹⁵ Según la definición del *Black's Law Dictionary*, *estoppels* significa que "[...] una parte está impedida, por sus propios actos, de demandar un derecho en detrimento de otra parte que tenía derecho a actuar por confianza en tal conducta y ha actuado en consecuencia. Un *estoppel* surge cuando el derecho restringe o prohíbe que uno hable contra su propio acto o declaración. No se puede adoptar una posición, actitud o curso de conducta inconsistente para perjudicar o agraviar a otro". FRIED CHARLES, *op. cit.* [nota 108], p. 184.

¹¹⁶ BEATSON, J., *Anson's Law of Contracts*, 27ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 100 y ss. En la tradición jurídica continental esta misma idea está representada en el aforismo "*venire contra factum proprium*" también designada como la doctrina de los actos propios.

- *Tort de misrepresentation o negligence*

Al interior del *Common Law* también se ha sancionado como supuesto de responsabilidad precontractual la conducta de quien formula afirmaciones o representaciones falsas o equívocas acerca de su intención de concluir un contrato, generando una confianza en su contraparte.¹¹⁷

A ese efecto, se ha recurrido a la aplicación de aquellos ilícitos extracontractuales específicos destinados a sancionar el comportamiento antijurídico de quien infringe los deberes de cuidado que tiene respecto de su conegociante. En particular, se ha recurrido a la aplicación de los ilícitos o *torts* de *fraudulent o negligent misrepresentation*.¹¹⁸ También se ha recurrido a esta figura para sancionar la conducta de quien entra en un proceso de negociación sin la intención seria de alcanzar un acuerdo o de quien, habiendo perdido la intención de contratar, continúa negociando sin informar a su contraparte de su cambio de intención.¹¹⁹

¹¹⁷ FARNSWORTH, *op. cit.* [nota 11], pp. 234 y ss.

¹¹⁸ Bajo el régimen de responsabilidad extracontractual vigente en los sistemas del *Common Law* existe un principio de tipicidad del daño que implica el establecimiento de ilícitos específicos, denominados *torts*, que responden a la infracción de deberes de cuidado que se tienen en relación a un sujeto determinado. El *tort de misrepresentation*, contemplado en las secciones 525 y 530 del Segundo *Restatement de Torts* (1977), también ha sido aplicado para sancionar la conducta de quien entra en un proceso de negociación sin la intención seria de alcanzar un acuerdo o de quien, habiendo perdido la intención de contratar, continúa negociando sin informar a su contraparte de su cambio de intención. Con todo, los tribunales norteamericanos han aplicado esta doctrina a la hipótesis de negociaciones fallidas en escasas oportunidades, tal vez por la dificultad de probar la intención fraudulenta en la contraparte o de acreditar las pérdidas sustanciales causadas por las declaraciones efectuadas indebidamente por ésta.

¹¹⁹ Aunque el *tort de misrepresentation* ha sido invocado como fundamento jurídico de responsabilidad precontractual en forma limitada, un ejemplo expresivo del principio que las partes no pueden fraudulenta e impunemente falsear sus intenciones lo constituye el caso *Markov v. ABC Transfer & Storage Co*, resuelto por el Tribunal Supremo de Washington. En este caso, un arrendador de espacios comerciales para almacenes declaró a su arrendatario que tenía la intención de renovar el arrendamiento existente por otros tres años, en circunstancias que se encontraba negociando la venta del local con un tercero, situación que no le fue comunicada al arrendatario. Lo que el arrendador en realidad pretendía era asegurar que el local se mantuviera ocupado durante el proceso de negociación de la venta y que el contrato de arrendamiento fuera renovado en caso que la venta del local no llegara a materializarse. Sólo días después de haber vencido el plazo de vigencia del arrendamiento, el comprador del local le comunicó al arrendatario que debía

Cabe señalar que en los últimos años se ha comenzado a evidenciar una tendencia jurisprudencial al interior del *Common Law* a ampliar el régimen de responsabilidad extracontractual por la vía de extender la aplicación del *tort* de *negligence* a los supuestos de infracción de aquellos deberes de cuidado que carecen de un estatuto legal específico.¹²⁰

Como puede advertirse, los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common Law* han tendido a resolver el conflicto existente entre el principio de la libertad contractual y la necesidad de garantizar equidad en el proceso de negociaciones, dando primacía a la libertad de acción de las partes. Sólo en forma excepcional se ha recurrido a las doctrinas legales antes señaladas para admitir responsabilidad precontractual u otro remedio en aquellos tipos de casos en que se ha considerado necesario restringir la libertad de acción de las partes para solucionar las injusticias derivadas de la interrupción de un proceso de negociaciones.

Sin embargo, atendida la especificidad de los casos de hecho en que proceden, y el limitado éxito que en la práctica ha tenido

abandonar el establecimiento. El arrendatario entabló la correspondiente demanda por fraude en las negociaciones. El Tribunal Supremo de Washington argumentó que el arrendador había declarado fraudulentamente que tenía la intención de renovar el arrendamiento, siendo causa suficiente de fraude el hecho de que dicha promesa se hubiera realizado sin el cuidado y la preocupación suficiente acerca de si ésta podría ser mantenida". FARNSWORTH, ALLAN, *op. cit.* [nota 11], p. 234.

¹²⁰ En el ámbito del *Common Law*, en que se requiere la existencia de un deber de cuidado específico respecto de la víctima para dar aplicación a este criterio, se ha recurrido a la doctrina de la "proximidad" o "vecindad" para justificar la imposición de un deber especial de cuidado a las partes que negocian un contrato. Recurriendo a esta teoría, se considera que la relación de cercanía y proximidad existente entre las partes negociadoras les permite prever y evitar la causación de daños recíprocos. LINZER, PETER, "Rough Justice: A theory of Restitution and Reliance, Contracts and Torts", publicada en *Wisconsin Law Review*, 2001, pp. 695 y ss. En este sentido, los tribunales tanto ingleses como norteamericanos han fallado en reiteradas ocasiones que concurre el *tort* de *negligence* por el incumplimiento de los estándares de cuidado aplicables a los bancos e instituciones crediticias. Así, han considerado que un ejecutivo bancario ha infringido los deberes de cuidado aplicables a su giro al inducir a sus clientes a tomar decisiones basadas en la aseveración de que les será otorgado un crédito por el banco, en circunstancias que éste es posteriormente rechazado por la entidad bancaria. El caso más representativo de esta evolución jurisprudencial es *Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners*, resuelto por the *House of Lords* en 1964, citado en KÖTZ, HEIN y FLESSNER, AXEL, *op. cit.* [nota 32], p. 39.

su invocación en los tribunales, los supuestos en que se ha otorgado protección en el ámbito del *Common Law* a la parte que ha resultado perjudicada por el fracaso de las negociaciones resultan acotados. Lo anterior resulta más evidente si se compara con el grado de protección brindado en la tradición continental en que se admite con mayor amplitud la procedencia de responsabilidad precontractual.

Con todo, se puede advertir que las razones por las cuales una de las partes negociadoras puede verse obligada a asumir las consecuencias perjudiciales derivadas del fracaso de un proceso de negociación son básicamente las mismas en los distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado.

Aunque el enfoque acerca del rol de la libertad contractual y la buena fe en el período de las negociaciones contractuales difiere en la tradición jurídica continental respecto de aquellos países pertenecientes al *Common Law*, en las últimas décadas se ha comenzado a apreciar una convergencia en los resultados prácticos alcanzados en las distintas jurisdicciones al resolver los problemas de deberes precontractuales de cuidado entre las partes negociadoras.¹²¹

Esta convergencia se ha alcanzado por la vía de implementar conceptos legales como la culpa in contrahendo, el deber de negociar de buena fe, la doctrina de los actos propios (*promissory estoppel*) o el *tort* de *misrepresentation*, para definir el patrón de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación del contrato. De esta manera, se logra mitigar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de una protección irrestricta de la libertad de contratación en el ámbito de las negociaciones.

Esta es la solución a la que se ha llegado en los diversos ordenamientos jurídicos analizados en este trabajo. Pese a la disparidad de técnica jurídica a la que se ha recurrido para resolver la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones, en los diversos ordenamientos jurídicos se admite, con mayor o menor extensión, la procedencia de responsabilidad precontractual en aquellos casos en que una parte ha resultado seriamente perjudicada a consecuencia de la conducta impropia desarrollada por el otro negociante durante el proceso de negociaciones contractuales.

¹²¹ KÜHNE, GUNTHER, *op. cit.* [nota 30], p. 292.



3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

En el derecho comparado también se aprecia cierta controversia al determinar cuáles son las normas jurídicas por las que debiera regirse la responsabilidad precontractual. En este sentido, se presenta una disyuntiva entre la posibilidad de estimar la interrupción de las negociaciones como una hipótesis de responsabilidad contractual —que encontraría su fuente en el incumplimiento de obligaciones contraídas expresa o implícitamente por los negociantes— o bien considerar que se trata de un ilícito aquiliano que debiera sujetarse al régimen de responsabilidad extracontractual.¹²²

La relevancia de decidir cuál de los regímenes de responsabilidad debe ser aplicado a los casos de ruptura de las negociaciones radica en la trascendencia práctica que tiene optar por una u otra normativa.¹²³ También resulta necesario precisar si los intereses jurídicos protegidos por la responsabilidad precontractual per-

¹²² Cabe señalar que en el derecho comparado se ha sugerido que resulta injustificada una separación tan radical entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, ya que las diferencias de regulación jurídica existentes entre ambos estatutos de responsabilidad civil se han ido atenuando progresivamente. Parte de la doctrina comparada ha llegado incluso a manifestarse a favor de un tratamiento unitario de la responsabilidad civil, que atendiendo al idéntico fundamento y común finalidad reparadora de la responsabilidad contractual y extracontractual, aconseja la integración de las normas de ambos regímenes en un estatuto único. Entre quienes sostienen esta opinión, véase YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, volumen I, Madrid, Editorial Reus, 1993, pp. 83 y ss., LE TOURNEAU, PHILLIPE, y CADIET, LOIC, *Droit de la responsabilité*, París, Editorial, Dalloz, 1996. Un análisis a partir de las diferencias que persisten entre ambos regímenes en el derecho civil francés, en VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit Civil: Les obligations. La responsabilité: Conditions*, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pp. 193 y ss. En el ámbito del *Common Law* también se observan posturas unitaristas en GRANT GILMORE, *The death of the contract*, Columbus, University Press, 1974, y PATRICK ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

¹²³ En este sentido, la doctrina comparada constata que subsisten diferencias en cuanto a la carga de la prueba de la culpa, plazo de prescripción de la acción indemnizatoria y extensión de la reparación, así como en relación a la vinculación de los responsables en caso de pluralidad de causantes del daño, responsabilidad por el hecho de los dependientes y admisibilidad de cláusulas modificatorias de la responsabilidad. Un análisis exhaustivo de estas consecuencias normativas se encuentra en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 215-227.

tenecen al ámbito de riesgos cautelado a través de los deberes generales de cuidado o si se trata de intereses que sólo pueden ser invocados respecto de quienes han asumido voluntariamente la obligación de respetarlos.

3.1. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PARA CONSIDERAR LA RUPTURA DE NEGOCIACIONES COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A favor de la aplicación de las normas de responsabilidad contractual se ha argumentado que la relación precontractual que existe entre las partes negociadoras da lugar a una serie de deberes de comportamiento de carácter relativo. La vulneración de tales deberes de conducta respecto del conegociante justificaría la imposición de responsabilidad contractual a quien ha causado daño a su contraparte a raíz de la ruptura de los tratos preliminares.

Esta es la argumentación que se ha seguido en el ordenamiento jurídico alemán, que ha sido el país donde la doctrina ha apoyado de manera más clara y decidida la tesis contractual de la responsabilidad originada en el período de formación del contrato.

La tesis contractualista ha sido defendida en el derecho alemán señalando que desde el comienzo de los contactos negociales surge entre las partes una relación de confianza de origen legal que daría lugar a deberes precontractuales similares a los de un contrato y cuya vulneración se sanciona según las normas contractuales.¹²⁴

¹²⁴ La solución contractual se ha postulado en el derecho alemán desde la formulación inicial de la doctrina de la culpa in contrahendo por Ihering, quien sostenía que la fuente directa de la responsabilidad precontractual se encontraba en el contrato celebrado posteriormente por las partes, el cual resultaba inválido a consecuencia de la culpa in contrahendo de una de las partes. Sin embargo, esta teoría fue criticada por considerarla ficticia, ya que suponía reconocer una suerte de efectos putativos del contrato que adolecía de invalidez, sin llegar a explicar suficientemente cómo un comportamiento anterior a la conclusión de un contrato podía constituir violación de los deberes contractuales. Por lo demás, esta teoría no contemplaba aquellos casos en que el proceso de negociaciones se frustraba sin llegar a celebrarse el contrato proyectado. Con posterioridad, los autores se decidieron a abandonar la explicación negocial de esta relación precontractual, que resultaba altamente ficticia y que causaba incertidumbre acerca del momento en que surgía el período susceptible de generar responsabilidad precontractual



Sin embargo, las razones profundas que explican la aceptación prácticamente generalizada de la tesis contractualista en Alemania se encuentran en las propias disposiciones del Código Civil alemán. Dada la ausencia de una noción general de ilícito civil en el derecho alemán no es posible recurrir a las normas extracontractuales para indemnizar los daños primariamente patrimoniales causados en forma negligente, característica a la que responden la mayoría de los conflictos de intereses surgidos en la preparación del contrato.¹²⁵

También se ha defendido la aplicabilidad de las normas de responsabilidad contractual a la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones por un sector de la doctrina italiana. Estos autores igualmente atienden a la existencia de una relación obligatoria entre las partes negociadoras. Al respecto, señalan que por el mero hecho de haber iniciado las negociaciones las partes quedan sujetas a una serie de deberes precontractuales de carácter relativo que encontrarían su origen en el artículo 1337 del Código Civil, que impone a las partes una obligación de buena fe en la formación del contrato.¹²⁶

otorgando a la culpa in contrahendo una fundamentación exclusivamente legal. Esta evolución de la doctrina alemana hacia la configuración de una responsabilidad precontractual de carácter legal y sujeta a un régimen propio, se encuentra expuesta tanto en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 231, como en ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], pp. 25 y ss.

¹²⁵ Tal como advierten numerosos autores, esta clasificación de la culpa in contrahendo como antecedente de responsabilidad contractual se debe principalmente a la inadecuación del régimen de responsabilidad extracontractual alemán que, en oposición a otros sistemas jurídicos, no adopta un principio general de responsabilidad por daños causados en forma negligente. Ante la imposibilidad de aplicar el régimen extracontractual establecido en el Código Civil alemán, la doctrina alemana comienza a recurrir a las normas de responsabilidad contractual para trasladar los daños puramente económicos sufridos por una parte durante las negociaciones contractuales debido a la negligencia de la otra. En este sentido, véase KESSLER, FRIEDRICH y FINE, EDITH, *op. cit.* [nota 14], p. 406, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *op. cit.* [nota 68], pp. 755 y ss.

¹²⁶ Estos autores se han pronunciado a favor de las normas contractuales, a pesar de que el Código Civil italiano contiene una regla de responsabilidad extracontractual genérica, circunstancia que de haber existido en Alemania, probablemente habría hecho innecesario el surgimiento y desarrollo de la doctrina de la culpa in contrahendo. La tesis contractual ha sido postulada en Italia por G. STOLEL en "In tema di responsabilità precontrattuali", Foro Italiano, 1954, volumen N° 1, p. 1110, por L. MENGONI, "Sulla natura della responsabilità precontrattuali", en *Rivista di*

El argumento más utilizado para extender las normas de la responsabilidad contractual al supuesto de ruptura de negociaciones contractuales es que el deber de comportarse de buena fe en el período de preparación del contrato no está formulado como un deber absoluto respecto de todos, sino como un verdadero deber inter partes que existe sólo respecto a la persona con la que se han realizado contactos negociales. Entre las partes negociantes se configura una auténtica relación obligatoria, cuya violación genera responsabilidad contractual.

Así, se ha llegado a sostener que la introducción del artículo 1337 en el Código Civil italiano de 1942 respondió precisamente a la intención de consagrar la naturaleza obligacional de la responsabilidad precontractual, sujetando el comportamiento de las partes en la etapa formativa del contrato a la misma regla de buena fe que rige una vez que se ha concretado el negocio.¹²⁷

Como puede advertirse, en las argumentaciones sustentadas por la doctrina italiana se atiende al hecho de que las partes se encuentran preparando un contrato para aducir que por ello la situación se ha teñido con un cierto carácter contractual. Dicho particular status de las partes negociantes justificaría la aplicación del régimen de responsabilidad contractual en caso de ocasionarse daños a una de las partes durante el período precontractual.¹²⁸

En contra de este argumento se ha señalado que no puede fundarse la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual en la existencia de un contacto entre las esferas de intereses de las partes, puesto que dicho contacto negocial no sería suficiente para dar lugar a una relación obligatoria. Al respecto, se señala que este mismo argumento permitiría postular

Diritto Commerciale, 1956, volumen N° 2, pp. 362 y ss., y, más enérgicamente, por F. BENATTI, "Culpa in contrahendo, Contratto e impresa", 1987, p. 132, citados en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 64 y ss.

¹²⁷ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], p. 65.

¹²⁸ Sin embargo, se ha cuestionado la validez de este argumento señalando que el hecho de que haya dos sujetos negociando un acuerdo no determina una especie de pre-efectos del contrato que no llega a celebrarse por la interrupción de las negociaciones, sino que se trata de una situación que el Derecho valora por sí sola para imponer una obligación de reparar los perjuicios causados a la parte interesada en la conclusión del contrato. ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 259.



la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, puesto que dichas normas también suponen necesariamente un contacto que someta la esfera de interés de un sujeto a la concreta posibilidad de injerencia por parte de otro.¹²⁹

3.2. RAZONES PARA CONSIDERAR LA INTERRUPCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COMO UN ILÍCITO EXTRA CONTRACTUAL

Con más fundamento, se ha sostenido que los casos de responsabilidad precontractual deben regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual por considerar que la ruptura de las negociaciones constituye un comportamiento lesivo que contraviene el principio del *alterum non laedere*.

Bajo este enfoque, se justifica la adopción de la tesis extracontractual atendiendo al hecho de que quien interrumpe las negociaciones contractuales incurre en un comportamiento antijurídico que causa un perjuicio a la otra parte y que le impone el deber de reparar los daños causados.

Esta es la postura que se ha seguido en el derecho francés, que considera la responsabilidad precontractual como una mera aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual. Sobre este punto, se señala que la responsabilidad precontractual no pretende sancionar la inexecución de una obligación contraída expresa o implícitamente por quien entra en negociaciones con un tercero, sino que simplemente sanciona aquellos comportamientos desleales que pueden tener lugar durante la negociación de un contrato.¹³⁰

Asimismo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia casi unánime en el derecho italiano entienden que atendido a que no se trata de la vulneración de obligaciones que tengan su origen en un contrato, sólo queda abierta la posibilidad de configurar la ruptura injustificada como un ilícito extracontractual.

Se sostiene que la responsabilidad precontractual proviene de la infracción del principio general de *alterum non laedere* que encuentra su fundamento en un contacto de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses, aunque no llegue a instaurarse una relación jurídica entre las partes. Por lo mismo, se conclu-

¹²⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *op. cit.* [nota 68], p. 752.

¹³⁰ LARROUMET, CHRISTIÁN, *op. cit.* [nota 86], pp. 185 y ss.

ye que la responsabilidad precontractual se muestra como una manifestación de la culpa aquiliana, porque las negociaciones contractuales no son idóneas para hacer surgir entre los sujetos interesados un vínculo jurídico en sentido estricto.¹³¹

Así, se argumenta que la responsabilidad precontractual no tiene por finalidad cautelar el interés de satisfacción del acreedor, sino que pretende tutelar intereses de carácter general, como son la preservación de la libertad negocial y el interés de seguridad en el tráfico jurídico, susceptibles de ser lesionados por cualquier sujeto en el contacto social.

Con todo, cabe señalar que el factor determinante tanto en el derecho francés como en la postura seguida mayoritariamente en Italia, ha sido la presencia de una fórmula amplia de responsabilidad extracontractual recogida en dichos ordenamientos jurídicos. Bajo esa fórmula general de responsabilidad aquiliana, cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico es indemnizable, incluso aquellos que tienen un origen precontractual.¹³²

Por su parte, en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *Common Law* también se ha recurrido al régimen extracontractual para sancionar hipótesis de daño precontractual. Se considera que la obligación de una parte negociante de soportar los daños causados injustamente a la otra como consecuencia de la ruptura de un proceso de negociaciones puede fundarse en la infracción de los deberes de cuidado que una parte tiene respecto de su conegociante, aunque no haya llegado a perfeccionarse un contrato válido y vinculante.

Cabe señalar que en la medida en que estos sistemas jurídicos carecen de un régimen amplio de responsabilidad extracontractual, la sanción de estos comportamientos antijurídicos se ha efectuado recurriendo generalmente al *tertium de negligence*. También se ha recurrido a los ilícitos de fraude y *misrepresentation*, cuando

¹³¹ MANZANARES, ALBERTO, "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXVIII, octubre-diciembre 1985, p. 991.

¹³² Al respecto, resulta necesario destacar que en la medida en que el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones puede configurarse directamente como un ilícito aquiliano, algunos autores han señalado que en aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan una noción amplia de ilícito civil extracontractual ni siquiera resultaría imprescindible recurrir a la idea de la responsabilidad precontractual. ASÚA GONZÁLEZ, CLARA, *op. cit.* [nota 23], p. 294.



el deber que se infringe es el de no engañar a la otra parte acerca de la probabilidad de conclusión del contrato proyectado.¹³³

3.3. FORMULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO UN RÉGIMEN AUTÓNOMO

En derecho comparado también se han formulado algunas propuestas que plantean la necesidad de diseñar un régimen propio de responsabilidad para la reparación de los daños ocasionados durante la preparación de un contrato, por considerar que se trata de un género autónomo de responsabilidad.¹³⁴

En el derecho italiano, una tesis de esta índole ha sido admitida por un sector minoritario de la doctrina. Dichos autores consideran que a través del artículo 1337 del Código Civil el legislador habría pretendido instaurar un régimen precontractual propio, netamente distinto de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad aquiliana.¹³⁵

En la doctrina alemana también se ha argumentado acerca del carácter autónomo de la responsabilidad por culpa in contrahen-

¹³³ Por el contrario, la aplicación de las normas de responsabilidad contractual a la hipótesis de ruptura de las negociaciones ha sido rechazada en estos ordenamientos jurídicos por estimar que sólo puede imponerse tal responsabilidad a las partes que ya han formado un contrato por el cual manifiestan claramente su intención de quedar vinculadas.

¹³⁴ En el derecho italiano, R. Sacco adhirió a una tesis de esta índole, considerando la responsabilidad precontractual como un "*tertium genus*" al estimar que, a través del artículo 1337 del Código Civil, el legislador había pretendido instaurar un régimen de responsabilidad autónomo, netamente distinto de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad aquiliana. SACCO, R., "Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e aparenza", publicado en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1951, pp. 82 y ss., citado por MANZANARES SECADES, ALBERTO, *op. cit.* [nota 129], p. 1000.

¹³⁵ SACCO, R., *op. cit.* [nota 132], pp. 82 y ss., citado por MANZANARES SECADES, ALBERTO, *op. cit.* [nota 129] p. 1000. Con todo, esta idea ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria señalando que no tiene sentido calificar a la responsabilidad precontractual como un género autónomo de responsabilidad precontractual cuando prácticamente carece de regulación y para resolver la mayor parte de las cuestiones que suscita es preciso acudir ya sea a las reglas obligacionales o a la violación de los deberes genéricos que a todos competen en la vida de relación. En este sentido véase BENATTI, *op. cit.* [nota 124], pp. 116 y 117 citado en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. cit.* [nota 42], pp. 74 y ss.

do. En este sentido, se ha postulado la existencia de un régimen de responsabilidad por defraudación de la confianza, categoría propia de naturaleza legal que sería funcional y estructuralmente independiente tanto de la responsabilidad contractual como de responsabilidad aquiliana, aunque recurriría a la aplicación de las reglas de ambas disciplinas normativas.¹³⁶

Algunos autores incluso han calificado el régimen de responsabilidad precontractual desarrollado en Alemania como una tercera vía entre el régimen contractual y delictual. Se trataría de un régimen propio que encuentra su justificación en el vacío legal que se aprecia en el sistema alemán para indemnizar ciertos daños causados de forma negligente durante la formación del contrato.¹³⁷

Sin embargo, estas teorías favorables a la consideración de la responsabilidad precontractual como un régimen autónomo han sido criticadas enérgicamente atendido a que no llegan a formular las normas propias y autónomas por las cuales debiera regirse esta responsabilidad.

En este sentido se ha señalado que aunque la idea de un género autónomo de responsabilidad precontractual pueda ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa de *lege ferenda*, mientras no se establezca una regulación propia, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones sólo podrá ser considerada como

¹³⁶ MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, (edición española de Ángel Martínez Sarrión), volumen I, Barcelona, Editorial Bosch, 1995, p. 65.

¹³⁷ La insuficiencia de la cobertura contractual y extracontractual ante los daños causados por actuaciones negligentes durante la formación del contrato se advierte del análisis de las disposiciones legales contenidas en el Código Civil alemán. Por una parte, este tipo de daños quedan excluidos del régimen de responsabilidad extracontractual configurado por el Código Civil alemán (§ 823 y § 826), ya que éste no contempla la reparación de los daños puramente patrimoniales causados en forma negligente. Según esta normativa, sólo serán indemnizables los perjuicios patrimoniales si se han irrogado vulnerando una ley protectora o mediante una actuación dolosa, pero no aquellos en cuya producción sólo ha intervenido negligencia. Por otro lado, tampoco podía acudirse a las normas de responsabilidad contractual, porque, aunque se hubiese llegado a concluir un contrato, el perjuicio no estaba generado por un incumplimiento de los deberes estrictamente contractuales. En atención a lo expuesto, se considera que en el derecho alemán se ha llegado a configurar un régimen de responsabilidad precontractual propio, que actualmente tiene el carácter de costumbre jurídica a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general. En este sentido, véase MARKESINIS, BASIL, *op. cit.* [nota 54], pp. 64 y ss. Asimismo, LARENZ, KARL, *op. cit.* [nota 41], p. 108.



contractual o extracontractual atendiendo a la normativa vigente en cada sistema jurídico.¹³⁸

Tal como se desprende del estudio de las soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos jurídicos analizados acerca de la normativa aplicable al supuesto de ruptura de tratos, se puede afirmar que no existe una respuesta unitaria en relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

La opción realizada en cada sistema jurídico viene determinada, en gran medida, por el marco regulatorio vigente en cada país, así como por la necesidad de otorgar respuestas equitativas ante el rigor del principio de la libertad contractual en función de una normativa concreta.

Así, mientras en Alemania prevalece la tesis contractualista por las razones de normativa interna antes señalada, y un sector doctrinal también adhiere a esta postura en Italia, la mayoría de los ordenamientos jurídicos que contemplan una fórmula amplia de responsabilidad extracontractual se inclinan por la aplicación de estas normas para sancionar las conductas ilícitas que pueden tener lugar en la fase precontractual.

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

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

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

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

¹⁷² Así, el profesor Arturo Alessandri Rodríguez identifica el principio de la autonomía de la voluntad como uno de los pilares básicos sobre los que se estructura nuestro derecho contractual en su obra *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1940, p. 10. De igual modo, la doctrina nacional coincide en señalar que el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 1545 del Código Civil, que atribuye fuerza obligatoria a los contratos celebrados voluntariamente por las partes al expresar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 1003. Por lo demás, así lo ha ratificado la jurisprudencia chilena al resolver que "El artículo 1545 del Código Civil consagra el principio fundamental en materia de actos jurídicos



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

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

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

de carácter patrimonial: el de la libertad de las convenciones, que permite todo acto jurídico que no vaya contra una prohibición expresa de la ley, ni sea contrario al orden público o a las buenas costumbres". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, 1934, 2ª parte, sección 2ª, p. 39.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

¹⁸⁴ En este sentido, véase a OLAVARRÍA ÁVILA, JULIO, *Manual de Derecho Comercial*, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, pp. 301-302; SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial*, tomo II, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 231, y EYZAGUIRRE E., RAFAEL, "Derecho Comercial", Apuntes de clases redactados por Jorge Tapia Valdés, Editorial Universitaria, Santiago, p. 148.

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

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

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

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

¹⁸⁵ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], p. 107. Este criterio es recogido por la jurisprudencia en sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en *Gaceta Jurídica* Nº 257, 2001, sentencia Nº 5. Con todo, se trata de un pronunciamiento aislado que, limitándose a reproducir la tesis formulada por Rosende en su memoria de prueba, se opone a la opinión mayoritaria ratificada por la jurisprudencia de nuestros tribunales en el sentido de sostener que la responsabilidad precontractual se rige en el derecho chileno por las normas contenidas en los artículos 2314 y ss.

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

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

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

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

¹⁸⁶ Cabe señalar que la problemática de la ruptura injustificada de las negociaciones se planteó por primera vez en Chile en el año 1906, en que fue publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* una traducción del artículo del jurista francés Raymond Saleilles acerca de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, y pese a la influencia decisiva que tuvo el desarrollo de una teoría general sobre la responsabilidad precontractual en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país no se publicó obra alguna sobre la materia sino hasta 1934, cuando don Manuel Risueño analizó las diversas hipótesis de responsabilidad que podían tener lugar durante el período de formación del contrato en su memoria de prueba titulada "De las obligaciones precontractuales", publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, 1934, 1ª parte, pp. 47-132. Tanto en esta obra como en todas las reflexiones doctrinales posteriores se advierte un claro influjo de las ideas postuladas por Saleilles a principios de siglo, lo que determina el uso de una terminología uniforme por todos los autores nacionales, pero también un evidente atraso en los conceptos jurídicos que desatiende a los progresos realizados en esta materia por las nuevas tendencias del derecho.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁹ En este sentido se pronuncian los siguientes autores nacionales: SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.* [nota 176], pp. 264 y ss., EILER RAUCH, SARA, *De la formación del consentimiento en los contratos*, Editorial Nascimento, Santiago, 1935, pp. 69 y ss., LEÓN HURTADO, AVELINO, *op. cit.* [nota 172], pp. 98 y ss., ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 51 y ss. y ROSSEL C., MARIO, "La indemnización de perjuicios en la formación del consentimiento y en el contrato de transporte terrestre", Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1966, p. 28.



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

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

Estos supuestos se encuentran recogidos en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, ratificada por la Corte Suprema, en que este tribunal resolvió que incurre en una conducta ilícita "la empresa que, sin comunicar a la otra que negociaba a la vez con una tercera, se retira en avanzada etapa de las negociaciones debe reparar los perjuicios que ha causado con ese retiro y consistentes en los gastos efectuados por la actora, respecto de los cuales ha existido un asentimiento para que los hiciera, atendidos los términos en que se llevaban las tratativas".¹⁹⁰

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

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

¹⁹⁰ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 199, enero-junio 1996, p. 179. En esta decisión, la Corte de Concepción sanciona expresamente el término abrupto de un extenso y complejo proceso de negociaciones destinado a la adquisición de terrenos forestales. La Corte puso especial énfasis en la extensión y grado de avance de las negociaciones al momento de la ruptura repentina, luego de haber llevado a cabo un estudio de los títulos de dominio, de haber intercambiado borradores de los instrumentos a otorgar e incluso haber acordado una fecha para la firma del contrato de promesa respectivo. De igual modo, el tribunal destacó el hecho que la empresa sancionada nunca comunicó a la otra parte que mantenía negociaciones simultáneas con un tercero, las cuales determinaron en definitiva el quiebre de las negociaciones originales.



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

2.1. ABUSO DE DERECHO

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

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

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



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

El profesor Enrique Barros también ha apoyado la calificación de la responsabilidad por ruptura de negociaciones como un supuesto de abuso de derecho, señalando que esa hipótesis "puede ser entendida de mejor manera a la luz del abuso de una potestad jurídica, que no exige intención de dañar, pero sí una grave desconsideración del interés de la contraparte que es incompatible con la buena fe".¹⁹⁶

De igual modo, la jurisprudencia nacional ha recurrido en ciertas oportunidades a la doctrina del abuso del derecho, en conjunto con otros criterios de atribución de responsabilidad, para justificar la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte por la interrupción abrupta de las negociaciones. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que "la libertad contractual no constituye un derecho absoluto, de donde se sigue que no puede ejercerse en forma abusiva causando con ello daño a la contraparte", invocando la doctrina del abuso de derecho para calificar la conducta del autor de la ruptura como ilícita.¹⁹⁷

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

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

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 203, enero-junio, 1998, pp. 187 y ss. De igual modo, la Corte de Apelaciones de Talca ha admitido la tesis del abuso de derecho al pronunciarse respecto de un caso en que los vendedores de un terreno, luego de haber acordado verbalmente los términos de la transferencia del inmueble, se negaron a suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones referida resolvió que "Si bien en tanto no se haya perfeccionado el respectivo contrato persiste la facultad de retractación, ésta no puede ejercitarse abusivamente, es decir, (...) fundándose en el contenido de normas que se aplican con un superado criterio literal". Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronun-

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

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

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

2.2. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. CONTRAVENCIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE

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

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

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

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

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



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

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

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

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

²⁰³ Como se ha señalado, Rosende analiza la hipótesis de ruptura de las negociaciones efectuando una continua referencia al derecho italiano, pretendiendo que la solución adoptada en este ordenamiento jurídico podría tener vigencia instantánea en nuestro país. Así, se advierte que todo el razonamiento desarrollado por este autor en relación al derecho chileno se basa en la concurrencia de un supuesto deber de buena fe precontractual, cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico no es debidamente demostrada. Por lo demás, resulta confusa la exigencia de conducta definida por Rosende, quien sostiene, por una parte, que "en el ámbito de las negociaciones contractuales la buena fe no indica un estado psicológico del sujeto, sino que tiene un significado objetivo y se manifiesta en el deber de corrección y lealtad hacia la parte con la cual se mantienen contactos negociales", pero luego expresa que "sobre la base de los antecedentes que proporciona el derecho italiano, es posible sostener que el principio que debe aplicarse en nuestra legislación a fin de proteger los patrimonios de los precontratantes es el concepto de buena fe previsto en el artículo 706 del Código Civil, esto es, el deber de actuar por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", norma que recoge, como es sabido, una concepción subjetiva de la buena fe. ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 173], pp. 69 y ss. Esta evidente contradicción entre las opiniones sostenidas por Rosende impiden concretar el patrón de conducta que, según este autor, debiera regir la conducta de las partes durante las negociaciones contractuales y que resulta imprescindible para establecer un régimen de responsabilidad precontractual practicable en el derecho chileno.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²²³ Véase, ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO, *op. cit.* [nota 210], pp. 337-348. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, pp. 50 y ss.

²²⁴ DUCCI CLARO, CARLOS, *op. cit.* [nota 198], p. 340. En el mismo sentido, véase ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.* [nota 184], p. 823.

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

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

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

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

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

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

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



destinada precisamente a disciplinar este supuesto de responsabilidad precontractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Similar opinión manifiesta el profesor Enrique Barros quien sostiene que por regla general el interés protegido no será el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito como son los costos de negociación y los que

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

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



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

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

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

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

²³⁶ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Precontractual*, op. cit. [nota 172], p. 1007.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



René Abeliuk Manasevich

EL CONTRATO DE PROMESA

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

Es propiedad del autor

CAPITULO I
CONCEPTO Y CARACTERES

1268.— **CONCEPTO Y DENOMINACION.**— Variadas son tanto las denominaciones como las definiciones del contrato en estudio.

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

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

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

[1292] "Es aquél por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición". (RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85). Una definición muy semejante en RDJ, T. 58, sec. 1º, pág. 179.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1294) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 2061; Osuna, ob. cit., N° 299, pág. 174.

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

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

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

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

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

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

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

1º— Promesa del hecho ajeno.

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

2º— Contrato de opción.

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

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

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

Por otro lado, justamente el deseo del vendedor de reservar-se el dominio hasta el íntegro pago del precio lo mueve a exigir promesa en vez de venta definitiva, en vista de la contradicción existente en nuestra legislación respecto de la posibilidad de otorgar contrato definitivo con tal reserva.

(1299) Véase el N° 1275, y las notas 1306, 1311 y 1354.

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

3º— La oferta.

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

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

4º— Otras obligaciones de contratar.

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

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

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

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

(1301) Fueyo, ob. cit. T. 1º, Nº 40 y sigtes.

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

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

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

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

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

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

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

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

(1302) Véase notas 1311 y 1312.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1305) Alessandri, ob. cit., T. 2.º, N.º 2075, pág. 1196; Meza, ob. cit., N.º 87, pág. 69; Fueyo, ob. cit., N.º 44 CII, pág. 89; Gurruchaga, M. de P. cit., pág. 58; Somarriva, "Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia". Santiago, 1939. Nascimento, N.º 213, pág. 158.

(1306) G. T. de 1893, T. 3.º, N.º 4288, pág. 461. RDJ, Ts. 28, sec. 1.º, pág. 689 (con nota de Arturo Alessandri Rodríguez), 44, sec. 1.º, pág. 591, 54, sec. 1.º, pág. 153, etc.

Por tal razón se ha resuelto que si el contrato definitivo celebrado es nulo no puede asignársele valor de promesa: GT 1375, N.º 1826, pág. 820; de 1888, T. 1.º, N.º 1306, pág. 1065; de 1895, T. 3.º, N.º 4214, pág. 683. En contra, G. T. de 1864, N.º 1685, pág. 607. Se trataba de actas de remates reducidas a escritura pública, pero no autorizadas por el Notario respectivo y a las que se pretendía dar valor de promesa, por cumplir los requisitos de ésta. Ni qué decir que estamos con los primeros fallos, pues un contrato de compraventa imperfecto no se asimila a la promesa ni en el consentimiento de las partes, en el objeto ni en la causa.

Por igual motivo se ha resuelto que un posible vicio de nulidad en la promesa no invalida el contrato definitivo ya otorgado, si éste es válido: RDJ, T. 33, sec. 1.º, pág. 165, comentado por Somarriva, ob. cit., N.º 213, pág. 158.

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

Finalmente, fallos publicados en la RDJ, Ts. 58, sec. 1.º, pág. 179 y 54, sec. 1.º, pág. 255 apuntan que la promesa y el contrato definitivo no coexisten, pues éste es futuro respecto de aquélla.

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

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

1º— 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;

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

En esta posición amplia, el contrato preparatorio tiene por objeto establecer las condiciones necesarias, a fin de 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 subtendencias:

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

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

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

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

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

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

(1309) Por la preferencia una parte acuerda a la otra, en el caso de decidirse a otorgar un determinado contrato, preferir a ésta en igualdad de condiciones con otros posibles contratantes, como, por ejemplo, si en un contrato de edición el autor otorga tal privilegio al editor para una segunda edición de una obra. A diferencia de la promesa, no obliga a contratar, porque el editor no puede exigir al autor una segunda edición ni tampoco obligarlo compulsivamente a contratar con él, pero si el autor no cumple su obligación de dirigirse primero a este editor, habrá lugar a la indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

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

(1310) La apertura de crédito es un contrato, dicho en términos generales, por el cual un Banco pone a disposición del otro contratante, un crédito del cual puede éste ir disponiendo. Para algunos se trata simplemente de una promesa de mutuo (Osuna, ob. cit., Nº 225, pág. 185, y los autores citados por él) para otros de un contrato preliminar específico, o un contrato definitivo, con una obligación determinada a cumplirse a través de distintas operaciones jurídicas de quien recibe el crédito. Véase Fueyo, ob. cit., Nº 29, pág. 41, y los autores por él citados.

(1311) La cláusula compromisoria es un acuerdo entre las partes para sustraer al conocimiento de la justicia ordinaria las dificultades que se suscitan entre ellas, quienes quedan obligadas, en virtud de esa cláusula, a cometer sus diferencias a la jurisdicción arbitral (RDJ, T. 44, sec. 2º, pág. 33). Difiere del compromiso fundamentalmente porque no se designa la persona de los árbitros. (Véase Patricio Aylwin Azócar "El juicio arbitral". Editorial Jurídica de Chile. Stpo., 1958, pág. 305 y sigtes.)

Se ha discutido su naturaleza jurídica; para algunos (Fueyo, ob. cit., Nº 287 y sigtes., pág. 157 y sigtes.) la cláusula compromisoria es un contrato de promesa, de otorgar otro "negocio" jurídico: el compromiso mismo.

Para la mayoría de los autores nacionales (Aylwin, ob. cit., Nº 236, pág. 306 y Raúl Varela Varela en comentario a la sentencia que luego se cita del tomo 34 de la RDJ) y para nuestra Corte Suprema en sentencias de la RDJ, Ts. 18, sec. 1º, pág. 75 v 34, sec. 1º, pág. 177, la cláusula compromisoria, aun cuando genera la obligación para las partes de designar árbitros, no es promesa. El argumento fundamental es que no cumpliría el requisito del Nº 4º del art. 1554, pues no le faltaría únicamente la solemnidad para ser un contrato perfecto, sino además un elemento esencial del compromiso: la designación de los árbitros. No nos parece que sea ésta la verdadera razón, porque no falta un elemento esencial del contrato prometido en la promesa, y en consecuencia, no es ésta nula, si la ley consigna ante el silencio de las partes un mecanismo para suplirlo, en este caso, la designación de los árbitros por la justicia ordinaria.

Lo que pasa es que ni siquiera en nuestro país, la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio, sino que es definitivo por la razón que apunta el Sr. Aylwin en la cita anterior: produce su efecto con independencia del otorgamiento de todo otro acto por las partes. En efecto, desde su otorgamiento queda derogada

(A la vuelta)

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

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

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

(De la vuelta)

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

(1312) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 12, sec. 1°, pág. 156 y 60, sec. 2°, pág. 85.

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

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

En fallo publicado en la RDJ, T. 9, sec. 1°, pág. 90 se resolvió que era contrato definitivo y no promesa un contrato referente a la fijación de línea divisoria entre los predios de las partes y las compensaciones que pudieran adeudarse por este concepto, aun cuando se comprometieran a dejar constancia de los nuevos deslindes fijados en otro instrumento. El caso es interesante, porque incide justamente en lo dicho en el Nº 1272, 5°, esto es, que en el contrato definitivo pueden quedar pendientes operaciones u obligaciones que requieran la concurrencia de las partes, sin que por ello exista promesa.

Se ha resuelto que es promesa el contrato por el cual dos personas convienen en subastar una propiedad, haciendo las posturas para ambas, para después del remate el que resultare adquiriéndola, traspasarse a la otra una parte del terreno: el subastador quedó obligado a traspasar esa porción: G. T. 1865, Nº 964, pág. 337.

En sentencia de la RDJ, T. 48, sec. 1°, pág. 314 se declaró que fue promesa el convenio suscrito por el Fisco con la South American Power Co. en virtud de la ley 8132.

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: RDJ, T. 59, sec. 1°, pág. 326. (al frente)

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

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

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

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

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

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

1277.— A. PROMESA DE UN CONTRATO CONSENSUAL.—

Nadie ha dudado nunca de que mediante la promesa las partes pueden comprometerse a otorgar un contrato real o uno solemne, porque el Nº 4º del art. 1554 se refiere expresamente a ellos (Nº 1307 y siguientes). En efecto, cuando habla de que falte la "tradición" (entrega debió decir) es un contrato real el prometido, y si se requieren solemnidades para la perfección del contrato definitivo, es porque éste es 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 el precepto no los menciona, agregándose por quienes piensan en su improcedencia que la promesa se confundiría con el contrato definitivo.

(Del frente)

No son promesas: la prórroga facultativa para una de las partes de un contrato de suministro de electricidad (RDJ, T. 19, sec. 1°, págs. 1 y 5. Véase Nota 1398); el encargo efectuado al albacea de una propiedad (GT. de 1907, T. 1°, Nº 531, pág. 981); la declaración escrita de una persona de haber vendido a otra una propiedad, faltando solamente el otorgamiento de la escritura de venta, porque no contiene la obligación de suscribir esta última (GT. de 1868, Nº 935, pág. 398); por la misma razón, tampoco lo es el borrador de la escritura de compraventa entregado al Notario (GT. de 1872, Nº 2362, pág. 1041).

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

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

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

El contrato preliminar y el definitivo se confundirían y prueba de ello es que el Proyecto de 1853 lo decía así expresamente (1313); como siempre que se produjeron tales cambios en la redacción del Código definitivo cada cual 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. Para nosotros este antecedente por sí sólo nada prueba.

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

Con la mayoría de los autores y jurisprudencia (1314) 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° 1307 y siguientes): en seguida, en virtud de la generalidad del art. 1554 y de la libertad contractual no hay inconveniente para que las partes convengan postergar el contrato definitivo cuya celebración actual no es posible, porque hay inconvenientes legales o es necesario cumplir ciertos trámites previos.

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

(1313) Véase Nota 1291.

(1314) RDJ, Ts. 18, sec. 1°, pág. 156 y 60, sec. 2°, pág. 85. Meza Barros, ob. cit., N° 97, pág. 77, letra d) cree que sólo es posible la promesa unilateral de un contrato bilateral consensual.

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

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

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

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

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

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

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

Desde otro punto de vista, Osuna, ob. cit., N° 274 y sigtes., pág. 221 y sigtes., 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 art. 1554 se encuentra en la extensión de la responsabilidad extracontractual a estas situaciones (Vol. 1°, N° 931).

Si lo anterior no es discutido, si que se ha prestado a dudas la 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.

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

Pues bien, se acepta habitualmente tanto en el extranjero como en Chile que es posible otorgar una promesa unilateral de un contrato unilateral, o sea, por ejemplo, que quede obligado únicamente el prometiende 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 prometiende comodatario no adquiere obligación alguna; únicamente queda obligado el prometiende comodante a entregar la cosa, perfeccionando con ello el comodato prometido. No puede, eso sí, con la sola promesa entregada, ofrecida, porque con ello queda 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 art. 1554, porque el contrato queda especificado de manera que para ser perfecto falta solamente la entrega de la cosa (1318).

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

(1317) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 18, sec. 1°, pág. 158 y 60, sec. 2°, pág. 85.

(1318) Osuna, ob. cit., N° 258, pág. 209; Alossandri, ob. cit., T. 2°, N° 2113; Fucyo, ob. cit., N° 47, pág. 98; Claro Solar, ob. cit., T. 11, N° 1210, pág. 713, etc.

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

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

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

(1320) El Sr. Osuna señala que no es posible que el comodatario se obligue a aceptar el comodato, esto es, a recibir la cosa, porque siendo gratuito el comodato y en mero beneficio suyo, el prometiende comodante no tendría interés alguno en exigir el cumplimiento de tal obligación. De esto concluyo que no habría tal 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 puede tener interés en exigir el contrato definitivo, y así para el comodante, es posible que desee ausentarse del país, y si bien facilita la cosa, al mismo tiempo obtiene que se la cuiden; en el mutuo, si hay intereses, el mutuante deseará que se le reciba su préstamo, a fin de obtener los frutos de su capital, etc., etc.

Ahora bien, si ocurre que no tiene interés en el contrato definitivo, evidentemente no exigirá la promesa, pero ello no significa que la contraparte haya quedado 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 exigir, por ejemplo, normalmente el vendedor en la de compraventa, porque puede obtener un mejor precio, pero ello no implica que el comprador haya quedado únicamente facultado para exigir.

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

Pero también puede ser bilateral la promesa, si la contraparte está en obligación y no en mera facultad, y buena prueba es que, según vemos en el N° 1320, quien cumple una promesa, para. 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.

(1321) "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". (Mazeaud, ob. cit., parte 3°, T. 3°, N° 788, pág. 59).

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 prometiiente facultado debe emitir su pronunciamiento y con ello obtiene el perfeccionamiento del contrato definitivo (1322).

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

(1322) En Francia, ya desde Pothier se hablaba de este tipo de promesas; actualmente, dado el texto único referente a la promesa del Code (Nº 1269), se sostiene que la promesa unilateral es el único caso de antecrédito, puesto que la bilateral equivale al contrato prometido. Otros, en cambio, sostienen que excepcionalmente hay promesa bilateral, cuando el contrato prometido es solemne: Véase Planhol et Ripert "Traité pratique de Droit Civil Français, T. 6º, Nº 144; Colin et Capitant, "Cours élémentaire de Droit Civil Français, T. 2º, pág. 426; Mazeaud, ob. cit., Parte 3º, T. 3º, Nº 784 y sigtes., pág. 56 y sigtes.

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

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

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

(1324) Véase Repertorio, 2º Ed., T. 4º, pág. 228, Nº 24 l.

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

Adelantamos que compartimos esta opinión, porque la contraria sólo se funda en una exégesis muy estrecha del art. 1554, en boga cuando el contrato estaba muy poco estudiado, pero, a nuestro juicio, insostenible hoy en día (Nº 1286); pero la verdad es que la sola existencia de la discusión ha 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 art. 1554, especialmente los de los N.ºs 2º y 4º (1327). Lo primero, porque el contrato prometido sería ineficaz, ya que sería nula una compraventa en que únicamente el vendedor vendiera, pero el comprador no comprara. Siendo ineficaz el contrato prometido, de acuerdo al Nº 2º del art. 1554, lo es la promesa.

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

2º— Porque en la promesa unilateral queda a la sola 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 art. 1478 (Vol. 1º, Nº 489).

De estos argumentos, la mayoría son de fácil contradic-

(1325) Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1211, pág. 714; Leopoldo Urrutia, art. citado de la RDJ, T. 16, 1ª parte, pág. 25; Fernando Fucyo, ob. cit., Nº 51, pág. 104, donde cita, además, múltiples opiniones en el mismo sentido, y art. publicado en la RDJ, T. 59, 1ª parte, pág. 149, etc.

(1326) Rep. 2º Ed., T. 4º, pág. 230, Nº 24 II. De estos fallos se destaca por su construcción doctrinaria el de la Excm. Corte Suprema de 5 de septiembre de 1962, publicado en la RDJ, T. 59, sec. 1ª, pág. 326, y con el comentario de don Fernando Fucyo citado en la nota anterior.

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

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

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

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

La doctrina negativa dice que al contrato preliminar ha de 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 manifiestar el consentimiento, de manera que no hay que dejarse engañar por los términos del art. 1554, N° 4°: para que el contrato se perfeccione no basta que las partes otorguen una escritura pública, sino que 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 (1329).

Contradichos los argumentos de los partidarios de la nu-

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

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

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

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

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

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

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

(1330) "Será válido el contrato de promesa de venta de una pertenencia o parte 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".

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

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

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

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

Por su parte, la legislación cubana concibe de otra manera la institución: "la opción es un contrato por virtud del cual el propietario de un bien o de un derecho, que es el optatario, se obliga, por tiempo fijo, con otra persona, que es el optante, a otorgar con él, o con la persona que éste designe, un contrato determinado, con los pactos, términos, cláusulas y condiciones que consten de la opción" (citado por Fueyo, ob. cit., T. 2°, pág. 19, nota 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITULO II
REQUISITOS DE LA PROMESA

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

Sección Primera
Generalidades

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

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

Como aspectos generales nos interesa por el momento referirnos:

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

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

Así lo haremos a continuación.

(1338) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 58, sec. 1º, pág. 179 y 60, sec. 2º, pág. 85.

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

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

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

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

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

Nos fundamos para rechazarla:

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

(1339) Principalmente Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2073, pág. 1194; también, Osuna, ob. cit., Nº 234, pág. 193.

(1340) GT. 1919, 2º sem., Nº 77, pág. 408; RDJ, Ts. 38, sec. 1º, pág. 55; 43, sec. 1º, pág. 399 y 60, sec. 2º, pág. 85, etc.

(1341) Para la promesa: RDJ, T. 39, sec. 1º, pág. 176.

2º— Como consecuencia de esto lo que le otorga carácter excepcional al art. 1554 es que resulta contrario a las reglas generales del Código en materia de contratos, porque restringe el campo de la voluntad; de ahí que es la aplicación de estos requisitos de excepción la que debe efectuarse 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 desconfianza legislativa, y

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

Otra cosa muy distinta es que el contrato de promesa puede prestarse para el fraude a la ley, sobre todo para eludir prohibiciones legales o impuestos. En vez del acto prohibido o gravado se otorga una promesa, acrecándole los efectos propios del contrato definitivo (Nº 1318, 1º). Contra esto el legislador ha reaccionado en ciertos casos, prohibiendo derechamente la promesa (Nº 1292).

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

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

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

(1342) Ob. cit., Nº 1201, pág. 703. En igual sentido, Fueyo, ob. cit., Nº 44 F, p. 91.

(1343) Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1201, pág. 704.

(1344) Por ejemplo, Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2073; ver nota siguiente.

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

Igualmente, no es susceptible de ratificación, y el vicio se 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 (Nº 1292), o si se produce un vicio del consentimiento, o el contrato lo celebra un incapaz, etc.

Sección Segunda

La promesa debe constar por escrito

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

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

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

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

1º— Instrumento que exige la ley, y

2º— El consentimiento en la promesa.

(1345) RDJ, Ts. 7º, sec. 1º, pág. 222; 8. sec. 1º, págs. 33; 33. sec. 1º, págs. 55; 60, sec. 2º, 85; GT. 1888, T. 1º, Nº 1671, pág. 1304; de 1885, Nº 2465, pág. 1478; de 1912, T. 2º, Nº 925, pág. 313, etc.

(1346) GT. 1987, Nº 3491, pág. 2392; RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85.

(1347) RDJ, Ts. 28. sec. 1º, pág. 689; 44, sec. 1º, pág. 591; 58, sec. 1º, pág. 179, etc.

(1348) RDJ, T. 63, sec. 1º, pág. 156.
Por excepción la promesa puede ser consensual en el caso del art. 545 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".

(1349) RDJ, Ts. 44, sec. 1º, pág. 591 y 60, sec. 2º, pág. 85. GT. 1880, Nº 1272, pág. 880; de 1907, T. 2º, Nº 1175, pág. 929, de 1912, T. 1º, Nº 695, pág. 1134; Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1202, pág. 704, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sección Tercera

La eficacia del contrato prometido

1291.— ENUNCIACION.— El contrato de promesa no produ-

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

—Tampoco la hay, si el que recibe la oferta declara que hará la compra más tarde si otro no afecta el negocio (GT. 1887, N^o 812, pág. 477).

—Ni en el recibo firmado únicamente por el vendedor de haber recibido, a cuenta del precio de la compraventa prometida y en el que se fija también una modalidad para el otorgamiento de ésta, si no lo firma el comprador (Alessandri, ob. cit., T. 2^a, N^o 1269), nunca se resolvió erróneamente lo contrario (GT. de 1893), T. 3^a, N^o 4288, pág. 461).

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

—No contiene una promesa de contrato el formulario de una institución de previsión en que el imponente solicita un préstamo para la compra de una propiedad, aunque lo firme también el futuro vendedor, y aunque el formulario diga que vale como promesa, porque ésta requiere que se declare expresamente la intención de las partes de otorgar un contrato futuro (RDJ, T. 3^a, sec. 1^a, pág. 55 y 44, sec. 1^a, pág. 591. En contra: T. 4^a, sec. 2^a, pág. 29).

—En el mismo sentido del texto, RDJ, T. 25, sec. 2^a, pág. 65; 24, sec. 1^a, pág. 273; Claro Solar, ob. cit., T. 11, N^o 1204, pág. 707 y Alessandri, ob. cit., T. 2^a, N^o 2082, pág. 1210.

(1355) Por vía de ejemplo. Osuna, ob. cit., N^o 243, pág. 197; Claro Solar, ob. cit., T. 11, N^o 1204, pág. 708; Arturo Alessandri Bessa, ob. cit., N^o 316, pág. 286 y Fueyo, ob. cit., N^o 59, pág. 123. GT. de 1876, N^o 2405, pág. 137. RDJ, T. 25, sec. 2^a, pág. 65.

(1356) Vale como contrato la promesa de vender por una parte, aceptada por la otra: G. T. de 1912, T. 2^a, N^o 1219, pág. 898.

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

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

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

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

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

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

2^o— 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 remedarse dentro de la modalidad fijada en la promesa para su celebración; en consecuencia, la promesa es inútil, porque conducirá fatalmente a un contrato carente de validez, y por ello la ley declara nula la promesa misma (1358).

(1357) En el Proyecto de 1853 la frase equivalente era: "la promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno". La redacción es aún más clara que la actual en cuanto a que la nulidad del contrato definitivo debe ser definitiva, y no provocada por el incumplimiento de determinadas exigencias que le son previas.

(1358) Se ha solido decir que la exigencia se refiera a los requisitos internos de fondo o intrínsecos del contrato (Claro Solar, ob. cit., T. 11, N^o 1206, pág. 708; Meza, ob. cit., N^o 91, pág. 72), pero ella soluciona más bien el problema de las formalidades (N^o 1295).

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

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

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

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

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

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

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

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

(1359) GT. de 1901, T. 1°, N° 1643, pág. 1485.

(1360) RDJ, T. 58, sec. 1°, pág. 47.

(1361) Con el mismo objeto, la Corte Suprema ha señalado que si al contrato de promesa de un contrato consensual se le agregan todos los efectos del definitivo, las partes han hecho una calificación errónea, y en realidad han celebrado este último y no el primero. (N° 1318, 1°).

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

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

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

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

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

1293.— II. PROMESA DE COSA AJENA.— Si el contrato de promesa, según lo hemos insinuado y veremos con más detalle posteriormente (N° 1.315), no importa enajenación de la cosa a que se refiere, carece de importancia para la validez del contrato que aquélla pertenezca o no al promitente enajenante, máxime que en nuestro Derecho los actos sobre bienes ajenos

no son nulos, sino que inoponibles al verdadero dueño (1362).

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

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

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

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

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

- (1362) GT. de 1882, Nº 1746, pág. 976; de 1893, T. 3º, Nº 4238, pág. 461; de 1913, 2º sem., Nº 677, pág. 2155. RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85.
En contra, GT. de 1925, 2º sem., Nº 410, pág. 1057 por haber considerado que existió error de hecho, y de 1882, Nº 287, pág. 171 por existir varios promitentes vendedores y haber firmado sólo algunos.
- (1363) Por ejemplo, Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1207, pág. 709; Fueyo ob. cit., Nº 65 y 66, pág. 123.
- (1364) GT. de 1834, 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. RDJ, T. 49, sec. 2º, pág. 16. En contra para una prohibición por decreto judicial: GT. de 1885, T. 1º, Nº 1719, pág. 1294.
- (1365) GT. de 1949, 2º sem., Nº 37, pág. 199.

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

1295.— IV. CAPACIDAD Y FORMALIDADES HABILITANTES.

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

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

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

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

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

- (1366) Aún se ha declarado válida la promesa de una cosa inenajenable sujeta a la condición de que pase a ser comerciable: RDJ, T. 4º, sec. 1º, pág. 4, para una exvinculación y 33, sec. 1º, pág. 165, para una promesa de un fallido de vender un bien cuando se alce la quiebra en que está incluido.
- (1367) GT. de 1906, T. 2º, Nº 785, pág. 143. RDJ, Ts. 44, sec. 2º, pág. 3 y 47, sec. 2º, pág. 41. La sanción en el caso señalado es la nulidad relativa y puede sancionarse por la ratificación (confirmación).
- (1368) RDJ, T. 59, sec. 1º, pág. 72.

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

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

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

2º Se contraargumenta a lo anterior con el Nº 2º del art. 1554 que exige para la validez de la promesa que el contrato prometido sea eficaz. Pero, si es indiscutible que el contrato definitivo será nulo si al otorgario 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 1291).

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

(1369) RDJ, Ts. 44, sec. 1º, pág. 189 y 52, sec. 1º, pág. 388; GT. de 1881, Nº 2065, pág. 1174; de 1885, Nº 3020, pág. 1809 y de 1912, T. 2º, Nº 1064, pág. 585.

(1370) RDJ, Ts. 32, sec. 1º, pág. 516; 44, sec. 2º, pág. 3; 60, sec. 2º, pág. 85; GT. de 1943, 2º sem., Nº 90, pág. 447.

(1371) 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.

(1372) Caso muy discutible es aquél en que por Imperio de la ley la venta que se promete, además de la autorización judicial, requiere pública subasta. En una ocasión, la Corte de Santiago declaró que no era nula (RDJ, T. 44, sec. 2º, pág. 3), pero la Corte Suprema, en sentencia de 14 de diciembre de 1960, publicada en la misma RDJ, T. 57, sec. 1º, pág. 367, anuló la promesa de venta de un bien raíz de un domicilio. (Véase Fueyo, ob. cit., Nº 122, pág. 221). La nulidad la fundó la Corte, especialmente en el Nº 4º del art. 1574; no estar especificados el comprador (Nº 1309) ni el precio (Nº 1311).

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

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

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

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

1º Validez de la promesa.

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

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

(1373) Véase Manuel Somarriva Undurraga, "Derecho de Familia", 2º Ed. Nascimento. Santiago, 1963, Nº 253 y sigtes. y pág. 262 y sigtes.; "Evolución del Código Civil Chileno". Nascimento, Santiago, 1955, Nº 197 y sigtes., pág. 307 y sigtes., y Fueyo, "Derecho Civil". T. 6º. "Derecho de Familia", Vol. II, Universo. Santiago, 1959, Nº 426 y sigtes., pág. 101 y sigtes.

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

(1375) RDJ, T. 59, sec. 1º, pág. 72.

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

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

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

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

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

[1376] Fucyo, comentario a esta sentencia, y "Contratos", ob. cit., Nº 69, pág. 134.

[1377] De la Maza, Lorenzo y Larrain, Hernán, "Reformas introducidas al Código Civil por la Ley Nº 10.271". Editorial del Pacífico, Santiago de Chile, 1953, Nº 173, pág. 281.

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

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

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

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

[1378] Alessandri, citado por De la Maza y Larrain, ob. cit., Nº 173, pág. 281, y Somarriva, "Familia", ob. cit., Nº 254, pág. 269, consideran que no es válida la compraventa forzada proveniente de una promesa suscrita sin consentimiento de la mujer. Fucyo, ob. cit., Nº 69, pág. 134, y "Familia", ob. cit., Nº 431, pág. 105, se inclina por una solución que en su concepto precave una posible colusión de marido y mujer, reconociendo facultad al prometiende comprador para recurrir al juez, a fin de que supla el consentimiento de la mujer, en conformidad al inc. 5º del art. 1749 por negativa injustificada de ésta. Fuera de que es muy discutible la legitimación de aquél para esta gestión, la solución no militaría en los casos similares de los arts. 1754 y 1755, en que puede recurrirse al juez por imposibilidad mas no por negativa injustificada de la mujer.

[1379] En relación con este punto, la Corte Suprema ha rechazado la excepción de pago del marido opuesta a la ejecución de un contrato de promesa suscrito por él, sin autorización de la mujer, excepción fundada en haber suscrito el primero el contrato definitivo (RDJ, T. 56, sec. 1º, pág. 389). Limitada a este punto la solución se justifica, porque el contrato suscrito voluntariamente por el marido nadie discute que es nulo si le falta el consentimiento de la mujer. El punto es de interés porque incide en algo en que insistiremos más adelante: el acreedor puede negarse a recibir un cumplimiento que se traduzca en un contrato nulo o ineficaz (Nº 1319).

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

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

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

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

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

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

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

Los veremos en este orden en los números siguientes.

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

Nos parece inconcuso que la promesa no puede atacarse por lesión enorme, principalmente porque la acción rescisoria es propia de la compraventa y no puede extenderse a otros contratos por su doble excepcionalidad: constituye una sanción y en nuestro Código, además específica para 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 (1380).

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

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

En Francia, por la ley de 28 de noviembre de 1949, se agregó un inc. 2º al art. 1675 en cuya virtud en caso de promesa 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. 3ª, N° 300, pág. 69).

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

Los principales son:

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

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

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

Veremos en este número el de la compraventa ya otorgada en cumplimiento de la promesa, y en el número siguiente, si el perjudicado por la lesión puede negar 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 proceptos que establecen la lesión no hacen distinción alguna entre las distintas compraventas y si ellas han estado precedidas por otro contrato, ya sea preliminar o no, y las únicas excepciones son las del art. 1891: compraventa de cosas muebles, y las efectuadas por el ministerio de la justicia.

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

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

(1382) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 1959, pág. 1073. RDJ, Ts. 46, sec. 1º, pág. 780, 57, sec. 2º, pág. 30. En contra, sentencia arbitral de don Leopoldo Urrutia; GT. de 1915, 2º sem., N° 431, pág. 1198; de 1895, N° 2459, pág. 442. RDJ, Ts. 43, sec. 1º, pág. 87 y 65, sec. 1º, pág. 210.

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

1º— Cumplimiento forzado de la promesa.

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

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

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

(1383) Gonzalo Barriga Errázuriz, comentario a sentencia de la RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 700, y "El Derecho ante la inflación". Editorial Jurídica. Santiago, 1955, pág. 156 y sigtes. RDJ, T. 54, sec. 1ª, pág. 386.

(1384) RDJ, Ts. 45, sec. 1ª, pág. 780; 57, sec. 2ª, pág. 30 y 65, sec. 1ª, pág. 210. Dijo el considerando 16 de esta última sentencia, "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 aquéllas en que el contrato de compraventa se genera por la justicia, aquéllas 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 art. 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".

(1385) En igual sentido, Fuoyo, ob. cit., N° 71, pág. 141, y RDJ, T. 65, sec. 1ª, pág. 210.

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

Es muy frecuente en la práctica que el precio se pague total o parcialmente con la sola promesa y antes de otorgarse la compraventa; lo normal será que el precio al tiempo de pagarse fuere justo, pero puede dejar de serlo al suscribirse el contrato definitivo, y en tal eventualidad se pretenda rescindir éste por la lesión, 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 (1386).

Nos basamos en que el art. 1889 se refiere al "precio que recibe el vendedor"; en consecuencia, es el precio recibido el que debe compararse con el justo precio. Este se determina, según dijimos, "al tiempo del contrato" de compraventa, por imperio del mismo precepto, pero se le coteja con el precio que recibe el vendedor. Si éste ha desvalorizado su contenido es preciso actualizarlo para compararlo con el justo precio; muy cierto es que nuestro Código acoge la teoría nominalista (Vol. 1º, N° 56), pero ella se refiere a la forma en que debe cumplirse la obligación, y no hay por qué abarcarla a una situación en que precisamente se trata de establecer si hubo equivalencia en las prestaciones. Ello implica necesariamente comparar valores y no números. La situación por razones obvias no fue prevista por el legislador del Código Civil, pero es perfectamente aceptable por la expresión que usa el art. 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 art. 85 de la Ley N° 16.742, de 8 de febrero de 1968: "para los efectos del art. 1889 del Código Civil en los contratos de compraventa celebrados en cumplimiento de sitios que formen parte de un loteo hecho conforme a la Ley General de Construcciones y Urbanización, se entenderá que el justo precio se refiere al tiempo de la celebración del contrato de promesa, cuando dicho precio se haya pagado de acuerdo a las estipulaciones de la promesa".

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

(1386) RDJ, 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° 16.742, que se cita más adelante en el texto, demostrativo de lo contrario.

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

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

Este problema no existe para quienes estiman que la promesa misma es susceptible de rescindirse por lesión, ya que es obvio que el promediante afectado se excepcionará con la nulidad si se le exige su cumplimiento; tampoco existe para quienes consideran que el justo precio se mide a la fecha de la promesa, en el caso de que entonces no existiera lesión, pues no se podría impugnar la compraventa otorgada en cumplimiento de semejante promesa. Finalmente, tampoco se presenta para quienes consideran que no procede la lesión si la compraventa se ha otorgado judicialmente por ejecución forzada.

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

Consiste, pues, en que si el promediante que sufrirá lesión al otorgarse la compraventa prometida y estará entonces en condiciones de rescindirla por tal capítulo, tiene derecho a excepcionarse cuando se le exige el cumplimiento de la promesa alegando que no está obligado a él en virtud de la nulidad de que adolecerá el contrato definitivo. Nos parece indiscutible que goza de este derecho, por doble motivo:

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

(1387) Gonzalo Barriga, comentario a un fallo, citado en la nota 1383, y Fueyo, ob. cit., N° 71, pág. 138. El argumento lo usan con otra conclusión, el primero para sostener que no se pueda atacar la compraventa otorgada en el cumplimiento judicial de la promesa, y el segundo, para sostener la anulabilidad de ésta. Aunque no estemos de acuerdo con la conclusión, es evidente que el argumento es de peso.

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

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

Sección Cuarta

Fijación de la época de otorgamiento del contrato definitivo

1301.— ENUNCIACION.— De acuerdo a la regla tercera del art. 1554 para la validez del contrato de promesa es necesario que ella "contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato".

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

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

En fallo publicado en la RDJ, T. 64, sec. 1ª, pág. 368 se contempla esta concepción de que el promediante ejecutado debe oponer la lesión como excepción en la ejecución, y si así no lo hace, no puede posteriormente impugnar la compraventa. La excepción la contempla el fallo fundado en la nulidad de la promesa, que es un error, según lo dicho, y en lo aseverado en el texto: que la venta que se pretende realizar sería ineficaz a causa de la lesión.

(1389) Fueyo, ob. cit., N° 73, pág. 145 y sigtes. GI. de 1922, 2ª sem., N° 221, pág. 974; RDJ, Ts. 58, sec. 1ª, pág. 170 y 60, sec. 2ª, pág. 85.

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

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

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

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

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

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

1º Al plazo;

2º A la condición;

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

4º A las modalidades indeterminadas.

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

En la promesa se ha discutido no sólo entre nosotros sino también en el extranjero, si el plazo debe entenderse, por regla general, suspensivo o resolutorio. Como ello tiene trascendencia especial en relación al cumplimiento y exigibilidad de la promesa, lo trasladamos al capítulo siguiente (Nº 1324), adelantando únicamente que en nuestro concepto en la promesa rige la regla general, y el plazo es normalmente suspensivo, y por excepción resolutorio, cuando las partes así lo convienen.

(1390) Repertorio, T. 4º, 2ª ed., Nº 60, págs. 246 y 247.

(1391) RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 506.

En todo caso no se discute que en la promesa puede convenirse un plazo suspensivo, porque éste cumple la exigencia del Nº 3º del art. 1554, esto es, fija la época de la celebración del contrato definitivo; éste puede exigirse desde que se venza el plazo (1392).

Y así, hay plazo suspensivo que nadie discute si se conviene en que el contrato definitivo se suscribirá pasados o una vez transcurridos 3 meses desde la fecha del contrato, o desde o una vez que se cumpla tal fecha, etc. (1393). Transcurrido el lapso fijado o llegada la fecha que se indica, podrá exigirse el cumplimiento de la promesa.

Al plazo extintivo o resolutorio no se ha referido expresamente el legislador en la promesa. Sin embargo, en virtud del principio de libertad contractual vigente en nuestro Código no hay inconveniente alguno en que las partes convengan esta modalidad. Semejante plazo cumple plenamente el cometido que a la modalidad asigna el Nº 3º del art. 1554: fijar la época de la celebración del contrato prometido; ella será todo el lapso que media entre la promesa y la expiración del plazo convenido (1394). La doctrina y jurisprudencia aceptan claramente la estipulación de plazos resolutorios en la promesa (1395), pero a nuestro juicio han exagerado notoriamente su aplicación (Nº 1324).

Casos indiscutidos de plazos extintivos, serían, por ejemplo, si se dijera expresamente que el convenio tiene tal carácter, o que vencido, ya no podrá exigirse el contrato prometido, o que éste no podrá otorgarse más allá de tantos meses o tal fecha, etc.

El efecto del plazo extintivo da lugar a mayores controversias que el del suspensivo, según veremos más adelante. Ade-

(1392) Normalmente en la promesa se fijará un plazo suspensivo: el del pago del precio de la compraventa prometida. Este no fija por sí solo el otorgamiento del contrato definitivo (RDJ, T. 46, sec. 2ª, págs. 791, a menos que así se convenga: GT. de 1831, Nº 2536, págs. 1408 [la compraventa se otorgará cuando se haya pagado todo el precio que se fijó en 95 mensualidades], y RDJ, T. 31, sec. 1ª, págs. 65 [al pagarse la última cuota del precio en la fecha que se indica]). En estos últimos casos hay condición y plazo.

(1393) Se ha discutido a nuestro juicio equivocadamente el significado de la estipulación de un día fijo: la compraventa se otorgará el 6 de mayo próximo. A nuestro juicio es plazo suspensivo, a menos que expresamente se le señale como esencial (Nº 1324). Lo que queremos destacar es un fallo que declaró que no es necesario que el plazo sea un día fijo, lo que es obvio: GT. de 1922, 2ª sem., Nº 221, pág. 974.

(1394) RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 354.

(1395) Sobre plazos extintivos en la promesa, RDJ, Ts. 5ª, sec. 2ª, págs. 140; 41, sec. 1ª, pág. 354; 42, sec. 1ª, pág. 251; 44, sec. 1ª, págs. 544; 46, sec. 1ª, pág. 554; 55, sec. 1ª, págs. 212 y 232; 58, sec. 1ª, pág. 170 con comentario de don Fernando Fueyo; 61, sec. 1ª, pág. 354, etc.

lanemos que el contrato expira a su conclusión (lo que algunos llaman caducidad de la promesa) y queda incumplida la obligación que tenían las partes de otorgar el contrato definitivo. A fin de precisar responsabilidades se hace indispensable determinar a quién es imputable este incumplimiento, pues el responsable deberá indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales (Nº 1329), estando en mora, en nuestro concepto, el contratante que no cumplió en el término resolutorio convenido.

No hay inconveniente alguno para combinar un plazo suspensivo con uno extintivo como, si por ejemplo, se conviene en que el contrato definitivo se otorgara después del transcurso de 6 meses, pero en ningún caso más allá de un año fecha. Los efectos de semejante estipulación son muy claros: la promesa no podrá exigirse antes de los 6 meses, ni tampoco después del año. Los 6 meses intermedios son la época fijada para cumplirla.

1303.— II. LA CONDICION EN LA PROMESA.— La determinación de la época para la celebración del contrato definitivo puede quedar sujeta al evento de una condición, porque así lo acepta expresamente el Nº 3º del precepto en estudio.

Y como no distingue, puede serlo tanto con una suspensiva como con una resolutoria (ordinaria) (1396). Sin embargo, esta última no se concibe aislada en la promesa, sino en unión de otra modalidad, porque la característica de ella es que el derecho nace, y en consecuencia, podría exigirse de inmediato éste, dejándolo suieto a la resolución convenida. Por ejemplo, se conviene que la compraventa se otorgará cuando el comprador obtenga un préstamo determinado (1397), pero no habrá lugar a ella, si antes de ese momento se le protesta algún documento mercantil.

Respecto a la condición en la promesa se han presentado dos problemas principales, el uno, si la condición puede ser indeterminada, lo que veremos conjuntamente con el plazo indeterminado en el Nº 1305, y si la condición suspensiva puede ser meramente potestativa dependiente de la voluntad de una de las partes (1398).

[1396] Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 252, Nº III.

[1397] Si no se aceptan las condiciones indeterminadas habría que agregar un plazo para la obtención del préstamo.

[1398] Repertorio, T. 4º, 2ª Ed., pág. 256. Véase también RDJ, T. 19, sec. 1ª, págs. 4 y 5; y 1ª parte, pág. 31. Luis Claro Solar, "Los contratos sobre suministros de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema".

Se ha resuelto que es meramente potestativa y anula el contrato, la facultad del deudor para desistirse dentro de cierto plazo (RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 399). No es meramente potestativa si se fija para la compraventa el tiempo que demora la tramitación de una operación en un organismo de previsión, porque depende de la voluntad del deudor y de un tercero: RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 593. Advertimos que en este último caso su validez se discute por su carácter indeterminado (Nota [1406]).

Al respecto cabe distinguir entre la promesa bilateral y la unilateral si se acepta la validez de ésta (Nº 1282). En ella, el contrato definitivo depende de la sola voluntad del beneficiario, pero como lo dijimos en el mismo número, éste es el acreedor, y en nuestra legislación es válida la condición meramente potestativa que depende de la voluntad de aquél. En cambio, en la bilateral ambas partes invisten la calidad de deudores y acreedores recíprocos de la misma obligación: otorgar el contrato prometido, de manera que la promesa será nula si esta obligación de cualquiera de ellas queda a su mero arbitrio. (Vol. 1º, Nº 489).

Los efectos de la condición suspensiva en la promesa son los normales de esta modalidad; cumplida, da derecho a exigir el contrato definitivo, y si falla, ya no habrá posibilidad de pedir el cumplimiento, y se extinguirá la promesa (1399).

Finalmente, debemos advertir que lo dicho nada tiene que ver con la posibilidad de que en el contrato de promesa, como en cualquiera otro bilateral, operen la condición resolutoria tácita o el pacto comisorio en caso de incumplimiento de las obligaciones emanadas de él (Nº 1323).

1304.— III. CONDICION Y PLAZO.— Mientras se cumpla el requisito de fijar la época de la celebración del contrato definitivo no hay inconveniente alguno para que las partes hagan una combinación de diferentes modalidades:

1º Condición determinada.

Veremos en el número siguiente que se discute si la condición puede ser indeterminada; en tal evento, lo corriente será que se fije un plazo para que se cumpla la condición, pasado el cual se entenderá ella fallida. Por ejemplo, la compraventa definitiva se otorgará cuando se obtenga tal préstamo, lo que debe ocurrir en el término de 3 meses (1400).

[1399] RDJ, T. 40, sec. 2ª, pág. 29 para la misma situación de la concesión de un préstamo por un organismo de previsión: es condición suspensiva, y el contrato no puede exigirse mientras no se otorgue el préstamo (Nota 1406).

Ahora bien, la segunda afirmación: que si la condición falla, no habrá contrato definitivo, la vemos más adelante (Nº 1322), porque tiene una salvedad: que fallo por hecho o culpa del deudor.

Respecto a la condición resolutoria que, como hemos dicho, deberá estar unida a otra modalidad, su efecto es también el normal de esta condición: cumplida, se extinguirá la obligación de otorgar el contrato prometido, y por ende, la promesa, con la misma salvedad anterior: el hecho o culpa del deudor (Nº 1320).

[1400] Un caso se falló en la GT. de 1876, Nº 1616, pág. 833: se había convenido que si el deudor no pagaba una deuda a su acreedor en el plazo de 4 años, contados desde determinada fecha, quedaría obligado a venderle una propiedad.

2º La situación inversa.

Esto es, se ha fijado un plazo, pero al mismo tiempo dentro de él debe cumplirse una condición para que sea exigible el contrato definitivo. Por ejemplo, el contrato definitivo deberá otorgarse en tal fecha, siempre que el prometiende vendedor obtuviere título definitivo de dominio de lo prometido vender (1401).

3º Condición seguida de un plazo.

Esto es, el otorgamiento del contrato está sujeto a una condición, pero cumplida ésta hay un plazo para celebrarlo. Es muy frecuente en las promesas de venta de casas en construcción estipular que el contrato definitivo se otorgará dentro de los tantos meses, etc., contados desde que la Municipalidad correspondiente reciba la construcción o autorice su división por pisos o departamentos (1402).

1305.— IV. MODALIDADES INDETERMINADAS.— Mucho se ha discutido tanto en la doctrina como en los tribunales, si cabrían en la promesa modalidades indeterminadas, esto es, un plazo que no se sabe cuándo va a llegar, y cuyo ejemplo casi único es la muerte de una persona (Vol. 1º, Nº 458), pero especialmente, condiciones indeterminadas (Vol. 1º, Nº 487).

Se señala que tales modalidades no cumplen con el requisito establecido en el Nº 3º del art. 1554, pues no fijan la época de la celebración del contrato cualquiera que sea la interpretación que se le dé a esta expresión (1403).

Para otros, en cambio, el Nº citado se refiere expresamente a la condición y como no distingue, acepta tanto las determinadas como las indeterminadas que también fijan la época del contrato definitivo: cuando la condición se cumpla (1404).

Finalmente, hay quienes consideran que la condición indeterminada cumple con el requisito en cuestión, porque la ley fija para toda condición un plazo máximo del cual debe cumplirse, que era de 15 años, y hoy ha pasado a ser de 5 ó 10 años, según la interpretación que se dé a la reforma de

(1401) RDJ, T. 15, sec. 1º, pág. 591. Se agregó por la sentencia que pasada esa fecha, la condición falla, y aunque se cumpla después, no es ya posible exigir el cumplimiento de la promesa. Esto es, se entendió que en el plazo fijado debía cumplirse la condición.

(1402) Si se considera que tal condición es indeterminada y como tal inoperante en la promesa, es conveniente fijar un plazo para que se obtenga la autorización municipal.

Respecto a la combinación de plazos y condiciones se ha resuelto también que no hay inconvenientes para fijar un plazo que comience a correr cuando la condición falla (RDJ, T. 50, sec. 1º, pág. 491), ni tampoco para fijar una condición y para el caso en que ella falle, o en su defecto, un plazo (RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85).

(1403) Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2109, pág. 1238; Fueyo, ob. cit., Nº 92, pág. 185.

(1404) Claro Soler, ob. cit., T. 11, Nº 1208, pág. 710.

la ley Nº 16592 (Vol. 1º, Nº 487), y, por tanto, la promesa expirará si la condición falla, y en todo caso, se considerará fallida si no se cumple dentro del plazo legal máximo (1405).

Otros rechazan esta interpretación (1406) y la jurisprudencia es muy vacilante en relación al problema (1407), por-

(1405) RDJ, Ts. 50, sec. 1º, pág. 491 y 60, sec. 2º, pág. 85; según este fallo debe saberse con certeza la fecha en que el acreedor puede exigir la obligación de otorgar el contrato o cuando ya no podrá otorgarse, exigencia que se cumple por las razones del texto, si se conviene que se celebrará cuando el prometiende vendedor obtenga la posesión efectiva. En el mismo sentido, Osuna, ob. cit., Nº 249, pág. 202.

(1406) Véase Nota (1403). En forma vehemente discrepa el Sr. Fueyo en mérito a la transitoriedad de la promesa; sin embargo, cabe notar que la condición determinada puede superar los plazos máximos de la indeterminada, sin que por ello deje de cumplir el requisito del Nº 3º del art. 1554.

(1407) Se ha fallado que es nula por indeterminación de la condición la estipulación de que el contrato definitivo se otorgará cuando el comprador lo exija: GT. de 1889, T. 2º, Nº 402; pág. 1082; RDJ, T. 50, sec. 2º, pág. 60. Igualmente se han anulado promesas en que la condición consistía en que se midiera un terreno (GT. de 1897, T. 3º, Nº 4531, pág. 346) o se alicé una prohibición (GT. de 1912, T. 2º, Nº 935, pág. 313).

En cambio, se han declarado válidas aquéllas en que la condición indeterminada consistió:

—En que se aprobara la partición: GT. de 1910, T. 2º, Nº 1309, pág. 1149.

—En que se adjudique la cosa al prometiende enajenante: GT. de 1876, Nº 240, pág. 1237. RDJ, T. 8º, sec. 1º, pág. 33.

—En que la propiedad se inscriba a nombre del vendedor: RDJ, T. 41, sec. 1º, pág. 506, o éste obtenga título definitivo de dominio: GT. de 1908, T. 2º, Nº 520, pág. 613, y RDJ, T. 10, sec. 1º, pág. 690.

—En que el Notario extendiera la escritura pública, una vez presentado el borrador respectivo: GT. de 1861, Nº 1789, pág. 1105.

—En que se pagara el precio de la compraventa, para el cual no se había fijado plazo: GT. de 1893, T. 3º, Nº 4288, pág. 461. (Fijándose plazo para el pago del precio: GT. de 1881, Nº 2536, pág. 1408).

La mayor discusión se ha presentado cuando el otorgamiento de la compraventa queda sujeta a la obtención de un crédito de un organismo de previsión. Cada vez que estos sistemas financieros hacen crisis quedan pendientes una gran cantidad de promesas incumplidas para las cuales resulta evidentemente injusto esperar los plazos largos (y aún discutibles) de fallo de la condición indeterminada. Por ello se las trató de anular por otras vías: por no cumplir los requisitos de la promesa (Nota Nº 1354) o ser meramente potestativa la condición (Nota 1398).

Por el problema se centra en sí son anulables por contener una condición indeterminada.

Empecemos por aclarar que evidentemente hay condición de tal clase, porque fallos erróneos la han calificado de determinada (RDJ, T. 55, sec. 1º, pág. 341) y aún de plazo incierto (RDJ, T. 43, sec. 1º, pág. 593). Esto último es una contradicción inexcusable en los términos, pues si hay incertidumbre hay evidentemente condición.

La pretensión de que ella sería determinada se ha solido fundar en el buen funcionamiento del sistema en ciertos períodos, pero esto evidentemente no garantiza lo que ocurra en cada caso

que, debemos reconocerlo, es en realidad complejo. La verdad es que aceptando que toda condición está sujeta a un plazo de cumplimiento, estipulado o legal subsidiario, ella siempre fija la época de la celebración del contrato definitivo, y en tal caso la frase en cuestión, resulta meramente explicativa. Por razones prácticas resulta de toda conveniencia determinar la condición.

Sección Quinta

ESPECIFICACION DEL CONTRATO PROMETIDO

1306.— **CONCEPTO.**— El N° 4° del art. 1554 exige que en la promesa "se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban".

Tampoco este requisito ha escapado a la discusión, provocando muchos problemas, de los cuales algunos hemos ya visto, como son la posibilidad de promesas de contratos consensuales (N° 1277), de la promesa unilateral (N° 1280 y siguientes), etc.

Pero el debate más serio se refiere al concepto mismo de la especificación, aunque afortunadamente doctrina y jurisprudencia tienden a uniformarse en una interpretación que a nuestro juicio es la correcta.

Sobre todo en los primeros tiempos del contrato se pretendió que éste debía quedar de tal modo individualizado que, usando el caso más frecuente de la promesa de compraventa

(Cont. Nota 1407).

y menos en el futuro. La verdad es que ninguno de estos sistemas da certeza de un cien por ciento ni en cuanto a que efectivamente se hará el préstamo ni cuándo: desde luego porque para hacerlo posible hay que cumplir determinadas exigencias y trámites, que las partes pueden omitir, y en seguida, porque con nuestra inflación galopante el sistema financiero mejor ideado es posible que se vea afectado.

Y es así como el de las Cajas de Previsión se arruinó, entre otras causas, por la falta de reajustabilidad en su devolución por el deudor; el actual de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos, que prácticamente ha desplazado a los demás, funciona con relativa eficiencia, pero tampoco da respaldo absoluto, primero porque contiene exigencias bastante engorrosas que demorarán o harán imposible el contrato definitivo, si la obtención del préstamo es condición de él, y en seguida, porque dentro de nuestra inseguridad legislativa no hay certeza plena de que no se derogue la reajustabilidad que es la única base del sistema.

Se han anulado promesas de esta índole por contener condición indeterminada en fallos de la RDJ, Ts. 44, sec. 1°, pág. 531, 45, sec. 1°, pág. 176, 46, sec. 1°, pág. 906, etc., y se las ha validado, en las de la RDJ, Ts. 40, sec. 2°, pág. 29; 52, sec. 1°, pág. 204; 55, sec. 1°, pág. 341, etc.

de bienes raíces, sólo faltara reemplazar las expresiones "promete vender" y "promete comprar" por "vende" y "compra", respectivamente. Se pretendía, pues, un contrato de promesa completo, igual al futuro definitivo. Y la razón que se esgrimía es que únicamente en esa situación, a la promesa le faltaba sólo para ser perfecta el otorgamiento de la escritura pública, o la tradición, tratándose de un contrato real (1408). En otros casos, sin llegar a semejantes extremos, se exigían para la promesa la mayor parte de las estipulaciones propias del contrato definitivo (1409).

Reaccionándose vigorosamente contra una interpretación tan rigurosa, se ha reconocido que de acuerdo al Diccionario "especificar" es declarar o explicar con individualidad alguna cosa, e individualizar es tratar de alguna cosa con particularidad y pormenor (1410). Dicho en forma más sencilla, es distinguir un contrato de los demás, separación que, de acuerdo al art. 1444, la otorgan los elementos esenciales del mismo (Vol. 1°, N° 48). Usando términos penalísticos, consiste en tipificar el contrato prometido.

En consecuencia, pueden faltar en la promesa los elementos de la naturaleza del contrato prometido (1411), y con mayor razón aún los accidentales. Los primeros, porque la ley suple plenamente el silencio de las partes (1412), y los segundos, porque no son obligatorios en los contratos. A falta de modalidades, las obligaciones son puras y simples, y así, si en la promesa de compraventa no se señala cuando debe pagarse el precio o entregarse la cosa, ambas obligaciones serán exigibles tan pronto se otorgue el contrato definitivo, si las partes entonces no señalan otra cosa.

En cuanto a la expresión "perfecto" que utiliza el precepto no se refiere naturalmente a un preciosismo jurídico en orden a que el contrato sea un modelo de estipulación completa, sino a que la promesa sea eficaz, o sea, pueda producir sus efectos, y en consecuencia, si alguna de las partes no la cumple, sea posible otorgarla por la vía judicial. Para ello es indispen-

(1408) Con tal criterio se llegó a anular una promesa porque no decía quien pagaría los impuestos del contrato definitivo: GT. de 1378, N° 1293, pág. 520; el manifiesto error fue enmendado en fallo de la misma GT. de 1834, N° 2714, pág. 1863, ya que esta estipulación ni siquiera es indispensable en el contrato definitivo, pues la ley suple el silencio de las partes.

(1409) RDJ, Ts. 16, sec. 1°, pág. 1; 18, sec. 1°, pág. 156; 38, sec. 1°, pág. 55 y 40, sec. 1°, pág. 80. GT. de 1922, 2° sem., N° 221, pág. 974.

(1410) RDJ, T. 40, sec. 1°, pág. 180; GT. de 1913, 2° sem., N° 1076, pág. 3114.

(1411) RDJ, T. 55, sec. 1°, pág. 341.

(1412) Aun en la misma promesa pueden ellos omitirse, y así, si no se señala el lugar de otorgamiento del contrato definitivo, corresponde exigirlo en el domicilio del deudor: RDJ, T. 5°, sec. 2°, pág. 140.

sable que se señale el contrato de que se trata, si compraventa, permuta, arriendo, sociedad, innominado de tal clase, etc., y las estipulaciones esenciales de ellos, como, en la compraventa, las partes del contrato, la cosa y el precio.

En tal sentido va orientándose firmemente la doctrina [1413] y la jurisprudencia de los tribunales [1414].

Cabe todavía formular dos observaciones a lo ya dicho:

1º— Como decíamos, es factible la omisión de los elementos de la naturaleza y accidentales del contrato definitivo en la promesa, pero si se les estipula en ésta, para lo cual naturalmente no hay inconveniente alguno, debe especificárselos a su vez, pues en caso contrario, no podría otorgarse el contrato definitivo, como, si se indica que el precio se pagará a plazo, pero no se señala cuál será este [1415].

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

Se ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si el contrato está suficientemente especificado [1416].

En los números siguientes veremos sucesivamente:

- 1º— Especificación de los contratos reales;
- 2º— Especificación de los contratos solemnes;
- 3º— Especificación de las partes del contrato prometido;
- 4º— Especificación del objeto prometido, y
- 5º— Especificación de la contraprestación.

[1413] Osuna, ob. cit., pág. 203; Fueyo, ob. cit., N° 114, pág. 212; Alessandri, ob. cit., N° 2138, pág. 1291.

[1414] Aunque no tan claramente, RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 593. Derechamento: RDJ, T. 55, sec. 1ª, pág. 341, y para puntos específicos, los fallos que se citan más adelante en esta misma sección.

[1415] Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 2138, pág. 1291. GT. de 1873, N° 1555, pág. 688: se había prometido una cesión de créditos, y se dijo que se efectuaría con garantía, sin especificarla.

[1416] RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 564. Como es usual, la afirmación es un poco amplia, porque si por ejemplo, los jueces del fondo declaran determinadas las partes, la cosa y el precio de la compraventa prometida, y no consideran especificada ésta, han violado claramente la ley, y procede la casación en el fondo. Lo que es cuestión de hecho es precisar si se cumplen las primeras individualizaciones.

1307.— I) **CONTRATOS REALES.**— No hay duda alguna que el art. 1554, N° 4, al decir que en la promesa es necesario para que el contrato definitivo sea perfecto que falte únicamente la "tradicción" de la cosa se está refiriendo a los contratos reales, como lo decía explicativamente el precepto correspondiente (art. 1733) del Proyecto Inédito. Y es lógico que así sea, porque estos contratos se perfeccionan, o sea, quedan otorgados mediante la entrega de la cosa. Cierto es que el legislador usó mal la expresión "tradicción", porque no en todos los contratos reales la hay, pero el error lo repite en otros preceptos.

En los contratos reales deben especificarse para la validez de la promesa sus elementos esenciales, si será mutuo, comodato, depósito, etc.; las personas de los contratantes, mutuante y mutuario, comodante y comodatario, depositante y depositario, etc., aunque, según sabemos, no es necesario que en la promesa se obligue sino quien debe entregar la cosa o recibirla, es decir, es indiscutible la factibilidad de la promesa unilateral, porque el contrato prometido también lo es (N° 1281). Finalmente, es indispensable individualizar el objeto cuya entrega perfeccionará el contrato, determinaciones todas ellas que son análogas a las del contrato prometido solemne, y veremos en los números siguientes.

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

Tampoco es necesario en la promesa de contrato real especificar aquellas obligaciones que no son esenciales del contrato prometido, pero pueden aparecer en su desenvolvimiento, como, por ejemplo, de indemnizar los gastos que haya provocado al otro contratante la tenencia de la cosa entregada [1417].

Especificado en esta forma el contrato prometido, entregada la cosa queda éste perfeccionado, y si no se cumple con la entrega en la época convenida, se la exigirá judicialmente (N° 1321).

1308.— II) **CONTRATOS SOLEMNES Y CONSENSUALES.**— En los contratos solemnes deben quedar convenidas las estipulaciones esenciales del contrato prometido, según la naturaleza del mismo, de manera que la solemnidad legal que afecta a éste pueda llevarse a cabo sin que sea indispensable un nuevo consentimiento voluntario de las partes. Igual cosa ocurre

[1417] Osuna, ob. cit., N° 256 y sigtes., pág. 208 y sigtes.

en los contratos consensuales, dado que hemos aceptado la procedencia de las promesas de otorgarlos (Nº 1277).

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

Ya nos hemos referido a la discusión de si puede considerarse que cumple el requisito del Nº 4º del art. 1554 la promesa unilateral de un contrato bilateral (Nº 1282).

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

1309.— III) LAS PARTES DEL CONTRATO PROMETIDO.—

Es evidente que deben estar determinadas las partes del contrato prometido, pues al otorgar éste es preciso saber quiénes serán el acreedor y el deudor de la obligación de celebrarlo, o si ambas partes lo son recíprocamente. Por ello se ha declarado la nulidad absoluta de la promesa de compraventa en que se deja en la incertidumbre la persona del futuro comprador (1418).

Sin embargo, en nuestro concepto (1419), basta que la parte sea perfectamente determinable al momento de otorgarse o exigirse el contrato definitivo, según lo vimos en el Vol. 1º, Nº 87.

1310.— IV) OBJETO PROMETIDO.— El objeto de la prestación prometida por una de las partes puede ser una cosa, un hecho o una abstención, pero en cualquier caso debe estar determinada, bajo la pena de nulidad absoluta de la promesa, que nuestra jurisprudencia ha declarado reiteradamente (1420).

(1418) G. 1890, T. 2º, Nº 2212, pág. 475.

Véase también la nota 1372 respecto al problema de la indeterminación del comprador y precio, si la compraventa definitiva debe efectuarse en pública subasta.

En fallo de la GI. de 1892, T. 2º, Nº 1555, pág. 26, se declaró que si el Fisco promete comprar, la promesa no lo obliga si en el presupuesto no se consignan fondos para efectuar la compraventa. En nuestro concepto, si prometiendo comprar el Fisco en realidad no se obliga, la promesa es nula.

(1419) En igual sentido, Osuna, ob. cit., Nº 253, pág. 204, y Fueyo, ob. cit., Nº 122, pág. 221.

(1420) GI. de 1878, T. 2º, Nº 2276, pág. 939; de 1890, T. 2º, Nº 3212, pág. 475; de 1894, T. 2º, Nº 1968, pág. 294 y de 1908, T. 2º, Nº 350, pág. 613.

El objeto prometido puede también ser la cuota de un comunero en una comunidad: GI. de 1913, 2º som., Nº 677, pág. 2155.

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

Sin embargo, no es imprescindible la determinación específica de la cosa prometida; pueden prometerse géneros, y en tal caso, la individualización se hará en el contrato definitivo o a su cumplimiento, de acuerdo a la ley, que obliga a entregar una calidad a lo menos mediana; en todo caso deberá expresarse la cantidad, ya sea a través de su expresión numérica o por otra referencia, como, por ejemplo, toda la producción de una viña a una época determinada (1421).

En relación con la especificación de la cosa prometida, se ha discutido ante los tribunales cuando se trata de inmuebles, si es forzosa la indicación de los deslindes del predio, o basta que se especifique suficiente y claramente por otros medios, como serían, su ubicación (ciudad, calle y número), rol del catastro, inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, referencia a un plano protocolizado, etc. Aunque la jurisprudencia en un comienzo se inclinó por exigirlos (1422), tiende actualmente a reparar su error (1423), con el apoyo de la doctrina (1424).

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

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

2º— Porque si bien los deslindes son indudablemente uno de los elementos que ayudan a individualizar una especie o cuerpo cierto, no son los únicos, y tienen también otros objetivos, desde luego separar un predio de otro, y principalmente, permitir la inscripción en el Registro Conservatorio (art. 78,

(1421) Véase GI. de 1876, Nº 2405, pág. 1237 y de 1885, Nº 2388, pág. 1433, sobre mayor especificación de la cosa prometida vender en contrato posterior a la promesa.

(1422) Repertorio, T. 4º, 2º Ed., pág. 260, Nº 76, I, II, III y IV.

(1423) GI. de 1901, T. 1º, Nº 1643, pág. 1485 (referencia a una escritura pública en que se señalan los deslindes); RDJ, Ts. 48, sec. 1º, pág. 593 (individualización por el Nº del sitio en el plano protocolizado en el Conservador de Bienes Raíces y nombre de la población); 56, sec. 1º, pág. 334 (ciudad, calle y número); 60, sec. 2º, pág. 85.

(1424) Por ejemplo, Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2123, pág. 1277; Fueyo, ob. cit., Nº 118, pág. 216.

Nº 4º del Reglamento); como no es obligatorio inscribir la promesa, no es indispensable deslindar en ella la propiedad prometida (Nº 1316).

1311.— V) DETERMINACION DE LA CONTRAPRESTACION.

— Por último, es siempre indispensable en la promesa, aunque ella sea unilateral, la individualización de la contraprestación que contraerá la otra parte en el contrato definitivo, y salvo que la ley la contemple y reglamente por sí sola (1425).

Por ello, en la promesa de compraventa se ha fallado uniformemente la nulidad absoluta de ella, si el precio prometido no se encuentra determinado (1426).

Pero, al igual que en los casos anteriormente señalados, basta que el precio sea determinable al tiempo del contrato definitivo, y por ello se ha reconocido validez a las promesas cuando el precio se especifica por otro instrumento referido en la promesa (1427), o por peritos (1428).

(1425) Así, por ejemplo, si se promete un mutuo es indispensable fijar la cosa que se dará en préstamo, pero no hay necesidad de decir que el mutuario tendrá obligación de restituir ni señalar cuando, porque en el silencio de las partes, la ley establece la primera obligación y la época de la restitución.

(1426) Repertorio, T. 4º, 2ª Ed., pág. 262, Nº 79; la nulidad se ha declarado incluso si el precio se fijó en otro contrato no incorporado ni citado en la promesa: GI. de 1890, T. 2º, Nº 3186, pág. 459.
A la inversa del caso citado anteriormente, la ley no fija precios en el silencio de los contratantes.

(1427) GI. de 1893, T. 3º, Nº 4238, pág. 461.

(1428) GI. de 1825, Nº 2465, pág. 1478; de 1899, T. 2º, Nº 949, pág. 759 y de 1912, T. 2º, Nº 1219, pág. 898; Alessandri, ob. cit., Nº 2134, pág. 1287.

CAPITULO III

EFFECTOS Y EXTINCION DE LA PROMESA

1312.— ENUNCIACION.— De acuerdo al inciso final del art. 1554, concurriendo las circunstancias estudiadas en el capítulo anterior "habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente".

Ya en los Proyectos de Código se notó este afán del legislador de conectar este precepto referente a la promesa con el que señala los derechos del acreedor de una obligación de hacer ante el incumplimiento del deudor de ella (Vol. 1º, Nº 803 y siguientes).

Con ello, según lo insistiremos en el número siguiente, evitó muchas discusiones sobre la naturaleza jurídica de la obligación emanada de la promesa, pero es obvio que, aun cuando no se haya remitido expresamente a ellas, también se le aplican las reglas generales de los contratos y obligaciones, estudiadas en el volumen anterior.

En consecuencia, los efectos y extinción de la promesa quedan gobernados por las normas comunes, modificadas por la doble circunstancia de tratarse de una obligación de hacer, y tan especialísima como es la de otorgar un contrato.

Detallando, merecen mención especial:

- 1º— La obligación de otorgar el contrato prometido;
- 2º— Otras obligaciones en la promesa;
- 3º— Cumplimiento voluntario de ella;
- 4º— Su cumplimiento forzado;
- 5º— Extinción de la promesa; y
- 6º— La mora en la promesa.

Los veremos en los números siguientes:

1313.— I. OBLIGACION DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO.— El efecto esencial del contrato de promesa, que no puede faltar en él, cuando menos para una de las partes, aceptada que sea la promesa unilateral, es crear la obligación de

otorgar el contrato prometido que, como muy justamente lo destaca el art. 1554, inc. final, y así siempre se ha entendido (1429) es una obligación de hacer.

En los números siguientes analizaremos:

- 1º— Características de esta obligación;
- 2º— Que la promesa no produce efectos reales, y
- 3º— La inscripción de la promesa en un registro público.

1314.— A) CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACION DE OTORGAR EL CONTRATO PROMETIDO.— Vale la pena detenerse en las siguientes:

1º— Es mueble, puesto que el art. 581 señala que los hechos que se deben se reputan muebles.

En consecuencia, la acción para exigir su cumplimiento, esto es, el otorgamiento del contrato definitivo, es igualmente mueble (1430);

2º— Es indivisible.

Por tanto, siendo varios los prometientes, todos ellos deben concurrir y exigir conjuntamente el otorgamiento del contrato definitivo (1431);

3º— Es normalmente fungible, en el sentido de que puede cumplirse aún sin la intervención del obligado, ya sea que fallezca o se imposibilite, etc.

4º— Es transmisible.

Por la misma razón de que la obligación no mira a la calidad personal de las partes, por regla general, se transmite a los herederos, quienes deberán cumplir la que contrajo el causante.

5º— Cesible.

(1429) Por vía ejemplar, RDJ, Ts. 33, sec. 1º, pág. 55; 54, sec. 1º, pág. 153; 58, sec. 1º, pág. 179.

Se ha destacado también que el objeto de la promesa es el otorgamiento de otro contrato, y no las obligaciones propias de éste: RDJ, T. 60, sec. 2º, pág. 85.

(1430) RDJ, Ts. 5º, sec. 2º, pág. 140; 47, sec. 1º, pág. 178 y 49, sec. 2º, pág. 75. GT. de 1899, T. 1º, N° 827, pág. 699. Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 2148, pág. 1302. En contra, respecto de una promesa de compraventa de bienes raíces, GT. de 1889, T. 2º, N° 4515, pág. 1434.

(1431) RDJ, T. 45, sec. 1º, pág. 510.

El crédito consistente en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es cesible conforme a las reglas generales, pero en la promesa bilateral ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras de la misma obligación, por lo que no resulta posible ceder una calidad sin la otra que le va unida (Vol. 1º, N° 1167).

6º— Prescriptible.

La acción derivada del contrato de promesa para exigir su cumplimiento prescribe de acuerdo a las reglas generales: 5 años como ordinaria, y 3 como ejecutiva, y durando en este último caso 2 años más como ordinaria, contados desde que se hizo exigible el contrato definitivo (1432).

1315.— B) LA PROMESA NO PRODUCE EFECTOS REALES.

— Es un efecto negativo que conviene remarcar para evitar cualquier clase de equívocos: puesto que la única obligación que por esencia pertenece al contrato de promesa es la de otorgar el contrato prometido, ella por sí sola no constituye título translativo de dominio (1433), ni siquiera aquel principio de enajenación de que han solido hablar algunos jueces (N° 1295).

“Como contrato (la promesa) no servirá, por tanto, ni para trasladar, ni para declarar ni para constituir el dominio, puesto que no tiene relación con una cosa sino con la obligación de contratar” (1434).

Las consecuencias de este principio son variadas; desde luego, que la promesa no produce efectos reales de ninguna especie, sino únicamente personales entre los contratantes (1435): que no es posesión regular la fundada en una promesa (1436), que no corresponden al prometiente adquirente ninguna de las acciones que la ley concede al propietario, aun cuando haya mediado entrega de la cosa prometida o inscripción en un Registro (N° siguiente) (1437), etc.

Pero la más importante es que por la promesa el prome-

(1432) Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 2175, pág. 1324 (con los plazos antiguos). Véase también GT. de 1913, 2º, sem., N° 677, pág. 2155.

(1433) Repertorio, T. 4º, 2ª Ed., N° 4, pág. 222.

En la promesa nada tiene que hacer la tradición: RDJ, T. 56, sec. 1º, p. 334. Alessandri, ob. cit., N° 2150, pág. 1303.

(1434) Fueyo, ob. cit., N° 35, pág. 61.

(1435) RDJ, Ts. 3º, sec. 1º, pág. 123; 46, sec. 1º, pág. 486; 47, sec. 1º, pág. 178, etc. La única forma de otorgarle efectos reales a la promesa es constituir una caución real para garantizar su cumplimiento, pero el efecto real corresponden a la prenda o hipoteca, y no a la promesa.

(1436) RDJ, T. 10, sec. 1º, pág. 152. Alessandri, ob. cit., T. 2º, N° 2151, pág. 1304.

(1437) GT. de 1899, T. 2º, N° 1287, pág. 1051 (no puede oponerse a una mensura).

tiente enajenante no queda inhibido para disponer de la cosa prometida como lo estime conveniente, aunque se someta a prohibiciones voluntarias; ello constituirá una posible infracción al contrato, que en nada afecta la adquisición del tercero, a menos que medie una prohibición judicial de celebrar actos o contratos (1438).

1316.— C) INSCRIPCIÓN DE LA PROMESA EN REGISTROS PUBLICOS.— El punto se ha debatido en torno al del Conservador de Bienes Raíces, pero lo que se diga vale igualmente para todo otro sistema de transcripción.

El principio imperante en la materia es que careciendo la promesa de todo efecto real, es improcedente su inscripción en el Registro de Propiedades (1439).

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

Pero, como se ha fallado (1440) semejante inscripción cuando mucho podría considerarse como una mera formalidad voluntaria, que no produce efecto alguno, ni es obstáculo para que el prometiente enajenante disponga en cualquier forma de lo prometido.

1317.— II. OTRAS OBLIGACIONES EN LA PROMESA.— Hemos dicho que el único efecto esencial del contrato de promesa es la obligación de hacer que de ella emana para la celebración del contrato prometido.

Pero, en virtud de la libertad contractual, ello no es obstáculo para que las partes le agreguen otras obligaciones, como lo veremos en el número siguiente, y que a su vez aque-

lla obligación lleve envuelta otras obligaciones, según se dirá en el subsiguiente.

1318.— A) OTRAS OBLIGACIONES ESTIPULADAS POR LAS PARTES.— Como señalábamos conforme al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir lo que estimen conveniente en el contrato de promesa.

Nos referiremos especialmente a tres estipulaciones, que son más o menos frecuentes:

1°— Las obligaciones del contrato definitivo.

Como es obvio, la promesa por sí sola no produce los efectos de aquél; poniéndonos en el caso más usual de promesa de compraventa, ni el prometiente comprador queda por la promesa obligado al pago del precio (1441) ni el prometiente vendedor a entregar la cosa prometida (1442).

Pero tampoco hay inconveniente alguno para que así se convenga; en tal caso estas obligaciones son dependientes de la principal de otorgar el contrato prometido; es un mero cumplimiento anticipado de las obligaciones que de éste emanan, y en consecuencia, si la promesa quedare sin efecto por cualquier causa, deberán las partes restituirse lo ya cumplido (1443).

Sin embargo, esta libertad de las partes tiene algunas limitaciones. Desde luego, tratándose de un contrato real no podría efectuarse la entrega con el mérito de la sola promesa, porque en tal caso aquél quedaría inmediatamente perfeccionado.

En seguida, la Corte Suprema ha colocado otra restricción tratándose de contratos prometidos consensuales en que con la promesa se producen todos los efectos principales del definitivo; el más alto tribunal ha declarado que en tal caso ha habido una calificación errónea de las partes, que no obliga

(1438) Fallos citados en la nota 1435. Alessandri, ob. cit., N° 2156, pág. 4308.

Véase en Fueyo, ob. cit., N° 159, pág. 251, una proposición para establecer la promesa real, confiriendo al prometiente adquirente un derecho real de preferencia. Si se acoge la sugerencia, será de toda conveniencia tomar los resguardos para que no se invierta la situación actual y se cree una traba para la enajenación de propiedades, que sería el alzamiento automático basado un plazo sin que se otorgue el contrato definitivo o el tribunal ordene su mantención.

(1439) GT. de 1889, T. 2°, N° 4018, pág. 1081; RDJ, Ts. 3°, sec. 1°, pág. 123 y 46, sec. 1°, pág. 486. Fueyo, ob. cit., N° 36, pág. 62. Alessandri, ob. cit., T. 2°, N° 2158, pág. 1312, cree que la inscripción puede efectuarse, pero no produce efecto alguno; no nos parece la interpretación correcta.

(1440) RDJ, Ts. 3°, sec. 1°, pág. 123 y 46, sec. 1°, pág. 486. En la práctica puede constituir una molestia para el propietario, al figurar la promesa en los certificados de prohibiciones del Conservador. En Francia se ha solido reconocer al luz la facultad de anular la enajenación a terceros si vende lo prometido (Mazcard, ob. cit. Parte 3°, T. 3°, N° 796, pág. 67). La verdad es que la única manera de alcanzar al adquirente es por la vía del fraude, en cuanto éste se desarrolle como institución de aplicación general.

(1441) RDJ, T. 28, sec. 1°, pág. 689; GT. de 1909, T. 1°, N° 6, pág. 20.

(1442) RDJ, Ts. 3°, sec. 1°, pág. 123; 5°, sec. 1°, pág. 331 y 35, sec. 1°, pág. 531.

(1443) RDJ, T. 45, sec. 1°, pág. 176 (restitución del precio pagado en caso de nulidad de la promesa). En fallo de la misma RDJ, T. 57, sec. 1°, pág. 367, se reconoció al promotente comprador derecho a retener el predio entregado mientras no se le restituyese el precio ya pagado por él. Alessandri, ob. cit., N° 2131, pág. 1286.

al tribunal (Vol. 1º, Nº 92), y que lo otorgado realmente es el contrato definitivo [1444].

2º— Obligaciones propias de la promesa.

Esto es, se trata de estipulaciones destinadas a producir efectos únicamente durante la vigencia de la promesa, pero que no afectarán al contrato definitivo. Así podría convenirse una prima o premio por la promesa, análoga a la del contrato de opción [1445].

3º— Contratos anexos a la promesa.

Junto con la promesa las partes pueden estipular otras convenciones relacionadas con ella; la más frecuente es el arrendamiento, esto es, se da una cosa en arriendo con promesa de venderla al cumplirse determinada condición, plazo, etc., o viceversa. Tales contratos son independientes y no tienen otra conexión que la que expresamente le den los interesados (Vol. 1º, Nº 943, 2º) [1446].

1319.— B) OBLIGACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO MISMO DE LA PROMESA.— Según mucho hemos insistido el efecto infaltable de la promesa es la obligación de otorgar el contrato prometido, pero lo normal será que al celebrarse aquélla exista algún obstáculo o trámite pendiente que impida de momento celebrar la convención acordada, ya sea porque hay prohibición de enajenar, necesidad de obtener una autorización judicial, un financiamiento para el adquirente, una posesión efectiva, el dominio mismo de lo prometido, estudiar los títulos de la propiedad prometida, etc.

Es éste un punto en que existe confusión en la doctrina y

[1444] RDJ, T. 58, sec. 1º, pág. 179. Véase, además, Repertorio, T. 4º, 2º Ed., pág. 314, Nº XXI. La tesis tiene una explicación práctica: evitar el fraude tributario, pero sostenerla como de carácter general es sumamente discutible, pues aun cuando se produzcan todos los efectos del contrato prometido, puede existir un obstáculo legal para éste o, en todo caso, la intención de reservar el dominio, y por otro lado en el fondo se niega la promesa de contrato consensual. Por ello la misma Corte, en fallo publicado en la misma RDJ, T. 64, sec. 1º, pág. 255, aclaró su pensamiento diciendo que aun cuando se pague el precio y se entregue la cosa prometida, la promesa y el contrato definitivo no se confunden, pues es diferente la intención de las partes, y que determinar ésta es cuestión de hecho.

[1445] Semejante estipulación no carece de causa, porque compensa la espera del promitente vendedor; es frecuente que con tal objeto se convengan el pago de intereses o reajustes del precio hasta el momento de otorgarse el contrato definitivo.

Se ha resuelto que la facultad de desistimiento establecida a favor de una de las partes en la promesa produce efectos mientras no se la anula: RDJ, T. 53, sec. 1º, pág. 165.

[1446] Por ejemplo, puede convenirse la resolución de la promesa por el incumplimiento del arriendo o viceversa.

jurisprudencia por las muchas modalidades que pueden presentarse.

Para despejarlo conviene desde luego dejar sentado un principio que parece indiscutible: ninguna de las partes puede pretender otorgar o exigir el contrato prometido si éste no va a resultar plenamente válido y eficaz, "perfecto", como dice el Nº 4º del art. 1554. Dicho de otra manera la obligación de otorgar el contrato prometido lleva envuelta necesariamente la de que éste habilite a la otra parte para obtener los beneficios y efectos propios de la convención definitiva.

Y así, como decíamos en otro lugar (Nº 1372), si el promitente adquirente descubre que se le ha prometido cosa ajena, puede negarse a otorgar el contrato prometido y resistir la exigencia que en tal sentido se le haga, mientras la contraparte no adquiera dicho dominio o subsane otro defecto en los títulos. Igual cosa ocurre si es necesaria una aprobación municipal, autorización judicial, consentimiento de la mujer, etc., etc. Creemos que esto puede fundarse en una doble argumentación:

1º— Que como luego veremos, el cumplimiento de la promesa es un pago, y el acreedor puede negarse a recibir una solución que no cumpla los requisitos legales o no dé plena satisfacción a su crédito (Nº 1320).

2º— Es ya aceptado sin discusión que la obligación de garantía es común a todo contrato, y no sólo a la compraventa en que el legislador principalmente se preocupa de ella. No hay, pues, por qué excluirla de la promesa, en la cual consistirá en otorgar un contrato definitivo válido y eficaz, que produzca los efectos propios de éste.

Se ha resuelto, sin embargo, que la obligación de sanear la evicción sólo nace con la compraventa y, en consecuencia, únicamente desde el otorgamiento de ella puede exigirse el alzamiento de los gravámenes que afectan a la propiedad vendida [1447]; otra sentencia aplicó la obligación de saneamiento de la compraventa, en razón de haberse pagado el precio y efectuado la entrega de la cosa prometida [1448]. Con justa razón critica esta última sentencia, don Arturo Alessandri, agregando que el promitente adquirente no puede exigir el saneamiento de la cosa ofrecida antes del contrato definitivo, salvo que así se estipule [1449].

Estamos de acuerdo, desde luego, en que no puede esgrimirse en caso alguna la obligación de saneamiento que emana de la compraventa, porque todavía no la hay, sino la obligación de garantía común a toda convención. No debe olvidarse que

[1447] GT. de 1889, T. 2º, Nº 4018, pág. 1031.

[1448] GT. de 1881, T. 2º, Nº 2535, pág. 1408.

[1449] Ob. cit., T. 2º, Nº 2154, pág. 1037.

de acuerdo al art. 1546 los contratos han de ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre le pertenezcan; nadie podría decir que está de buena fe quien pretenda enajenar una cosa vigente un gravamen que la absorbe íntegramente, o en que por mediar una prohibición legal, un embargo, faltar una autorización o aprobación de autoridad, etc., el contrato otorgado será nulo.

Algo de esto dio a entender la Corte Suprema al rechazar la excepción de pago del marido en la ejecución de una promesa de compraventa, fundada en el otorgamiento por él del contrato definitivo sin que concurriera la mujer a dar su consentimiento (1450).

Sentado este principio que parece inconcuso por las razones expuestas, cabe preguntarse qué ocurre si al tiempo de otorgarse el contrato definitivo no se ha obviado el inconveniente o cumplido el trámite que permitan una convención válida y eficaz.

Creemos que también en esto hay una solución de principios que se impone: si la obligación de otorgar el contrato definitivo envuelve la de que éste sea válido y eficaz, el promitente en quien incide el obstáculo o dificultad, tiene la obligación también de estar en situación al momento de hacerse aquél exigible, de otorgarlo en tales términos, y en consecuencia, está forzado a obtener la autorización, consentimiento o aprobación, el financiamiento, alzamiento, etc., que le hace falta para enajenar válidamente. Debe, pues, efectuar todos los trámites y diligencias necesarias para el otorgamiento del contrato definitivo en el momento oportuno.

Si así no lo hace, ha dejado de cumplir una obligación y en consecuencia, si al tiempo de hacerse exigible la promesa, no está en condiciones de otorgar el contrato definitivo, habrá de su parte, concurriendo los demás requisitos legales, un incumplimiento imputable (N.os sigtes.)

Detallando un poco, las situaciones más comunes son las siguientes:

1º— Estipulación expresa de la obligación señalada.

Es frecuente y desde luego lo más conveniente, convenir expresamente que las partes tendrán las obligaciones indicadas, y así, decir, por ejemplo, que el contrato definitivo se otorgará tan pronto se obtenga la autorización municipal para vender que el promitente vendedor deberá conseguir en el plazo de 6 meses (1451), o se obtenga el financiamiento para la com-

(1450) Véase la nota N° 1379.

(1451) Un caso en la GY. de 1923, 1.ª sem., N° 112, pág. 601: el promitente vendedor se había obligado a entregar títulos saneados y no lo hizo.

pra que se señala, para lo cual se otorga el mismo plazo al promitente comprador, etc.

Es el caso más sencillo y que ninguna duda plantea: si no se obtiene la autorización o el préstamo en el término fijado hay incumplimiento que será imputable, salvo el caso fortuito, es decir, de acuerdo a las reglas generales de los contratos.

2º— Estipulación como condición.

Es posible y frecuente también que se convenga como condición del contrato la remoción del obstáculo que a la época de la promesa no lo hace viable. Y así, decir que será condición de la promesa el otorgamiento de un préstamo por tal Asociación, o que el contrato definitivo se otorgará cuando ésta lo apruebe o mande extender, etc., etc.

La situación es aquí diferente, porque si la condición falla, o sea, no se obtiene el préstamo, etc., la promesa no puede ya exigirse (1452) (N° 1322).

3º— Que en la promesa nada se diga.

Es naturalmente el caso más conflictivo aquél en que la promesa nada digan las partes respecto a los trámites necesarios para otorgar el contrato definitivo, esto es, que no se les señale como obligación ni como modalidad, sino que el otorgamiento de aquél quede sujeto a un plazo u otra condición.

Algunos autores y tribunales (1453) han entendido que aun cuando nada se diga o sólo se señale a título de referencia la necesidad de cumplir algún trámite o diligencia, estas circunstancias son siempre condición de la promesa, sujetándose en consecuencia, a lo expuesto recién.

(1452) Así se ha fallado en el caso de que se había estipulado como condición que una institución determinada autorizara la compra. Fallada la condición, no puede ya exigirse la promesa: RDJ, I, 44, sec. 1.ª, pág. 66. Véase también la nota 1401, y Alessandri, ob. cit., N° 2109, pág. 1239.

Sin embargo, creemos que aun en el caso ya señalado, hay una salvedad: que la condición haya fallado por hecho o culpa de una de las partes, como si el promitente adquirente ni siquiera presenta su solicitud ante la Asociación en cuestión. De acuerdo al inc. 2.º del art. 1431 (Vol. 1.º, N° 493) se considera cumplida la condición si el deudor se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él.

Este precepto se aplica naturalmente a la promesa, pero nada se gana con dar por cumplida la condición si igualmente el contrato definitivo no podrá otorgarse. Como la ley debe entenderse racionalmente y como siempre que el cumplimiento en naturaleza se hace imposible, nace en su sustitución el cumplimiento equivalente, esto es, la indemnización de perjuicios. En consecuencia, creemos que en la promesa si no se cumple la condición por hecho o culpa del deudor, y al haber ella fallado es imposible el cumplimiento, el acreedor tiene derecho a la indemnización de perjuicios, concurriendo los demás requisitos legales.

(1453) Claro Solar, ob. cit. Vol. 11, N° 1207. Meza Barros, ob. cit., N° 92, pág. 73.

En nuestro concepto, en el silencio de las partes constituyen una carga para aquel en quien inciden, y en consecuencia, el prometiende vendedor debe sanear la cosa prometida, obtener la autorización judicial, autorización municipal, etc. y el prometiende comprador conseguir la aprobación de su préstamo, etc. Nos basamos en primer lugar en los argumentos dados al comienzo de este número, y en seguida, en que las modalidades no se presumen, requieren estipulación expresa de las partes (Vol. 1º, Nº 452) [1454].

La conclusión es, pues, que salvo las excepciones señaladas, por la promesa se contrae la obligación de otorgar un contrato definitivo válido y eficaz, lo que lleva envuelta la carga de efectuar todos los tramites y diligencias para su celebración en esa forma en la época oportuna.

1320.— III. CUMPLIMIENTO DE LA PROMESA.— Ya hemos adelantado que el cumplimiento de la promesa, al mismo tiempo que otorgamiento del contrato definitivo, es un pago, esto es, el cumplimiento de la obligación contraída, y como tal debe satisfacer todos los requisitos de éste. (Vol. 1º, Nº 587). Entre ellos que el pago debe efectuarse al tenor de la obligación, salvo que las partes convengan otra cosa [1455]. Además, el pago debe ser íntegro, y en consecuencia, no bastará por ejemplo en los contratos definitivos con suscribir la escritura respectiva, sino que deben cumplirse, además, todas las cargas propias de estos instrumentos: pago de los derechos notariales, acompañamiento o exhibición de determinados documentos, pago de los impuestos que gravan el acto en la forma convenida o que señala la ley, etc.

En el cumplimiento voluntario de la promesa, pues, no hay derogación alguna de las reglas generales, y efectuado, produce la extinción de la promesa por haber ésta agotado sus efectos propios.

El contrato definitivo pasa a tener vida jurídica propia desde su otorgamiento y, en consecuencia, la promesa no produce influencia alguna en él. El punto fue llevado a los tribunales, a propósito de un contrato de promesa nulo absolutamente por

[1454] So dirá que la obligación tampoco se presume, pero ya hemos señalado que en virtud de la buena fe con que deben cumplirse las convenciones, de la obligación de garantía y de las reglas que gobiernan el pago, el deudor debe hacer cuanto esté de su parte para que el cumplimiento sea oportuno y satisfactorio, y de ahí nace la carga que tiene de remover los obstáculos que lo impiden.

[1455] En la promesa proceden la dación en pago y novación; también la confusión: si se reúnen en una sola persona las calidades de prometiendes contratantes. No así la compensación. Véase respecto a la cesión del contrato bilateral de promesa, el Vol. 1º, Nº 1167.

Indeterminación del precio, vicio del cual no adolecía el contrato definitivo otorgado voluntariamente en cumplimiento de dicha promesa; se resolvió, acertadamente, a nuestro juicio, que la nulidad absoluta de ésta no se transmitía a su cumplimiento [1456].

Ahora bien, no habiendo cumplimiento voluntario de la promesa, se produce, también, de acuerdo a las reglas generales, el incumplimiento de la obligación de otorgar el contrato definitivo.

En tal caso, y como no se discute [1457], se aplica integralmente el art. 1553, al cual expresamente se remite el art. 1554, y que establece los derechos del acreedor ante la infracción por el deudor de una obligación de hacer (Vol. 1º, Nº 803 y siguientes). Recordándolo brevemente, es preciso que el deudor esté colocado en mora, el acreedor tiene derecho a que ésta se le indemnice, y además, un derecho optativo entre pedir que se apremie al deudor, que se cumpla el contrato o se le pague indemnización compensatoria.

Requieren comentarios especiales en la promesa el cumplimiento forzado (Nº siguiente), la mora (Nº 1326), la indemnización de perjuicios (Nº 1329) y también la resolución por incumplimiento, obviamente procedente, aunque no está expresamente dicha en el art. 1553 (Nº 1323).

1321.— IV. CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA PROMESA.— Hemos señalado que una de las posibilidades del acreedor es pedir, junto con la indemnización moratoria [1458], el cumplimiento forzado de la promesa, pero a diferencia de lo que ocurre en otras obligaciones no está obligado a exigir el pago por ejecución. Como el art. 1553 lo deja elegir, bien puede optar por apremiar al deudor, o derechamente pedir la indemnización de perjuicios, o la resolución de la promesa.

Como en todo caso de cumplimiento forzado es necesario que el deudor quede en mora, ya que así lo exige el art. 1553 [1459], y que el cumplimiento sea aún posible. Ya hemos dicho que habiaremos aparte de la mora en la promesa, porque tiene alternativas propias (Nº 1327), y que el cumplimiento sea posible implica que la obligación de otorgar el contrato prometido no esté extinguida por algunos de los medios que veremos en el número siguiente. Si el cumplimiento en naturaleza ya no es posible, al acreedor sólo le restará pedir indemnización de perjuicios, si ella es procedente (Nº 1329).

Igualmente, si el acreedor no goza de título ejecutivo, deberá obtener que previamente se declare judicialmente la obli-

[1456] RDJ, T. 33, sec. 1º, pág. 165.

[1457] Por vía de ejemplo, RDJ, T. 54, sec. 1º, pág. 153.

[1458] RDJ, T. 54, sec. 1º, pág. 153.

[1459] RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487.

gación de la contraparte de otorgar el contrato definitivo; con esta sentencia u otro título ejecutivo demandará ya directamente el otorgamiento mismo del contrato definitivo, conforme al N° 2° del art. 1553 complementado y aclarado por el art. 532 del C. P. C. (1460). En virtud de esta ejecución, el juez como representante legal del deudor, procederá a otorgar por éste el contrato definitivo de que se trate (1461).

1322.— V. EXTINCIÓN DE LA PROMESA.— Antes de seguir adelante con los efectos de la promesa, ajenos al cumplimiento voluntario o forzado de ella, interesa precisar los casos en que él ya no será posible, sea por haberse extinguido el contrato mismo o la obligación de alguna de las partes de otorgar el definitivo.

Normalmente se aplicarán las reglas generales, y así la extinción puede producirse por nulidad de la promesa (1462), resciliación (1463), porque falle la condición (1464), etc.

Nos interesa precisar las únicas situaciones que han generado conflictos en la promesa: la resolución por incumplimiento, el término extintivo y la imposibilidad en el cumplimiento, que iremos examinando sucesivamente.

1323.— A) LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROMESA.— Hemos destacado que el legislador, muy preocupado de calificar como obligación de hacer la que emana del contrato de promesa, determinó en el inc. final del art. 1554 únicamente la aplicación del artículo anterior, que sólo contempla el cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios para la infracción de aquel tipo de obligaciones. Afortunadamente ni la jurisprudencia ni la doctrina se han dejado llevar en

(1460) Por vía ejemplar, RDJ, Ts. 4°, sec. 1°, pág. 4; 5°, sec. 2°, pág. 140. GT. de 1913, 2° sem., N° 639, pág. 2053, etc.

Se ha resuelto que el juicio de cumplimiento de la promesa es susceptible de evaluación pecuniaria, lo que tiene importancia para la procedencia del recurso de casación en el fondo: RDJ, T. 53, sec. 1°, pág. 261.

(1461) El art. 2932 del Código Italiano da una solución más drástica: la sentencia que acoge la demanda del acreedor vale como contrato definitivo: "si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido".

(1462) Si la promesa es nula, no cabe pedir su resolución, ni cobrar indemnización de perjuicios, cláusulas penales, ni otras obligaciones accesorias a ella: RDJ, Ts. 45, sec. 1°, pág. 176 y 46, sec. 2°, pág. 79.

(1463) RDJ, T. 46, sec. 1°, pág. 222. En la promesa bilateral, difícilmente se dará la remisión para la obligación principal de otorgar el contrato prometido (Vol. 1°, N° 1178), pero puede presentarse para obligaciones anexas: GT. de 1941, 2° sem., N° 21, pág. 79.

(1464) Véase Nota 1452.

este aspecto por la tendencia general de polemizar en torno al contrato de promesa y han coincidido en lo que ya señalamos, esto es, que el art. 1554, inc. final, no tiene otro significado que el apuntado, pero no aparta a la promesa de las reglas generales.

En consecuencia, siendo bilateral por regla general la promesa (N° 1280), procederá también en los casos que tiene esta calidad, la resolución del contrato por aplicación de la condición resolutoria tácita del art. 1489 (1465). Y esto vale tanto para la obligación de otorgar el contrato prometido, como para las demás que no siendo esenciales en la promesa, las partes hayan contemplado por estipulación expresa (1466). El prome-tiente cumplidor, optará pues, por la resolución o el cumplimiento, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Igualmente, las partes pueden convenir un pacto comisorio, con o sin cláusula de resolución ipso facto, tanto para la obligación esencial de la promesa, como para las otras que ellas convengan (Vol. 1°, N.os 537 a 543).

Lo que sí particulariza la resolución en la promesa es que las dos partes tienen una obligación análoga y obviamente, sobre todo en los contratos prometidos solemnes, no es posible el cumplimiento sin la colaboración de ambas; pues bien, la resolución precisa un incumplimiento imputable, y para que sea procedente es imprescindible que aquél contra quien se invoca la resolución haya sido el que incurrió en él, y que el demandante haya estado por su parte llano a cumplir, punto que examinaremos al hablar de la mora en la promesa (N° 1328). Ahora bien, si ambas partes han sido morosas, la Corte Suprema ha declarado la caducidad de la promesa (N° siguiente) o la resolución, sin indemnización de perjuicios (Vol. 1°, N° 534).

1324.— B) EL PLAZO EXTINTIVO Y LA LLAMADA "CADUCIDAD" DE LA PROMESA.— Al hablar del plazo, a propósito de la exigencia del N° 3° del art. 1554 (N° 1302), anunciamos que había controversias respecto a la calificación del que se estipula en la promesa.

Para algunos, entre los que nos incluimos, en la promesa, el plazo es normalmente suspensivo (1467); en consecuencia, vencido el término estipulado sin que la promesa se haya cumplido, nace el derecho a exigir judicialmente el otorgamiento

(1465) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 28, sec. 1°, pág. 689 (con comentario favorable de don Arturo Alessandri Rodríguez); 46, sec. 1°, pág. 486; 54, sec. 1°, pág. 153, etc.

(1466) Por no pago del precio convenido con la promesa, RDJ, T. 54, sec. 1°, pág. 153.

(1467) RDJ, Ts. 16, sec. 1°, pág. 487 y 62, sec. 1°, pág. 258. Otros casos de plazos suspensivos en la misma RDJ, Ts. 16, sec. 1°, pág. 570; 46, sec. 1°, pág. 570; 51, sec. 1°, pág. 65; 60, sec. 2°, pág. 85 y 62, sec. 1°, pág. 388.

del contrato prometido, y el deudor habrá quedado en mora, de acuerdo a las reglas generales (Nº 1327).

Para otros, en la promesa el plazo es normalmente extintivo, y vencido, se produciría lo que algunos llaman "caducidad" de la promesa, aunque no todos son partidarios del uso de esta expresión a todas luces inconveniente (1468).

1º— La tesis de la "caducidad".

Ella se funda principalmente en la libertad contractual y en el art. 49 del Código.

La libertad contractual obviamente permite a las partes estipular en la promesa plazos extintivos; lo que se rechaza es la amplitud que a ellos se ha dado.

En efecto, para el Código, plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación (Vol. 1º, Nº 456); al plazo extintivo se refiere en ciertos contratos, porque él normalmente pertenece a los de tracto sucesivo; como en ellos las obligaciones van cumpliéndose y generándose sucesivamente, la ley fija medios para que las partes les pongan término: el desahucio y el plazo extintivo. El traslado del plazo extintivo a un contrato de ejecución diferida es posible, pero nunca a uno de ejecución instantánea.

Como en la promesa, por su esencia, el cumplimiento queda diferido, es posible que se convenga un plazo extintivo; éste no puede tener otro significado que las partes desean estar ligadas contractualmente hasta cierto momento y no más allá; vencido el plazo, la obligación se extingue y ya no puede exigirse judicialmente, no hay cumplimiento forzado, porque así las partes de antemano lo han convenido (1469).

Y puede perfectamente ocurrir que así lo hayan querido, porque, por ejemplo, el prometiende comprador necesita buscar financiamiento para la compra, mientras el prometiende vendedor está en situación de otorgar de inmediato contrato definitivo; acepta darle al primero un plazo para obtener su préstamo, sin recibir nada en el intertanto, y es lógico que no desee esperar indefinidamente o tener que seguir un juicio declarativo para desligarse. Quiere, llegado un momento, poder disponer libremente de lo prometido, dejando de lado de pleno derecho la promesa celebrada. Dicho de otra manera, el efecto del término extintivo equivale a una renuncia por el

[1468] RDJ, Ts. 15, sec. 1º, pág. 591; 41, sec. 1º, pág. 354; 44, sec. 1º, pág. 544; 49, sec. 1º, pág. 309 y 58, sec. 1º, pág. 170, sentencia que marca el hito de la doctrina. Como se irá viendo las posiciones antagónicas están marcadas entre esta sentencia y la de la RDJ, T. 62, sec. 1º, pág. 258.

Sobre otros plazos resolutorios, véase nota 1395.

Véase una defensa de la teoría de la caducidad en Fuyo, ob. cit., Nº 102 y sigtes., pág. 195 y sigtas.

[1469] Fuyo habla de que se produce una imposibilidad; no hay tal, sino extinción por el cumplimiento del plazo. Juridicamente es posible para las partes perseverar en el contrato y otorgar el definitivo, si así lo convienen. En la imposibilidad no hay forma de cumplir, y por ello se extingue la obligación.

acreedor a la facultad que le concede el Nº 2º del art. 1553 de exigir el cumplimiento forzado, y queda pendiente el resto del precepto, esto es, una posible discusión sobre indemnización de perjuicios por infracción del contrato.

¿Y —se dirá— por qué en tal caso no se estipula una resolución ipso facto, que también extingue de pleno derecho el contrato? Por una razón que ya destacamos en el número anterior, porque la resolución supone un incumplimiento imputable, de manera que siempre cabrá discutir si la extinción se ha producido o no; en cambio, en el plazo extintivo no puede haber discusión en cuanto a la obligación de otorgar el contrato definitivo; ella se extinguió de pleno derecho al cumplirse el plazo, y sólo cabe discutir una posible indemnización por la infracción a ella.

Conforme pues, que la libertad contractual permite convenir plazos extintivos en la promesa, pero no en los casos en que se le ha estimado ni con los efectos que se le ha asignado, según lo veremos.

En efecto, el centro de la discusión está en la aplicación del art. 49 del Código Civil que contempla la distinción entre plazo fatal y no fatal (Vol. 1º, Nº 459).

Se ha sostenido que si se utilizan las expresiones "dentro de" o "en" respecto al plazo señalado para la promesa, transcurrido el término se produce la "caducidad" del derecho del acreedor a exigirla, e incluso se ha dicho que el señalamiento de un día fijo para el otorgamiento del contrato definitivo, importa convenir un plazo extintivo (1470). La jurisprudencia ha sido muy vacilante, pero últimamente tiende a rechazar semejante interpretación (1471).

[1470] Ya hemos señalado que la sentencia más característica pertenece a la Corte Suprema, del 9 de junio de 1964, publicada en la RDJ, T. 58, sec. 1º, pág. 170; la promesa decía que el contrato definitivo se otorgaría "dentro de los 6 meses", plazo que se consideró extintivo. En igual sentido, Ts. 15, sec. 1º, pág. 591; 44, sec. 1º, pág. 544; "a más tardar" en tal fecha; 55, sec. 1º, 212: "la compraventa se otorgará en el plazo de 6 meses contados desde la fecha de la presente promesa, y en el momento en que lo solicito el prometiende comprador; las partes podrán prorrogar de común acuerdo el plazo antes de su vencimiento"; 55, sec. 1º, pág. 292: "el plazo será de 5 meses".

[1471] El fallo más fundado en tal sentido es de la RDJ, T. 62, sec. 1º, pág. 258; se había convenido que el contrato definitivo de compraventa se otorgaría "dentro de los 2 años contados" desde una cierta fecha. La Corte Suprema declaró que podía otorgarse voluntariamente desde esta fecha hasta la medianoche del último día del plazo, pero pasada ésta, podía exigirse judicialmente el cumplimiento.

También, RDJ, T. 62, sec. 1º, pág. 380: se había fijado el 5 de enero de 1962; 16, sec. 1º, pág. 487 (no caduca la promesa por no firmarse el contrato definitivo en el plazo estipulado), 46, sec. 1º, pág. 570 ("dentro de un año y medio"); 51, sec. 1º, pág. 65 ("al pagarse la última cuota del precio"). GT. de 1901, T. 1º, Nº 1643, pág. 1485.

Mazeaud, para la promesa bilateral, considera que la expresión "dentro" contempla un plazo suspensivo: ob. cit. Parte 3ª, T. 3º, Nº 787, pág. 58.

2º— Refutación de ella.

Son múltiples las razones que permiten sostener que la regla general es la del plazo suspensivo y que ni las expresiones "dentro de" o "en" ni la fijación de un día fijo para el otorgamiento del contrato definitivo importan plazo extintivo por sí solas, pues éste requiere convención expresa, o por lo menos fuera de toda duda.

A.— La pretensión de aplicar el art. 49 se funda en el equívoco de confundir dos cosas que son bien diferentes: el plazo fatal con el extintivo. El primero es que se le impone al interesado para que efectúe una determinada actividad indispensable para el ejercicio o nacimiento de un derecho; si así no lo hace, caduca la facultad o derecho que debió ejercer dentro del plazo (Vol. 1º, Nº 1222).

El plazo extintivo mira a la extinción de la obligación, independientemente de toda actividad del acreedor; normalmente la obligación ante la pasividad de éste, muere por prescripción, y no por el mero transcurso del plazo. En el término extintivo, ninguna actividad del acreedor impide su transcurso (1472).

B.— El origen de la anterior confusión deriva de otro equívoco: de la promesa bilateral con la unilateral y el contrato de opción, en que efectivamente hay un plazo para que el beneficiario u optante ejerzan su facultad. Para el perfeccionamiento del contrato es indispensable que éste declare su voluntad dentro del plazo que se le ha señalado, y por ende, habrá plazo fatal y caducidad si así no lo hace. Nada de esto ocurre en la promesa bilateral en que ambas partes tienen la calidad recíproca de acreedor y deudor.

Por ello resulta errónea la denominación de caducidad que contribuye mayormente a la confusión; nadie diría cuándo un arriendo cumple su plazo que ha caducado. Se ha extinguido por el cumplimiento del plazo.

C.— El legislador ha definido el plazo en el art. 1494, refiriéndose al suspensivo; ello no obsta, según hemos dicho, a que se estipule uno extintivo, pero cuando el legislador, en el art. 1554 se remitió a un plazo, lo hizo al definido por él (art. 20). En consecuencia, para derogar el término suspensivo, que es la normalidad legal, se requiere estipulación expresa o cuando menos indudable; en el caso contrario rige la norma de que el plazo es la época fijada para el cumplimiento de la obligación.

D.— Tan es así que nunca a nadie se le ha ocurrido sostener que en cualquier otro contrato el plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones de las partes pudiera ser extintivo, y así, si en una compraventa se dice que el precio se pagará dentro de 6 meses, o en tal fecha, no podría pretenderse que posteriormente el vendedor no puede exigir la cancelación de lo adeudado. Hasta el momento previsto, el comprador puede pagar, sin ulteriores consecuencias para él, pero pasado el mismo, nace el derecho del acreedor de exigir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios. Igual ocurrirá normalmente en la promesa, y para que así no sea, es preciso que se lo diga expresamente.

E.— El inciso final del art. 1554 dispone que, cumplidas las circunstancias anteriores, entre las cuales figura la fijación de un plazo, habrá lugar a lo señalado en el precepto precedente, cuyo Nº 2º confiere al acreedor, a su elección, el derecho a pedir el cumplimiento forzado del contrato.

Tal derecho es derogable, renunciable por el acreedor, pero esta renuncia es necesario que se la exprese claramente y no puede deducirse de expresiones que usualmente se utilizan para fijar el tiempo en que el deudor debe cumplir sus obligaciones, sin ulteriores responsabilidades para él.

F.— Esta interpretación que impugnamos al llevar el plazo extintivo a situaciones que las partes no han tenido intención de hacerlo, ha forzado a sus sostenedores a negar los efectos propios del plazo extintivo. En efecto, les ha chocado la circunstancia de que el contrato nunca puede exigirse, ya que antes de vencerse el plazo a la medianoche del último día del mismo, no puede exigirse el cumplimiento, porque aún no hay mora, y el deudor requerido se excepcionaría diciendo que puede todavía cumplir válida y oportunamente. Al día siguiente de vencerse el plazo, tampoco podrá ya exigirse el contrato, pues éste está extinguido.

En tal situación se da un paso atrás y se dice que si el acreedor ha exigido, incluso extrajudicialmente el cumplimiento dentro del plazo, ya no se produce la "caducidad". Ello es natural en la concepción del plazo fatal, que supone actividad del acreedor, pero aún en él totalmente erróneo, porque la caducidad sólo se evita con la ejecución específica de la actividad exigida por la ley para el nacimiento o para evitar la extinción del derecho.

En cambio, lo que las partes han convenido es otra cosa muy distinta: vencido el plazo extintivo fijado, los promitentes no han querido seguir ligados más allá de él, en cuanto a la obligación de otorgar el contrato prometido. Lo contrario importa confundir el plazo extintivo con la resolución

ipso facto, en que si tiene importancia la actitud de las partes (1473).

Lo que ocurre es que la promesa normalmente no puede cumplirse sin una actividad de ambas partes; nada obtiene una sola de ellas con extender la escritura, firmarla, avisar y requerir a la otra, depositar lo que debe pagar en esa fecha, etc. (Nº 1328); sin la concurrencia del otro interesado y su cumplimiento no habrá contrato; pero esto importa para determinar cuál de las partes fue morosa, y en consecuencia, estará obligada a la indemnización de perjuicios.

En efecto, vencido el plazo extintivo, el deudor incumpliente no puede quedar indemne. No se le podrá exigir el cumplimiento forzado, porque ése es el efecto del término extintivo, pero de acuerdo a las reglas generales del incumplimiento imputable, cada vez que ya no puede obtenerse un pago en naturaleza, deberá recurrirse a la equivalencia, que es la indemnización de perjuicios; pero para que ella sea procedente es indispensable que quien la exija haya estado por su parte llano al cumplimiento (Nº 1328) (1474).

3º— Conclusión.

Como consecuencia de todo lo dicho podemos sentar las siguientes conclusiones:

A.— En la promesa, como en toda obligación, el plazo es

(1473) El fallo publicado en la RDJ, T. 58, sec. 1º, pág. 70, negó lugar a la resolución del contrato, por que ninguna de las partes había cumplido dentro del plazo estipulado: por tal motivo se habría producido la "caducidad". En sentencia de la misma RDJ, T. 5º, sec. 2º, pág. 140, se declaró que se podía exigir el cumplimiento forzado, porque el ejecutante había hecho saber dentro del plazo que estaba dispuesto a otorgar la escritura definitiva, y había consignado el precio.

Tan neta es la confusión en que se incurre que Meza, ob. cit., Nº 94, pág. 74, justamente señala que si se estipula expresamente la caducidad, hay realmente pacto comisorio.

Justamente la diferencia entre uno y otro estriba en la imputabilidad del incumplimiento que está fuera de discusión en el término extintivo, y así, si se conviene un período a 3 años, el incumplimiento de alguna de las partes no anula el contrato, sino que dará derecho a la indemnización de perjuicios a favor del que cumplió.

(1474) Si por el vencimiento del término extintivo no pudiere cobrarse indemnización de perjuicios, la promesa sería nula absolutamente, porque quedaría al mero arbitrio de las partes su cumplimiento: no habría habido obligación alguna, porque bastaba dejar transcurrir el plazo para quedar liberado. No es así, y por la promesa no contrae sino la obligación de otorgar el contrato prometido y dentro del plazo convenido, sólo que vencido éste no puede ya exigirse. Pero como siempre que por cualquier causa, jurídica o material, ya no es posible el cumplimiento en naturaleza, aún forzado, de la obligación, nace el derecho para el acreedor a que se le reemplace en forma equivalente, con la indemnización de perjuicios.

suspensivo, porque tal es la regla general en la legislación, y vencido nace el derecho a exigir el cumplimiento forzado;

B.— En virtud de la libertad contractual las partes pueden convenir expresamente un término extintivo, pero como se apartan de las reglas generales, deben indicarlo expresamente o en todo caso, fuera de cualquier duda. El uso de las expresiones "dentro de", "en", "a más tardar", en tal fecha, etc., por sí solas no implican otra cosa que la colocación en mora del deudor al vencimiento del plazo (Nº 1327). En consecuencia, deberá decirse que el plazo es extintivo; que no habrá derecho al cobro judicial, que en ningún caso tendrá lugar la promesa vencido el término convenido, etc. Determinar si el plazo es suspensivo o extintivo es cuestión de hecho, pero en caso de duda, debe optarse por el primero;

C.— Cumplido el plazo extintivo, produce el efecto normal de éste. Extinguir la obligación, sin necesidad de declaración judicial, esto es, de pleno derecho, y haciendo innecesaria la resolución.

D.— Ocurrida la extinción por el cumplimiento del plazo, llega el momento de liquidar el contrato, porque la obligación de otorgar el definitivo ha quedado incumplida (1475); quien no concurrió a la celebración del contrato prometido en el plazo estipulado ha quedado en mora (Nº 1327), siempre que concurren los requisitos legales y especialmente, la imputabilidad. Si ambas partes han sido morosas, no hay efecto posterior alguno, en virtud de la excepción del contrato no cumplido (Nº 1328).

1325.— C) LA IMPOSIBILIDAD Y EL RIESGO EN LA PROMESA.— En este contrato se aplican las reglas generales, ya estudiadas en el Vol. 1º, Cap. 4º de la Parte 6ª, Nº 1186 y siguientes: en consecuencia, cabe distinguir si la imposibilidad es fortuita o imputable, total o parcial, definitiva o temporal.

En la imposibilidad total imputable, la obligación se extingue sin ulterior consecuencia, como si la cosa prometida venderse destruye accidentalmente; siendo bilateral la promesa creemos que por la doctrina del riesgo igualmente se extingue la obligación de la contraparte; desde luego ello es indiscutible respecto de la de otorgar el contrato definitivo, pues no podría

(1475) Ello no ocurre habitualmente en el plazo extintivo, porque éste normalmente opera en los contratos de tracto sucesivo; las obligaciones ya cumplidas, bien cumplidas están. Lo que ocurre es que ya no habrá otras.

Al trasladarlo a un contrato de ejecución forzosamente diferida, como es la promesa, se produce este efecto a primera vista chocante de que la obligación no puede cumplirse judicialmente. De ahí la excepcionalidad del plazo extintivo en la promesa, y la rigurosidad indispensable en su interpretación.

en el caso propuesto celebrarse una compraventa carente de objeto, e igualmente debe aplicarse a las propias de aquél (como pagar el precio), aunque por estipulación de las partes se hayan convenido exigibles con la promesa (Nº 1216).

Si la imposibilidad se debe a hecho o culpa del deudor, habrá lugar a la indemnización de perjuicios, concurriendo los demás requisitos legales; ella reemplaza a la obligación de otorgar el contrato que se extinguió por imposibilidad.

Ahora bien, lo único que puede dar lugar a problemas es la imposibilidad temporal, esto es, al momento de exigirse el contrato definitivo, hay un obstáculo jurídico para su otorgamiento, como ser, no se ha obtenido aún la autorización, aprobación, alzamiento, etc., indispensables para el mismo. En nuestro concepto, según lo dicho en el Nº 1319, hay para el prometiende en quien incidía el obstáculo un incumplimiento, que si es imputable lo forzará a indemnizar los perjuicios; pero, como señalábamos en el Vol. 1º, Nº 1202, si posteriormente el inconveniente que hace imposible el contrato definitivo desaparece podría el acreedor restituir la indemnización compensatoria, y exigir el otorgamiento de aquél, si aún es posible.

1326.— VI. LA MORA EN LA PROMESA.— Hemos suficientemente destacado la importancia de la mora en la promesa, puesto que de acuerdo al art. 1553 es requisito indispensable para que el acreedor haga valer los derechos alternativos que dicho precepto le confiere.

Pues bien, en el contrato de promesa la mora no se aparta de las reglas generales, particularizadas únicamente por una doble circunstancia, el papel esencial que en ella juegan las modalidades, y la imposibilidad en que normalmente se encuentra una de las partes para cumplir íntegramente por sí sola.

A todas estas situaciones nos referiremos en los números siguientes en este orden: cuando el deudor está en mora, cumplimiento recíproco e indemnización de perjuicios en la promesa.

1327.— A) CUANDO SE PRODUCE LA MORA EN LA PROMESA.— Según lo anunciado, se aplica en todo y por todo el art. 1551 (Vol. 1º, N.os 868 a 879).

En consecuencia, la regla primera es la de la interpelación judicial, pero no debe olvidarse lo ya apuntado: que en la promesa las modalidades son esenciales, y una de ellas —el plazo— puede hacer innecesario el requerimiento judicial.

Tratándose, por tanto, de la condición señalada como época en que debe otorgarse el contrato definitivo, la mora requiere dicha forma de interpelación (1476).

[1476] Salvo que se haya fijado un término para otorgar el contrato, una vez cumplida la condición, como, por ejemplo, si se estipula que la compraventa se celebrará dentro de los 3 meses siguientes a la recepción municipal de la obra en ejecución. Vencido el plazo, habrá mora para quien no cumplió.

En cambio, si con el mismo objeto se ha estipulado un plazo dentro del cual debió otorgarse el contrato definitivo, el deudor quedará en mora si no cumple en el plazo convenido, de acuerdo al Nº 1º del art. 1551 (1477).

Sin embargo, es preciso efectuar algunos alcances al respecto:

1º— Que no habrá mora si la contraparte, también deudora, no ha cumplido o estado llana a cumplir sus obligaciones (número siguiente).

2º— Que es fuerza que el plazo haya sido fijado para cumplir dentro de él la obligación, y no como momento inicial para poderla exigir, como si por ejemplo, se ha convenido que el contrato definitivo se otorgará después o una vez que hayan transcurrido 3 meses desde la fecha. En tal caso, hay que volver a la regla general de la interpelación judicial.

3º— También se producirá la mora por el solo transcurso del plazo, si no se han cumplido dentro de él las obligaciones necesarias para el otorgamiento oportuno del contrato prometido (Nº 1319), u otras convenidas por las partes (Nº 1318).

Como ejemplo de lo primero, podemos citar una sentencia publicada en la RDJ, T 63, sec. 1º, pág. 443: el contrato definitivo debió otorgarse dentro de los 3 años contados desde la fecha de la promesa, y el prometiende vendedor se obligó a urbanizar lo prometido. La Corte Suprema entendió que esta obligación debió cumplirse dentro del plazo convenido para el otorgamiento de la compraventa prometida, y que el prometiende vendedor quedó en mora por no hacerlo así. En nuestro concepto lo mismo debe extenderse a todas las cargas necesarias para el otorgamiento del contrato prometido dentro del plazo estipulado, aunque no se las haya mencionado expresamente: cuando menos a la expiración del término, el prometiende en quien inciden debe estar en situación de otorgar el

[1477] Por vía ejemplar: RDJ, Ts. 42, sec. 1º, pág. 251 (vencido el plazo, queda en mora el que no cumplió), 62, sec. 1º, pág. 388 (el contrato definitivo se otorgará el 5 de enero de 1962: queda en mora el que no cumple en esa fecha; 63, sec. 1º, pág. 444 (Ver nota siguiente), etc.

El fallo publicado en la RDJ, T. 62, sec. 1º, pág. 253 (véase nota 1471), pareciere entender lo contrario, pues en su considerando 7º dice que "vencido el plazo, el contratante que desea cumplir, PUEDE constituir en mora al otro contratante, haciéndolo saber que por su parte, está llano a cumplir en forma y tiempo debidos, a fin de que pueda tener lugar lo que previene el artículo 1553 del Código Civil". Como el contrato definitivo se había prometido "dentro" de cierto plazo, la mora se produjo de pleno derecho, y pareciere que el fallo quiso únicamente destacar la actitud de la contraparte indispensable para que ella se produjese, de acuerdo a lo que diremos en el número siguiente.

contrato definitivo, y si no lo está por incumplimiento imputable de tales obligaciones, habrá mora de su parte.

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

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

1328.— B) CUMPLIMIENTO RECÍPROCO.— Ya hemos insistido con reiteración que en toda promesa bilateral ambas partes invisten recíprocamente la condición de deudoras y acreedoras la una de la otra, y todavía de una obligación análoga (1478), y, en consecuencia, todas ellas deben concurrir al otorgamiento del contrato definitivo, y si éste es solemne, no hay posibilidad alguna de que se le otorgue sin la concurrencia del otro contratante.

También hemos insistido de que la mora es requisito para cualquier actuación de quien asume la función de acreedor para exigir apremios, cumplimiento forzado o indemnización de perjuicios, o resolución del contrato. Pues bien, de acuerdo al art. 1552 ninguno de los contratantes está en mora si la contraparte no cumple su propia obligación o se alicia a hacerlo (1479).

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

1º— Si quien exige cumplimiento o indemnización, ninguna actividad específica por su parte ha tenido que desarrollar para que la obligación de otorgar el contrato prometido se cumpliera oportunamente, ni tampoco ha contraído por la promesa otras obligaciones, o ha cumplido las contraídas (verbi gracia, pago del precio), creemos que todo el problema de la mora incide en la contraparte, si ésta se ha encontrado en las situaciones señaladas, y ella quedará en mora vencido que sea

(1478) Así lo destaca, por vía de ejemplo, fallo de la RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487.

(1479) Véase en el Vol. 1º, la excepción del contrato no cumplido (Nº 941 a 946), y la mora del acreedor (Nº 880 a 883).

el término estipulado o en las demás situaciones señaladas en el número anterior (1480).

2º— Si ambas partes tenían obligaciones que cumplir o actividades que desarrollar para hacer viable el contrato definitivo estará en mora el que no cumplió con ello, siempre que el otro haya cumplido sus propias obligaciones y haya estado lano al cumplimiento de la de otorgar el contrato definitivo (1481). Para acreditar esto último no basta que el prometiente así lo diga, sino que lo manifieste por hechos positivos suyos (1482). No creemos de ningún modo indispensable un requerimiento judicial al deudor, bastando uno extrajudicial, tan pronto se haya quedado por parte del acreedor en situación de otorgar el contrato.

3º— Es posible que alguna de las partes deba cumplir determinadas obligaciones al tiempo mismo de otorgarse el contrato definitivo, a fin de que éste se perfeccione (1483); especialmente frecuente es que se haya estipulado todo o parte del precio de la compraventa prometida pagadero al suscribirse la escritura correspondiente. No hay duda que en tal caso no se habrá cumplido la propia obligación si no se cumplen también con aquellas obligaciones, y en consecuencia, no habrá mora para la contraparte, y a la inversa, ésta, si cumple o demostró estar lano para hacerlo, puede colocar en mora a la otra (1484).

(1480) El caso citado en el número anterior, publicado en la RDJ, T. 63, sec. 1º, pág. 443. Si el prometiente vendedor no había cumplido su obligación de urbanizar, es obvio que nada debía por su parte hacer el prometiente comprador, sino esperar que aquél cumpliera, y lo avisara (extrajudicialmente) que estaba en situación de otorgar el contrato definitivo. Si ante este requerimiento, el prometiente comprador no otorga el contrato, queda en mora. En igual sentido, fallo de la RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487.

(1481) Por ello, si el prometiente vendedor no está en mora, si el prometiente comprador pidió prórroga para el otorgamiento del contrato definitivo, por no tener disponible el precio de la compraventa: RDJ, T. 40, sec. 1º, pág. 358.

(1482) RDJ, Ts. 5º, sec. 2º, pág. 140 [consignación del precio]; 46, sec. 1º, pág. 570.

En igual sentido, RDJ, T. 42, sec. 1º, pág. 251: si el prometiente comprador estuvo lano a cumplir y el prometiente vendedor no, éste está en mora.

(1483) Exhibir sus documentos personales, acompañar determinados comprobantes que la ley exige, pagar su parte en los gastos notariales e impuestos de transferencia y otros, etc.

(1484) Es preciso, eso sí, respecto del precio, que se haya estipulado expresamente que éste era pagadero de contado al suscribirse la escritura de compraventa definitiva, porque en caso contrario se hace exigible, como toda obligación, sólo una vez que se perfecciona: el contrato: RDJ, T. 53, sec. 2º, pág. 74.

Otra sentencia de la RDJ, T. 62, sec. 1º, pág. 333, declaró que el prometiente comprador no está en mora si depositó el dinero en Notaría; tampoco lo está si concurrió a la Notaría y no pagó el precio, por no haber concurrido el otro prometiente.

4º— Es posible que ninguna de las partes haya cumplido, ya sea en cuanto al otorgamiento mismo del contrato definitivo o de aquellas otras obligaciones indispensables para hacerlo posible, o para su perfeccionamiento. En tal caso no hay mora para ninguna de ellas, de acuerdo al art. 1552 (1485), y será necesario que alguna se decida a cumplir para poder exigir el cumplimiento ajeno; si ninguna lo hace, ya hemos señalado que la Corte Suprema ha optado por dar por terminado el contrato de promesa, pero sin indemnización de perjuicios.

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

Al respecto, es necesario tener presente que si no se ha convenido así expresamente, no creemos que sea necesario para que el acreedor acredite que ha estado llano al cumplimiento, que suscriba la escritura de compraventa; basta cualquier requerimiento que revele el interés de hacerlo (1486). Pero desde luego, la parte que ha concurrido a la Notaría y suscrito la escritura público, deja de manifiesto que ha estado llana a cumplir (1487). Conforme a lo dicho, será indispensable que, además, cumpla todas las obligaciones necesarias para que la escritura sea operante, como exhibición y acompañamiento de los documentos necesarios, etc. Y, además, que deposite el precio si éste se hizo exigible con la sola suscripción de la escritura (1488).

(1485) Por vía de ejemplo, RDJ, T. 57, sec. 1º, pág. 274.

(1486) Sin embargo, en una ocasión se resolvió lo contrario: el prome-
tente vendedor no había cumplido la obligación de alzar gravá-
menes y prohibiciones de lo prometido vender; sin embargo, la
sentencia, publicada en la RDJ, T. 55, sec. 1º, pág. 292, declaró
que de todos modos el prome-
tente comprador debió concurrir a
la Notaría, mandar extender la escritura de compraventa y deposi-
tar el saldo de precio en poder del Notario Público.

(1487) RDJ, T. 56, sec. 2º, pág. 98. Pero la no concurrencia a la Notaría
no impide exigir posteriormente el otorgamiento del contrato, allanándose a cumplir: RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487. Pero en tal caso
es obvio que habrá que requerir a la contraparte para colocarla
en mora.

(1488) Véase nota 1484, y RDJ, Ts. 5º, sec. 2º, pág. 140 y 44, sec. 1º,
pág. 544.

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

El art. 1322 de dicho Código acoge parcialmente, para el mutuo,
la excepción preventiva de incumplimiento (Vol. 1º, N° 946); el prome-
tente mutuante puede negarse a cumplir si las condiciones patrimo-
niales del otro contratante han llegado a ser tales que hace nota-
blemente difícil la restitución y no se lo ofrece garantías idóneas.

1329.— C) INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA PRO-
MESA.— De acuerdo al inc. 1º del art. 1553, el contratante di-
ligente siempre tendrá derecho a la indemnización por la mo-
ra, esto es, a la reparación moratoria (1489).

Puede igualmente, si así lo desea, no pedir el cumplimen-
to sino derechamente la indemnización de perjuicios, porque el
art. 1553 se lo faculta así a su elección; o pedir la resolución
del contrato de acuerdo al art. 1489, también con indemnización
(1490).

Finalmente, sólo podrá pedir la compensación, cuando ya
no sea posible el cumplimiento forzado del contrato (1491).

En la promesa es frecuente, en la práctica, la estipulación
de cláusulas penales para el caso de no cumplirse la obliga-
ción de otorgar el contrato definitivo, u otras agregadas a la
promesa. Debe si tenerse cuidado con la redacción de esta
cláusula, pues no hay que olvidar que por regla general, la pe-
na no es exigible conjuntamente con la obligación principal
(Vol. 1º, N° 918) (1492); y además, que requiere incumplimien-
to imputable (Vol. 1º, N° 913).

(1489) Por ejemplo, las rentas de arrendamiento del inmueble prometi-
do, si se hubiere otorgado oportunamente el contrato de compra-
venta: RDJ, T. 63, sec. 1º, pág. 443, aplicando, eso sí, el N° 3º
del art. 1553.

(1490) Los perjuicios no pueden cobrarse ejecutivamente mientras no es-
tén determinados por sentencia ejecutoriada: RDJ, T. 4º, sec. 1º,
pág. 4.

(1491) Por ejemplo, si se vendió la cosa prometida: RDJ, T. 46, sec. 1º,
pág. 486.

(1492) RDJ, T. 53, sec. 2º, pág. 74, por vía ejemplar.