

"BARROS, COURT, CORREA
Y COMPAÑIA LIMITADA"

D^o Cer
A 239 cf
197?

René Abeliuk Manasevich

EL CONTRATO DE PROMESA

820

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

Es propiedad del autor

Imprenta "Fantasía"
Ahumada 312 local 30 subterráneo
Santiago

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° 200, pág. 174.

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

(1296) Fueyo, 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 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 causales, 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° 4° 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°, N° 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° 1329). Además, la promesa puede producir otros efectos secundarios, incluso ajenos al contrato definitivo (N° 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 de ejemplo, RDJ, Ts. 28, sec. 1°, pág. 689 y 54, sec. 1°, pág. 153.

(1304) Alessandri, ob. cit., T. 2°, N° 2074, pág. 1195 y comentario a la primera de las sentencias citadas en la nota anterior; Fueyo, ob. cit., N° 44 A, pág. 83; Meza, ob. cit., N° 86, pág. 68; Claro Solar, ob. cit., T. 11, N° 1201, pág. 702, 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°, 3° y 4° 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° 1286).

1275.— III. **CARACTER PREPARATORIO.**— A fin de completar el cuadro general de las divisiones de los contratos, en el Vol. 1°, N° 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°, N° 2075, pág. 1196; Meza, ob. cit., N° 87, pág. 69; Fueyo, ob. cit., N° 44 CH, pág. 89; Gurruchaga, M. de P. cit., pág. 58; Somarriva, "Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia". Santiago, 1939. Nascimento, N° 213, pág. 158.

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

Por tal razón se ha resuelto que si el contrato definitivo celebrado es nulo no puede asignársele valor de promesa: GT 1875, N° 1826, pág. 820; de 1888, T. 1°, N° 1306, pág. 1065; de 1895, T. 3°, N° 4214, pág. 683. En contra, G. T. de 1864, N° 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°, pág. 165, comentado por Somarriva, ob. cit., N° 213, pág. 158.

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

Finalmente, fallos publicados en la RDJ, Ts. 58, sec. 1°, pág. 179 y 64, sec. 1°, 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 tendencias:

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

B.— En un sentido mucho más propio, el contrato preparatorio es aquel que lleva al otorgamiento, generalmente entre las mismas partes, de un contrato 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 dirigirse 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 susciten entre ellas, quienes quedan obligadas, en virtud de esa cláusula, a someter 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. Snc., 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 31 de la RDJ) y para nuestra Corte Suprema en sentencias de la RDJ, Ts. 18, sec. 1º, pág. 75 v 31, sec. 1º, pág. 178, 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, 5º.

(1312) Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 18, sec. 1º, pág. 156 y 60, sec. 2º, 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. 1º, 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, 5º, esto es, que en el contrato definitivo pueden quedar pendientes operaciones u obligaciones que requieran la concurrencia de las partes, sin que por ello exista promesa.

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

En sentencia de la RDJ, T. 48, sec. 1º, 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. 1º, 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. 1º, págs. 1 y 5. Véase Nota 1398); el encargo efectuado al albacea de vender una propiedad (GT. de 1907, T. 1º, Nº 581, 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 esponsales 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. 1º, pág. 33). Es un problema de calificación del contrato (Vol. 1º, 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. Púés 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 convengán 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°, págs. 156 y 60, sec. 2°, págs. 85. Meza Barros, ob. cit., N° 97, págs. 77, letra d) cree que sólo es posible la promesa unilateral de un contrato bilateral consensual.

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°, págs. 85: el art. 1554 reglamenta toda promesa.

(1316) Don Fernando Fueyo, ob. cit., N° 176, págs. 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° 271 y sigtes., págs. 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 entregar la cosa 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. 156 y 60, sec. 2°, pág. 85.

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

(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 cuyo, el prometiende comodante no tendría interés alguno en exigir el cumplimiento de tal obligación. De esto concluye que no habría tal obligación, aplicando la misma solución a todos los contratos unilaterales, salvo situaciones muy excepcionales.

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

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

(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 prometiende 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 (N° 1269), se sostiene que la promesa unilateral es el único caso de antecontrato, puesto que la bilateral equivale al contrato prometido. Otros, en cambio, sostienen que excepcionalmente hay promesa bilateral, cuando el contrato prometido es solemne: Véase Planiol et Ripert "Traité pratique de Droit Civil Français, T. 6°, N° 144; Colin et Capitant, "Cours élémentaire de Droit Civil Français, T. 2°, pág. 426; Mazeaud, ob. cit., Parte 3°, T. 3°, N° 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 Fueyo, ob. cit., N° 51 f, pág. 108, citando a Messineo, ob. cit., T. 4°, pág. 474, cree que la figura es bilateral, sólo que unilateralmente vinculante, porque conjuntamente con ligarse el prometiende se establece la prestación recíproca. Ello significa desconocer el mecanismo del doble contrato en la promesa; por ésta sólo se obliga el prometiende; cuando el beneficiario hace efectiva su facultad, se obliga por el contrato definitivo, no por la promesa.

(1323) Ob. cit., T. 2°, N° 2113, pág. 1244 y sigtes.

(1324) Véase Repertorio, 2ª Ed., T. 4°, pág. 228, N° 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 (N° 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:

1°— La promesa unilateral de contrato bilateral no cumpliría con los requisitos del art. 1554, especialmente los de los N.os 2° y 4° (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 N° 2° del art. 1554, lo es la promesa.

Y no cumple el del N° 4° 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

2°— Porque en la promesa unilateral queda a la sola voluntad del que se reserva su pronunciamiento el perfeccionamiento del contrato; en consecuencia, se trataría de una condición meramente potestativa dependiente de la sola voluntad de quien se obliga, y como tal nula, de acuerdo al art. 1478 (Vol. 1°, N° 489).

De estos argumentos, la mayoría son de fácil contradic-

(1325) Claro Solar, ob. cit., T. 11, N° 1211, pág. 714; Leopoldo Urrutia, art. citado de la RDJ, T. 16, 1ª parte, pág. 25; Fernando Fueyo, ob. cit., N° 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. 2ª Ed., T. 4ª, pág. 230, N° 24 II. De estos fallos se destaca por su construcción doctrinaria el de la Excma. Corte Suprema de 5 de septiembre de 1962, publicado en la RDJ, T. 59, sec. 1ª, pág. 326, y con el comentario de don Fernando Fueyo citado en la nota anterior.

(1327) Se ha dicho que también infringe el N° 3° del art. 1554, porque la promesa no fija la época de la celebración, sino para que el prometiende comprador manifieste si compra o no: RDJ, T. 7, sec. 1ª, pág. 222; en contra, G. T. de 1913, 2ª sem., N° 1076, pág. 3113. En realidad, esto se conecta con el problema de si son válidas las modalidades indeterminadas (N° 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 hace imposible no sólo la promesa unilateral, sino que la mayoría de las bilaterales, que justamente se otorgan por existir en ese momento algún obstáculo para el contrato definitivo. Es evidente que sería nula una compraventa en que el vendedor vende, pero el comprador no compra, pero ello no va a ocurrir: cuando el beneficiario se pronuncie se otorgará voluntaria o forzosamente una compraventa perfecta.

La controversia se centra, pues, fundamentalmente en el alcance del N° 4° del 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 unilaterales, y esto tiene que cumplirlo tanto la promesa unilaterales, 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 manifestar el consentimiento, de manera que no hay que dejarse engañar por los términos del art. 1554, N° 4°: para que el contrato se perfeccione no basta que las partes otorguen una escritura pública, sino que 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) Pareciere que la tesis restrictiva piensa más bien en la circunstancia de que el contrato no puede ser forzado por el prometiende, sino únicamente por el beneficiario, mientras que en la promesa bilateral, el contrato puede perfeccionarse judicialmente ante la exigencia de cualquiera de las partes. Sin embargo, veremos más adelante que esto no es así en muchos casos de promesa bilateral, y en consecuencia, ello no afecta la validez de la promesa.

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

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

2°— La generalidad del art. 1554 que se refiere, sin efectuar distingos, 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 alicuota 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) Dice el art. 1331 del Código Italiano: "Opción. Cuando las partes convinieren 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. 1329. Si no se hubiere fijado un término para la aceptación, éste 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 optante, se obliga, por tiempo fijo, con otra persona, que es el optatario, 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, Pumpin, ob. cit., y Navarrete, ob. cit., pág. 26, distinguiéndolos, Fuego (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.

Parece bastante más fácil la introducción de la opción en los contratos consensuales, por la gran similitud señalada en el texto con la venta a prueba del art. 1323; o sea, habría un contrato 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 ESTRICTO DE LA PROMESA.**— Como sabemos, el inc. 1º del art. 1554 dispone que la promesa de otorgar un contrato no produce obligación alguna "salvo que concurren 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, agregándole 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 2078; 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. 7ª, sec. 1ª, pág. 222; 8ª, sec. 1ª, págs. 33; 33ª, sec. 1ª, pág. 55; 60ª, sec. 2ª, 85; GT. 1888, T. 1ª, Nº 1671, págs. 1304; de 1885, Nº 2465, pág. 1478; de 1912, T. 2ª, Nº 925, pág. 313, etc.

(1346) GT. 1887, Nº 3491, pág. 2392; RDJ, T. 60, sec. 2ª, pág. 85.

(1347) RDJ, Ts. 28ª, sec. 1ª, pág. 689; 44ª, sec. 1ª, pág. 591; 58ª, sec. 1ª, pág. 179, etc.

(1348) RDJ, T. 63, sec. 1ª, pág. 156.

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

(1349) RDJ, Ts. 44ª, sec. 1ª, pág. 591 y 60ª, sec. 2ª, pág. 85. GT. 1880, Nº 1272, pág. 880; de 1907, T. 2ª, Nº 1175, pág. 929, de 1912, T. 1ª, 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. 1ª, pág. 591. GT. de 1901, T. 1ª, 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. 4ª, 2ª Ed., pág. 237, Nº 46 I.

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

(1353) Alessandri, ob. cit., T. 2ª, 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. 8º, sec. 1º, pág. 33).

—Tampoco la hay, si el que recibe la oferta declara que hará la compra más tarde si otro no afectúa el negocio (GT. 1887, Nº 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 fila también una modalidad para el otorgamiento de ésta, si no lo firma el comprador (Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 1269), aunque se resolvió erróneamente lo contrario (GT. de 1893), T. 3º, Nº 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. 3º, sec. 1º, pág. 55 y 44, sec. 1º, pág. 591. En contra: T. 40, sec. 2º, pág. 29).

—En el mismo sentido del texto, RDJ, T. 25, sec. 2º, pág. 65; 24, sec. 1º, pág. 273; Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1204, pág. 707 y Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2082, pág. 1210.

(1355) Por vía de ejemplo, Osuna, ob. cit., Nº 243, pág. 197; Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1204, pág. 708; Arturo Alessandri Bessa, ob. cit., Nº 316, pág. 286, y Fueyo, ob. cit., Nº 59, pág. 123. GT. de 1876, Nº 2405, pág. 137. RDJ, T. 25, sec. 2º, pág. 65.

(1356) Vale como contrato la promesa de vender por una parte, aceptada por la otra: G. T. de 1912, T. 2º, Nº 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. 1º, pág. 126.

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

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

1º— En una interpretación muy restrictiva, de acuerdo a la tesis del contrato "mal visto" por el legislador, unida a la confusión entre contrato preliminar y definitivo, si el contrato prometido fuere nulo en los términos y momento en que se otorga la promesa, ésta se "contagia", por así decirlo, con aquel vicio. Esto es, el contrato definitivo debe ser apto de otorgarse y la celebración de la promesa ha de respetar todos los requisitos y exigencias de validez de aquél. Fruto de esta estrictez, fue sostener, como vimos en el Nº 1289, que si el contrato prometido requiere escritura pública, también la promesa estaba forzada a ella.

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

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

2º— La posición contraria, en cambio, sostiene que la exigencia excluye únicamente aquellos contratos posteriores, cuya celebración es definitivamente prohibida por la ley. Esto es, en las condiciones propuestas, el contrato definitivo es declarado ineficaz por la ley, nulidad que no es susceptible de remediarse dentro de la modalidad fijada en la promesa para su celebración; en consecuencia, la promesa es inútil, porque 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 refiere a los requisitos internos de fondo o intrínsecos del contrato (Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1206, pág. 708; Meza, ob. cit., Nº 91, pág. 72), pero ello soluciona más bien el problema de las formalidades (Nº 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 "loteadores brujos", esto es, que se comprometen a entregar sitios urbanizados y posteriormente no cumplen esta obligación, ya sea por mala fe inicial o porque la inflación encarece más allá de lo presupuestado los costos de urbanización.

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

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

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 1832, Nº 1746, pág. 976; de 1893, T. 3º, Nº 4288, 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. 129.
- (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 1805, 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 enajenable: 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 sanarse por la ratificación (confirmación).
- (1368) RDJ, T. 59, sec. 1º, pág. 72.

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

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

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

2º Se contraargumenta a lo anterior con el Nº 2º del art. 1554 que exige para la validez de la promesa que el contrato prometido sea eficaz. Pero, si es indiscutible que el contrato definitivo será nulo si al otorgarlo se omiten dichas formalidades, ello no obsta a la promesa en que sólo se contrae el compromiso de celebrar 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 62, 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 demente. (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 distingo: si las partes han señalado la necesidad de la pública subasta es evidente que el contrato queda sujeto a la condición de que el prometiente adquirente se lo adjudique en el romate, 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, hay no una falta de especificación, sino que la imposibilidad de otorgar el contrato en la forma convenida.

Ahora bien, aceptado que el contrato de promesa vale aun cuando no se cumplan las formalidades habilitantes del definitivo, nace el mismo problema del número anterior al tiempo de otorgarse éste, y que veremos al hablar de los efectos de la promesa (Nº 1319); las posibilidades son también que se haya convenido su cumplimiento como condición del contrato, como obligación del representante legal o no se haya dicho nada, en cuyo caso hay quienes piensan que es condición de todos modos del contrato, u obligación del prometiente 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 compraventa de un bien raíz social otorgada por el marido sin el consentimiento de su mujer (1375).

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

(1373) Véase Manuel Somarriva Undurraga, "Derecho de Familia", 2ª Ed. Nascimento. Santiago, 1963, Nº 253 y sigtes. y pág. 268 y sigtes.; "Evolución del Código Civil Chileno", Nascimento, Santiago, 1955, Nº 197 y sigtes., pág. 307 y sigtes., y 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 de ésta: el art. 1754 en la enajenación de los bienes raíces de ella (además de la autorización judicial) el art. 1755 para la de los bienes muebles, etc. El problema es totalmente análogo al que se analiza en el texto, pero de menor trascendencia, porque la promesa sobre bienes muebles es poco frecuente, y para los raíces la necesidad de la autorización judicial impide la 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) Fueyo, comentario a esta sentencia, y "Contratos", ob. cit., Nº 69, pág. 134.

(1377) De la Maza, Lorenzo y Larraín, 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 Larraín, 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. Fueyo, 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. 369). 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 LESION 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 especifica para contados actos y contratos.

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

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

(1380) Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 1959, pág. 1073. GT. de 1862, Nº 54, pág. 28.; de 1895, Nº 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 3º, T. 3º, Nº 800, pág. 69).

(1381) Véase la exposición de esta tesis en Navarrete, ob. cit., Nº 50 y sigtes. GT. de 1895, Nº 2459, pág. 694. Defiende la nulidad de la promesa, Fueyo, ob. cit., Nº 71, pág. 136 y sigtes.

Los principales son:

1º Que la promesa no cumple el requisito del Nº 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 Nº 2º del art. 1554 es otra (Nº 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) **RESCISION POR LESION 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, Nº 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., Nº 431, pág. 1108; de 1895, Nº 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 distingos 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. 1º, pág. 780, y "El Derecho ante la inflación". Editorial Jurídica. Santiago, 1955, pág. 156 y sigtes. RDJ, T. 64, sec. 1º, pág. 386.

(1384) RDJ, T. 46, sec. 1º, pág. 780; 57, sec. 2º, pág. 30 y 65, sec. 1º, 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 aquellas 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, Fueyo, ob. cit., N° 71, pág. 141, y RDJ, T. 65, sec. 1º, 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. 1º, pág. 210. Puede apreciarse el interesante estudio que hace esta sentencia del problema; disintimos de ella sí, 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 suscritos, 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. 363 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 fundada 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. GT. de 1922, 2º sem., N° 221, pág. 974; RDJ, T. 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, n.ºn. 79), a menos que así se convenga: GT. de 1831, Nº 2536, n.ºn. 1408 (la compraventa se otorgará cuando se haya pagado todo el precio que se fijó en 95 mensualidades), y RDJ, T. 51, sec. 1ª, n.ºn. 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, pág. 140; 41, sec. 1ª, pág. 354; 42, sec. 1ª, p.ºn. 251; 44, sec. 1ª, pág. 544; 46, sec. 1ª, pág. 554; 55, sec. 1ª, págs. 212 y 292; 58, sec. 1ª, p.ºn. 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 sujeto 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 demore la tramitación de una operación en un organismo de previsión, porque depende de la voluntad del deudor y de un tercero: RDJ, T. 48, 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 1408).

Ahora bien, la segunda afirmación: que si la condición falla, no habrá contrato definitivo, la veremos más adelante (Nº 1322), porque tiene una salvedad: que falle 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, quedaba obligado a venderle una propiedad.

2º La situación inversa.

Esto es, se ha fijado un plazo, pero al mismo tiempo dentro de él debe cumplirse una condición para que sea exigible el contrato definitivo. Por ejemplo, el contrato definitivo deberá otorgarse en tal fecha, siempre que el 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 Solar, 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 1869, 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 4581, pág. 346) o se alce una prohibición (GT. de 1912, T. 2º, Nº 935, pág. 313).

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

—En que se aprobara la partición: GT. de 1910, T. 2º, Nº 1300, 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 530, pág. 613, y RDJ, T. 10, sec. 1º, pág. 600.

—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).

Peró el problema se centra en si son anulables por contener una condición indeterminada.

Empecemos por aclarar que evidentemente hay condición de tal clase, porque fallos erróneos la han calificado de determinada (RDJ, T. 55, sec. 1º, pág. 341) y aún de plazo incierto (RDJ, T. 48, 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 periodos, pero esto evidentemente no garantiza lo que ocurra en cada caso

(A la vuelta)

que, debemos reconocerlo, es en realidad complejo. La verdad es que aceptando que toda condición está sujeta a un plazo de cumplimiento, estipulado o legal subsidiario, ella siempre fija la época de la celebración del contrato definitivo, y en tal caso la frase en cuestión, resulta meramente explicativa. Por razones prácticas resulta de toda conveniencia determinar la condición.

Sección Quinta

ESPECIFICACION DEL CONTRATO PROMETIDO

1306.— **CONCEPTO.**— El N° 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 cómo 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. 591, 45, sec. 1°, pág. 176, 46, sec. 1°, pág. 906, etc., y se las ha validado, en los 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 1878, N° 1293, pág. 520; el manifiesto error fue enmendado en fallo de la misma GT. de 1884, N° 2714, pág. 1363, 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 éste (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. 48, sec. 1º, pág. 593. Derechamente: RDJ, T. 55, sec. 1º, 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. 1º, 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 "tradición" de la cosa se está refiriendo a los contratos reales, como lo decía explicativamente el precepto correspondiente (art. 1733) del Proyecto Inédito. Y es lógico que así sea, porque estos contratos se perfeccionan, o sea, quedan otorgados mediante la entrega de la cosa. Ciertamente es que el legislador usó mal la expresión "tradición", porque no en todos los contratos reales la hay, pero el error lo repite en otros preceptos.

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 GT. 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) GT. 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: GT. de 1913, 2º sem., 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 GT. 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, 2ª Ed., pág. 260, Nº 76, I, II, III y IV.

(1423) GT. de 1901, T. 1º, Nº 1643, pág. 1485 (referencia a una escritura pública en que se señalan los deslindes); RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, 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. 1ª, pág. 334 (ciudad, calle y número); 60, sec. 2ª, 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: GT. 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) GT. de 1893, T. 3º, Nº 4288, pág. 461.

(1428) GT. de 1885, 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 prometiotes, 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. 38, 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, Nº 827, pág. 690. Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2148, pág. 1302. En contra, respecto de una promesa de compraventa de bienes raíces, GT. de 1889, T. 2º, Nº 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, Nº 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 (Nº 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 prometiote 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 (Nº siguiente) (1437), etc.

Pero la más importante es que por la promesa el prome-

(1432) Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 2175, pág. 1324 (con los plazos antiguos). Véase también GT. de 1913, 2º, sem., Nº 677, pág. 2155.

(1433) Repertorio, T. 4º, 2ª Ed., Nº 4, pág. 222.

En la promesa nada tiene que hacer la tradición: RDJ, T. 56, sec. 1º, p. 334. Alessandri, ob. cit., Nº 2150, pág. 1303.

(1434) Fueyo, ob. cit., Nº 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, Nº 2151, pág. 1304.

(1437) GT. de 1899, T. 2º, Nº 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-

(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. 1313. 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 juez la facultad de anular la enajenación a terceros si vende lo prometido (Mazeaud, 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.

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

(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 prometiente 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 XXII. La tesis tiene una explicación práctica: evitar el fraude tributario, pero sostenía 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 prometiende 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 anule: 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 prometiende 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 prometiende 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. 1081.

(1448) GT. de 1881, T. 2º, Nº 2536, 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 prometiente 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 prometiente 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 GT. de 1923, 1.ª sem., N° 112, pág. 601: el prometiente 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, T. 44, sec. 1ª, pág. 66. Véase también la nota 1401, y Alessandri, ob. cit., N° 2109, pág. 1239.

Sin embargo, creemos que aún 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. 2º del art. 1481 (Vol. 1º, N° 493) se considera cumplida la condición si el deudor se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él.

Este precepto se aplica naturalmente a la promesa, pero nada se gana con dar por cumplida la condición si igualmente el contrato definitivo no podrá otorgarse. Como la ley debe entenderse racionalmente y como siempre que el cumplimiento en naturaleza se hace imposible, nace en su sustitución el cumplimiento equivalente, esto es, la indemnización de perjuicios. En consecuencia, creemos que en la promesa si no se cumple la condición por hecho o culpa del deudor, y el 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) Se 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 prometientes 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 hablaremos aparte de la mora en la promesa, porque tiene alternativas propias (Nº 1327), y que el cumplimiento sea posible implica que la obligación de otorgar el contrato prometido no esté extinguida por algunos de los medios que 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 lino 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. 669 (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 Fueyo, ob. cit., Nº 102 y sigtes., pág. 195 y sigtes.

[1469] Fueyo habla de que se produce una imposibilidad; no hay tal, sino extinción por el cumplimiento del plazo. Jurídicamente 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 1961, 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 solicite 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. 388: 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 3º, 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 arriendo a 3 años, el incumplimiento de alguna de las partes no alarma 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 hasta dejar transcurrir el plazo para quedar liberado. No es así, y por la promesa se contrae siempre 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 reemplazo 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 6º, 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 vender se 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 inconvertiente 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. 258 (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, haciéndole 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 prometedores 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 allana 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 llano 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

(1473) 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 830 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 llano al cumplimiento de la de otorgar el contrato definitivo (1481). Para acreditar esto último no basta que el prometiende 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 llana 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 prometiende vendedor no había cumplido su obligación de urbanizar, es obvio que nada debía por su parte hacer el prometiende comprador, sino esperar que aquél cumpliera, y le avisara (extrajudicialmente) que estaba en situación de otorgar el contrato definitivo. Si ante este requerimiento, el prometiende comprador no otorga el contrato, queda en mora. En igual sentido, fallo de la RDJ, T. 16, sec. 1º, pág. 487.

(1481) Por ello, el prometiende vendedor no está en mora, si el prometiende 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 prometiende comprador estuvo llano a cumplir y el prometiende 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 prometiende 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 prometiende.

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 pública, 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 prometiende vendedor no había cumplido la obligación de alzar gravámenes 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 prometiende comprador debió concurrir a la Notaría, mandar extender la escritura de compraventa y depositar 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. 1822 de dicho Código acoge parcialmente, para el mutuo, la excepción preventiva de incumplimiento (Vol. 1º, Nº 946); el prometiende mutuante puede negarse a cumplir si las condiciones patrimoniales del otro contratante han llegado a ser tales que hace notablemente difícil la restitución y no se le ofrece garantías idóneas.

1329.— C) INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA PROMESA.— De acuerdo al inc. 1º del art. 1553, el contratante diligente siempre tendrá derecho a la indemnización por la mora, esto es, a la reparación moratoria (1489).

Puede igualmente, si así lo desea, no pedir el cumplimiento 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 obligación de otorgar el contrato definitivo, u otras agregadas a la promesa. Debe sí tenerse cuidado con la redacción de esta cláusula, pues no hay que olvidar que por regla general, la pena no es exigible conjuntamente con la obligación principal (Vol. 1º, Nº 918) (1492); y además, que requiere incumplimiento imputable (Vol. 1º, Nº 913).

(1489) Por ejemplo, las rentas de arrendamiento del inmueble prometido, si se hubiere otorgado oportunamente el contrato de compraventa: RDJ, T. 63, sec. 1º, pág. 443, aplicando, eso sí, el Nº 3º del art. 1553.

(1490) Los perjuicios no pueden cobrarse ejecutivamente mientras no estén 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.