

CAPITULO VI.

EL CONTRATO DE PROMESA¹

Sumario:

- 1.- Regulación y concepto
- 2.- Características del contrato de promesa
- 3.- La promesa, contrato distinto del prometido
- 4.- La promesa puede referirse a toda clase de contratos
- 5.- Requisitos del contrato de promesa
 - 5.1. La promesa debe constar por escrito
 - 5.2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces
 - 5.3. Que la promesa contenga un plazo o condición que señale la época de la celebración del contrato prometido
 - 5.4. 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
- 6.- Inscripción del contrato de promesa de compraventa
- 7.- La lesión enorme y el contrato de promesa
- 8.- Normas relativas al contrato de promesa, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones
 - 8.1. Prohibición de celebrar contratos de promesa de compraventa, si están pendientes los trabajos de urbanización
 - 8.2. Obligación de caucionar con un seguro o boleta bancaria, ciertos contratos de promesa
- 9.- El contrato de promesa en el Código de Minería
- 10.- Efectos del contrato de promesa
- 11.- Cesión del contrato de promesa

1.- Regulación y concepto.

El Código Civil no dedicó ningún Título a la regulación del contrato de promesa. La única norma que en términos generales se refiere a ella, es el art. 1554, a propósito de las obligaciones de hacer, dentro del Título XII, “Del efecto de las obligaciones”, que forma parte del Libro IV. En el citado artículo, según se verá, no se contiene definición alguna del contrato, sino que una enumeración de sus requisitos. En verdad, de la lectura del inc. 1° de este precepto, se desprende que el legislador nacional tiene una mirada negativa a esta institución, dejando en claro que en principio, la promesa carece de eficacia jurídica: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna...”, a menos que se

¹ Fecha de última modificación: 7 de marzo de 2018.

cumplan los cuatro presupuestos señalados en la norma. De ahí que pueda afirmarse que, por regla general, la promesa carece de valor en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta visión negativa del contrato de promesa puede explicarse, si consideramos que el Código Civil originario, congruente con los planteamientos de la época en que se aprueba, sólo reguló el contrato definitivo. Nada dice acerca de la fase precontractual (cuestión que se reguló en el Código de Comercio, en las reglas de formación del consentimiento), y muy poco, como se señaló, respecto de un pre-contrato, como es la promesa.

No obstante, hay referencias al contrato de promesa a lo largo del Código Civil: así ocurre en las normas de los bienes familiares (art. 142); del testamento (art. 1000); de las donaciones (arts. 1417, 1422); de la sociedad conyugal (arts. 1736 N° 7, 1749, 1759); donaciones por causa de matrimonio (art. 1787); régimen de participación en los gananciales (art. 1792-8 N° 7).

Con todo, en otros preceptos, la voz “promesa” o “prometer” está empleada más bien como sinónimo de “obligación” u “obligarse”, y por ende, no corresponden al contrato de promesa (por ejemplo, en los arts. 972, 1204, 1450, 1462, 1467, 1638, 2101).

Por su parte, en los arts. 98 y 99, relativos a los esponsales, técnicamente no hay contrato de promesa ni tampoco obligación.

En términos generales, la doctrina ha dicho que es aquél por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición.

En términos más estrictos, aludiendo a sus requisitos, es la convención escrita en virtud de la cual las partes se obligan a celebrar un contrato de los que la ley no declara ineficaces, dentro de un plazo o condición que fije la época de su celebración, y debiendo especificarse en ella todas las bases que constituyan el contrato prometido, de modo que sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben.

Las partes del contrato se denominan “promitentes”. Así, por ejemplo, se habla de “el promitente vendedor”.²

La promesa tiene una gran importancia práctica. Muchas veces la celebración definitiva de un contrato depende de múltiples circunstancias, y en tales situaciones puede ser más ventajoso para los contratantes no verificar todavía el contrato. Así, por ejemplo, esperar que se alce un embargo o medida precautoria, o la dictación de una sentencia definitiva, o la necesidad de estudiar detalladamente los títulos de un inmueble, o la obtención de financiamiento, etc.

2.- Características del contrato de promesa.

Del tenor del artículo 1554, se desprenden las siguientes características del contrato:

a) Es general: regula toda promesa de celebrar un contrato, cualquiera sea su naturaleza.

² En ocasiones, también se emplea la expresión “prometiente”. Sin embargo, no se encuentra contemplada en el Diccionario de la Lengua Española.

b) Es de derecho estricto: dados los términos en que se encuentra redactada la norma, se deduce que la regla general es no aceptar la promesa de celebrar un contrato y reconocerla sólo como excepción, cuando reúne los requisitos expresados en el artículo. Se trata de una norma imperativa de requisito (Alessandri, erróneamente, dice que es una norma prohibitiva: no hay tal sin embargo, porque lo que caracteriza a las normas prohibitivas es que impiden bajo todo respecto un determinado acto o conducta).

c) Es un contrato bilateral: engendra obligaciones para ambas partes. Lo anterior, sin perjuicio que el contrato prometido pueda ser a su vez unilateral o bilateral; y de lo postulado por un sector de la doctrina, acerca de la promesa unilateral, a la que aludiremos más adelante.

Excepcionalmente, el contrato de promesa en el ámbito del Derecho Minero, puede ser unilateral, obligándose sólo el promitente vendedor, según dispone el inc. 1° del art. 169 del código del ramo: “Será válido el contrato de promesa de venta de una concesión minera, o de cuota o de parte material de ella, de acciones de sociedades regidas por este Código y, en general, de cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo; aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo”.

d) Tiene por finalidad celebrar otro contrato.

e) El efecto único de la promesa es el derecho de exigir la celebración del contrato prometido y, en consecuencia, solamente da origen a una obligación de hacer.

f) El contrato de promesa es siempre solemne, y debe constar por escrito.

g) Es un contrato que necesariamente debe contener una modalidad: es de la esencia del contrato, el plazo o la condición que fijen la época de su celebración.

h) Es un contrato principal.

La promesa es un contrato independiente del contrato prometido, porque existe válidamente siempre que concurren en su otorgamiento las circunstancias indicadas en el art. 1554.

i) Genera una obligación indivisible: cual es la de celebrar un contrato. En consecuencia, si varias personas celebran el contrato como promitentes vendedores o compradores, todos ellos deben demandar o a todos ellos se debe demandar el cumplimiento del contrato.

j) Genera una acción de carácter mueble: la acción para exigir el cumplimiento del contrato prometido tiene carácter mueble, aunque tal contrato sea el de compraventa de inmuebles. En efecto, con tal acción no se reclama la entrega de un bien raíz, sino el cumplimiento de una obligación de hacer, y los hechos que se deben se reputan muebles

(artículo 581 del CC.) En consecuencia, es competente para conocer de la mencionada acción, si no hay estipulación en contrario, el juez del domicilio del demandado.

3.- La promesa, contrato distinto del prometido.

A propósito de ser la promesa un contrato principal, cabe dejar en claro que el contrato de promesa y el prometido son diferentes. Ambos no pueden identificarse, y tampoco coexisten, uno sucede al otro.

Por consiguiente, no pueden exigirse para la promesa de un contrato los mismos requisitos que la ley impone al contrato prometido.

Son dos contratos, y cada uno con su objeto preciso. El objeto del contrato de promesa es la celebración del contrato prometido; y el objeto del último será el que corresponda a su naturaleza.

4.- La promesa puede referirse a toda clase de contratos.

En relación a la característica de ser la promesa un contrato general, para un sector de nuestra doctrina -Ramón Meza Barros, siguiendo a Barros Errázuriz-, la regla del artículo 1554 sólo se refiere a la promesa de celebrar un contrato real o solemne. El fundamento de tal opinión reside en lo expuesto en el número 4 del precepto, cuando se indica “la tradición de la cosa, o las solemnidades”. Se agrega que tratándose de los contratos consensuales, la promesa se identificaría con el contrato mismo (en el Proyecto de 1853, se establecía que si el contrato era de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, la promesa equivaldría al contrato mismo).

Tal conclusión nos parece errada, ya que confunde “tradición” con “entrega”, acepción esta última que caracteriza a un contrato real; además, es de común ocurrencia la promesa de compraventa de cosa mueble, contrato consensual. Estimamos por tanto que el art. 1554 se refiere a todo tipo de contratos. Así también ha concluido la jurisprudencia. Además, la circunstancia de haber suprimido del texto definitivo del artículo 1554 la frase contenida en el Proyecto de 1853, indicaría que la intención del legislador no fue excluir la promesa de celebrar contratos consensuales.

Lo anterior, sin perjuicio de que la ley puede disponer que respecto de un determinado contrato, no se admita el contrato de promesa, como ocurre por ejemplo tratándose del acuerdo de unión civil (art. 3 de la Ley N° 20.830).

5.- Requisitos del contrato de promesa.

Dado que es un contrato, debe reunir en primer lugar todos los requisitos generales de existencia y de validez de todo contrato.

Respecto de la voluntad o consentimiento, cabe destacar que en los siguientes casos, el propietario de un bien necesita obtener la autorización de otra persona:

- Si los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, el marido debe obtener autorización de la mujer o del juez en subsidio, para prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales (art. 1749, inc. 3°).

- Si el inmueble que sirve de residencia a la familia o los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia se han declarado “bienes familiares”, el cónyuge o conviviente civil propietario, requiere la autorización del cónyuge o conviviente civil no propietario, para prometer gravarlos o enajenarlos (art. 142).
- A su vez, si se trata de una mujer propietaria de bienes muebles o inmuebles y está casada en sociedad conyugal, el contrato de promesa deberá celebrarlo el marido, autorizado por la mujer (arts. 1754 y 1755).

Pero además de los requisitos generales, la promesa también debe cumplir con los requisitos particulares del art. 1554. De faltar alguno de estos, la promesa será inexistente, o en opinión de otros adolecerá de nulidad absoluta.

En efecto, los requisitos del art. 1554 han sido exigidos en consideración a la naturaleza del contrato, de manera que su omisión produce nulidad absoluta, de conformidad con el art. 1682. No han faltado quienes han afirmado que la sanción consistiría en la inexistencia jurídica, atendiendo a la frase “no produce obligación alguna” con que empieza la disposición. Al menos, así se podría sostener respecto del primero de los requisitos: que la promesa conste por escrito. Se trataría de una solemnidad exigida “por vía de existencia”.

Son dichos requisitos:

5.1. La promesa debe constar por escrito.

El contrato de promesa es solemne y la solemnidad consiste en que el contrato ha de constar por escrito. Este requisito no se exige como medio de prueba o de publicidad, sino como un elemento indispensable para su existencia; en consecuencia, no existiendo un instrumento escrito, no hay promesa, aunque el contrato prometido sea puramente consensual.

De igual forma, el contrato de promesa no puede probarse por ningún otro medio probatorio que no sea el instrumento mismo que se exige por vía de solemnidad; no procede ni siquiera la confesión de parte. Aunque el artículo 1701, inciso 1º, se refiere a la falta de instrumentos públicos, nos parece que puede invocarse también para el contrato de promesa, aplicándolo por analogía, conforme al aforismo “donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”.

Cabe indicar que es suficiente un instrumento privado, aunque el contrato prometido requiera como solemnidad escritura pública. Se planteó una discusión sobre el punto, en torno a la promesa de compraventa de un inmueble.

La jurisprudencia estuvo inicialmente dividida, pero luego ha tendido a uniformarse concluyendo que no se requiere escritura pública.

Las razones esgrimidas en algunos fallos iniciales para concluir que la promesa de venta de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública para ser válida, fueron las siguientes:

1º Si es necesaria tal escritura para la venta de los inmuebles, también lo debe ser para el contrato de promesa de venta de esos mismos bienes, pues la disposición del art. 1801, por ser de carácter especial, debe prevalecer sobre la de carácter general, el art. 1554.

2º La promesa de venta es un accesorio del contrato de venta y, en consecuencia, deben aplicársele los preceptos que reglan éste, entre los cuales está el que exige otorgamiento de escritura pública.

3º Si se diere valor legal a una promesa de compraventa de bienes raíces otorgada por documento privado, resultaría que teniendo según el art. 1553 del CC. el acreedor el derecho de pedir que se apremie al deudor a la ejecución del hecho convenido, se le obligaría a vender, y esto, sin embargo, no podría hacerse en virtud de un documento privado.

Sin embargo, es posible refutar cada uno de estos argumentos:

1º La promesa es un contrato distinto del contrato prometido. El artículo 1801 exige escritura pública para la compraventa de inmuebles, no para la promesa. No corresponde aplicarle a este último contrato, requisitos previstos en la ley para la compraventa. Cada contrato ha de cumplir con sus requisitos. En otras palabras, no hay entre los artículos 1801 y 1554 una relación de norma especial/norma general, pues ambos son norma especial, para cada contrato.

2º No es efectivo que la promesa sea accesoria a la compraventa. Ambos contratos son principales.

3º La circunstancia de no estar premunida de título ejecutivo una de las partes que ha celebrado el contrato de promesa sólo implica que para demandar su cumplimiento, deberá preparar la vía ejecutiva.

La tendencia mayoritaria de la jurisprudencia, que engloba también los fallos más recientes, concluye, por el contrario que la promesa de celebrar una compraventa de bienes raíces no necesita, para su validez, escritura pública; basta un instrumento privado. A igual conclusión arriba la mayoría de la doctrina. Razones:

1º El art. 1554 exige que la promesa conste por escrito, y “escrito” es todo documento. Si se aceptara que la promesa debe constar por escritura pública, se llegaría a la conclusión de que “escrito” es sinónimo de “escritura pública”, lo que es contrario a la ley (pues se vulneraría el art. 19 del Código Civil).

2º El art. 1801 exige escritura pública para la venta de inmuebles, y como las solemnidades son excepcionales y deben aplicarse restrictivamente, no pueden extenderse al contrato de promesa.

3º Aceptar que la promesa de venta de un bien raíz requiere escritura pública, significa aceptar que no existe la debida correspondencia o armonía en un mismo artículo, lo que contraviene el art. 22, inc. 1º del Código Civil, ya que exigiéndose en el número 1 del art. 1554 escritura pública, sería ilógico el número 4 del mismo artículo, que establece que pueden faltar en la promesa las solemnidades del contrato prometido (y la primera de ellas es la escritura pública). Siendo la promesa y el contrato prometido dos convenciones diferentes, el legislador no ha entendido someter a la una a las solemnidades propias del otro.

4º En los casos en los cuales la ley ha querido que la promesa se celebre por escritura pública, así lo ha dispuesto expresamente (por ejemplo, art. 1787, donaciones por causa de matrimonio; o en el artículo 1736 N° 7, en la sociedad conyugal).³

5.2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces.

Vale decir, que el contrato prometido no adolezca de vicios de nulidad. Por eficacia del contrato prometido debe entenderse, en un sentido amplio, que éste produzca efectos jurídicos, que establezca un vínculo de derecho entre los contratantes. La ley niega sus efectos a la obligación de hacer contraída, cuando ella recae sobre un contrato que será carente de causa o de objeto, o que tendrá un objeto o causa ilícitos.

Esta exigencia es aplicación del principio general de que el objeto y la causa de los contratos deben ser lícitos. Así, por ejemplo, no podría prometerse la venta de bienes entre padres e hijos no emancipados o entre cónyuges no separados judicialmente; también carece de validez una promesa en que una de las partes se obliga a ejecutar un hecho inmoral o prohibido; o un contrato que contenga una obligación física o moralmente imposible.

¿Por qué el legislador redactó el numeral en términos negativos, en lugar de hacerlo con un sentido positivo? ¿Por qué no señaló “Que el contrato prometido sea de aquellos que las leyes declaran eficaces”? La redacción del Código se debe a que con la fórmula negativa empleada, es posible que el contrato de promesa esté referido a la celebración de contratos atípicos o innominados. Como éstos no están “declarados” en la ley, si la redacción hubiere sido bajo una fórmula positiva, no podría haberse admitido una promesa respecto de ellos.

El contrato prometido debe ser eficaz al momento de suscribirse la promesa. Es menester que el contrato prometido tenga eficacia, que sea jurídicamente lícito y posible, al momento en que se suscribe la promesa.

¿Qué ocurre si el contrato prometido fuere válido al tiempo de la promesa pero nulo al momento de exigir la celebración del contrato prometido? La Corte Suprema, por sentencia de fecha 24 de enero de 2011, declaró que si la compraventa va a ser nula, la promesa de compraventa no produce obligación alguna, rechazando una demanda de cumplimiento del contrato interpuesta por el promitente comprador. En el caso, el contrato prometido no sería eficaz a consecuencia de haberse dictado la Ley número 19.253 (Diario Oficial de fecha 5 de octubre de 1993), conocida como “Ley Indígena”, que prohíbe la enajenación de tierras indígenas a personas que no pertenezcan a la etnia del vendedor.⁴

³ Hemos excluido de estos ejemplos el caso de la promesa de no disponer de la cuarta de mejoras, a que se refiere el artículo 1204 del Código Civil. En efecto, si bien se alude ahí a la hipótesis en virtud de la cual “el difunto hubiere prometido por escritura pública...”, en rigor no estamos ante un contrato de promesa, pues la obligación que se genera es una de “no hacer”, mientras que el contrato de promesa, según se expresó, origina una obligación de “hacer”.

⁴ Citada por Abeliuk Manasevich, René, *Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot y Thomson Reuters, 3ª edición, 2012, p. 75.

De esta manera, la licitud o eficacia del contrato prometido debe mantenerse durante todo el lapso que medie entre la celebración de la promesa y el momento en que debe celebrarse el contrato prometido. Si nos encontramos ante una ineficacia sobreviniente, no podrá celebrarse el contrato prometido.

Cabe precisar que la ley se refiere a los contratos ineficaces o nulos por incumplimiento de requisitos de fondo, no de forma, dado que los últimos perfectamente pueden cumplirse al celebrar el contrato prometido. Por ello, es válida la promesa de compraventa de bienes de incapaces, en la que se omite la autorización judicial, sin perjuicio que esta no puede faltar al celebrar el contrato definitivo. Dicho de otra forma, la exigencia del art. 1554 N° 2 no se refiere a las formalidades necesarias para su validez en atención a la calidad de las personas que en él intervienen, puesto que el N° 4 de la misma disposición legal autoriza la omisión de tales solemnidades en la promesa. Así ha concluido la mayoría de la jurisprudencia y así también concluye Alessandri. Por lo demás, cuando la ley exige que la formalidad habilitante conste también en el contrato de promesa, lo ha dicho: por ejemplo, en el artículo 1749, respecto de la autorización de la mujer, cuando el marido casado en régimen de sociedad conyugal, celebra un contrato de promesa de venta de un inmueble social.

Con todo, debe advertirse que algunos fallos han sostenido una posición contraria: v. gr. un fallo de la Corte de Santiago del año 1964, señala que *es nulo el contrato de promesa de un bien raíz perteneciente en común a la madre y a sus hijos menores de edad, celebrado por aquélla por sí y en representación legal de los menores, sin autorización judicial*.

Por otra parte, a pesar de lo establecido en el art. 1464 número 3, en relación con el art. 1810, nada obsta a que pueda celebrarse un contrato de promesa referido a bienes embargados u objeto de medidas precautorias (salvo si la medida precautoria fuere la de celebrar actos y contratos sobre una determinada cosa, pues ello impediría celebrar el contrato de promesa), sin perjuicio que tales embargos o prohibiciones se alcen antes o al momento de celebrar el contrato prometido.

5.3. Que la promesa contenga un plazo o condición que señale la época de la celebración del contrato prometido.

No hay en nuestra legislación promesa pura y simple. La ley no permite celebrar una promesa sin base cierta, como sería, por ejemplo, si una persona se comprometiera a celebrar un contrato sin decir cuándo se celebrará, sin decir qué día preciso o al menos en qué época o período de tiempo. No puede quedar librada la ejecución del contrato prometido al mero arbitrio de alguna de las partes, sin la fijación de un lapso o el evento de la realización de un hecho que determine la época del cumplimiento de lo prometido.

Nada impide fijar copulativamente una condición y un plazo, o primero la una y para el caso de que ésta falle, o en su defecto, el otro. Así, las partes pueden estipular que “el contrato prometido se llevará a efecto a más tardar el día 15 de marzo de 2016, una vez que el promitente vendedor obtenga de la Dirección de Obras pertinente, la recepción final de las obras”. La expresión “una vez que” implica establecer una exigencia adicional al mero plazo. Otro ejemplo usual, es el que se refiere a la obtención de un crédito bancario: “No existe inconveniente legal alguno en que se combine una condición con un

plazo como forma válida de satisfacer el requisito del número 3° de este artículo (1554), por ejemplo, cuando se establece como condición que el promitente comprador obtenga un crédito hipotecario en instituciones que los otorgan y que ello no pueda ocurrir más allá de una fecha que se establece” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 4 de junio de 2001).⁵

No es necesario que el plazo o la condición establezcan el instante preciso en que el contrato deba celebrarse, pero sí deben determinar “la época” en que debe perfeccionarse (por ejemplo, antes que termine el invierno). Por lo demás, el propio artículo 1494 define el plazo como la época que se fija para el cumplimiento de una obligación.

a) Estipulación de un plazo.

a.1) Naturaleza del Plazo: ¿Plazo suspensivo o extintivo?

Se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia la naturaleza jurídica del plazo pactado en el contrato de promesa. Para la mayoría de los autores, se trata de un plazo suspensivo, es decir, posterga la exigibilidad de las obligaciones derivadas de la promesa. Vencido el plazo, nace el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato prometido, incluso recurriendo a la justicia de ser necesario. La jurisprudencia no ha sido unánime.

Algunos fallos han sostenido que el plazo señalado en la promesa de venta para celebrar el contrato es extintivo por su naturaleza, pues, una vez vencido, cesa o se extingue la obligación contraída por el promitente vendedor de ejecutar el contrato prometido. Si el promitente comprador no hizo uso de su derecho a exigir la celebración del contrato dentro del plazo estipulado, el promitente vendedor podrá excepcionarse alegando que caducó el derecho del promitente comprador. Para la doctrina subyacente en estos fallos, opera una causal de caducidad y no de prescripción. En efecto, si ambas partes no dan cumplimiento a una promesa con plazo extintivo y ninguna desarrolla actividades ni persevera en el contrato dentro del término estipulado, el solo transcurso de éste acarrea la ineficacia posterior de la promesa. La promesa deja de producir efectos.

Otros fallos, que a nuestro juicio enfocan correctamente el problema, han concluido, igual que la doctrina, que estamos ante un plazo suspensivo. En efecto, como se indica en un fallo de la Corte de Santiago de 1964, la intención de los contratantes al establecer en la promesa de venta que “el plazo para la firma del contrato definitivo será el 5 de enero de 1962 no pudo ser otra que indicar el término, vencido el cual las partes estarían en mora, de conformidad con lo señalado en la primera regla del artículo 1551 del Código Civil. Sostener que vencido tal plazo las obligaciones del promitente se extinguen por la caducidad, significa caer en el absurdo de admitir que el demandante no pudo antes ni después de estar vencido el plazo, exigir el cumplimiento de las obligaciones del promitente vendedor; antes no serían éstas exigibles, y después, tampoco, porque

⁵ *Código Civil. Citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias. Índice temático*, Santiago de Chile, LegalPublishing – AbeledoPerrot, 9ª edición, 2009, concordancias e índice de materias elaboradas, corregidas y actualizadas por el profesor Javier Barrientos Grandón.

habría caducado el plazo. Estos extremos pugnan con la buena fe con que deben ejecutarse los contratos (...) y contradicen la regla del art. 1562 del CC”.

En otro fallo de 1965, de la Corte Suprema, se reitera la idea que estamos ante un plazo suspensivo, al decir: “Expirado el plazo, nace el derecho de exigir el cumplimiento forzado de la obligación, pues no sería jurídico el estimar que, en tal evento, se han extinguido todos los derechos, puesto que el plazo fijado carecería de objeto y de efectos jurídicos: la parte renuente podría excusarse alegando que está pendiente el plazo hasta la medianoche de su último día, y llegada ella ya no podría exigirse el cumplimiento de la obligación (...) Pendiente el plazo, no hay posibilidad de solicitar el cumplimiento de la obligación. Pero 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 CC”.

En conclusión, aunque en la promesa se estipule que el contrato prometido debe celebrarse “a más tardar” en cierta fecha, no estamos ante un plazo fatal y extintivo de derechos. Si se estimara lo contrario, significa que la estipulación del plazo carecería de objeto y de efectos jurídicos. En la práctica, de seguir tal interpretación, nunca sería posible pedir el cumplimiento forzado de una promesa, y el contrato de promesa se convertiría en un acto cuyo cumplimiento quedaría entregado a la mera voluntad de una de las partes, lo que resulta inaceptable.

Distinta es la situación si en la promesa las partes acuerdan que el contrato definitivo debe celebrarse dentro de cierto plazo y que vencido éste, dicha promesa quedará sin efecto. Tal estipulación constituye simplemente un pacto comisorio o una condición resolutoria ordinaria, según los términos en que esté estipulada la cláusula, regida por las reglas que se aplican a tales instituciones.

a.2) ¿Plazo expreso o tácito?

Otro aspecto que se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia, dice relación con la necesidad de que el plazo sea expreso, o por el contrario, si es admisible un plazo tácito.

En verdad, nada obsta a que se estipule un plazo tácito. Como lo señala un fallo del año 1988 de la Corte Presidente Aguirre Cerda, *no hay inconveniente alguno para estimar que el plazo tácito es válido para los efectos de la promesa de contrato. El plazo tácito es una modalidad que importa certidumbre sobre exigibilidad futura de una obligación ya nacida. Lo tácito no es más que una fórmula sobre medida de tiempo, que denota menor precisión que un plazo expreso, pero no autoriza para calificarse el plazo de impreciso o de vago, mucho menos de ininteligible o inexistente.*

Así, por ejemplo, las partes podrían convenir que celebrarán el contrato de compraventa de una máquina trilladora, cuando termine el actual proceso de cosecha.

A igual conclusión se arriba, considerando la definición de plazo del art. 1494, a la que hicimos referencia.

b) Estipulación de una condición.

Se ha debatido en la doctrina y jurisprudencia si la condición ha de ser determinada o bien puede ser indeterminada, esto es, si en el evento de que se verifique, se sabe o no cuándo ha de ocurrir.

En algunas sentencias, se ha concluido que la condición a que se refiere el número 3 del art. 1554 debe revestir el carácter de determinada, esto es, para el cumplimiento del hecho incierto debe fijarse época o plazo, cuando se estipula que la condición debe cumplirse en cierto tiempo.

Otros fallos, por el contrario, establecen que la condición bien puede ser incierta e indeterminada. En un fallo de la Corte de Valparaíso, del año 1963, *se concluye que en el caso de que las partes fijen una condición, es requisito esencial que ésta sea adecuada, esto es, que sirva en forma efectiva al objeto; sin que pueda sostenerse que un contrato de promesa sólo es válido cuando contenga una condición determinada. Lo que la ley exige es que pueda saberse con certeza la fecha desde la cual podrá el acreedor hacer efectiva la obligación de hacer que se deriva de la promesa o cuándo será cierto que no podrá verificarse.*

En el mismo sentido, un fallo de la Corte de Santiago de 1949, confirmado por la Corte Suprema en 1951, *señala que una estipulación que contiene un plazo incierto e indeterminado que, según los arts. 1086 y 1498 del CC. equivalen a una condición, suspensiva en este caso, cumple con el tercer requisito del art. 1554, requisito que tiene un carácter amplio y extensivo.*

5.4. 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.

a) Alcance de la expresión “especificar”.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, especificar significa “explicar, declarar con individualidad una cosa”. Lo que exige la ley entonces, es que el contrato prometido se determine e individualice en forma que no haya duda o confusión acerca de su naturaleza al proceder a su celebración. De lo que se trata es de impedir que el contrato prometido pueda confundirse con otro distinto al que pretenden las partes.

Así, v. gr., si se pretende celebrar una compraventa de un inmueble, debe manifestarse en la promesa quienes serán las partes en el futuro contrato, cuál será el predio, qué deslindes tiene, cuál será el precio, cómo se pagará, etc.

Se ha discutido en la doctrina si en la especificación del contrato prometido debe incluirse el consentimiento recíproco de obligarse, propio del último. Aludiremos al punto en la letra siguiente

b) Validez de la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral.

El tema se planteó a propósito de las promesas de venta unilaterales, sobre las que ha resuelto la Corte Suprema que serían nulas, exigiéndose que la promesa, al igual que el contrato de venta prometido, sea bilateral. El fundamento reside en que no se acepta en nuestra legislación la venta unilateral, y en que “especificar” *significa señalar todos los elementos del contrato, y siendo en la compraventa uno de los elementos constitutivos la reciprocidad de las obligaciones de las partes, no estaría especificado aquél contrato en que sólo se hubieran señalado las obligaciones de una de las partes* (Corte de Valparaíso, 1963). Faltaría en definitiva el acuerdo mutuo acerca de los elementos esenciales del

contrato de compraventa, la cosa y el precio. Se agrega a los fundamentos anteriores, *que tal figura sería nula de acuerdo al art. 1478, puesto que estaríamos ante una condición potestativa que consistiría en la mera voluntad de la persona que se obliga* (se trataría de una condición meramente potestativa suspensiva del deudor).

En el mismo sentido, una sentencia de la Corte Suprema, de 1990, enfatiza la necesidad de que exista concurso de voluntades de ambas partes en la promesa, *afirmando que no podría estimarse como tal contrato la carta en que la persona que concurriría como vendedor, ofrece vender un inmueble si, a pesar de señalar las condiciones de la futura enajenación, falta la aceptación del comprador.*

Se unen a la jurisprudencia mayoritaria, en cuanto a restar validez a la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral, Barros Errázuriz y Alessandri. Afirma éste último que, del principio de que la promesa de venta debe constar por escrito se desprende la consecuencia de que ella no puede resultar del consentimiento tácito de las partes o, al menos, de una de ellas. Dicho de otro modo: el consentimiento ha de ser expreso, dejando de manifiesto el concurso real de voluntades sobre la cosa y el precio, ya que solamente así puede especificarse el contrato en la forma que exige el número 4 del artículo 1554.

La jurisprudencia acepta también que el consentimiento se pueda formar a través de dos o más instrumentos. Así, *se ha señalado que es válida la promesa de venta resultante de dos escrituras, a una de las cuales concurre la persona que se obliga a vender una propiedad a otra, quien acepta la oferta de venta y se obliga a comprarla en otra escritura.*

Para la mayoría de los autores, sin embargo, no hay inconveniente legal para que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, el contrato de promesa pueda ser unilateral, aunque el contrato prometido pueda calificarse de bilateral. Entre los que están por esta posición, Leopoldo Urrutia, Luis Claro Solar, Guillermo Pumpin, Enrique Rodríguez, Silva Imperiali, etc. Señalan los siguientes argumentos:

1º Singularizado adecuadamente el contrato prometido, se cumpliría con el requisito de especificación. Por ello, en la compraventa, por ejemplo, bastaría señalar las partes, la cosa y el precio, aunque no haya acuerdo de voluntades todavía. Lo importante es que no existan dudas acerca del tipo de contrato prometido.

2º El exigir a las partes que de antemano se obliguen en la promesa a cumplir las prestaciones propias del contrato prometido sería una inconsecuencia, considerando que éste último aún no nace a la vida jurídica.

3º Ninguna disposición legal exige que en el contrato de promesa ambas partes se obliguen recíprocamente. Si la ley hubiera pretendido exigir en el contrato de promesa que las partes asumieran recíprocamente las obligaciones propias del contrato prometido, lo habría declarado expresamente, tal como estimó necesario decirlo en el art. 98 del CC., el que para la existencia de la promesa de matrimonio exige que sea mutuamente aceptada.

4º Hay diversas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que revelan su espíritu de aceptar, en materia de promesa de compraventa, obligaciones unilaterales. Así, por ejemplo, el art. 1881 del CC., que establece el pacto de retroventa, que no es otra cosa que la obligación unilateral que se impone al comprador de vender a su turno la cosa que

ha comprado a la misma persona que se la vendió si ésta se lo exige en el plazo que se ha fijado en el contrato.⁶

En nuestra opinión, no estaríamos realmente ante un contrato de promesa, que exige que ambas partes se obliguen a celebrar el contrato futuro, sino ante un contrato de opción, donde sólo una de las partes asume la obligación, y la otra tiene la facultad para contratar o no, en cierto plazo.

6.- Inscripción del contrato de promesa de compraventa.

Es de común ocurrencia que los conservadores de bienes raíces, a petición de la parte interesada, inscriban en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, los contratos de promesa de compraventa. Ello, habida cuenta que el art. 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces dispone que “Pueden inscribirse: (...) 2°. (...) El arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley”. La frase final sería la que posibilitaría inscribir una promesa de compraventa.

Sin embargo, el punto es muy discutible. En efecto, cabe advertir (reiterando lo que hemos señalado en nuestro apunte de *La Tradición*) que con buenas razones, se afirma que no cualquier contrato generador de derechos personales podría inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces. Ello sólo podría ocurrir en los casos “cuya inscripción sea permitida por ley”.

Abeliuk advierte, efectivamente, que la inscripción de la promesa en registros públicos es un punto debatido. Destaca que “El principio imperante en la materia es que careciendo la promesa de todo efecto real, es improcedente su inscripción en el Registro de Propiedad⁷. Sin embargo, Alessandri cree que la inscripción puede efectuarse, pero no produce efecto alguno, lo que no nos parece la interpretación correcta. En la práctica, tal inscripción se acepta en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, por una aplicación bastante extensiva y liberal del N° 3 del artículo 53 del Reglamento. Pero, como se ha fallado, 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. En la práctica, la inscripción puede constituir una molestia para el propietario, al figurar la promesa en los certificados de prohibiciones del Conservador”.⁸

Afirma al respecto Marco Antonio Sepúlveda Larroucau: “Basándonos en lo dispuesto en los artículos 32, 33, 52, 53 y 89 inciso 1° del Reglamento y en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, y en que la finalidad esencial del Registro es la publicidad de las situaciones jurídicas que afectan a los derechos reales, se puede afirmar que por regla general sólo debe inscribirse aquello que tiene trascendencia jurídico-real. No sólo lo tiene

⁶ Lo mismo ocurriría, en nuestra opinión, en el contrato atípico de opción.

⁷ Cita aquí a Fernando Fueyo Laneri, *Derecho Civil*, T. 5, Los Contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones. Volumen II, Contratos preparatorios, N° 36, p. 62.

⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot y Thomson Reuters, 3ª edición, 2012, pp. 140 y 141.

la transferencia, transmisión, constitución y renuncia del dominio y demás derechos reales inmuebles, sino, también, toda condición suspensiva o resolutoria de los mismos, las prohibiciones legales, judiciales y voluntarias que efectivamente limitan la facultad de enajenar del titular registral, las modalidades que pudieren afectar la titularidad del constituyente del derecho real, otros gravámenes, el arrendamiento y demás actos y contratos que el legislador ha ordenado inscribir para que sean oponibles a terceros, y que inciden en algunos o todos los atributos del respectivo derecho real (usar, gozar, disponer y administrar), y las variaciones de una inscripción en virtud de un nuevo título”.⁹

Por lo demás, agregamos nosotros, si fuere efectivo que los conservadores pueden inscribir cualquier contrato generador de derechos personales, ¿por qué tuvo que señalar expresamente que puede inscribirse el arrendamiento? La mención expresa parece reforzar la tesis de que la inscripción de contratos que generan derechos personales es algo excepcional.

En consecuencia, compartimos lo expuesto por Marco Antonio Sepúlveda, en cuanto “... excepcionalmente, pueden inscribirse derechos personales; Así lo deja meridianamente claro el artículo 53 n° 2 inciso 2° del Reglamento, que permite inscribir el arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquier otro acto o contrato ‘cuya inscripción sea permitida por ley’ (por ejemplo, según el artículo 2438 del Código Civil, el contrato de anticresis), es decir, se requiere de texto legal expreso para inscribir derechos personales de fuente voluntaria. En virtud de todo lo anterior es que hemos venido sosteniendo desde hace tiempo que no es legalmente admisible la inscripción de una promesa de compraventa, no obstante que nuestros conservadores frecuentemente le den acceso a sus registros”.¹⁰

En armonía con lo anterior, el art. 103 del Código de Minería, según veremos, permite expresamente la inscripción de una promesa de compraventa. Es decir, nuevamente el legislador consideró necesario indicar de manera explícita que el contrato de promesa que recae en derechos regulados por el aludido Código, puede inscribirse.

Por cierto, si la promesa se hubiere inscrito, y más adelante el promitente comprador enajenare el inmueble prometido vender a otra persona, distinta del promitente comprador, el Conservador de Bienes Raíces debe inscribir, tal como lo señalaba Abeliuk. En efecto, la inscripción no es oponible en modo alguno al adquirente, pues está vinculada a un contrato que sólo tiene efectos relativos, entre las partes, y que es inoponible a quien en definitiva adquiere el dominio del predio. El frustrado promitente comprador, en este evento, podrá demandar al promitente vendedor, para obtener que en definitiva le resarza los perjuicios que el incumplimiento de la promesa que le haya causado. Pero en este juicio, el tercero adquirente del inmueble no será parte y en modo alguno podrá verse afectado por la respectiva sentencia.

7.- La lesión enorme y el contrato de promesa.

⁹ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2014, pp. 250 y 251.

¹⁰ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, ob. cit., p. 251.

Se ha planteado si es procedente atacar por lesión enorme la promesa de compraventa de un inmueble. De lo que se trata es de impedir que el contrato se celebre, considerando que manifiestamente adolecerá de lesión enorme.

En un fallo del año 1970, de la Corte Suprema, se descarta tal posibilidad, *afirmándose que compraventa y promesa de compraventa son contratos distintos: el primero genera una obligación de dar y el segundo una de hacer. Los preceptos sobre lesión enorme de los arts. 1888, 1889 y 1896 del CC. dicen relación directa y exclusivamente con un contrato de compraventa ya celebrado. No cabe, pues, atacar por dicha lesión un contrato de promesa de venta. No puede excepcionarse el demandado respecto de la obligación que contrajo en la promesa alegando el posible vicio de lesión enorme que podría afectar a la compraventa todavía no celebrada.*

En todo caso, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley N° 16.742: “Para los efectos del artículo 1889 del Código Civil, en los contratos de compraventa celebrados en cumplimiento de promesas de sitios que formen parte de un loteo hecho conforme a la Ley General de Construcciones y Urbanización,¹¹ 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 con las estipulaciones de la promesa”. Se desprende entonces de este precepto, que el justo precio se considerará al tiempo de la promesa, pero siempre y cuando dicho precio se hubiere pagado.

En la doctrina, también se ha descartado la posibilidad de atacar el contrato de promesa aduciendo lesión enorme. Como expresa Abeliuk, “Nos parece inconcuso que la promesa no puede atacarse por lesión enorme, principalmente, porque la acción rescisoria es propia de la compraventa y no puede extenderse a otros contratos por su doble excepcionalidad: constituye una sanción y en nuestro Código, además, específica para contados actos y contratos”. La tesis contraria, agrega este autor, confunde el contrato preliminar con el definitivo.¹²

Con todo, sostiene Abeliuk que al llegar el tiempo de celebrarse el contrato de compraventa prometido, la parte que sufrirá lesión enorme al celebrarse el contrato prometido tiene derecho a excepcionarse y por ende a no concurrir a su celebración, alegando que no está obligado a ello en virtud de la nulidad de que adolecerá el contrato definitivo. Dos motivos esgrime para llegar a esta conclusión:

a. Sería absurdo permitir que judicialmente se obligue a otorgar el contrato prometido, para que luego el demandado vencido pidiera la rescisión. Se movería inútilmente todo el mecanismo judicial para otorgar un contrato que de todos modos será ineficaz. Lo lógico es que esta ineficacia se plantee y discuta de antemano.

b. El cumplimiento de la promesa no importa sólo otorgar el contrato prometido, sino uno que sea válido y eficaz. Si ello no es ya posible, se produce una imposibilidad jurídica. De esta forma, si la compraventa va a ser nula por cualquier causa (como por ejemplo porque adolecería de lesión enorme) la promesa no produce obligación alguna y debe rechazarse la demanda interpuesta para obtener su cumplimiento.¹³ Nos remitimos a lo que expresamos a propósito del segundo requisito del contrato de promesa, en relación al

¹¹ Hoy, “Ley General de Urbanismo y Construcciones”.

¹² Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 67 y 68.

¹³ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 74 y 75.

fallo de la Corte Suprema de 24 de enero de 2011. Aunque dicha sentencia no se funda en una eventual lesión enorme, sino en otra causa de nulidad (objeto ilícito), sentaría –dice Abeliuk- una doctrina que debe considerarse de aplicación general.

En realidad, según se desprende de los razonamientos de Abeliuk, si bien no se puede demandar la nulidad de la promesa por lesión enorme, sí puede demandarse por infracción al N° 2 del artículo 1554, pues el contrato prometido será jurídicamente ineficaz.

8.- Otras normas relativas al contrato de promesa, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

8.1. Prohibición de celebrar contratos de promesa de compraventa, si están pendientes los trabajos de urbanización.

El artículo 136 de la ley, en sus dos primeros incisos, prohíbe celebrar contratos de promesa de compraventa, cuando se trata de una nueva población, loteo o subdivisión, si no se hubieren ejecutado todos los trabajos de urbanización que exigen los artículos 134 y 135 de este mismo cuerpo legal y la Ordenanza General.

Disponen estas normas:

“Mientras en una población, apertura de calles, formación de un nuevo barrio, loteo o subdivisión de un predio, no se hubieren ejecutado todos los trabajos de urbanización que exigen los dos artículos precedentes y la Ordenanza General, no será lícito al propietario, loteador o urbanizador de los terrenos correspondientes, enajenarlos, acordar adjudicaciones en lote, celebrar contratos de compraventa, 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.

La venta, promesa de venta o cualquier otro acto o contrato que tengan análoga finalidad sobre un predio no urbanizado, en favor de una comunidad, se presumirá que tiene por objeto la subdivisión del mismo sin la necesaria urbanización”.

La sanción, en caso de infringir la prohibición, está contemplada en el artículo 138 de la ley, que señala:

“Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio, tales como ventas, promesas de venta, reservas de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones, en contravención a lo dispuesto en el presente párrafo”.

8.2. Obligación de caucionar con un seguro o boleta bancaria, ciertos contratos de promesa.

De conformidad a lo previsto en el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcción, todo contrato de promesa de compraventa en que el promitente

vendedor sea una persona que tenga por giro la actividad inmobiliaria o que construya o encargue construir inmuebles, deberá ser caucionado con una póliza de seguro o boleta bancaria, cuando:

- a) El inmueble no cuente con recepción definitiva; y
- b) El promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz.

Dispone el precepto:

“Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuenten con recepción definitiva y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprado entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento de que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.

Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador.

La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible respecto de la parte del precio que sea depositada por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos, de lo que se dejará constancia en el contrato de promesa:

- a) Cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador.
- b) Depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante.

En los casos indicados en las letras a) y b) del inciso precedente, los montos anticipados serán puestos a disposición del promitente vendedor una vez que se celebre el contrato de compraventa y se inscriba el inmueble a nombre del promitente comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Los depósitos a plazo y las cuentas de ahorro a que alude esta norma deberán cumplir con los requisitos generales establecidos por las disposiciones legales, reglamentarias y normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras vigentes y, además, con los requisitos específicos que al efecto establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de un año contado desde la fecha de la promesa.

Las disposiciones anteriores se aplicarán a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva, excepto a aquellos regidos por la Ley General de Cooperativas o la Ley Nº 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, aun cuando no cuenten con recepción definitiva. En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las compraventas de viviendas, locales comerciales u oficinas cuando al momento de celebrarse dicho contrato el inmueble se encuentre hipotecado, en cuyo evento la garantía que se otorgue se mantendrá vigente mientras no se proceda al alzamiento de dicha hipoteca, salvo que el acreedor hipotecario concurra a la escritura de compraventa alzando la hipoteca y la prohibición de gravar o enajenar si la hubiere”.

9.- El contrato de promesa en el Código de Minería.

Se regula en los arts. 103, 169 y 211 del Código de Minería. Las normas son las siguientes:

a) Dispone el art. 103: “Se inscribirán en el Registro de Hipotecas y Gravámenes los fideicomisos, hipotecas, servidumbres, usufructos, avíos, promesas de venta y demás gravámenes que, en su caso, afecten a un pedimento, a una manifestación o a una concesión”.

b) El inc. 1º del art. 169 otorga validez a la promesa, entendiéndose que habrá tal contrato aunque se estipule que será facultativo para el promitente comprador celebrar o no el contrato prometido. En otras palabras, el contrato *de opción* se entenderá ser igualmente uno *de promesa*: “Será válido el contrato de promesa de venta de una concesión minera, o de cuota o de parte material de ella, de cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo; aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo”.

c) El inc. 2º del art. 169 hace oponible el contrato, siempre que se celebre por escritura pública y se inscriba, a quien se transfiera la cosa que se promete vender: “Otorgado el contrato por escritura pública, inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes o en el Registro de Accionistas, según proceda, estará obligado a celebrar la compraventa, en los mismos términos en que lo habría estado el promitente vendedor, todo aquél a quien se transfiera la cosa, a cualquier título”. En cambio, si se trata de una promesa regida por el Código Civil, el adquirente del bien ciertamente que no tiene similar obligación, y para él, el contrato de promesa celebrado por su antecesor en el dominio le es inoponible.

d) El inc. 3º del art. 169 contempla una norma protectora de los intereses del promitente comprador, en caso de que el promitente vendedor ejecute un acto o celebre algún contrato que afecte al primero: “Además, si pendiente el contrato de promesa, y sin consentimiento expreso del promitente comprador, se ejecuta un acto o celebra un contrato que limita o afecta o puede limitar o afectar la tenencia, posesión o propiedad de la cosa prometida, quedará resuelto ipso facto el acto o contrato, una vez celebrada la compraventa, salvo que el promitente comprador exprese su propósito de respetarlo, sustituyéndose en los derechos y obligaciones de su antecesor en el dominio”. El

promitente comprador de una promesa regida por el Código Civil no goza de esta protección.

e) El inc. 4° del art. 169 dispone que se aplicará lo establecido en los dos incisos anteriores, al contrato de promesa de compraventa y al contrato de opción de compra de los bienes a que se refiere el inciso 1° del precepto: “Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero se aplicará también al contrato de promesa de compraventa y al contrato de opción de compra de los bienes a que se refiere el inciso primero. Respecto de este último contrato, bastará la sola aceptación de la oferta irrevocable para que quede perfeccionada la compraventa propuesta, pero tanto la oferta como la aceptación deberán, en todo caso, constar en escritura pública”.

f) El inc. 2° del art. 211, relativo al *contrato de avío*, consigna que en el caso de estipular que el pago del avío consistirá en que el aviador se haga dueño de una cuota de la pertenencia, se entenderá que estamos ante una promesa: “Puede también estipularse que, en pago del avío, el aviador se haga dueño de una cuota de la pertenencia, que puede llegar hasta el cincuenta por ciento de ella. Esta estipulación importa una promesa de compraventa, cuyo cumplimiento puede exigir el aviador, en conformidad al artículo 169, una vez satisfechas por él las obligaciones que se impuso”.¹⁴

10.- Efectos del contrato de promesa.

El contrato de promesa crea una obligación de hacer: la de celebrar el contrato objeto de la promesa.

En consecuencia, podría una de las partes, establecida que sea la existencia de la promesa, solicitar al juez que apremie al contratante renuente para que celebre el contrato, y de negarse éste, dentro del plazo que le señale el tribunal, podrá solicitarse al juez que suscriba dicho contrato por la parte rebelde o que declare resuelto el contrato de promesa y ordene el pago de indemnización de perjuicios, de conformidad al artículo 1553 en relación con el art. 1489. Pero para obtener esta indemnización, sería necesario que el demandante hubiere cumplido el contrato –es decir, hubiere suscrito en la Notaría respectiva por ejemplo la escritura pública que da cuenta del contrato de compraventa prometido-, pues en caso contrario, el demandado no estaría en mora, conforme al art. 1552.

En este punto, tiene importancia el título en que consta la promesa. Si consta en un título ejecutivo (escritura pública), podrá solicitarse su cumplimiento de acuerdo a las normas del juicio ejecutivo de obligación de hacer. En caso contrario, deberá prepararse la vía ejecutiva o promoverse previamente una acción ordinaria destinada a declarar la existencia de la obligación de celebrar determinado contrato.

Siendo la obligación que emana del contrato de promesa una obligación de hacer, tiene carácter indivisible. Por tanto, si los deudores son varios, cada uno de ellos puede ser obligado a satisfacer la obligación en el todo, en la medida que ello fuere posible (lo será si se prometió vender bienes muebles que están en poder del demandado, pero no lo

¹⁴ El contrato de avío está definido en el art. 206 del Código de Minería: “El avío es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a dar o hacer algo en beneficio de la explotación de una pertenencia para pagarse sólo con sus productos, o con una cuota de ella”.

será si lo que se prometió vender fuere un inmueble, pues en tal caso todos los propietarios tendrían que suscribir la escritura de compraventa). Desde el punto de vista de los acreedores, todos los comuneros, y no sólo uno o algunos de ellos, deben solicitar el cumplimiento del contrato de promesa. De ahí que exprese una sentencia: “La obligación de otorgar el contrato prometido es una obligación de hacer, luego, mueble y además indivisible, por tanto, siendo varios los promitentes, todos ellos deben concurrir y exigir conjuntamente el otorgamiento del contrato prometido” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 25 de noviembre de 1997).¹⁵

Se ha planteado también ante los tribunales, en qué circunstancias cabe oponer por el demandado la excepción de contrato no cumplido fundada en el aforismo “la mora purga la mora”, cuando el actor exige el cumplimiento del contrato de promesa. En un fallo de la Corte Suprema del año 1975, *se puntualiza que la mencionada excepción no puede oponerse por una de las partes si ella nada hizo para que se suscribiera el contrato prometido, obligación primordial suya que no cumplió. Basta tal mora para que no pueda aprovecharse de dicha excepción, que se rige por los principios generales del Derecho.* Dicho en otras palabras: si bien el demandante no había dado cumplimiento a la promesa, si el demandado a su vez tampoco nada hizo para cumplirla, debe rechazarse la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552. Por ello, se expresa en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de diciembre de 2003: “Aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En efecto no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas”. Atendido lo expuesto, la sentencia resolvió declarar la resolución del contrato de promesa, aunque sin otorgar indemnización de perjuicios al demandante, pues, como ya se había indicado, si ninguna de las partes había cumplido, ninguna estaba en mora: “Si bien es procedente la resolución del contrato de promesa, no procede la indemnización de perjuicios, pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil”.¹⁶

Por otra parte, suele también ocurrir que al celebrarse un contrato de promesa, las partes estipulen el pago de una pena por aquél que no cumpla lo prometido, y de intervenir en la operación un corredor de propiedades, entreguen documentos por el monto de dicha pena, que el contratante que estuvo dispuesto a cumplir la promesa podrá cobrar.

De esta forma, ante el incumplimiento de una de las partes, se podrá demandar el cumplimiento forzado del contrato, la resolución de la promesa o simplemente la multa convenida.

¹⁵ Código Civil. Citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias. Índice temático, ob. cit.

¹⁶ Código Civil. Citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias. Índice temático, ob. cit.

11.- Cesión del contrato de promesa.

¿Puede alguna de las partes del contrato de promesa ceder sus derechos a un tercero, para que éste le reemplace para todos los efectos derivados del contrato y principalmente para su cumplimiento? No hay inconveniente, siempre y cuando medie el consentimiento de la contraparte en el contrato. Lo anterior tiene lógica, pues siendo ambas partes acreedora y deudora entre sí, ninguna de ellas puede ser sustituida por otra persona natural o jurídica sin que consienta en ello aquél que permanece ligado al contrato.

En efecto, expresa Abeliuk sobre el particular: “Cesión de la promesa. El crédito consistente en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es, en principio, cesible, de acuerdo a las reglas generales de la cesión de créditos, y se efectúa mediante la entrega del título y la notificación o aceptación del deudor (...) Todo esto tiene una salvedad neta tratándose de la promesa bilateral y respecto a la obligación de otorgar el contrato prometido, ya que ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras de la misma obligación, por lo que no resulta posible ceder una calidad sin la otra que le va unida. Ha sido más frecuente que la cesión de promesa se efectúe entre nosotros, cediendo el promitente comprador sus derechos a un tercero, y notificando al promitente vendedor. Esto resulta perfecto respecto al crédito del promitente comprador, pero en cuanto a su obligación de otorgar el contrato prometido, vendría a ser una delegación imperfecta. La verdadera figura que corresponde es la cesión de contrato, en que se traspaşa éste íntegramente, y que no está reglamentada y ha sido muy poco estudiada entre nosotros. En todo caso, para que la cesión de promesa bilateral sea plenamente eficaz, a nuestro juicio, debe hacerse con el consentimiento del otro promitente, ya que en nuestra legislación nadie está obligado a aceptar el cambio de deudor sin su consentimiento”.¹⁷

Concordamos con esta aseveración, pues de aceptarse la cesión sin que consienta en ella la otra de las partes del contrato de promesa, estaríamos tolerando una novación por cambio de deudor, sin que el acreedor consienta en ello, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 1635 del Código Civil. En efecto, no estamos en este caso ante una simple cesión de derechos (para lo que no se requiere consentimiento del deudor), sino ante una cesión del contrato, pues se transfieren derechos y obligaciones (para lo que se requiere el consentimiento del deudor-acreedor correlativo).

En la práctica, la cesión de la promesa es usual, cuando se trata de sociedades inmobiliarias que pertenecen a un mismo grupo. Una de ellas celebra el contrato, como promitente compradora, y luego, al momento de celebrar la compraventa, se lo cede a otra compañía vinculada con la primera. Para que acontezca lo anterior, el promitente vendedor deberá aceptar la cesión. Previendo esta eventualidad, también se puede pactar en la misma promesa que el promitente comprador queda facultado desde ya para ceder el contrato a un tercero. En esta hipótesis, el consentimiento del promitente vendedor se confiere en forma anticipada.

¹⁷ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit. (n. 5), pp. 137 y 138.