

EL CONTRATO DE PROMESA

- **Concepto:**

El contrato de promesa o la promesa de celebrar un contrato esta tratada en nuestro C.C. en el art. 1554. Se le define como aquel en que dos o más personas se comprometen a celebrar un contrato futuro, cumpliéndose los requisitos legales. La jurisprudencia lo define como aquel por el cual las parte se obligan a celebrar un contrato determinado, en cierto plazo o en el evento de cierta condición, cumpliéndose con todos los requisitos que establece el artículo 1554 del C.C.

De la definición que hemos visto, podemos distinguir dos contratos: un contrato definitivo que es el que se celebra cumpliendo con la obligación de hacer originada en el contrato de promesa o contrato preparatorio, y el contrato preparatorio del cual nace esta obligación de hacer que consiste en suscribir, dentro de un plazo o condición, el contrato definitivo. De esta manera, el contrato definitivo es el objeto del contrato de promesa.

La utilidad del contrato de promesa como instrumento jurídico para el logro de determinadas finalidades económicas es innegable. Bien puede suceder que para poder otorgar un contrato definitivo sea menester previamente cumplir con determinados requisitos o efectuar determinados trámites. Así, el heredero promete vender un bien de una herencia de la cual tiene que pedir la posesión efectiva. Entonces, pueden haber inconvenientes financieros o legales que obstaculicen el

otorgamiento del contrato definitivo, que no obstante ello, las partes pueden dejarlo amarrado con un contrato de promesa.

El contrato de promesa tiene por fundamento relevante generar una obligación de hacer, específicamente, una obligación de celebrar en el futuro, cierto o incierto, un acto jurídico, sea unilateral o bilateral. Si el contrato prometido es unilateral, la promesa también lo será.

- ***Ubicación del contrato de promesa en el C.C.***

El contrato de promesa, siendo un contrato típico o nominado, debiera estar tratado en el Libro IV, donde se encuentran todos los contratos típicos. Pero ello no es así. Está en el art. 1554 ubicado en el Título XII, que trata del Efecto de las Obligaciones y específicamente la ejecución forzada de la obligación de hacer. La explicación de ello es que precisamente esta es la característica más relevante y típica del contrato de promesa. Por ello existe una íntima relación entre el 1553 y el 1554.

Pero no obstante su ubicación geográfica, la promesa de celebrar contrato es un contrato, aunque el legislador no utilice tal nomenclatura; y ello por lo expresado en el inciso final del 1554. Y si es una promesa bilateral, le serán aplicables todas las disposiciones propias de este tipo de contratos, como la condición resolutoria tácita y la mora purga la mora. A este respecto hay un fallo interesante que aplica el principio de equidad frente al incumplimiento recíproco del contrato de compraventa. El promitente comprador solicitó la resolución del contrato para recuperar el anticipo del precio fundado en

que el promitente vendedor se puso en la imposibilidad jurídica de cumplir con su obligación al haber transferido la propiedad a un tercero. Sin embargo, el promitente comprador también estaba en situación de incumplimiento ya que no había depositado el saldo del precio de la compraventa. Entonces, la Corte Suprema conociendo de una casación estimó procedente la resolución basado en que no obstante que el promitente comprador no había cumplido por su parte, el principio de equidad obligaba a acoger la acción pues ningún sentido tenía mantener ligadas a las partes a un contrato que no deseaban perseverar y que era equitativo que el promitente comprador pudiese recuperar el anticipo. Más fácil que recurrir al principio de equidad habría sido echar mano a la exceptio non adimpleti contractus del Art. 1552.

- ***Características del contrato de promesa.***

Han sido especificadas por la jurisprudencia:

1. Es un acuerdo de voluntades en que nacen para ambas partes obligaciones recíprocas, sujetas a las normas legales contenidas en el Libro IV del C.C.;
2. La celebración del contrato prometido queda aplazada para el futuro y el contrato de promesa es sólo su antecedente, por lo que no puede existir juntamente con el contrato prometido;
3. La finalidad o destino de la promesa es celebrar otro contrato.
4. 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.

5. El contrato de promesa es siempre solemne, porque debe constar siempre por escrito.

El contrato de promesa, no obstante ser un contrato preparatorio, es un contrato principal, al igual que el contrato definitivo, ya que de conformidad al 1442 subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. No es un contrato accesorio ni tampoco un contrato dependiente, por cuanto no depende en su existencia de otro contrato principal ni tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

De otro lado, el contrato de promesa, por su propia naturaleza, es un contrato modal, en cuanto está sujeto a modalidad (plazo o condición) (depende en su exigibilidad de un evento futuro); en cambio el contrato prometido es naturalmente puro y simple, y sólo por excepción las partes estipulan modalidades.

La promesa, además de cumplir con los requisitos comunes a todo acto jurídico (Art. 1445), debe cumplir con los particulares del Art. 1554. La omisión de los primeros acarrea nulidad absoluta o relativa según el caso; pero la omisión de los segundos acarrea necesariamente la nulidad absoluta. Se trata de elementos particulares de la esencia de la promesa que están establecido de modo imperativo.

El contrato de promesa siempre crea una obligación de hacer; en cambio el contrato prometido puede dar origen a una obligación de dar, hacer o no hacer. Como consecuencia de lo anterior, el contrato de promesa es

siempre de naturaleza mueble (Art. 581) aún cuanto lo prometido sea la celebración de una compraventa de inmueble.

Como sabemos, el contrato de promesa, como todo contrato en nuestro ordenamiento, y como consecuencia de la teoría de la dualidad de título y modo, sólo crea derechos personales. Esto que es la regla general en nuestro derecho, constituye una importante excepción en el derecho francés, en que los contratos producen efectos reales, salvo el de promesa de celebrar contrato (de compraventa, que es el único que contempla dicha legislación), que únicamente engendra el derecho personal para exigir la celebración del contrato prometido.

El contrato de promesa de compraventa no constituye, como es obvio, título traslativo de dominio, y eso porque el contrato de promesa de compraventa no crea una obligación de dar, sino de hacer.

El contrato de promesa es un contrato de aplicación general, y podrá celebrarse, así, una promesa de compraventa, una promesa de hipoteca, una promesa de arrendamiento, etc. Sin embargo de lo anterior, es a su vez excepcional, prohibitivo y de derecho estricto. No es de validez general, sino únicamente lo será aquel que cumpla los requisitos del Art. 1554. Es decir, excepcionalmente una promesa de celebrar contrato producirá efectos, y eso será cuando cumpla con estos requisitos. ("no produce obligación alguna, salvo ...")

No obstante ser de aplicación general, se ha sostenido por algunos autores que la norma general del Art. 1554 sólo podría referirse a la promesa de celebrar un contrato real o solemne, por lo que dispone el N° 4 de dicho artículo; ya que si el contrato prometido es consensual, el completo acuerdo acerca de sus estipulaciones trae como consecuencia que el contrato quedaría desde ya perfecto, es decir, promesa y contrato prometido se identificarían. Esta es la opinión, por ejemplo, de Meza Barros y de Barros Errázuriz. Además, si entendemos que la promesa, con ser general, es excepcional, debiera interpretarse restrictivamente.

Sin embargo, no hay en verdad una razón de peso para otorgar a esta norma esta limitación. Eso, por cuanto que el contrato se especifique cabalmente no significa que se esté prestando ahora el consentimiento para celebrar el contrato definitivo, sino que se está obligando a prestarlo; de manera que no podría identificarse con el contrato prometido. Volveremos sobre esto cuando analicemos el requisito del N° 4.

El contrato de promesa requiere de consentimiento expreso, y ello por cuanto requiere constar por escrito. Esta exigencia excluye, en consecuencia, el consentimiento tácito, y establece el deber de suscribir el instrumento que da constancia del contrato de promesa.

- ***La promesa unilateral de celebrar contrato bilateral:***

Se ha discutido mucho de si el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral. Las combinaciones posibles son las siguientes:

- a) **promesa bilateral de contrato bilateral**, en que ambas partes se obligan a celebrar un contrato bilateral, por ejemplo, una a comprar y la otra a vender.
- b) **Promesa unilateral de contrato unilateral**, por ejemplo, aquel en que una persona se obliga a constituir una prenda.
- c) **Promesa bilateral de contrato unilateral**, como por ejemplo, la promesa de comodato en que una parte promete entregar una cosa en comodato y la otra a restituirla terminado el uso.
- d) **promesa unilateral de contrato bilateral**. Esta es sin duda la situación discutida. ¿vale la promesa unilateral de contrato bilateral? Por ejemplo, una parte se obliga a vender, pero la otra no se obliga a comprar.

A. *Argumentos en favor de la nulidad (Arturo Alessandri R.; y alguna jurisprudencia).*

1. El N° 4 del Art. 1554 exige que en la promesa se especifique de tal modo el contrato prometido que solo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben. Eso supone determinar con la mayor exactitud la especie del contrato y las características que lo distinguen de los demás, de manera que no haya duda acerca de su naturaleza. Así, por ejemplo, entre los requisitos esenciales del contrato de compraventa que le dan vida y lo diferencian de los demás figura en primer término el concurso real de las voluntades del vendedor y del comprador y por las cuales uno se obliga a vender y el otro a comprar, puesto que sin ese requisito no se concibe la

existencia de la compraventa según el 1793, ni cabe especificar lo que no existe ni puede existir.

2. La promesa unilateral de celebrar una compraventa no cumple con el N° 2 del Art. 1554, porque un contrato en que uno sólo se obligue a vender no produce efecto alguno, o lo que es lo mismo, adolece de ineficacia (le falta el requisito de la esencia del mutuo acuerdo de la cosa y el precio)

3. En la promesa unilateral de venta queda exclusivamente a voluntad del comprador contraer las obligaciones inherentes a su calidad de tal, o, en otros términos, su aplicación está subordinada a una condición meramente potestativa que depende de su sola voluntad, obligación que es nula por el 1478, y por tanto es nulo también el contrato de que emana.

Esto ha sido fuertemente rebatido atendiendo a que la condición nula es la que depende de la sola voluntad del deudor; pero en este caso el prometiente queda obligado desde que celebra la promesa y el presunto comprador no contrae obligación alguna que dependa de su mera voluntad, sino que se reserva resolver si compra o no compra; se reserva la facultad de prestar o no su consentimiento, pero no de cumplir o no una obligación contraída. En la convención en que se contiene la promesa, el futuro comprador ha aceptado la promesa del prometiente y por eso es que éste queda obligado a mantenerla hasta la época en que la otra parte la acepte o no la oferta de venta. La aceptación constituirá o dará origen al contrato de compraventa prometido.

B. Argumento a favor de la validez (Luis Claro Solar y en la actualidad la mayor parte de la doctrina).

1. La exigencia del N° 4 del 1554 no significa de manera alguna que el contrato de promesa haya de tener la misma esencia y naturaleza del contrato prometido cuya especificación hace, porque en tal caso no se podría, por ejemplo, en una promesa bilateral prometerse la celebración de un contrato de mutuo o de otro contrato unilateral cualquiera.

2. Ninguna disposición legal exige que en el contrato de promesa ambas partes se obliguen recíprocamente. Se pueden celebrar contratos unilaterales o bilaterales y la libertad contractual que autoriza a las partes a celebrar incluso contratos atípicos no puede entenderse limitada sino cuando disposiciones legales expresas así lo digan. Si la ley hubiese pretendido exigir en la promesa el concertamiento de dos obligaciones recíprocas, así lo habría hecho tal como lo hizo en la promesa de matrimonio del Art. 98 donde exigió que sea mutuamente aceptada.

3. Hay numerosas disposiciones que revelan el espíritu de nuestro ordenamiento de aceptar en materia de promesa de compraventa, obligaciones unilaterales. Así, por ejemplo, el pacto de retroventa (1881) 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 durante el plazo que se ha fijado en el contrato.

Algunos autores, como Alessandri, sostienen que el pacto de retroventa no es más que una condición resolutoria agregada al contrato de venta y no una promesa de venta con valor propio e independiente; pero eso no se condice con su naturaleza y menos aún con la posibilidad de pactar un precio distinto para la retroventa.

De todo lo anterior, aparece que si la promesa no aceptada es una simple solicitud (oferta) que no genera obligaciones, la promesa aceptada es un perfecto contrato unilateral que obliga al prometente.

En efecto, debemos distinguir la oferta que se formula para celebrar un contrato, de la promesa de celebrar un contrato. La simple oferta de celebrar un contrato es un acto jurídico unilateral, porque constituye la expresión de la voluntad de una sola parte; en cambio el contrato de promesa, como todo contrato, es una convención, o sea, un acto jurídico bilateral, que a su vez puede ser unilateral o bilateral.

- ***Diferencia entre el contrato de promesa unilateral de celebrar contrato bilateral y el contrato de opción.***

En la promesa unilateral de contrato bilateral, existe un contrato de promesa de celebrar un contrato definitivo, en el cual tan sólo una de las partes resulta obligada, pero el contrato definitivo no existe. En este caso, la promesa engendra una obligación de hacer contra aquel de los

contratantes que asumió el compromiso de celebrar el contrato prometido.

En el contrato de opción, el contrato definitivo ya existe, sólo que en virtud de una cláusula especial se le otorga al destinatario de la opción la ventaja de celebrar el contrato definitivo por la simple aceptación del ofrecimiento irrevocable que el otro le formuló, sin necesidad de compelerlo, porque el contrato quedó ya formado.

- ***Requisitos de la promesa de celebrar contrato***

Además de los requisitos generales de todo acto jurídico, el contrato de promesa, para su validez, requiere cumplir con los requisitos de forma y de fondo que establece el Art. 1554. La omisión de ellos acarrea la nulidad absoluta del contrato.

1° **Que la promesa conste por escrito**

Aún cuando el contrato prometido sea consensual, la promesa de contrato debe constar por escrito y es por ello que este contrato es siempre solemne. Basta un instrumento privado; no es necesario que conste en instrumento público, aún que se prometa la celebración de un contrato que para su validez deba otorgarse por escritura pública.

Tampoco exige el legislador que el contrato de promesa conste de un solo instrumento. La jurisprudencia en general ha estimado válida la promesa que consta de dos instrumentos; uno por el cual una parte se obliga a vender una propiedad a otra persona y otra donde el destinatario acepta la oferta de compra y se obliga a comprarla.

La exigencia de escrituración deja fuera la posibilidad de un consentimiento tácito o presunto. El consentimiento debe ser expreso y expresarse precisamente por escrito.

2° Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces

La Jurisprudencia, aclarando el sentido de esta norma, ha dicho que la ineficacia a que se refiere el 1554 dice relación directa con los requisitos intrínsecos del contrato que se pretende celebrar y no con las formalidades a que debe someterse para que tenga pleno valor legal. Siendo objeto de la promesa la realización del hecho jurídico, va naturalmente envuelta en la ejecución de la promesa la realización de estos requisitos externos, sin los cuales el acto o contrato no tiene existencia o validez y al darles cumplimiento se habrá celebrado un contrato perfectamente eficaz según las leyes.

Así, entonces, no sería eficaz el contrato prometido que tenga un objeto o causa ilícita; como aquel en que se promete una compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad (en contrato prometido es ineficaz, y por ende la promesa es nula). Pero sí será válida la promesa de un contrato al cual le faltan elementos formales o externos, pues de lo que precisamente se trata es de llenar las formalidades con posterioridad, una vez que se celebre el contrato definitivo (También N° 4 del 1554). Así lo han resuelto nuestros tribunales de justicia, al menos en el último tiempo, al señalar que la promesa de venta que recae sobre bienes raíces de personas relativamente incapaces, que no pueden enajenarlos sin autorización judicial, es válida sin tal autorización. La venta

requiere autorización, pero no así la promesa. Incluso se ha fallado que los tribunales carecen de justificación para otorgar autorización judicial para celebrar promesas de compraventa de bienes de relativamente incapaces. La autorización deberá recabarse cuando se celebre el contrato prometido.

Otro problema que puede plantear esta disposición es la promesa de compraventa de un bien embargado por decreto judicial ¿es válida o nula?. Se ha resuelto que esta promesa es válida, ya que la promesa no constituye enajenación, y la nulidad del 1464 en relación al 1810 está considerada para la compraventa y permuta, pero no para la promesa.

3° Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido.

Esta circunstancia se ha establecido para que los contratantes sepan cuándo deberá cumplirse el contrato prometido y no queden ligados contractualmente en forma indefinida.

Este requisito viene a ratificar el carácter transitorio de la promesa; por ello, si falta el plazo o la condición, el contrato debe ser declarado nulo de nulidad absoluta, incluso de oficio por el juez.

1. Plazo

Como sabemos, el plazo puede ser suspensivo o extintivo. Es suspensivo, aquel que fija la época en que se hace exigible el derecho y la obligación correlativa; y es extintivo o resolutorio aquel que una vez cumplido extingue el derecho y la obligación correlativa.

Para los efectos de la promesa, ambos plazos serían perfectamente eficaces ya que ambos fijan la época de la celebración del contrato prometido.

Sin embargo, algunos sostienen que en la promesa, el plazo es normalmente suspensivo y que, en consecuencia, vencido el término estipulado sin que la promesa se haya cumplido, nace el derecho a exigir su cumplimiento; y para otros, el plazo es normalmente extintivo y, por tanto, vencido, se producirá la caducidad de la promesa.

La jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que el plazo es naturalmente suspensivo y que las partes pueden pactar un plazo extintivo, pero en tal caso no basta emplear las preposiciones "de", "dentro de", "en", etc. ni la fijación de un día determinado para la celebración. Si se quiere pactar un plazo extintivo es de toda conveniencia pactarlo con claridad, expresando que vencido el plazo, la obligación se extingue y no puede exigirse su cumplimiento en forma judicial. De lo contrario, estamos en presencia de un plazo suspensivo que sólo habilitaría, una vez vencido, para pedir el cumplimiento forzado. Antes de la llegada del plazo las partes están en libertad de cumplir voluntariamente lo pactado.

No es necesario que el plazo esté fijado como fecha cierta; basta que determine la época de celebración (por ejemplo, en 6 meses a contar de esta fecha). Pero si se dice, por ejemplo, que la escritura se celebrará dentro del plazo de 6 meses a contar de esta fecha y en el momento en que lo solicite, dentro de ese plazo, el promitente comprador; y que las partes podrán prorrogar el plazo de común acuerdo antes de su vencimiento, debe entenderse extintivo.

2. Condición

Otra cuestión que suscita este requisito es el relativo a la condición. Al igual que en el caso del plazo, tanto la condición suspensiva como la resolutoria son eficaces para fijar al época de la celebración del contrato.

Pero, además, como sabemos, la condición puede ser determinada o indeterminada.

Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene que la condición debe ser determinada, ya que el N° 3 del 1554 exige que la condición fije la época de la celebración del contrato, por lo que en estricto rigor debiera ser una condición determinada. Por ejemplo, el contrato de prometido se celebrará cuando Pedro se case siempre que sea antes del 15 de diciembre del año 1999. Si en cambio las partes no han establecido un plazo dentro del cual deba entenderse fallida la condición, estamos frente a una condición indeterminada. En tal caso, la promesa sería nula, porque no fija la época de celebración del contrato. Otros, dan aplicación a los plazos de la propiedad fiduciaria (5 años) para entenderla fallida.

Otra parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que no es necesario que la condición sea determinada.

De otro lado, no existe ningún inconveniente en que se fije un plazo y una condición para la celebración del contrato prometido. Así, por ejemplo, es cláusula de uso común que se pacte que el contrato de compraventa prometido se celebrará el día 15 de diciembre de 1999, siempre que los títulos de la propiedad se encuentren ajustados a derecho.

4° Especificación del contrato prometido.

Respecto del alcance de este requisito, que sin duda es el que más discusión a suscitado a nivel doctrinario y jurisprudencial, existen distintas opiniones: Dos dudas:

A. *¿Es posible la promesa de un contrato consensual?*

A mi juicio si, y me remito a lo dicho anteriormente. Recordemos que el término tradición ha sido mal empleado y debemos entender solamente entrega.

B. *¿Significa esto que el contrato debe contener todas y cada una de las cláusula del contrato definitivo?*

1. Se ha sostenido que es necesario que el contrato prometido esté prácticamente contenido en la promesa, ya que sólo así faltaría, para ser perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades del contrato prometido.

En este sentido los tribunales han fallado que “especificar es, conforme al Diccionario de la Lengua Castellana, explicar o aclarar con individualidad alguna cosa e individualizar es tratar alguna cosa con particularidad y pormenor”.

Siguiendo esta misma lógica, se ha fallado, por ejemplo, que tratándose de la especificación de un inmueble, los deslindes del predio constituyen su especificación, de manera que en una promesa de compraventa de un bien raíz ellos no pueden omitirse.

2. La doctrina contraria sostiene que el contrato prometido queda suficientemente especificado si sólo se señalan en la promesa sus elementos esenciales, que permitan distinguirlos de los otros contratos, pudiendo omitirse los elementos de la

naturaleza, que la ley los presume, y los meramente accidentales, que se especifican por cláusulas especiales al tiempo de celebrarse el contrato prometido.

En este sentido, la C. Suprema ha resuelto que la especificación del N° 4 del 1554 es la necesaria para que no quepa duda en cuanto a la naturaleza del contrato prometido, de manera que no pueda confundirse con otro contrato. Así, por ejemplo, si se estipula en una promesa de compraventa de inmueble que el bien raíz corresponde a tal calle, n°, rol de avalúo y se ha hecho entrega del mismo a satisfacción del prometiente comprador, se ha dado cumplimiento al N° 4 del 1554; y la indicación de los deslindes, fojas y n° de inscripción en el conservador no sería indispensable para la especificación del contrato. Dichas especificaciones pueden ser necesarias para la tradición de la cosa, pero la promesa ni siquiera es título traslativo.

También se ha resuelto que incluso los elementos esenciales de un contrato, como sería la determinación del precio en la compraventa, puede no quedar especificado en la promesa, con tal que sea posible determinarlo al tiempo de la celebración del contrato de compraventa. Así, por ejemplo, se ha fallado que si el precio de la compraventa prometida se ha convenido en cuotas de ahorro de las creadas por el DFL N° 2 de 1959, según el valor que estas cuotas tengan al momento del contrato de compraventa definitivo o al momento de su pago efectivo.

Por último, debemos señalar que la especificación de la cosa prometida y de los detalle para llevar a efecto la

celebración del contrato prometido constituyen hechos de la causa, de competencia privativa de los jueces del fondo, por lo que no procede a su respecto recurso de casación en el fondo.

- ***Efectos del contrato de promesa***

El efecto propio del contrato es el nacimiento de una obligación de hacer. Lo normal será que las partes cumplan con esta obligación voluntariamente, en cuyo caso se extingue el contrato de promesa por el hecho de haberse cumplido y, en consecuencia, sólo pasa a tener vida propia el nuevo contrato.

Si las partes no cumplen voluntariamente con la obligación de hacer, se produce el efecto contemplado en el inciso final del 1554. Nace el derecho a exigir la ejecución forzada de esa obligación en los términos del 1553.

Ahora bien, conforme al 532 del CPC, si el hecho debido consiste en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación, podrá el juez proceder a nombre del deudor, si requerido este deudor, no lo hace dentro del plazo que le fije el juez. Este es un caso de representación legal.