

LOS CONTRATOS PRELIMINARES DEL CÓDIGO DE MINERÍA

FRANCISCO SAAVEDRA GALLEGUILLOS
Profesor de Derecho Civil y de Derecho de Minería

1. GENERALIDADES. EL CONTRATO

El contrato o convención es el acto jurídico bilateral. Se basa en el consentimiento. En su acepción moderna, es todo acuerdo de voluntades por el cual los interesados se obligan.

El contrato es siempre un negocio de dos o más partes, lo que se explica por la función que tal acto jurídico está llamado a desempeñar como instrumento de composición de los conflictos de intereses entre particulares; y es la fuente exclusiva de las obligaciones surgidas por la voluntad común de las partes. Es la más fecunda fuente de las obligaciones reconocidas por nuestro derecho.

El Código Civil chileno, en su artículo 1438, lo define como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

2. EL CONTRATO PRELIMINAR

Contrato preliminar o precontrato es aquel mediante el cual las partes se obligan a celebrar, entre sí, o a ejecutar en un momento ulterior un contrato definitivo, sobre el cual ya existe acuerdo en cuanto a sus bases principales. En este caso, según Scognamiglio, los estipulantes se comprometen de manera irrevocable, desde un comienzo a la celebración de un contrato futuro, cuyo contenido debe ser determinado en el negocio preliminar.

El precontrato, según Larenz, es un contrato por el cual ambas partes, o solo una de ellas, se obligan a concluir en breve uno definitivo, ya determinado. Así, las partes, agrega el citado jurista, utilizarán la figura jurídica del precontrato cuando quieran establecer una vinculación de naturaleza contractual encaminada a la perfección del contrato principal, a cuya conclusión actual se oponen algunos obstáculos, o bien este no se puede desenvolver al no poderse prever de momento todas las circunstancias de interés para la adecuada determinación de lo que ha de ser su contenido jurídico.

Como bien apunta el recientemente fallecido profesor Puelma Accorsi, la noción jurídica del contrato preparatorio es un concepto doctrinario que se puede apreciar desde dos puntos de vista: el primero, atiende a la causa o motivo que han tenido en vista las partes para celebrarlo; el segundo, se refiere a la estructura del negocio que se busca. Desde el punto de vista causalista, continúa el citado jurista, sería contrato preparatorio aquel que los interesados pactan con la finalidad precisa de celebrar, posteriormente, otros negocios que serían los definitivos. Desde la perspectiva de la estructura del negocio, son contratos preparatorios aquellos de vida precaria como las arras o los anticipos de cuentas mercantiles, porque tales negocios no tienen vigencia si no se celebran otros actos.

Cuando existe un precontrato el negocio se desenvolverá en dos fases sucesivas íntimamente unidas: una fase preliminar o precontrato y otra final o definitiva; por ello, para analizarlo, convendrá examinarlo como un todo unitario, prescindiendo idealmente de sus etapas para poder indagar la voluntad real de las partes y la finalidad que les movió a ordenar sus intereses de esa manera.

Entendemos como contrato definitivo aquel acto jurídico bilateral al cual el precontrato sirve de preparación. El contrato definitivo solo tiene por objeto el cumplimiento de lo pactado en el contrato preliminar.

El contrato preliminar es un verdadero contrato y tiene por objeto la conclusión o la ejecución de un contrato posterior que implica una obligación de hacer, por lo que debe determinarse el momento en que ha de concretarse dicho contrato definitivo, puesto que es inimaginable pensar que una parte haya querido vincularse indefinidamente en favor de otra persona; y ha de contener, necesariamente, todos los elementos esenciales del futuro contrato final.

El pacto de concertar en el futuro un contrato es obligatorio únicamente cuando se determina el momento en que ha de concertarse y los elementos esenciales del contrato proyectado, y siempre que en el intermedio las circunstancias

no se hayan alterado de tal modo que fracase la finalidad expresamente determinada. En este tipo de negocios jurídicos adquiere, por tanto, una especial significación la exigencia de todo contrato referente a la determinación o determinabilidad de su objeto. Luego, la concesión unilateral o recíproca que se hacen las partes de poder exigir el cumplimiento de un determinado contrato futuro, será la causa del precontrato. El contrato preliminar es el medio directo para alcanzar el contrato futuro o final y el medio indirecto para alcanzar los efectos de aquel. Es decir, por más que se hayan declarado queridos unos determinados efectos en el precontrato, no se producirá el intercambio de las respectivas prestaciones, sino en virtud del contrato principal o final. Porque el efecto principal del contrato preliminar es el de generar una obligación de las partes de colaborar o desenvolver la actividad necesaria para desarrollar o completar el contrato definitivo, que es el que permitirá la realización efectiva de las prestaciones ya convenidas. Dicha distinción entre los efectos del contrato preliminar y los del contrato principal es lo que justifica la distinción conceptual entre uno y otro negocio jurídico.

La utilización del precontrato, recordemos, responde a la dificultad o a la imposibilidad material o jurídica de los interesados para poder concluir inmediatamente el negocio proyectado; por lo que, apoyándose en esta figura quieren asegurar unos resultados que se han propuesto. Todo lo cual resalta el valor del contrato preliminar como instrumento práctico e idóneo para que los particulares puedan desarrollar y alcanzar sus intereses negociales bajo el amparo del ordenamiento jurídico en base al principio de la autonomía privada. El precontrato, aparece así, no como una mera construcción teórica, sino como una institución útil para resolver las necesidades prácticas de la vida social amparadas por el ordenamiento. Esta interpretación jurídica del precontrato en relación con la función práctica o causa del negocio que las partes quieren desenvolver, dice Román García, debe llevarnos indefectiblemente al establecimiento del preciso nexo de unión entre el precontrato y el contrato final. Caso contrario estaríamos en medio de un círculo inútil. En el momento en que ha concluido el período necesario que todo precontrato debe contener para poder gozar de plena eficacia jurídica, se van a producir dos fenómenos sucesivos: primero, el cumplimiento del propio contrato preliminar; y, a continuación, la conclusión del contrato definitivo proyectado por las partes, porque el precontrato no es sino un precedente lógico y cronológico.

En principio, el contrato preliminar puede preceder a la formación de cualquier tipo de contrato: sea consensual, real o solemne; con prestaciones recíprocas o a cargo de una sola parte. Sin embargo, su aplicación más frecuente se encuentra a propósito de los contratos que contienen una obligación traslativa de dominio. Entre el contrato preliminar y el definitivo debe existir una relación tan estrecha que el primero de ellos debe posibilitar que el contenido del contrato principal pueda determinarse por el tribunal por medio de la interpretación del precontrato y por la verificación y control del mismo.

Otro rasgo destacado del precontrato, según Rezzonico, es su existencia provisional en cuanto el vínculo jurídico creado desaparece con la conclusión del contrato definitivo predispuesto. La manera normal de extinguir la relación jurídica creada mediante el contrato preliminar es, precisamente, la ejecución del mismo sea voluntaria o judicialmente, lo cual significará la desaparición del propio precontrato para dar vigencia al contrato definitivo, como última fase del *iter negocial* escogido por las partes.

La figura del contrato preparatorio es relativamente moderna, su concepto fue utilizado por primera vez por Heinrich Thol en 1854; aunque su desarrollo en la doctrina jurídica, a partir de 1887, se debe a Degenkolb y luego a Coviello. Aunque no faltan autores que lo relacionan con el *pactum de contrahendo* del derecho romano.

3. NATURALEZA DEL CONTRATO PRELIMINAR

La naturaleza del contrato preliminar ha despertado controversias en la doctrina, siendo las siguientes las interpretaciones de mayor importancia:

A) TESIS TRADICIONAL

Según esta teoría, desarrollada especialmente en la doctrina francesa, el contrato preliminar es un contrato por el que las partes se obligan a celebrar en el futuro otro contrato previamente determinado y que actualmente no se quiere o no se puede realizar.

Para los adeptos a esta tesis, el efecto del contrato preliminar es configurar una obligación de hacer a cargo de una o de ambas partes. Dicha obligación es de carácter personalísimo, la de prestar un nuevo consentimiento encaminado a producir un nuevo contrato.

Se critica esta interpretación del contrato preliminar afirmando que se crea con ella un

verdadero círculo vicioso al exigir la prestación de un consentimiento que ya se prestó. Además, dado el carácter personalísimo del consentimiento, este es incoercible, por lo que no se podría exigir su cumplimiento forzoso en forma específica, y solo cabría la correspondiente indemnización de perjuicios.

B) TESIS DE LA BASE DEL CONTRATO

De acuerdo a esta interpretación, muy arraigada en la doctrina italiana, el contrato preliminar da origen a una obligación dirigida a la cooperación para la celebración del contrato definitivo.

Según sus seguidores, la función del contrato preliminar consiste en sentar los lineamientos esenciales del futuro contrato, los que servirán de base al título constitutivo de una situación jurídica perfectamente determinable, que las partes contraen: la obligación que desarrollarán en el contrato definitivo. Por tanto, el precontrato no es un contrato que promete la celebración de otro contrato, sino un negocio base en el que las partes prometen una actividad dirigida al desenvolvimiento necesario para la conclusión del contrato definitivo proyectado. El precontrato establece, desde esta perspectiva, una situación especial de un negocio incompleto, sin terminar aun, que las partes se obligan a completar en un momento ulterior; porque, el contrato definitivo, agregan sus adeptos, es el mismo precontrato pero completado o desarrollado. Toda la esencia negocial, su base, está en el precontrato, y por ello no es necesario nada más que una labor de desarrollo de las mismas, sin que sea necesaria una nueva declaración de voluntad para la conclusión del contrato definitivo.

Esta tesis se critica afirmando que si por lineamientos básicos del futuro contrato se entienden los elementos esenciales del mismo, estaríamos dentro de la teoría tradicional y si se está pensando que lo "pendiente" del futuro contrato es decidir si se someterá o no a una modalidad, o si el vendedor responderá o no de los vicios ocultos, estaríamos en presencia de tratos negociales previos más que ante un contrato preliminar, por lo que la responsabilidad que emane de su incumplimiento sería aquiliana o extracontractual.

C) TESIS DEL *ITER* CONTRACTUAL

Conforme esta tesis, el contrato preliminar es una figura independiente que consiste en un convenio en cuya virtud se crea en favor de una de ellas o de ambas, la facultad de exigir, tan pronto se cumplan los requisitos pactados, la eficacia inmediata del contrato que proyecta-

ron. El precontrato es una figura negocial con causa propia.

Según De Castro y Bravo, su más preclaro exponente, en esta relación jurídica existen dos momentos íntimamente unidos y en necesaria conexión: en el primero que se denomina promesa de contrato, se convienen todos los extremos del contrato proyectado, creándose así, en favor de una o de ambas partes, la facultad posterior de poder exigirlo, que funcionará con independencia porque tiene su propia causa; mientras que en la segunda fase, al exigirse el cumplimiento de aquella promesa de contrato, se originará ya la inmediata vigencia del contrato proyectado.

El contrato preliminar, conforme esta interpretación, que compartimos, es solo la primera etapa de un complejo *iter* negocial y como tal debe ser valorado, ya que consiste en un convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas o de ambas la facultad de exigir, cumplidos los requisitos legales, la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado. El precontrato es jurídicamente posible, solo en relación al contrato definitivo que las partes pretenden realizar para satisfacer un interés digno de tutela por el ordenamiento. De acuerdo a ello, el cumplimiento del contrato proyectado, si sus elementos han quedado determinados de manera total y completa, es susceptible de ser exigido sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes, el cual se puede lograr, incluso, mediante su cumplimiento forzoso en forma específica. Puig Brutau, desde la misma perspectiva, sostiene que no es necesario efectuar una nueva declaración de voluntad y que el contrato ulterior o definitivo debe limitarse a la ejecución de lo convenido, porque el consentimiento ya prestó.

Para los seguidores de esta tesis, la obligación de hacer que surge del contrato preliminar no se traduce en un nuevo consenso, sino, simplemente, en ejecutar el ya convenido.

Es la doctrina que tiende a imponerse.

4. UTILIDAD DEL CONTRATO PRELIMINAR

La principal utilidad de esta clase de actos jurídicos es la de obtener una vinculación inmediata de las partes, cuando por cualquier circunstancia no fuere posible la celebración o la ejecución inmediata del contrato definitivo. Permite con ello, asegurar jurídicamente la posición negocial de las partes.

El contrato preliminar adquiere una enorme importancia en aquellos negocios que implican

grandes inversiones, complicadas y costosas evaluaciones o tramitaciones largas y engorrosas.

Su función es preparatoria y de garantía.

5. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO PRELIMINAR

El contrato preliminar o precontrato se clasifica en unilateral o bilateral:

A) PRECONTRATO UNILATERAL

El precontrato es unilateral cuando produce obligaciones a cargo de una sola de las partes contractuales.

El precontrato unilateral se perfecciona solo cuando es aceptado por el destinatario de la promesa; por cuanto, a pesar de originar obligaciones para una sola de las partes, no deja de ser un negocio bilateral.

B) PRECONTRATO BILATERAL

El precontrato es bilateral cuando produce obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes contractuales.

En el precontrato bilateral las posiciones jurídicas de las partes están equilibradas en cuanto a la obligación de llegar a la situación negocial definitiva, pudiendo cada una de ellas exigir su cumplimiento.

6. EL CONTRATO PRELIMINAR, EL CONTRATO CONDICIONAL Y EL CONTRATO A PLAZO

Hay quienes sostienen que los efectos del contrato preliminar son idénticos a los del contrato condicional o a los del contrato a plazo, lo que es un error, por cuanto las tres figuras tienen un régimen jurídico diferente y sus efectos son completamente distintos.

En efecto, el contrato condicional y el contrato a plazo son contratos completamente concluidos mediante los cuales las partes se vinculan supeditando su eficacia jurídica a una contingencia eventual por lo que esta se encuentra en un estado de pendencia, en el caso del contrato condicional o está aplazada hasta o desde un cierto tiempo, en el caso de los contratos a plazo; mientras que el precontrato es la primera fase de una relación negocial compleja en que las partes, aunque se han vinculado en forma inmediata, han dilatado para un futuro determinado el completo desarrollo de la relación que les interesa.

La causa de pendencia de la eficacia del contrato condicional y el motivo de la dilación temporal de la eficacia del contrato principal en el caso del precontrato obedece a razones diferentes, por cuanto en el primero se ha programado una contingencia y se ha aceptado por las partes en relación a un evento futuro e incierto, y en el precontrato la posposición de la eficacia negocial es propia de la compleja estructura del negocio, que solo ha desenvuelto hasta ahora su primera fase y que concluirá, más tarde, al perfeccionarse el contrato principal. Igualmente, es diferente la inclusión del factor tiempo en los contratos a plazo y en el precontrato, porque en el primero las partes lo incluyeron para aplazar temporalmente el inicio de sus efectos o para señalar el término de los mismos. En cambio, la inclusión de un tiempo determinado o determinable en el precontrato, tal como ya vimos, es por razones de carácter estructural, para poder dar eficacia a la etapa de conclusión de la relación que en definitiva interesa a las partes.

7. LA FORMA DEL CONTRATO PRELIMINAR

El problema de la forma del precontrato es algo que ha dividido a la doctrina desde los inicios de esta figura en la vida jurídica, destacándose al respecto dos posiciones:

A) TESIS TRADICIONAL

Según esta posición, defendida por los pandectistas, el precontrato deberá observar las mismas formalidades que la normativa exija para el contrato definitivo. Caso contrario, será nulo.

Desde la misma perspectiva tradicional, Leduc, sostiene que debe distinguirse si la exigencia del ordenamiento para el contrato definitivo se refiere a formalidades substanciales o de prueba. Si se trata de las primeras, el precontrato debe contenerlas necesariamente. En cambio, si se trata de las segundas, su inclusión en el precontrato sería inútil.

B) TESIS DE LA NEGACIÓN DE FORMALIDADES

Según Degenkolb y sus seguidores, en principio, el precontrato no requiere contener las mismas formalidades que sean preceptivas para el contrato definitivo. Esa ausencia de formalidades es una de las ventajas que ofrece esta especial figura jurídica en el encausamiento de los correspondientes intereses negociales de las partes.

Agregan que la exigencia de identidad de forma para el precontrato y para el contrato

definitivo produciría en la práctica una negación del valor práctico de aquel. Si se va a requerir al precontrato todos los requisitos del contrato definitivo, se terminaría eliminando su aplicabilidad.

Es la interpretación que se impone en la actualidad.

8. ESPECIES DE CONTRATOS PRELIMINARES

El contrato preliminar como categoría jurídica genérica, nos sirve de punto de referencia conceptual para la sistematización de una serie de combinaciones de naturaleza contractual que las partes pueden realizar válidamente amparándose en el ordenamiento jurídico. Así se podrán vincular en distintos grados, según las necesidades y conveniencias que concurren en el caso concreto, armonizando de tal manera sus respectivos intereses que, sin necesidad de formular un nuevo consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato, pueda llegarse, en un momento posterior, al proyectado contrato definitivo.

El contrato preliminar es un género jurídico que admite algunas especies como las siguientes: contrato de promesa, contrato con cláusula de opción, contrato preparatorio, contrato de prelación y contrato normativo.

Para López Santamaría, en nuestro país, el contrato más característico, importante y frecuente de esta categoría es el contrato de promesa de celebrar un contrato.

9. MARCO REGULATORIO DE LOS CONTRATOS MINEROS

Los contratos mineros se rigen por las disposiciones generales de todos los contratos privados, con las modificaciones que, respecto de ellos, establezca el Código de Minería.

El artículo 167, de ese cuerpo legal, dispone que los "contratos relativos a concesiones mineras o sustancias minerales se sujetarán a las normas del derecho común, salvo en cuanto estas aparezcan modificadas por este Código"

10. EL CONTRATO PRELIMINAR EN EL CÓDIGO DE MINERÍA

El actual Código de Minería, al igual que sus antecesores de 1930 y 1932, reglamentó la materia contemplando, en su artículo 169, los siguientes contratos preliminares:

- a) La promesa unilateral de celebrar un contrato de venta.
- b) La promesa bilateral de celebrar un contrato de compraventa; y,
- c) La promesa de venta con cláusula de opción de compra.

Quedan, por tanto, fuera de su órbita dos situaciones:

1. la promesa unilateral de compra; y,
2. la promesa de opción de venta.

11. OBJETO DE LOS CONTRATOS PRELIMINARES DEL CÓDIGO DE MINERÍA

En conformidad al inciso primero del artículo 169, el objeto, esto es, "una o más cosas que se trata de dar, hacer o hacer" (artículo 1460 C. Civil) de los contratos preliminares del Código de Minería, solo puede recaer sobre alguno de los siguientes bienes:

- a) La concesión minera, sea de exploración o explotación, o una parte alícuota o material de ella.
- b) Las acciones de las sociedades legales mineras y de las sociedades contractuales mineras.
- c) Cualquier otro derecho regulado especialmente por el Código de Minería. La unanimidad de la doctrina estima que con ello se alude al pedimento y a la manifestación inscritos, por cuanto, según el artículo 54 del Código de Minería, ellos constituyen derechos reales inmuebles, transferibles y transmisibles de acuerdo con las mismas normas aplicables a los demás bienes raíces.

El objeto de los contratos de promesa unilateral de celebrar un contrato de venta, el contrato de promesa bilateral de compraventa, promesa unilateral y el contrato de promesa con opción de compra que recaiga sobre otros bienes distintos de los señalados anteriormente, se rigen por el derecho común.

12. SITUACIONES NO COMPRENDIDAS EN EL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO DE MINERÍA

No quedan comprendidas dentro de la normativa del artículo 169 del Código de Minería y por tanto, no pueden ser objeto de los contratos preliminares reglamentados por esa norma, las siguientes situaciones:

- a) La promesa de venta de la facultad de catar y cavar, porque se trata de una mera facultad y no de un derecho real o personal.
- b) La promesa de venta de minerales, por cuanto este contrato no está regido por el Código de Minería.
- c) La promesa de compraventa del establecimiento de beneficio de minerales, porque tampoco está reglamentado en el Código de Minería.

Sin embargo, en nuestra opinión, nada obsta a que, según las reglas del derecho común, y con fundamento en la autonomía privada, se pueda convenir el tipo de contratos previstos en esta norma, para el caso de los literales b) y c), anteriores. Además, recuérdese que la promesa, en nuestra legislación, es un contrato de carácter general, a condición que se cumplan los requisitos del artículo 1554 del Código Civil.

13. EL CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO

El contrato de promesa de celebrar un contrato es aquella especie de contrato preliminar en que una parte, o ambas, se obligan a celebrar dentro de cierto tiempo, una vez que se cumpla el plazo o la condición convenida, un contrato futuro y especificado convenientemente, cumpliéndose los demás requisitos legales.

Para Silva Imperiali, la promesa es un contrato por el cual sus partes, o una sola de ellas, se obligan, bajo condición o plazo, a concurrir a la celebración de otro contrato diferente que debe especificarse convenientemente en la promesa, la cual fijará también la época de esta celebración. Tal es el objeto de la promesa y la razón de su enorme importancia práctica. La parte que se obliga a un hacer, o sea, celebrar el contrato, se llama promitente y la parte a cuyo favor se va a efectuar el futuro contrato se llama beneficiario.

El contrato de promesa de celebrar un contrato se diferencia de la simple oferta que alguien formule para llevarlo a cabo, por cuanto, lo primero es un acto jurídico bilateral, en el que existe un acuerdo de voluntades: un contrato; en cambio, la oferta de celebrar un contrato es en sí misma un acto jurídico unilateral.

14. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PROMESA

El contrato de promesa se caracteriza por lo siguiente:

1. Es un contrato, porque es un acto jurídico bilateral. Requiere el consentimiento de las dos partes.
A pesar que en nuestro país se reglamenta la materia en el artículo 1554, que no está ubicado en los contratos, sino en los efectos de las obligaciones, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en su calificación como contrato.
2. Es un contrato preliminar, porque las partes se obligan a celebrar un contrato futuro cuyos aspectos esenciales ya están determinados. La obligación de celebrar el contrato futuro es un requisito que no puede faltar.
3. Es un contrato principal pues cumple una función propia dentro del tráfico jurídico, tiene elementos propios y un régimen jurídico peculiar que le dota de sustantividad, subsiste por sí mismo sin requerir de otra convención. A pesar de su íntima relación, subsiste con independencia del contrato prometido.
4. Tiene autonomía. El contrato de promesa es válido y desarrolla sus propios efectos aun cuando no llegue a celebrarse el contrato prometido. Además, porque no se extienden a la promesa las solemnidades propias del contrato prometido.
5. Es un contrato formal, porque requiere necesariamente de la forma escrita. Es de aquellos contratos que, conforme el artículo 1443 del C. Civil, está sujeto a la observancia de ciertas formalidades.
Dicha formalidad, la escrituración, se exige por la ley en consideración al acto en sí, por lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1682 del C. Civil, su omisión acarrea la nulidad absoluta del negocio.
La ley no exige que la escrituración tenga el carácter de pública, por lo que, en la promesa, basta la escrituración privada, aunque el contrato prometido sea de aquellos que debían constar por escritura pública.
6. Es un contrato de tracto sucesivo, porque al celebrarse nace la obligación pero no se cumple sino con posterioridad.
Desde su perspectiva más moderna, el contrato de promesa de celebrar un contrato es una primera fase de un supuesto negocial complejo de formación sucesiva.
7. Es un contrato nominado porque tiene nombre determinado por la ley, y esta reglamenta su celebración, características y efectos (artículo 1554 del C. Civil).

8. Es un contrato conmutativo, porque las obligaciones y derechos que engendra, quedan determinados al momento de su celebración.
9. Es un contrato de garantía, en cuanto asegura el cumplimiento de la obligación de contratar en el futuro.
10. Puede ser unilateral o bilateral según que sea una sola parte, o ambas recíprocamente, las que se comprometen a la realización del contrato prometido.
Es indispensable evitar caer en un error muy frecuente que consiste en creer que la promesa será siempre bilateral, ya que como en todo contrato existe acuerdo de voluntades; en circunstancias que la distinción entre promesa unilateral o bilateral no tiene como base la existencia de dos voluntades, sino en que de este acuerdo nazcan obligaciones y derechos a favor y/o a cargo de una o de ambas partes.
11. Es un contrato patrimonial, por lo que puede transferirse y transmitirse.
12. Es un contrato generalmente oneroso, porque cada parte se grava en beneficio de la otra para poder satisfacer el interés legítimo que se busca por medio de este contrato.
13. Es un contrato conmutativo, porque los derechos y las obligaciones que engendra, quedan determinados al momento de su celebración.
14. Es un contrato que puede caucionarse. La promesa, al igual que cualquier contrato, puede caucionarse sea con prenda o hipoteca. También un tercero puede afianzar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de ella.
15. Puede pactarse una cláusula penal, sea moratoria o compensatoria, para el caso que una de las partes no cumpla lo estipulado.
16. Es un contrato que está sujeto a modalidades impuestas por la ley, porque es de su esencia que se fije un plazo o una condición para la celebración del contrato definitivo.
17. Es un contrato provisional porque la celebración del contrato prometido produce el agotamiento o la extinción por cumplimiento del contrato de promesa.
18. En la legislación chilena, el contrato de promesa de celebrar un contrato tiene un carác-

ter general, pudiendo usarse para la celebración de cualquier contrato futuro; sea nominado, innominado, real, solemne o consensual, etc., a condición que cumpla los requisitos que para su validez dispone el artículo 1554.

Puede afirmarse, entonces, que cumpliendo los requisitos legales, todos los contratos pueden ser objeto de una previa promesa. En este aspecto, nuestro Código Civil se apartó de su modelo francés que se ocupa solo de la promesa de compraventa.

15. REQUISITOS DEL CONTRATO DE PROMESA

La promesa debe cumplir los requisitos generales de todo contrato; es decir, consentimiento manifestado legalmente, capacidad de las partes, objeto y causa lícitos (artículo 1445 del C. Civil). Luego, conforme al artículo 1554 del C. Civil, debe reunir los siguientes requisitos especiales, caso contrario, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna:

1. QUE EXISTA UNA PROMESA

Promesa es la voluntad seria, consciente, libre y definitiva de constituirse deudor de otro.

La promesa así concebida es una verdadera oferta formal que produce para su autor la obligación de mantenerla por un tiempo determinado o determinable, no pudiendo retractarse en forma arbitraria. Implica, también, la obligación adicional de abstenerse de efectuar cualquier conducta contraria al sentido de su promesa.

2. QUE DICHA PROMESA CONSTE POR ESCRITO

El contrato de promesa deberá constar siempre por escrito aun cuando el contrato prometido sea consensual.

La ley exige solo la constancia escrita, por lo que bastará una escritura privada aunque el contrato prometido requiera para su perfeccionamiento que se otorgue por escritura pública. Meza Barros sostiene, acertadamente, que la exigencia de una escritura pública, a pretexto de que la requiere el contrato prometido, importaría crear una solemnidad no exigida por la ley.

La omisión de la obligación de escrituración es susceptible de nulidad absoluta, por cuanto su exigencia es en consideración al acto jurídico en sí (artículo 1682 del C. Civil).

3. QUE EL CONTRATO PROMETIDO SEA VÁLIDO

El contrato prometido debe ser válido; es decir, que no sea de aquellos que la ley declara ineficaces.

La ley se refiere a la nulidad del contrato prometido por omisión de requisitos de fondo; por ejemplo, es nula la promesa de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (artículo 1796 del C. Civil), en cambio, los requisitos de forma deberán observarse, solamente, al momento de la celebración del contrato definitivo. Así, por ejemplo, si el contrato prometido fuere una compraventa y en la promesa actúa como parte una persona relativamente incapaz: la celebración de la promesa no requiere autorización judicial, porque ello importaría una confusión jurídica entre dos contratos diferentes y, además, se estaría creando una formalidad que la ley no exige para la promesa.

4. QUE LA PROMESA CONTenga UN PLAZO O UNA CONDICIÓN QUE FIJE LA ÉPOCA DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PROMETIDO

La promesa debe contener, necesariamente, la fijación de una época determinada o determinable para la celebración del contrato prometido.

La ley, para evitar que la promesa permanezca en la incertidumbre, exige que en ella se fije la época del contrato prometido con el objeto de determinar o hacer determinable el momento en que las partes deben cumplir su promesa. Ese tiempo puede señalarse, solamente, mediante la fijación de un plazo extintivo o por medio de una condición determinada, porque esta clase de condición es la única que sirve para fijar la época del contrato prometido.

5. QUE EN EL CONTRATO DE PROMESA SE ESPECIFIQUE DE TAL MANERA EL CONTRATO PROMETIDO, QUE SOLO FALTE PARA QUE SEA PERFECTO, LA TRADICIÓN DE LA COSA O LAS SOLEMNIDADES QUE LAS LEYES PRESCRIBEN

La especificación del contrato prometido significa que este se debe identificar de manera concreta para evitar su confusión con otro. Dicha especificación del contrato prometido es una garantía de su cumplimiento por las partes, porque hará posible, incluso, su cumplimiento coactivo.

El contrato prometido debe quedar individualizado de tal manera, que solo falte para su perfeccionamiento el que las partes realicen la conducta idónea según sea su naturaleza. Así, si el contrato es consensual, bastará su cumpli-

miento porque el acuerdo ya existe; si es real, se procederá a la entrega de la cosa prometida; y si es solemne, se dará cumplimiento a la solemnidad requerida legal o convencionalmente.

16. IMPORTANCIA DE LA PROMESA

El contrato de promesa de celebrar un contrato, tal como señalamos en el numeral 4, tiene una enorme importancia práctica, por cuanto permite, de inmediato, el aprovechamiento en favor del acreedor de la promesa, la oportunidad de un buen negocio que de momento no está en condiciones de celebrar, pero que más tarde, dentro de un tiempo determinado, pueda lograr realizar, manteniendo entretanto latente en su favor la obligación del promitente deudor de celebrar el contrato prometido. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de negocios que tienen por objeto bienes que se encuentran afectos a prohibición o embargo, mientras se tramita su alzamiento.

También presta gran utilidad en todos aquellos supuestos en que interviniendo un representante se requiere, luego, la aprobación de lo actuado por la justicia o de un ente con plenas facultades de administración. Por ejemplo, en la institución de las guardas, cuando los tutores desean celebrar un negocio de beneficio para sus pupilos que requiere de autorización judicial, pueden, entonces, celebrar un contrato de promesa mientras se obtiene la correspondiente autorización. Algo semejante ocurre cuando el gerente de una sociedad carece de poderes suficientes para obligar a la compañía, en un negocio que interese a esta.

17. LA PROMESA Y EL CONTRATO PROMETIDO

La promesa y el contrato prometido son dos actos jurídicos diferentes, por las siguientes razones:

1. En cuanto a sus requisitos:

- a) La promesa, en nuestro país, tal como ya vimos, es siempre solemne. Debe constar por escrito. En cambio, el contrato prometido puede ser solemne o no.
- b) La promesa contendrá necesariamente una condición o un plazo, independientemente de otras modalidades que interese agregar a las partes. En tanto, el contrato prometido podrá estar o no sometido a alguna modalidad, solo si así lo resuelven las partes.

2. En cuanto a sus efectos:

El único efecto de la promesa es el hecho de la celebración del contrato prometido. En cam-

bio, este producirá los efectos concretos emanados de su naturaleza específica.

Una vez aclarado que la promesa y el contrato prometido son dos negocios jurídicos distintos y distantes, debemos destacar que entre ambos existe una conexión muy íntima, por las siguientes razones:

1. Porque la promesa debe especificar adecuadamente el contrato prometido.
2. Porque la promesa constituye una etapa o un paso en el *iter* para llegar al contrato prometido o principal.
3. La promesa y el contrato prometido se suceden en el tiempo. La promesa es siempre antecedente del contrato prometido y por tanto debe precederle. La promesa tiene por objeto la obligación de celebrar el contrato prometido; en cambio, este puede tener los más variados objetos y producir los más diversos efectos.
4. La cabal celebración del contrato prometido significa el exacto cumplimiento de la promesa, por lo se extinguen sus efectos.

18. EFECTOS DEL CONTRATO DE PROMESA

El efecto de la promesa es un hecho: la celebración del contrato prometido.

Ese efecto que produce el contrato de promesa tiene las siguientes características:

1. Es una obligación de hacer, que consiste en celebrar o ejecutar el contrato prometido. La promesa por sí sola no constituye título traslativo de dominio. La promesa no produce efectos reales de ninguna especie, sino únicamente personales entre los contratantes.
2. Es indivisible, por lo que no puede cumplirse por parcialidades. Se cumple o no se cumple. Si trata de varios promitentes, deberán concurrir todos ellos a prestar o a exigir su cumplimiento.
3. Es mueble, porque se trata de un hecho que se debe, y estos, conforme dispone el artículo 581 del C. Civil, se reputan muebles.
4. Es cedible de acuerdo a las reglas generales de la cesión de créditos.
5. Es transmisible, por lo que los herederos deberán cumplirla en la misma forma que la contrajo el causante.
6. Es prescriptible desde que se hizo exigible el contrato definitivo. Su acción prescribe en cinco años si es ordinaria y en tres si es ejecutiva.

Aclarado que el contrato de promesa de celebrar un contrato genera una sola obligación de

contenido jurídico: de hacer, la que consiste, precisamente, en que los contratantes deben realizar el contrato prometido; de manera que si alguno de ellos se niega a celebrarlo, el otro puede hacer uso, conforme al artículo 1553 del C. Civil, de cualquiera de estos derechos a su elección:

1. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2. Que se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
3. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Cualquiera de esos derechos se puede ejercer, conjuntamente, con la respectiva compensación moratoria.

19. EL CONTRATO DE PROMESA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El contrato de promesa de celebrar un contrato está consagrado en el Código Civil chileno, en un solo artículo: el 1554, el que comparado con lo dispuesto en otros ordenamientos que solamente reglamentan la promesa de compraventa, es de carácter amplio, por lo que en Chile, reiteramos, se puede convenir la promesa de celebrar cualquier clase de contrato lícito.

¿Es válida la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral?

Se ha discutido arduamente en el pasado, si conforme lo dispuesto en el artículo 1554 del Código Civil chileno, es posible la admisibilidad de la promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral. Por ejemplo, si Pedro se obliga a vender a Juan un determinado bien, y este a nada se compromete, ¿tiene validez esa promesa?

Nuestros autores clásicos de Derecho Civil, discreparon largamente sobre su admisibilidad. Así, por ejemplo, Alessandri y Barros Errázuriz fueron contrarios a ella, mientras Claro Solar y don Leopoldo Urrutía la aceptaban. En cambio, entre los autores modernos se acepta unánimemente su admisibilidad.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, mantuvo durante mucho tiempo un criterio uniforme en el sentido de rechazar la validez de una promesa unilateral de celebrar un contrato bilateral, fundándose en que si el contrato prometido es de aquellos que implica obligaciones para ambos contratantes y, por ejemplo, no contiene las obligaciones del comprador y del vendedor, falta su especificación y sería nulo, porque le faltaría el cuarto requisito del artículo 1554 del C. Civil. Dicha interpretación primó hasta el año

1962, oportunidad en que los tribunales cambiaron su punto de vista, aceptándola, porque en una promesa unilateral de compraventa, individualizadas las partes, señalada la cosa y fijado el precio, el contrato futuro queda especificado suficientemente y no es posible dudar acerca de la clase de contrato de que se trata y del alcance de sus estipulaciones. Estipular un contrato significa precisarlo de tal modo que no se confunda con otro y, eso, y no otra cosa, es exactamente lo que requiere el citado artículo 1554.

En suma, el consentimiento de las partes, como afirma acertadamente Puelma Accorsi, debe concurrir en la promesa, como requisito de validez de esta, pero este acuerdo debe versar sobre el contrato que se celebra y no sobre el contrato prometido.

20. EL CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO EN EL CÓDIGO DE MINERÍA

Dentro del género contrato de promesa de celebrar un contrato, el Código de Minería, en su artículo 169, trata de dos especies de promesas: la promesa bilateral de compraventa minera y la promesa unilateral de venta minera.

21. EL CONTRATO DE PROMESA BILATERAL DE COMPRAVENTA MINERA

Contrato de promesa bilateral de compraventa minera es aquel en cuya virtud las dos partes se comprometen, cumpliéndose las formalidades legales, a celebrar en un futuro determinado o determinable un contrato de compraventa de alguno de los derechos a que se refiere el inciso primero del artículo 169, los que señalamos en el numeral 11.

En este caso, ambas partes contratantes quedan obligados a celebrar el contrato futuro, y en caso de incumplimiento de una de ellas, la otra, puede a su elección, solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

22. REQUISITOS

Los requisitos del contrato de promesa bilateral de compraventa minera, son:

- a) Todo contrato de promesa bilateral de compraventa minera debe contener los requisitos establecidos en los artículos 1445 y 1554 del Código Civil (ver numeral 15).

- b) Si el promitente vendedor fuere una Sociedad Legal Minera (artículo 173 del Código de Minería), deberá cumplir, previamente con lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de ese cuerpo legal.
- c) Solamente cuando las partes deseen que dicho contrato genere los efectos especiales que señala en inciso final del artículo 169 del Código de Minería, deberán celebrarlo mediante escritura pública, la que se inscribirá, ante el respectivo Conservador de Minas; en el Registro de Hipotecas y Gravámenes si el contrato de promesa tiene por objeto una concesión minera o una cuota o una parte material de ella; o, en el Registro de Accionistas si su objeto son acciones de una sociedad legal minera o de una sociedad contractual minera.

23. EFECTOS

1. Tal como señalamos en el numeral 18, el efecto del contrato de promesa bilateral de compraventa minera es una obligación de hacer que consiste en el hecho de celebrar el contrato prometido.
2. Cuando este contrato se otorga mediante escritura pública que luego se inscribe en el Registro correspondiente del Conservador de Minas competente, se generan, adicionalmente, los siguientes efectos especiales:
 - a) Cualquier persona a quien se transfiera, a cualquier título, el bien objeto de la promesa, estará obligada, en términos idénticos a los que estaba el promitente vendedor, a celebrar la compraventa prometida (inciso 2° del artículo 169 del Código de Minería en relación con los artículos 1489 y 1553 del C. Civil)
 - b) Si estando 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 pueda limitar o afectar la tenencia, posesión o propiedad de la cosa prometida, ese acto o contrato quedará resuelto *ipso facto* una vez celebrada la compraventa prometida, salvo que el promitente comprador exprese su propósito de respetarlo, sustituyéndose en los derechos y obligaciones de su antecesor en el dominio. (inciso 3° del artículo 169 del Código de Minería)
 - c) Toda otra promesa bilateral que no sea de compraventa cuyo objeto recaiga en alguno de los bienes señalados en el inciso 1° del artículo 169 del Código de Minería (ver numeral 11) se rige solamente por las reglas del derecho común.

24. EL CONTRATO DE PROMESA UNILATERAL DE VENTA MINERA

Contrato de promesa unilateral de venta minera es aquel en cuya virtud solo el promitente vendedor se compromete, cumpliéndose las formalidades legales, a celebrar en un futuro determinado o determinable un contrato de compraventa de alguno de los derechos a que se refiere el inciso primero del artículo 169, los que señalamos en el numeral 11, siendo facultativo para el promitente comprador celebrar o no el contrato de prometido.

25. REQUISITOS

El contrato de promesa unilateral de venta minera debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Todo contrato de promesa unilateral de venta minera debe contener los requisitos establecidos en los artículos 1445 y 1554 del Código Civil (ver numeral 15).
- b) Requisito esencial para que la promesa sea unilateral es que se estipule expresamente que es facultativo para el promitente comprador la celebración del contrato prometido. Caso contrario, la promesa será bilateral.
- c) Si el promitente vendedor fuere una Sociedad Legal Minera (artículo 173 del Código de Minería), deberá cumplir, previamente, con lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de ese cuerpo legal.
- d) Solamente cuando las partes deseen que dicho contrato genere los efectos especiales que señala en inciso final del artículo 169 del Código de Minería, deberán celebrarlo mediante escritura pública, la que se inscribirá, ante el respectivo Conservador de Minas, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes si el contrato de promesa tiene por objeto una concesión minera o una cuota o una parte material de ella; o, en el Registro de Accionistas si su objeto son acciones de una sociedad legal minera o de una sociedad contractual minera.

26. EFECTOS

El contrato de promesa unilateral de venta minera produce los siguientes efectos:

- 1) El promitente comprador tiene un derecho exclusivo de escoger entre celebrar o no celebrar el contrato prometido.
- 2) El promitente vendedor tiene la obligación compleja de no hacer, consistente, por un

lado, en el cuidado del bien prometido vender y, por otro, en no disponer de dicho bien mientras su contraparte no escoja entre celebrar o no celebrar el contrato prometido.

- 3) Solo si el promitente comprador escoge celebrar el contrato prometido, regiran los efectos 1) y 2) señalados en el numeral 23, a propósito del contrato de promesa bilateral de compraventa minera.
- 4) Toda otra promesa unilateral que no sea de venta cuyo objeto recaiga en alguno de los bienes señalados en el inciso 1º del artículo 169 del Código de Minería (ver numeral 11) se rige solamente por las reglas del derecho común.

27. EL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

Contrato con cláusula de opción es aquella especie de contrato preliminar por el cual el oferente o concedente propone al beneficiario u optante, de manera unilateral e irrevocable, la celebración de un contrato futuro y definitivo que se especifica en todos sus aspectos y que se perfecciona sin más trámite en el evento que el beneficiado opte, libremente, por ello dentro del plazo y condiciones predeterminadas.

En opinión del profesor Fueyo Laneri, el contrato de opción supone una facultad concedida a una persona, por un tiempo determinado, para obtener una concreta prestación o ejercitar un determinado derecho. Esto es, el derecho de llevar a cabo una relación contractual mediante una declaración unilateral, sin que las partes tengan que emitir una nueva declaración de voluntad para concluir definitivamente el contrato proyectado. La opción debe ejercerse en cierta época, que puede determinarse mediante un plazo o una condición. Es decir, mediante la cláusula de opción se concede al beneficiario el derecho de poder concluir un contrato, previamente estipulado, aceptándolo libremente a través de una declaración unilateral de voluntad. En el contrato de opción, dice Ossorio y Gallardo, nunca podrá hablarse de un ligamen de voluntades, porque una voluntad sí queda ligada, pero la otra no. Además el beneficiario, ni promete nada ni tampoco asegura la celebración de un contrato posterior, ya que la opción quedará asegurada por el oferente y no por el optante, y en ella es igualmente lícito y previsto que se llegue a la conclusión de un contrato definitivo o que no se llegue. En suma, mediante la cláusula de opción se le concede al beneficiario u optante el derecho a concluir un contrato, aceptando, a través de una declaración unilate-

ral, las condiciones de la oferta. La opción, dice Lalaguna Domínguez, no incide tan solo sobre la obligación del promitente, sino que se proyecta sobre toda la relación negocial: el optante pone en juego con su decisión alguno de los contenidos posibles de su propio comportamiento obligatorio.

El contrato con cláusula de opción es un convenio en virtud del cual una de las partes atribuye a la otra, por un período de tiempo y en determinadas condiciones, la facultad de decidir unilateralmente sobre la celebración de un contrato. Se trata, por tanto, de una facultad potestativa del titular que este ejerce mediante una declaración unilateral y recepticia, sin que sea necesaria una nueva declaración de los interesados. Es aconsejable que dicha declaración se haga constar de un modo fehaciente, aunque lo que con esa notificación se pretende es tan solo ponerla en conocimiento del concedente y no buscar su conformidad con lo declarado por el optante.

28. SUJETOS DEL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

Son sujetos de un contrato con cláusula de opción:

1. EL OFERENTE

El oferente, proponente o concedente es el sujeto que formula una oferta irrevocable de contrato, la que tiene el carácter de propuesta final y completa tanto de un contrato preparatorio como de uno definitivo, aunque en este último caso, sujeta a la condición de la aceptación por parte del beneficiario de la opción que se le ha concedido.

Si la opción, dice acertadamente Fueyo Laneri, se relaciona con la venta de una cosa, o la constitución o transferencia de cualquier derecho real, por otro título, el proponente conserva sus derechos sobre la cosa objeto de la opción.

El proponente o concedente en este contrato se obligará a mantener la oferta a disposición del beneficiario durante todo el período establecido para el ejercicio del derecho, quedando obligado a la celebración del futuro contrato, durante todo el tiempo acordado, estándole vedado cualquier acto que pueda frustrar o perturbar el derecho del beneficiario a perfeccionar el contrato definitivo a su sola aceptación. Por tanto, la naturaleza de su obligación es de no hacer.

2. EL BENEFICIARIO

El beneficiario u optante es el sujeto destinatario de la oferta irrevocable del proponente. Es

a quien, determinadamente, se le concede la potestad de aceptar en las condiciones previstas y dentro del tiempo y forma establecidos la relación definitiva que se le ofrece.

El beneficiario es titular de un derecho potestativo, por lo que tiene plena y absoluta libertad para llevar a cabo o no la opción, sin el concurso del concedente del derecho, aunque, solo en las condiciones convenidas y dentro del plazo acordado. El señalamiento de un plazo para el ejercicio de la opción resulta esencial a ese derecho, el que caducará si no se ejerce dentro de su término.

Ambos sujetos deben ser plenamente capaces, caso contrario deberán salvar su incapacidad en forma legal.

29. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

El contrato con cláusula de opción presenta las siguientes características principales:

1. Es un contrato, porque es un acto jurídico bilateral. Requiere el consentimiento de las dos partes.
2. Es un contrato preliminar, porque existe una de las partes (el oferente) obligada a aceptar un contrato futuro, cuyo contenido ya está determinado, dependiendo de la sola voluntad del beneficiario.
3. Es un contrato principal, pues cumple una función propia dentro del tráfico jurídico, tiene elementos propios y un régimen jurídico peculiar que le dota de sustantividad, subsiste por sí mismo sin requerir de otra convención. A pesar de su íntima relación, subsiste con independencia de la situación contractual prometida irrevocablemente.
4. Es un contrato de carácter unitario, porque ninguna de las dos estructuras que lo componen (la opción y el contrato definitivo) tienen sentido en forma aislada.
5. Es un contrato de estructura compleja porque en él, se superponen dos negocios jurídicos, la opción y el contrato definitivo, íntimamente conectados entre sí, pues se complementan para llenar una única función jurídico-económica.
6. Tiene autonomía. El contrato con cláusula de opción es válido y desarrolla sus propios efectos aun cuando no llegue a celebrarse el contrato prometido.

7. Es un contrato que contiene un derecho potestativo en favor del beneficiario, mediante el cual, este puede poner, unilateralmente, si así lo decide, en pleno vigor una relación contractual cuyo contenido está previamente fijado.
Sin embargo, si el beneficiario, en lugar de hacer uso de su derecho opcional, formula una contraoferta, caduca el mecanismo de la opción.
8. Es un contrato formal, porque requiere necesariamente de la forma escrita.
En el caso que su objeto sean bienes inmuebles, tanto la promesa irrevocable que contiene la oferta, cuanto la aceptación del beneficiario de la opción, deben constar en escritura pública; en cuyo caso, la tradición se hará mediante la inscripción conjunta de ambas escrituras públicas. Dicha formalidad, se exige por la ley en consideración al acto en sí, por lo que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1682 del C. Civil, su omisión acarrea la nulidad absoluta del negocio. En materia minera, como veremos luego, esa formalidad adquiere carácter esencial.
9. Es un contrato de formación sucesiva, que solo se completará cuando el beneficiario ejercite libremente su derecho de opción y lo notifique al oferente (función dinámica de la opción). Dicha notificación, dado su carácter recepticio, formará el consentimiento del contrato definitivo, el que, para su validez, deberá manifestarse con las formalidades que la ley requiera.
Desde su perspectiva más moderna, el contrato con cláusula de opción es una primera fase de un supuesto negocial complejo de formación sucesiva. Existen, en torno a su perfeccionamiento, dos momentos diferentes y sucesivos: el del contrato en que consta la opción y el del contrato a que se opta.
10. Es un contrato innominado, salvo la opción de compra minera del artículo 169 del Código de Minería porque, en tal caso, tiene nombre determinado por la ley, y esta reglamenta su celebración, características y efectos.
11. Es un contrato conmutativo, porque las obligaciones y derechos que engendra quedan determinados al momento de su celebración.
12. Es un contrato de garantía, en cuanto asegura el cumplimiento de la obligación de contratar en el futuro.
13. Es un contrato inicialmente unilateral porque es una sola parte, el oferente, quien se compromete irrevocablemente a la realización del contrato prometido, siendo completamente facultativo para el beneficiario celebrarlo o no celebrarlo. Sin embargo, una vez que este acepta la opción, el contrato deviene en bilateral, porque debe asumir las obligaciones derivadas de su aceptación, por ejemplo, pagar el precio, recibir la cosa, etc.
14. Es un contrato patrimonial, por lo que puede transferirse y transmitirse.
15. Es un contrato generalmente oneroso, porque cada parte se grava en beneficio de la otra para poder satisfacer el interés legítimo que se busca por medio de este contrato.
16. Es un contrato conmutativo, porque los derechos y las obligaciones que engendra quedan determinados al momento de su celebración.
17. Es un contrato que puede caucionarse. La opción, al igual que cualquier contrato, puede caucionarse sea con prenda o hipoteca. También un tercero puede afianzar el cumplimiento de la obligación del oferente.
18. Puede pactarse una cláusula penal compensatoria, para el caso que el oferente (único obligado) no cumpla lo estipulado.
19. Es un contrato que está sujeto a modalidades impuestas por la ley, porque es de su esencia que se fije un plazo o una condición para que el beneficiario pueda ejercer su opción de aceptar o no aceptar el contrato ofertado irrevocablemente.
Si el beneficiario no ejerce oportunamente su opción, esta caduca.
20. Es un contrato provisional porque la aceptación del contrato prometido produce su agotamiento o su extinción por cumplimiento de la opción.
La opción desaparece al ejercitarla; pero la situación jurídica posterior deriva precisamente de su ejercicio y no puede desligarse en sus efectos de la primera fase del negocio; ello, porque la especie preliminar que contiene la opción, se inserta en la especie definitiva que absorbe a la primera.
21. La opción, en virtud de la autonomía privada, es una modalidad aplicable a cualquier tipo contractual que permita diferir la prestación del consentimiento de una de las partes por un lapso determinado.

Dicha modalidad consiste en que una de las partes queda vinculada irrevocablemente con su propuesta en firme por un período previamente determinado, pero la otra parte tiene la libertad de aceptar o rechazar el negocio propuesto. No existe un contrato que solo sea de opción. Lo que puede haber es la posibilidad de optar en relación al contrato tenido en cuenta como resultado de la negociación. Así, por ejemplo, el contrato será de compraventa, en el cual se establece una modalidad que es la opción.

22. La opción es una forma de promesa, por lo que debe cumplir con los requisitos legales de esta (artículo 1554 del C. Civil). En verdad, lo que se denomina por la generalidad de los autores como contrato de opción, no es más que un pacto de cláusula de opción, inserta, generalmente, en un contrato de promesa unilateral; por lo cual hemos preferido la denominación más exacta de contrato con cláusula de opción. Criterio semejante adopta Vodanovic, cuando afirma que el llamado contrato de opción es solo una cláusula que puede insertarse en cualquier contrato; pero tal cláusula tiene tanto relieve que parece dominar todo el contrato del cual forma parte. Por ejemplo, un contrato de compraventa, de permuta, de arriendo, etc., en el cual se establece una modalidad que es la opción.

30. IMPORTANCIA DEL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

El contrato con cláusula de opción, tal como señalamos en el numeral 4, cumple algunas importantes funciones prácticas, especialmente, desde el punto de vista del beneficiario:

1. Las partes están vinculadas, situación que permite al beneficiario, una mayor tranquilidad para reflexionar y decidir acerca de la conveniencia o no de la conclusión del contrato proyectado, sin el apremio que, en el intertanto, el oferente pueda disponer del bien mientras la opción esté vigente; lo que adquiere mucha importancia en aquellas inversiones en bienes de capital o de tecnología compleja o que demandan costosas evaluaciones previas como sabemos acontece con los negocios mineros.
2. Porque se trata de un contrato preliminar, por lo que es posible poder concertar un acuerdo sobre una cosa actualmente embargada o impedida de comerciar por cualquier otra razón, en el bien entendido que al momento de perfeccionarse el contrato definitivo mediante la

aceptación de la opción todo se habrá saneado.

3. Además, el contrato con cláusula de opción permite al beneficiario una posibilidad claramente especulativa, porque mientras dure su opción, estaría habilitado para poder concertar con cualquier tercero un negocio en mejores condiciones que las que se le concedieron en su propia opción.

31. EFECTOS DEL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

El contrato celebrado con cláusula de opción otorga al beneficiario un derecho facultativo, es decir, le atribuye un derecho que le permite decidir, de manera unilateral, dentro de un período determinado, sobre la conclusión de un contrato en las condiciones previamente establecidas. Por ello, afirma, acertadamente el profesor Ossa Bulnes, al señalar que "de la opción no deriva obligación alguna de celebrar otro contrato porque el beneficiario no necesita requerir ni obligar al oferente a prestar nuevamente su consentimiento para el contrato proyectado", solo basta su aceptación, dentro del tiempo convenido. El derecho del beneficiario caducará si no se ejerce dentro de su término.

La eficacia de todo el contrato, en tanto tenga un objeto idóneo, se subordina a la opción, la que desaparece al ejercitarla; pero toda la situación jurídica que deviene deriva, precisamente, de su ejercicio y no puede desligarse en sus efectos del acto originario.

Mientras el ejercicio del derecho de opción está pendiente, al concedente le está prohibido cualquier acto que pueda frustrar el derecho del beneficiario. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios. En el caso de los terceros adquirentes, habrá que ver si están de buena o mala fe, entendiéndose por esta última, el conocimiento de la existencia del derecho del beneficiario, en cuyo caso, les afectará tal responsabilidad. Si la opción de compra es sobre bienes inmuebles y fue registrada en el respectivo Conservador, el optante podrá exigir su cumplimiento al tercero adquirente.

Ejercitado el derecho de opción en tiempo y forma, se consolidan los derechos proyectados a contar de la fecha de su efectivo ejercicio.

32 EXTINCIÓN DEL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN

El contrato con cláusula de opción se extingue por los siguientes hechos:

- 1) Por su ejercicio por parte del beneficiario en el tiempo, condiciones y formas previstas.
- 2) Por su caducidad, es decir, por no verificarse la aceptación del beneficiario dentro del período otorgado para ello; o, porque este no cumpla con el pago íntegro y oportuno de la prima que se hubiere convenido.
- 3) Por el desistimiento o renuncia del beneficiario.

33. EL CONTRATO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El contrato con cláusula de opción no está tipificado en el Código Civil chileno, lo que, en nuestra opinión y fundados en la autonomía privada, no obsta a su aplicación general en nuestro derecho. a pesar que, erradamente, algunos autores sostienen su nulidad por infracción al artículo 1478 del Código Civil, pues la opción constituiría una obligación meramente potestativa; criterio del que discrepamos radicalmente por cuanto en Chile las obligaciones meramente potestativas son válidas, excepto la meramente suspensiva del deudor; y, en este tipo de contrato, la facultad potestativa es un derecho del acreedor de la opción y no del deudor, por lo que, repetimos, tiene plena validez.

En nuestra legislación, el artículo 169 del Código de Minería, como veremos a continuación, se refiere, expresamente, a esta clase de contratos, el que tiene una enorme importancia práctica en los negocios acogidos a ese cuerpo legal.

34. EL CONTRATO CON CLAÚSULA DE OPCIÓN EN EL CÓDIGO DE MINERÍA

El Código de Minería en su artículo 169, solo recoge la figura de la opción de compra minera.

35. EL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA MINERA

La opción de compra minera es aquel contrato en que una parte denominada oferente propone a otra, llamado beneficiario, unilateralmente y en términos irrevocables para ella, la celebración de un contrato de compraventa que se especifica detalladamente de alguno de los derechos a que se refiere el inciso primero del artículo 169, los que señalamos en el numeral 11; y que se perfeccionará por la sola aceptación que de ella formule su destinatario, en el tiempo y for-

ma convenidos. Producida así la aceptación del beneficiario, la compraventa ofrecida queda perfeccionada sin que se requiera una nueva manifestación de voluntad por parte del oferente.

36. CARACTERÍSTICAS DE LA OPCIÓN DE COMPRA MINERA

El contrato de opción de compra minera presenta las siguientes características:

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

A este contrato se aplican las características que señalamos para el contrato con cláusula de opción, en el numeral 29.

2. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS

a) Es un contrato preliminar en el que se debe especificar completamente la compraventa ofrecida irrevocablemente.

b) Es un contrato nominado porque tiene nombre determinado por la ley y esta reglamenta su celebración, características y efectos.

El contrato de opción de compra minera se rige por el artículo 169 del Código de Minería y, supletoriamente, por el artículo 1554 del Código Civil, los artículos 99 y 101 del Código de Comercio y las normas generales de los actos jurídicos.

c) Es un contrato solemne porque tanto la oferta como la aceptación de la opción de compra minera, deben constar por escritura pública.

La tradición de los bienes inmuebles ofrecidos en la opción se hará mediante la inscripción conjunta en el Registro correspondiente del Conservador de Minas competente, de ambas escrituras públicas, es decir, tanto de la que contiene la oferta como la que contiene la aceptación.

d) Si el oferente fuere una Sociedad Legal Minera (artículo 137 del Código de Minería), deberá cumplir, previamente, con lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de ese cuerpo legal.

37. OBJETO DEL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA MINERA

Según expresamos en el numeral 11, solo puede ser objeto del contrato de opción de compra minera, alguno de los bienes señalados en el inciso primero del artículo 169 del Código de Minería.

38. REQUISITOS

El contrato de opción de compra minera, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Todo contrato de opción de compra minera debe celebrarse por escritura pública a la que concurren ambas partes y que contenga los requerimientos establecidos en el artículo 1554 del Código Civil.
- b) Debe especificarse completamente, con todos sus elementos, modalidades y con todas sus exigencias de validez, la compraventa que se ofrece irrevocablemente.
- c) Requisito esencial para que la opción de compra pueda ser viable, es que se establezca claramente el derecho del beneficiario a optar libremente entre aceptar o no aceptar la oferta prometida irrevocablemente, sin otra limitación que ella se formule en el tiempo y forma convenidos.
- d) Solamente cuando las partes deseen que dicho contrato genere los efectos especiales que señala en inciso final del artículo 169 del Código de Minería, deberán inscribir la escritura pública que contiene la oferta irrevocable y la opción de compra ante el respectivo Conservador de Minas, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes si el contrato tiene por objeto una concesión minera o una cuota o una parte material de ella; o, en el Registro de Accionistas si su objeto son acciones de una sociedad legal minera o de una sociedad contractual minera.

39. EFECTOS

El contrato de opción de compra minera produce los siguientes efectos:

1. El beneficiario del contrato de opción de compra minera tiene un derecho exclusivo y potestativo de escoger entre celebrar o no celebrar el contrato prometido.
2. El oferente del contrato de opción de compra minera tiene la obligación compleja de no hacer, consistente, por un lado, en el cuidado del bien prometido vender y, por otro, en no disponer de dicho bien mientras su contraparte no escoja entre celebrar o no celebrar el contrato prometido.
3. El beneficiario del contrato de opción de compra minera deberá cumplir su obligación accesoria de pagar íntegra y oportunamente la prima que se hubiere convenido, la que puede o no ser imputable al precio final, a cambio del derecho de opción que se le otorgó.

4. Solo si el beneficiario del contrato de opción de compra minera decide celebrar el contrato prometido, este quedará perfeccionado con su sola aceptación, sin que se requiera una nueva manifestación de voluntad por parte del oferente.
5. Todo otro contrato con cláusula de opción que no sea de compra minera cuyo objeto recaiga en alguno de los bienes señalados en el inciso 1º del artículo 169 del Código de Minería (ver numeral 11) se rige solamente por las reglas del derecho común.

40. DIFERENCIAS ENTRE LA PROMESA, SEA UNILATERAL O BILATERAL Y LA OPCIÓN EN EL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO DE MINERÍA

Entre ambos tipos de contratos preliminares, anotamos las siguientes diferencias:

1. La promesa, sea unilateral o bilateral, requiere celebrar un nuevo contrato, el que se prometió. En cambio, en la opción no se requiere un nuevo contrato, porque el negocio definitivo se perfecciona con la sola aceptación del beneficiario.
2. Tanto la promesa como la opción deben constar por escrito, pero el artículo 169 del Código de Minería exige que tanto la oferta como la aceptación de la opción consten por escritura pública. Se trata de una solemnidad esencial. En cambio, no contiene la misma exigencia para ambos contratos de promesa por lo que, podrían, entonces, constar en escritura privada según la regla general del artículo 1554 N° 1 del Código Civil. La escritura pública y su correspondiente inscripción en los tipos de promesa serían solo un requisito de oponibilidad a terceros.

41. DIFERENCIA ENTRE LA OPCIÓN Y LA PROMESA UNILATERAL

Existen autores que asimilan el contrato con cláusula de opción a la promesa unilateral; sin embargo, media entre ambas instituciones la muy importante diferencia que, ya hemos anotado, en el sentido que la opción no requiere de una nueva declaración de voluntad del proponente, bastando para su perfección la aceptación del beneficiario en las condiciones previstas dentro del tiempo y forma convenidos. En tanto, la promesa unilateral requiere, necesariamente, de una nueva declaración mediante la concertación del contrato prometido.

Otra importante diferencia es que la opción, en principio, puede ser cedida libremente por el beneficiario, lo que no puede hacer el destinatario de una promesa unilateral, salvo autorización del promitente.

42. DIFERENCIAS ENTRE LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y LA OFERTA IRREVOCABLE DEL ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Entre ambos actos jurídicos, anotamos las siguientes diferencias:

1. La opción del artículo 169 del Código de Minería es un contrato; en tanto, la oferta irrevocable del artículo 99 del Código de Comercio, es un acto jurídico unilateral.
2. En el contrato de opción, el beneficiario debe señalarse determinadamente; en cambio, la oferta irrevocable puede ser dirigida a persona determinada o indeterminada.
3. En la opción del artículo 169 del Código de Minería, tanto la oferta como la aceptación del beneficiario deben constar por escritura pública. En cambio, la oferta irrevocable, generalmente, requerirá de alguna forma escrita, pero no de una escritura pública.

43. Oponibilidad de los Contratos del Artículo 169 del Código de Minería

Para que los tres tipos de contratos comprendidos en el artículo 169 del Código de Minería puedan afectar a terceros que no participaron en su ejecución, se requiere, tal como vimos en el efecto 2) del numeral 23, de acuerdo al inciso segundo de esa disposición legal, que sean realizados por escritura pública inscrita en el Registro de Accionistas cuando la promesa o la opción se refiera a acciones de sociedades legales mineras o de sociedades contractuales mineras; o, en todos los demás casos, inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Minas respectivo; con lo cual, todo aquel a quien se transfiera la cosa, a cualquier título, estará obligado a celebrar la compraventa, en los mismos términos en que lo habría estado el promitente vendedor.

Nótese que la norma que comentamos, a efectos de su oponibilidad, se refiere a su transferencia a cualquier título y no a su transmisión porque los herederos de las partes no son terceros en dichos contratos.

44. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE LOS CONTRATOS DEL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, OTORGADOS POR ESCRITURA PÚBLICA INSCRITA EN EL REGISTRO DE HIPOTECAS Y GRAVÁMENES O EN EL DE ACCIONISTAS, SEGÚN PROCEDA, AFECTAN A TERCEROS?

Ello significa que, si practicadas las inscripciones mencionadas, estando aún pendientes de ejecución la promesa o la opción, el promitente vendedor o el oferente enajenan el bien prometido u ofrecido, el adquirente del mismo, cualquiera sea el título de su adquisición, estará obligado a celebrar la compraventa en los mismos términos que lo estaba el promitente vendedor o el oferente que lo enajenó.

De modo, entonces, todo aquel a quien se transfiera un bien, a cualquier título, objeto de una promesa o de una opción anterior, celebrada mediante escritura pública inscrita en el Registro que proceda del Conservador de Minas competente, estará obligado, por el solo ministerio de la ley, a celebrar la compraventa prometida u ofrecida, en los mismos términos en que se pactó en el respectivo contrato previamente inscrito.

Asimismo, si practicadas las inscripciones correspondientes y estando pendiente la promesa o la oferta, el promitente vendedor o el oferente realizan un acto o celebran cualquier contrato que afecte o pueda afectar la tenencia, posesión, o propiedad del bien prometido u ofrecido, dichos actos o contratos quedarán sin efecto, por el solo ministerio de la ley, una vez perfeccionada la promesa o la opción inscritas, salvo que el promitente comprador o el beneficiario exprese su propósito de respetar dicho acto o contrato posterior, sustituyéndose en los derechos y obligaciones de su antecesor en el dominio.

45. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE Oponibilidad que afecta a los terceros

Se ha discutido, en doctrina, la naturaleza jurídica del derecho de oponibilidad establecido en el inciso segundo del artículo 169 del Código de Minería, perfilándose claramente dos interpretaciones:

1. TESIS DE LA CESIÓN LEGAL DEL CONTRATO

Según sus seguidores, Ruiz Bourgeois, Velasco Letelier, Figueroa Yáñez y Ramos Pazos, en nuestro ordenamiento, los contratos,

incluida la compraventa, solo son fuente de obligaciones y el objeto de estas, siempre será la conducta de una persona. Por tanto, los derechos emanados de los contratos son personales y no reales.

En el caso que nos preocupa, se trataría de un caso de cesión legal de un contrato, en que este se traspasa a un tercero, por mandato legal, íntegro, con todos sus derechos, cargas y particularidades; así, el adquirente asume la calidad jurídica de contratante en un contrato anterior inscrito, del cual no era parte y aun contra su voluntad. Por tanto, las partes serán ahora el contratante cedido y el cesionario, quienes podrán exigir todos los derechos y obligaciones emanados de esa relación jurídica.

Como consecuencia de esta interpretación, el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, incluida la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552 del Código Civil, y podrá solicitar la resolución del mismo, en caso de incumplimiento del cesionario, según el artículo 1489 de ese mismo cuerpo legal.

2. TESIS DEL DERECHO REAL DE PREFERENCIA ADQUISITIVA

Según sus seguidores en nuestro país, como Fuyo Laneri y Ossa Bulnes, se trataría de un derecho real de preferencia adquisitiva en favor

del beneficiario o del promitente comprador que, como todo derecho real es oponible a terceros, otorgando a su titular el derecho de exigir y obtener el perfeccionamiento del contrato de cualquier persona en cuyas manos se encuentre el bien objeto del contrato preliminar. Además, sostienen esos destacados juristas que el legislador puede crear otros derechos reales distintos de los enumerados en el Código Civil.

La verdad, es que dicha argumentación es contundente. Sin embargo, pensamos que el derecho real, conforme nuestro sistema legal, solo se radicará en el patrimonio de su titular una vez que haya operado el respectivo modo de adquirir, lo que suele ocurrir, una vez cumplidas las obligaciones emanadas del contrato. Antes que haya operado el modo de adquirir, solo existen derechos personales. Respecto al derecho del legislador de crear nuevos derechos reales, distintos a los del Código Civil, no tenemos duda de ello y así ha ocurrido en la realidad cuando ese ha sido su propósito inequívoco, mediando, en cada caso, una declaración expresa en ese sentido. Por ejemplo, respecto de la concesión minera, del pedimento inscrito, de la manifestación inscrita, del derecho de aprovechamiento de aguas, etc. En cambio, ello no ha sido así, respecto a este derecho de oponibilidad emanado del inciso segundo del artículo 169 del Código de Minería. Por tales razones, adherimos a la interpretación reseñada en primer término.