

El contrato de opción¹

José Miguel Sarroca Poblete

Abogado, Magíster en Derecho de los Negocios (MBL)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Internacional Privado
y Coordinador Académico de la Escuela de Postgrado

de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Introducción

La doctrina nacional en lo que se refiere al contrato opción en general, y en cuanto derivado financiero en particular es muy escasa, especialmente en lo que dice relación con un análisis jurídico de la institución, que creemos es de suyo importante.

Estas líneas se dividen en dos secciones. La primera destinada a describir los elementos y características de la opción, y la segunda pretende calificar jurídicamente la institución.

B. Antecedentes del contrato de opción

Es conocida la anécdota comentada por el filósofo griego Aristóteles,² quien narra la historia del enriquecimiento de Thales, un hombre que obtuvo el control de todas las prensas de olivos de la localidad de Mileto, y que previó que la próxima cosecha de olivos podría ser muy abundante, para lo cual adquirió *opciones* que permitieran el uso de las prensas. Luego, una vez que su vaticinio se cumplió, alquiló aquéllas a un precio mayor que las *opciones* que tenía, obteniendo de esta forma una considerable fortuna.

Por otra parte, era muy frecuente que los fenicios, los griegos y los romanos negociaran contratos con cláusulas de opción sobre las mercaderías que transportaban en sus naves.

¹ Este artículo es un extracto que forma parte de una monografía intitulada *Derivados Financieros*, cuyos autores son Alejandro Celis Núñez, MBL y profesor ayudante de Derecho Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez; Andrés Tavolari Goycoolea, MBL de la Universidad Adolfo Ibáñez, y el suscrito.

² *Política*, Editorial Espasa Calpe, 2007.

Sin embargo, los historiadores coinciden en que el origen del negocio se encuentra en el siglo XVII en Holanda, y particularmente en el mercado de los tulipanes. En aquella época aparece el primer mercado de opciones organizado, en el cual se negociaban las compras o ventas de bulbos o papas de tulipán en una fecha futura predeterminada. A través de estos contratos los comerciantes holandeses aseguraban el precio de compra de sus tulipanes que debían ser entregados a sus clientes en el futuro. Así también los agricultores podían adquirir el derecho a vender su cosecha futura a un precio predeterminado. Sin embargo, cerca del año 1640, los precios sufrieron fuertes fluctuaciones que llevaron a la quiebra a muchos especuladores, lo cual trajo como consecuencia que en Europa comenzara a restringirse el uso de las opciones en el mercado.

Fue a comienzos del siglo XVIII cuando dicho mercado en Europa comienza a desarrollarse nuevamente, y particularmente en Inglaterra teniendo las opciones un nuevo objeto: las acciones. En efecto, en dicho país se negociaban opciones de compra o venta de acciones de las principales compañías inglesas. Sin embargo, una fuerte caída de los precios de las acciones de una de aquellas empresas trajo consigo que las opciones fueran consideradas por mucho tiempo como operaciones ilegales, lo que concluyó a inicios del siglo XX.

En Estados Unidos de Norteamérica el mercado de las opciones sobre acciones tiene más de doscientos años de antigüedad. Fue el 26 de abril de 1973 cuando se inicia el primer mercado organizado con la creación del Chicago Board Option Exchange, en el que comienzan a celebrarse contratos de opción sobre lotes de cien acciones de dieciséis empresas norteamericanas solventes. Así el primer día se negociaron novecientos once contratos, y al año siguiente, se llegó a una cifra cercana a los veinte mil. Hoy es posible llegar a una cifra cercana a los dos mil contratos de opción diarios.³

En el mundo se ha generalizado el uso de este instrumento derivado, no sólo referido a las acciones, sino a otros tipos de activos tanto financieros como no financieros.

C. Concepto de opción

En la doctrina nacional y extranjera es posible encontrar diferentes conceptos en torno a la institución que nos ocupa:

- i. "Son instrumentos financieros cuyo tenedor tiene el derecho, que puede ejercer o no, dependiendo de las condiciones del mercado, para comprar

³ Lehman, Sergio, y Budnevich, Carlos; *Derivados en el mercado de capitales chileno, beneficios y cobertura de riesgos para el emisor*. Trabajo de investigación, julio de 1998, página 12.

- o vender un determinado activo, a un precio de ejercicio definido en la opción".⁴
- ii. "Es un contrato especificado en un instrumento financiero que otorga el derecho a comprar o vender una acción, sujeto a ciertas condiciones, como es el precio, y que es válido por un plazo determinado".⁵
 - iii. "Es aquel contrato en virtud del cual define el titular, que adquiere del emisor, contra el pago de una prima, el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender un activo subyacente, a un precio convenido, llamado precio de ejercicio o *strike price*, y en o hasta una fecha determinada, llamada de expiración".⁶
 - iv. "Es un contrato que proporciona a su poseedor (el comprador) el derecho (no la obligación) a comprar (opción de compra) o vender (opción de venta) una cantidad de activos, a un precio establecido, en una fecha determinada".⁷
 - v. "Contrato que da derecho a su poseedor a vender o comprar un activo a un precio determinado durante un período o en una fecha prefijada".⁸
 - vi. "Operación por la cual una de las partes, llamada el titular, mediante el pago de una suma de dinero, llamada prima o premio, se reserva el derecho a comprar o vender a la otra parte, llamada el lanzador, una cantidad de títulos valores de una misma especie llamadas lotes estándar, a un precio de ejercicio establecido, con facultad de ejercerlo hasta una fecha de vencimiento determinada".⁹

Además la Superintendencia de Valores y Seguros define el contrato de opción como *un contrato a través del cual su comprador o titular adquiere a un precio denominado prima de la opción, el derecho a comprar (opción de compra) o vender (opción de venta), durante un plazo o en una fecha determinada y a un precio pre-*

⁴ Lehman, Sergio, y Budnevich, Carlos; *Derivados en el mercado de capitales chileno, beneficios y cobertura de riesgos para el emisor*, ob. cit., pág. 12.

⁵ Parada Daza, Rigoberto; *Mercado de futuros financieros y de opciones*. Editorial Andrés Bello, 1993, página 65.

⁶ Engler Palma, María Cecilia; *Mecanismos jurídicos de administración de riesgos*. Editorial Conosur, 1997, página 56.

⁷ Fernández, Pablo; *Opciones, futuros e instrumentos derivados*. Editorial Deusto, 1996, página 19.

⁸ Lamothe, Prosper; *Opciones financieras, un enfoque fundamental*. Editorial Mc Graw-Hill, 1993, pág. 3.

⁹ Bollini Straw, Carlos; Goffar, Mario; *Operaciones bursátiles y extrabursátiles*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, página 272.

*fijado llamado precio de ejercicio de la opción, un número determinado de unidades de un activo objeto previamente definido y debidamente caracterizado.*¹⁰

D. Proposición de concepto

Analizando las definiciones anteriormente señaladas concluimos que todas ellas carecen de elementos esenciales propios de esta institución. Así las cosas, estas definiciones no califican a esta institución como un contrato, en circunstancias que no cabe duda de que estamos en presencia de aquél, según veremos. También, algunas de estas definiciones circunscriben el ámbito de aplicación de las opciones al campo de las acciones, olvidando que su ámbito de aplicación es mucho mayor. En efecto, las opciones no sólo pueden recaer sobre estos títulos valores, sino también sobre otros tipos de activos. Así, para entender mejor la operación, hemos pretendido abarcar todos sus elementos esenciales, para señalar el siguiente concepto:

“La opción es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada comprador, titular o poseedor, adquiere el derecho pero no la obligación de comprar o vender en o hasta una determinada fecha, un activo, que recibe el nombre de activo subyacente, a un precio determinado denominado el precio de ejercicio, asumiendo la otra parte, que recibe el nombre de vendedor o suscriptor, la obligación de vender o comprar tal activo a dicho precio, si el primero decide ejercer su facultad contractual, todo ello generalmente a cambio del pago de una suma de dinero llamada prima o premio”.¹¹

E. Elementos del concepto

- i) *Contrato*; la opción constituye un contrato, esto es, una especie de acto jurídico bilateral que consiste en un acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinada a crear derechos y obligaciones para una de ellas o para ambas partes. En efecto, la opción es un acuerdo de voluntades entre

¹⁰ Norma de Carácter General N° 200 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de 7 de agosto de 2006, la cual establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos derivados financieros y operaciones de préstamo de acciones.

¹¹ Atendiendo al derecho que adquiere el titular de la opción, podemos clasificar lo anterior en: (i) opción de compra o *call*, esto es, un contrato en virtud del cual el titular adquiere el derecho a comprar un determinado activo subyacente a un precio de ejercicio en una fecha de expiración, obligándose el vendedor a enajenar tal activo al precio señalado en el contrato si el titular ejerce su derecho, todo ello a cambio del pago de una prima; y (ii) opción de venta o *put*, esto es, un contrato en virtud del cual el titular adquiere el derecho a vender un activo subyacente a un determinado precio de ejercicio en una fecha de expiración, obligándose el suscriptor a adquirir tal activo en dicho precio si el titular ejerce su opción, todo ello a cambio del pago de una prima o premio.

el *titular* y el *suscriptor*, en virtud del cual el primero adquiere usualmente a cambio del pago de una prima o premio, el derecho o la facultad de comprar o vender a un determinado precio un activo, todo ello en o hasta una fecha determinada en la convención, asumiendo el último la obligación de venderlo o comprarlo según el caso, al precio de ejercicio referido, ello en el supuesto de que el comprador decida ejercer positivamente su opción de compra o venta. Por consiguiente es esencial a esta institución que el comprador adquiriera un derecho a comprar o vender, pudiendo o no pesar sobre él la obligación de pagar una prima o premio, aspecto que no es de la esencia de la operación. Correlativamente para el vendedor es esencial la obligación de vender o comprar. Así lo anterior constituye una primera aproximación a la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución.

- ii) *Las partes*; en la operación concurre el concurso de voluntades de dos partes. Por un lado está el *comprador, titular o poseedor* de la opción, quien en virtud del contrato adquiere el derecho (pero no la obligación) a comprar o vender el activo subyacente al precio de ejercicio fijado en la convención. El ejercicio de su derecho está circunscrito a una determinada época, que también se fija en la misma convención. No es de la esencia de la operación que esta parte se encuentre obligada a pagar una prima o premio al vendedor. No obstante lo anterior, lo usual será que exista la referida obligación, ello en atención a que esta recompensa económica será lo que normalmente llevará al vendedor o suscriptor a celebrar el contrato. Es muy importante señalar que la única obligación del *titular* será la de pagar la prima o premio al vendedor, y sólo en el evento que haya sido establecido en el contrato. En caso alguno resulta obligado a comprar o vender el activo subyacente, por cuanto lo que se está adquiriendo es un derecho, aspecto esencial que distingue al contrato de opción del contrato de *forward*.¹² Por otro lado encontramos al *vendedor o suscriptor*, quien en virtud del contrato adquiere la obligación (y no el derecho) de vender o comprar el activo al precio de ejercicio, si el *titular* decide ejercer positivamente su opción de compra o venta. En la operación esta parte usualmente adquirirá el derecho a exigir del comprador el pago de la correspondiente prima o premio, aspecto no esencial de la institución.

¹² "Es una figura jurídica en virtud de la cual los sujetos intervinientes convienen en entregar y recibir respectivamente, en una fecha futura especificada en el documento que da cuenta de la misma, una cantidad de dinero a un tipo de cambio (si se trata de divisas) o a un tipo de interés (si es préstamo o depósito), convenido en el momento de su celebración y reflejado en ella". *Derecho Comercial, Tomo II*, Ricardo Sandoval López, Editorial Jurídica de Chile, página 403. Otra definición señala que es un "contrato a través del cual el comprador o vendedor adquiere la obligación de comprar o vender a una fecha futura preestablecida, un número determinado de unidades de un activo objeto previamente definido y caracterizado, a un precio predefinido al momento de su celebración" (*Norma de Carácter General N° 204* de 28 de diciembre de 2006 de la Superintendencia de Valores y Seguros).

En resumen: en la opción nos encontramos con derechos y obligaciones para las partes, tanto esenciales como no esenciales. El comprador tiene el derecho esencial de comprar o vender el activo al precio de ejercicio, y la obligación no esencial de pagar la prima o premio. Correlativamente, el vendedor tiene la obligación esencial de vender o comprar el activo al precio de ejercicio, si el titular opta por comprar o vender respectivamente, y el derecho no esencial de exigir el pago de una prima o premio por la operación.

- iii) *El activo*; la opción de compra o venta recae sobre un activo que se denomina activo subyacente. Generalmente se suele circunscribir la operación de opción sólo al ámbito de las acciones. Sin embargo, el campo de aplicación va más allá. En efecto, el activo sobre el cual recae el derecho del titular de comprar o vender puede consistir, entre otros, en: acciones, índices bursátiles, tasas de interés, divisas, futuros, mercancías, opciones compuestas. Así también, cuotas de fondos, instrumentos de renta fija, productos, *commodities*¹³ y títulos representativos de estos activos.
- iv) *El premio o prima*; constituye la suma de dinero que paga el titular de la opción al suscriptor de la misma. Recordemos que lo usual será el establecimiento de esta obligación para el comprador, pero ella no es esencial a la institución. En el evento de que se establezca, ella debe ser pagada normalmente al momento de perfeccionarse el contrato de opción, ello sin perjuicio de algo distinto que estipulen las partes. El premio no constituye un pago parcial o anticipado sobre el activo subyacente, sino que un pago total y completo realizado por el comprador. Dicho de otra forma, al premio no debe tratarse como un anticipo del precio a pagar en el contrato definitivo posterior, sino como un pago no reintegrable al comprador si este decide no hacer ejercicio del derecho de opción. En efecto, podemos decir que es el precio que paga el comprador al vendedor, para que se produzca la adquisición del derecho y su correlativa obligación. El monto de la prima, en consecuencia, dependerá de una serie de factores, tales como la relación entre el precio de mercado del activo subyacente y el precio de ejercicio señalado en el contrato, la fecha de expiración del contrato, etc. Así, este elemento sin lugar a dudas es el principal incentivo que el vendedor o suscriptor tiene para celebrar el contrato de opción, sin perjuicio que lo anterior no es un aspecto esencial en el contrato.

¹³ "Se entenderá como *commodities* a aquellos productos que provengan directa o indirectamente de la agricultura, ganadería, silvicultura, actividades hidrobiológicas, extracción de hidrocarburos y minerales metálicos y no metálicos, o cualquier otra actividad que pueda ser entendida como agropecuaria o de extracción mineral de acuerdo a normas nacionales o extranjeras" (*Norma de Carácter General N° 204*, de 28 de diciembre de 2006, de la Superintendencia de Valores y Seguros).

- v) *El precio de ejercicio*; es el precio al cual se va a comprar o vender el activo subyacente, si el comprador decide ejercer su derecho de opción. Es decir, si estamos en presencia de una opción de compra, el precio de ejercicio corresponde al precio al cual el *comprador* adquirirá el activo subyacente si ejerce su opción y el precio al cual el *vendedor* va a estar obligado a enajenar en el evento anterior. Ahora bien, si estamos en presencia de una opción de venta, lo anterior corresponderá al precio al cual el *comprador* enajenará el activo subyacente y correlativamente el precio al cual el *vendedor* de la opción tendrá que adquirirlo, todo lo anterior en el evento que el titular de la opción de venta decida ejercerla positivamente.
- vi) *Fecha de expiración*; es un elemento esencial de la operación en estudio. Es la época¹⁴ en que la opción podrá ser ejercida por el titular de la misma. Ella podrá ser una fecha específica, caso en el cual el derecho sólo podrá ser ejercido *en dicha fecha*, o bien puede contener un plazo de vencimiento, caso en el cual el titular podrá ejercer el derecho de opción *hasta dicha fecha*. Una vez materializada la fecha determinada en el contrato, se extingue el derecho del titular. Atendiendo a este importante elemento surge una clasificación doctrinaria de las opciones: (i) *europaea* y (ii) *americana*. Estaremos en presencia de la primera cuando la opción se puede ejercer *en la fecha* especificada en el contrato, y nos encontraremos en la segunda situación cuando la opción se puede ejercer *hasta la fecha* determinada en el contrato.¹⁵ La clasificación anteriormente aludida tiene un origen histórico, pues tradicionalmente en Estados Unidos de Norteamérica las opciones sobre acciones se han podido ejercer en cualquier día desde la adquisición del derecho hasta la época fijada en el contrato. En cambio cuando surge el primer mercado organizado en Europa, sus promotores deciden que los contratos de opción negociados en dicho mercado tendrían una única y exclusiva fecha de ejercicio. Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad tanto en el mercado norteamericano como en el europeo se negocian ambos tipos de modalidades de opciones.
- vii) *Otros elementos*; de carácter accesorio, como la forma en que el titular comunicará al emisor su decisión de ejercer el derecho, o bien si se trata de una opción de ejercicio automático que no requiere de tal comunicación. También podrán incorporarse en el contrato cláusulas destinada a proteger las partes de posibles incumplimientos contractuales, tales como garantías, la posibilidad de resolver el contrato, etc.

¹⁴ Entendiendo época como momento o instante.

¹⁵ Así en la *opción europea* el titular de la opción tiene una fecha específica para ejercer su derecho (vgr. el día 31 de marzo de 2008), mientras que en la *opción americana* el titular de la opción puede ejercer su opción hasta una determinada fecha (vgr. desde la celebración del contrato de opción, esto es, desde el día 2 de enero de 2008 hasta la fecha de expiración, esto es, el día 31 de marzo de 2008).

F. Características de la opción como contrato

- i) *Es un contrato*: en general cuando una de las partes concede a la otra la facultad de decidir sobre la celebración de otro contrato, en un momento o en un período determinado. Sería el caso por ejemplo del *leasing* y del contrato de opción sobre activos subyacentes. En efecto, el vendedor otorga al titular o comprador de la opción el derecho a decidir sobre la celebración del contrato definitivo, y en el contrato de opción la voluntad de ambas partes habrá concurrido desde el momento mismo de su celebración. Así el contrato definitivo es independiente del contrato de opción, toda vez que el contrato de opción es un verdadero contrato preparatorio de otro contrato, que normalmente será una compraventa, sin perjuicio de señalar que no existe inconveniente legal en que sea cualquier otro contrato el que en definitiva se celebre.
- ii) *Es un contrato civil o mercantil*: por ejemplo, si en el contrato interviniera un banco comercial y un cliente, la operación será mercantil para el primero y civil o mercantil para el segundo.¹⁶
- iii) *Es consensual*: vale decir que para que nazca a la vida jurídica basta el solo acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes, sin que deban cumplirse formalidades propiamente tales o solemnidades.¹⁷ Aquí es importante señalar dos observaciones: (1) en este aspecto encontramos una de las diferencias que tiene esta institución con el contrato de promesa reglamentado en el Código Civil,¹⁸ y que para algunos autores constituiría una promesa unilateral de contrato, opinión que no compartimos, según lo veremos al tratar la naturaleza jurídica de la institución; (2) no obstante ser un contrato consensual, en la práctica se estipulará por escrito como una formalidad de prueba.
- iv) *Es bilateral*: pues lo normal es que ambas partes resulten obligadas en virtud del contrato. En efecto, el titular se encuentra obligado al pago de la prima o premio, y el suscriptor o vendedor se encuentra obligado a vender o comprar el activo subyacente si el comprador ejercita positivamente su opción. Excepcionalmente el contrato podrá ser unilateral cuando no se estipule el pago de una prima para el vendedor, pues en tal

¹⁶ Ver artículo 3° del Código de Comercio.

¹⁷ En el derecho moderno la tendencia general es que se considera que la voluntad, manifestada de cualquier manera que permita conocerla, es apta, por sí sola, para engendrar un acto jurídico; Víctor Vial del Río, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Vol. I, página 150; en igual sentido Enneccerus-Kipp-Wolf, *1 Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Bosch, año 1948, pág. 119.

¹⁸ Ver artículo 1554 del Código Civil.

caso el titular no tendrá obligación alguna, resultando por tanto obligado sólo el suscriptor de la opción.

- v) *Es generalmente oneroso conmutativo*: ello si se estipula el pago de una prima para el vendedor. En efecto, si así sucede, la operación reportará un beneficio para ambas partes y la prima será equivalente al derecho de opción que adquiere el titular. El beneficio para el titular viene dado por la circunstancia de que tiene un derecho de opción incorporado en patrimonio que va a poder ejercitar si económicamente es conveniente. Por lo tanto el beneficio se materializa desde el mismo momento o instante de la celebración del contrato de opción, independiente de si decidirá ejercer su opción.
- vi) *Es preparatorio*: de otro contrato definitivo que se va a celebrar si el titular decide ejercer positivamente su opción. Se debe señalar que el contrato de opción es independiente del contrato definitivo.
- vii) *Es privado*: toda vez que tiene un amplio campo la aplicación de la libertad contractual entre las partes que concurren a su celebración.
- viii) *Es atípico*: toda vez que no se encuentra reglamentado orgánicamente en la ley.¹⁹

¹⁹ La regla general es que los contratos de opción sobre activos subyacentes no se encuentren sujetos a limitaciones, y ello es plenamente justificable atendido a que constituye un principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Sin embargo, en ciertos casos y tratándose de determinadas personas/entidades, nuestro legislador estableció limitaciones a esta institución. En efecto, al legislador no le es indiferente que en el contrato de opción intervenga un banco comercial, una administradora de fondos de pensiones, una compañía de seguros y/o reaseguros, un fondo mutuo o bien un fondo de inversión. El legislador junto con la superintendencia respectiva han establecido las condiciones y requisitos que una opción debe cumplir, para que las entidades señaladas puedan ser parte en este contrato. En este sentido las limitaciones se pueden dividir en: a) limitaciones de carácter cambiario y financiero, v.gr. capítulo IX del compendio de cambios internacionales del Banco Central de Chile, que establece las normas relativas a la información de las operaciones con instrumentos derivados; también el capítulo III.D.1 del compendio de normas financieras del Banco Central de Chile; b) limitaciones relativas a inversionistas institucionales, v.gr. los artículos 21 y 22 del DFL 251 y su norma de carácter general N° 200, que establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos financieros y operaciones de préstamos de acciones efectuadas por compañías de seguros y/o reaseguros; el artículo 13 N° 10 y su norma de carácter general N° 204, que norma la inversión de los fondos mutuos en instrumentos derivados; el artículo 5° de la Ley 18.815 y su norma de carácter general N° 113, que contiene las limitaciones a instrumentos derivados que efectúen los fondos de inversión.

G. Naturaleza Jurídica

- i. ¿Cómo podríamos calificar a la opción? En una primera aproximación, la opción es una especie de acto jurídico unilateral, particularmente una oferta de celebrar un contrato que efectúa el suscriptor al titular de dicha opción. Sin embargo, tal calificación la debemos desechar, toda vez que la oferta no obliga al oferente a celebrar el contrato ofrecido y caduca, entre otras causales, por su muerte, todos aspectos que no concurren en la institución que es objeto de nuestro estudio.
- ii. En nuestra opinión, la figura en estudio constituye un verdadero *contrato*, esto es, una especie de acto jurídico bilateral que consiste en el acuerdo de voluntades entre dos o más partes encaminado a crear derechos y obligaciones sea para una de ellas o para ambas. En efecto, estamos en presencia de un verdadero concierto de voluntades entre el titular y el suscriptor, en virtud del cual el segundo se obliga a celebrar el contrato definitivo en las condiciones señaladas, en el evento de que el primero ejerza su opción en la época de vencimiento y que ha adquirido a virtud del contrato, y obligándose generalmente al pago de una prima o premio.
- iii. Precisado el carácter contractual de la institución, nos corresponde ahora determinar la naturaleza jurídica del contrato, esto es, encuadrarlo dentro de las clases de contratos que se encuentran reglamentados en nuestra legislación o bien si estamos derechamente en presencia de una figura contractual. Sin embargo, nos parece pertinente detenernos en dos aspectos que a nuestro juicio representan mucha importancia y que conviene precisar:
 - (1) La naturaleza jurídica del contrato no va a depender de la denominación que de él hagan las partes, sino que será determinada sobre la base de los hechos que configuran la convención.

No deben confundirse dos procesos que son diferentes: el proceso de interpretación y el de calificación de la convención. Cuando se interpreta el contrato se está determinando el alcance de los efectos del mismo, esto es, de los derechos y obligaciones que este crea. En cambio calificarlo es determinar la naturaleza del mismo encuadrándolo dentro de los contratos que se encuentran reglamentados en la ley o bien dentro de un contrato no reglamentado en ella, todo esto independiente de la denominación que le den las partes (las cosas son lo que son y no lo que se dice que son). Por otra parte, se debe destacar que los procesos de interpretación y calificación del contrato están íntimamente relacionados, pero ello no quiere significar que siempre

concurran ambos. En efecto, puede suceder perfectamente que una convención sea objeto de interpretación, pero no de calificación. Tal sería el caso por ejemplo de que no exista discusión alguna de que estamos en presencia de un contrato de compraventa, pero sí se discute el alcance de una de las cláusulas incorporadas al contrato.

- (2) A la inversa puede suceder que un contrato sea objeto de calificación, pero no de interpretación. Así sucedería por ejemplo cuando está claramente determinada la voluntad común de las partes contratantes, pero no se sabe cuál es el contrato que celebraron.

Así también puede suceder que ambos procesos concurren, pero en tal caso se discute cuál es el proceso que viene primero. Dicho de otra forma, cuando el juez se enfrenta a un contrato, ¿debe primero interpretarlo y luego calificarlo, o hacer el proceso contrario? Al respecto Jorge López Santa María sostiene: *“La diferencia que existe (entre calificar e interpretar) queda, además establecida al comprobarse que siempre la interpretación debe preceder a la calificación. Se discute si el contrato celebrado es uno de los nominados por la ley o si él es atípico. Es inconcuso que una resolución acertada comenzará por investigar cuál fue la voluntad que declararon efectivamente las partes al contratar; se establecerá la voluntad común, para solo después de fijado el alcance del contrato efectuar la calificación correspondiente. ¿Cómo podría el juez calificar de innominado el contrato si no conoce la voluntad de las partes, desde que el texto contractual es de una obscuridad abismante? Solo investigando, en primer lugar, cual fue la voluntad que dio nacimiento al contrato podrá él llegar después a una calificación acertada”*.²⁰ Estamos por esta opinión, concluyendo que frente a un contrato lo primero que se debe hacer es determinar cuál ha sido la voluntad común de las partes contratantes, para luego proceder a calificarlo.

- iv. Efectuamos estas dos observaciones por cuanto se deben tomar en consideración al momento de determinar la naturaleza de esta institución. Nos detenemos en la segunda de ellas, toda vez que afirmamos que antes de entrar a calificar jurídicamente el contrato de opción, debemos primero entrar a conocer cuál ha sido la voluntad común de las partes contratantes, esto es, del suscriptor y del titular, atendido lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil.

²⁰ López Santa María, Jorge; *Los Contratos, Parte General*, Tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, página 510, párrafos 2° y 3°.

- v. Ahora bien, ¿y por qué es importante la determinación de la naturaleza jurídica del contrato en estudio? Dos son las razones fundamentales:
- (1) Porque de ello dependerá que se aplique al contrato en estudio toda una reglamentación legal que no puede ser modificada por la voluntad de las partes o bien de carácter supletorio que entre a regular lo que las partes no determinaron al celebrar el contrato. En efecto, si concluimos por ejemplo que la figura en estudio constituye un contrato de compraventa, tendremos que aplicarle ciertas disposiciones legales de carácter supletorio (si este nada dice), e incluso de carácter prohibitivo que no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes contratantes, v.gr. el artículo 1796 del Código Civil, que impide celebrar un contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad y entre el padre o madre y el hijo de familia. Por consiguiente si calificáramos a la opción como un contrato de compraventa, se aplicaría lo referido anteriormente.
 - (2) Porque cuando el juez califica la convención, es una cuestión de derecho a cuyo respecto procede el recurso de casación en el fondo ante nuestro máximo tribunal. Vale decir, una errónea calificación del contrato por parte del juez haría procedente el recurso antedicho y en tal evento, según los casos, las leyes infringidas serían:
 - a. La ley del contrato, consagrada en el artículo 1545 del Código Civil.
 - b. La ley que define el contrato conforme al cual se califica.
 - c. La ley que define el contrato conforme al cual se debería calificar, y
 - d. Las leyes supletorias de la voluntad de las partes, pues si las partes fueron escuetas, cobrará importancia la calificación, pues de ello dependerán las reglas legales aplicables al contrato.
 - e. Generalmente en un contrato de opción sobre activos subyacentes se suele incluir una cláusula en virtud de la cual conoce de los conflictos a que dé lugar la convención un árbitro arbitrador, esto es, un juez que en cuanto al procedimiento y a la forma de su fallo se sujeta a las reglas establecidas por las partes en el acto constitutivo del compromiso o en su defecto por reglas mínimas de procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil, y en cuanto al fondo de su sentencia se sujeta a lo que su prudencia y

equidad le dictaren. Si así fuere el caso, entonces sería por cierto improcedente el recurso en cuestión, lo que es bastante lógico, por cuanto la Corte Suprema conoce de infracciones de ley y no de equidad.

En definitiva ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato de opción? Vale decir, debemos encuadrarlo dentro de las figuras contractuales típicas (consagradas y reglamentadas en la ley) o bien dentro de una figura contractual atípica, que es el fruto del principio de autonomía de la voluntad de que gozan las partes, y en particular, de la libertad contractual. Hoy son pocos los autores que se refieren *in extenso* a este tema, por lo que trataremos de hacer un pequeño aporte, pues creemos que determinar la naturaleza jurídica es de suyo importante en el evento de litigios derivados de incumplimientos contractuales. Al respecto dividiremos el trabajo en dos partes:

I. La primera está encaminada a señalar brevemente las opiniones existentes, para luego concluir con nuestro comentario sobre la materia:

- a) *La opción es una compraventa sujeta a condición suspensiva:* porque la institución en estudio está constituida por un solo contrato, y en particular un contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva. En efecto, estamos en presencia de esta figura contractual asumiendo el titular el carácter de comprador o vendedor y el suscriptor el carácter de vendedor o comprador (de la opción de compra y de venta respectivamente). El contrato en cuestión estaría sujeto a una condición suspensiva que consistiría en que el titular ejerza su derecho de opción en el período prefijado en el contrato.
- b) *La opción es una especie de contrato de seguro:* Esta postura sostiene que la figura en estudio constituye un contrato de seguro en que el titular asumiría el carácter de asegurado y el suscriptor el carácter de asegurador. El riesgo cubierto equivaldría a una evolución desfavorable del precio del activo subyacente. Por su parte la prima estaría constituida por el premio que paga el titular al suscriptor. Así la indemnización equivaldría al precio de ejercicio que el suscriptor está obligado a aceptar si el titular decide ejercer positivamente su derecho de opción.
- c) *La opción es una especie de contrato preparatorio:* Entendemos por tal aquel contrato mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato que por el momento no pueden celebrar o bien que está sujeto a una incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad. En esta figura existen dos contratos: (1) el contrato preparatorio que liga a las partes

jurídicamente para la celebración de (2) otra convención independiente que es el contrato definitivo y que las partes no pueden o no quieren celebrar por razones de diferente índole. Lo anterior se encuentra reafirmado por Jorge López Santa María, quien al efecto señala: “*El carácter futuro del contrato definitivo explica o confiere sentido al contrato preparatorio. Como el resultado económico que las partes aspiran a lograr no es susceptible de alcanzarse de inmediato sea por obstáculos legales, financieros o de otra naturaleza, ellas se vinculan jurídicamente desde ya a través de un contrato preparatorio, obligándose a celebrar después el contrato definitivo que satisfará sus obligaciones, una vez subsanado el o los obstáculos actuales*”.²¹ Ahora bien, en doctrina se señalan dos especies típicas de contratos preparatorios: (i) el contrato de promesa regulado en el artículo 1554 del Código Civil, y (ii) el contrato de opción del derecho común, que es una figura atípica.²² En relación a lo anterior, parte de la doctrina señala que el contrato de opción es una especie de contrato de promesa unilateral, pero creemos que son figuras diferentes que no deben confundirse. Sin embargo, si bien es cierto esta doctrina está de acuerdo con que el instrumento derivado en análisis constituye un contrato preparatorio, se dividen al momento de determinar a qué contrato preparatorio nos estamos refiriendo. Así surgen dos posiciones: a) una primera que sostiene que es una **especie de contrato de promesa unilateral**: El contrato de promesa es una especie de contrato preparatorio que se encuentra reglamentado en el artículo 1554 del Código Civil, y que consiste en aquella convención en virtud de la cual las partes, sea una de ellas o ambas, se obligan a la celebración de un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición, que no pueden o no quieren celebrar en el presente por diferentes razones. Es decir, la obligación que genera el contrato de promesa es una obligación de hacer que puede pesar sobre una de las partes, caso en el cual estamos en presencia de un contrato de promesa unilateral, o bien sobre ambas, caso en el cual la promesa asume el carácter de bilateral. Esta doctrina califica al contrato de opción como una especie de contrato de promesa unilateral en virtud de la cual sólo resulta obligado a suscribir el contrato definitivo el suscriptor, no así el titular, quien adquiere el derecho personal o crédito para exigir el cumplimiento de la obligación de hacer, vale decir, el derecho a exigir la celebración del contrato definitivo; b) y la segunda posición sostiene que es una **especie de contrato de opción del derecho común**:²³ En efecto, contrato de opción a que se refieren los autores del derecho común consiste en aquella convención

²¹ López Santa María, Jorge; *Los Contratos, Parte General*, Tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, página 160.

²² López Santa María, Jorge; ob. cit., página 162.

²³ Engler Palma, María Cecilia. *Mecanismos jurídicos de administración de riesgos*; ob. cit., página 63.

no reglamentada en la ley (fruto de la libertad contractual), en virtud de la cual una parte se obliga para con otra a otorgarle una determinada prestación, quedándole a esta la facultad de aceptarla o rechazarla. En esta figura intervienen dos partes. El optatario, que otorga al optante la facultad de decidir si acepta o no el contrato, y este último. Al igual que en el contrato de promesa, deben especificarse los elementos esenciales del contrato definitivo que se va a celebrar en el futuro.²⁴

d) Sin perjuicio de lo anterior, podemos señalar que la institución, esto es, la opción, constituye una **especie de contrato preparatorio** y dentro de estos una **especie de contrato de opción del derecho común**. En efecto, no estamos en presencia de las otras figuras contractuales referidas:

i. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva**, ello en atención a los siguientes fundamentos:

1. El contrato de compraventa, de acuerdo al artículo 1793 del Código Civil, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero...". Constituyen elementos esenciales (aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro distinto de conformidad con el artículo 1444 del Código Civil) del contrato en cuestión el precio y la cosa vendida. En el contrato de opción no se dan estos supuestos. En efecto, el *titular* adquiere el derecho, pero no la obligación de celebrar el contrato definitivo, y el *suscriptor* adquiere la obligación de concurrir a su celebración si el primero ejercita positivamente su opción. Es decir, en el contrato en cuestión estamos en presencia de una obligación de hacer (y no de una obligación de dar), cuyo deudor es el suscriptor y cuyo acreedor es el titular. De lo anterior debemos concluir que la figura en cuestión constituye un contrato unilateral, salvo que se pacte el pago de una prima a favor del suscriptor, caso en el cual el contrato asumirá el carácter de bilateral. Sin embargo, como señalábamos anteriormente, la prima no constituye una obligación esencial del contrato de opción, por lo que este podría perfectamente asumir el carácter de unilateral, cuestión que jamás sucedería en el contrato de compraventa.

²⁴ Munita Luco, Diego; *El contrato de opción, contrato preparatorio general de formación directa del definitivo*; Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 1998, página 28.

2. No siempre el contrato que se prepara va a ser una compraventa. Así sucedería por ejemplo en el caso de la opción sobre tasas de interés, en que estaría constituido por un mutuo, o bien en el caso de las opciones compuestas, en que sería otro contrato de opción.
 3. La prima que se paga generalmente al suscriptor en virtud del contrato de opción no constituye un anticipo del pago del precio del contrato definitivo, por lo que surge no en virtud del contrato de compraventa, sino que en virtud de una figura independiente como lo es el contrato de opción.
 4. Se admite la posibilidad de que el contrato de opción prepare otro contrato de opción. Si aceptáramos la calidad de compraventa del contrato en estudio, entonces nos encontraríamos con dos contratos de compraventa que se encontrarían superpuestos.
 5. Calificar el contrato de opción como un contrato de compraventa haría aplicable una serie de prohibiciones legales que entrarían el tráfico de los negocios (v.gr. el artículo 1796 del Código Civil).
- ii. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de seguro**, ello en atención a los siguientes fundamentos:
1. Si bien es cierto ambos contratos perseguirían una finalidad similar, que sería cubrirse del riesgo que significa una evolución desfavorable de los precios del activo subyacente para el titular, no es menos cierto que en el contrato de seguro si ocurre el siniestro, esto es, si hay una evolución desfavorable de precios, el asegurador debería pagar la indemnización correspondiente, cuestión que no necesariamente sucedería en el contrato de opción, por cuanto no obstante que se produzca esta evolución, el titular podría perfectamente decidir ejercer su derecho de opción y concurrir a la celebración del contrato definitivo, y a la inversa, no obstante que existiera una evolución favorable de precios del activo subyacente, el titular podría perfectamente decidir no ejercitar su derecho de opción.
 2. Constituye un elemento esencial del contrato de seguro el interés asegurable. Si calificáramos a la opción como un contrato de seguro, dejaríamos fuera del mercado de las opciones a aquellas personas que buscan con la operación utilidades en el corto plazo (v.gr. operaciones comerciales de arbitrajes) y a los especuladores que buscan beneficios en base a tendencias del mercado, por las que apuestan. Sólo podrían celebrar contratos de opción aquellas

personas que pretenden con la operación cubrirse del riesgo que significa las fluctuaciones de los precios del activo subyacente.

iii. La opción *no* puede ser considerada como un **contrato de promesa unilateral**, ello en atención a los siguientes argumentos:

1. Normalmente en el contrato de opción se establece en beneficio del suscriptor el pago de una prima o premio. En este caso el contrato asume el carácter de bilateral, por cuanto tanto el suscriptor como el titular resultarían obligados en virtud del contrato. El primero se obliga a la celebración del contrato definitivo si se ejerce la opción, y el segundo al pago de la prima. Se podría sostener que en este caso estaríamos en presencia de un contrato de promesa bilateral, cuestión que no resiste mayor análisis, puesto que en el contrato de opción el único que resulta obligado a celebrar el contrato definitivo es el suscriptor y jamás el titular, quien adquiere el derecho a que ello ocurra, pero jamás la obligación. El carácter bilateral de la promesa en cambio viene dado por la circunstancia de que ambas partes resulten obligadas a la celebración del contrato definitivo, cuestión que jamás sucederá en el contrato de opción, ya que la esencia de este es que el titular adquiera el derecho a suscribirlo, pero no la obligación.
2. Calificar el contrato de opción como un contrato de promesa unilateral entraría enormemente la fluidez de los negocios, pues el contrato de opción caería dentro de la órbita de la presunción de invalidez que consagra el artículo 1554 del Código Civil, conforme a la cual el contrato de promesa no tiene valor alguno, salvo que se acredite la concurrencia de todos los requisitos señalados en los numerandos de dicha disposición. Así por ejemplo el contrato de opción asumiría el carácter de solemne a la luz de lo dispuesto en el N° 1, que exige que la promesa debe constar por escrito.
3. Si aceptáramos que la opción fuere una promesa unilateral, sería discutible la posibilidad de que la figura contractual en estudio pudiese tener lugar respecto de contratos consensuales, a la luz de la exigencia del N° 4 del artículo 1554 del Código Civil.²⁵
4. Para algunos autores, el artículo 1554 del Código Civil no trata del contrato de promesa, sino que de promesa a secas, lo que ha lleva-

²⁵ Véase discusión al efecto en Abeliuk Manasevich, René; *El Contrato de Promesa*, Editorial Ediar Ltda.. 1983, página 28, párrafo 3°, y página 29, párrafo 1°.

do a sostener que toda convención que no se encuentre legislada especialmente en otro texto legal, y que establezca la obligación de otorgar un contrato en el futuro, cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 1554, so pena de nulidad. Creemos sin embargo que ello es una postura altamente inconveniente que atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad, y en particular de la libertad contractual consagrada en el artículo 1545 del Código Civil, y conforme al cual las partes son soberanas para celebrar cualquier tipo de contrato e incluir las cláusulas que deseen, encontrando como única limitación el orden público, las buenas costumbres y la ley; pero esta última bien entendida, y no como el fruto de interpretaciones antojadizas que pueden entorpecer la práctica de los negocios en general y restringir la libertad de las personas, tan preciada en nuestros tiempos.

5. Reconociendo que la mayoría de los autores están por una opinión contraria, se ha discutido mucho en doctrina la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico permita la celebración de promesas unilaterales de celebración de contratos bilaterales.²⁶ Esto hace que uno de los casos más frecuentes de aplicación de la institución en estudio podría ponerse en duda, esto es, la opción *call* y la opción *put*, que son contratos preparatorios de celebración de un contrato de compraventa, vale decir, de un contrato bilateral.

II) Por todo lo señalado anteriormente es que sostenemos que la figura en estudio constituye un ***contrato preparatorio de opción del derecho común de celebración de otro contrato definitivo***. En efecto, estamos en presencia de dos contratos:

- (a) ***un contrato efectivo***: que es el contrato de opción, en virtud del cual una de las partes que es el titular adquiere el derecho pero no la obligación de celebrar un contrato definitivo sobre un activo subyacente a un precio de ejercicio determinado, obligándose la otra, que toma el nombre de suscriptor, a concurrir a su celebración en esas condiciones, si el primero ejercita su crédito dentro de la época de vencimiento, todo ello a cambio generalmente del pago de una prima. Por lo tanto son dos las partes que concurren a su celebración: El titular, que es el acreedor de una obligación de hacer, y el suscriptor, que es el deudor de la misma obligación, la cual está sujeta a una condición suspensiva que depende de la voluntad del acreedor. Tal obligación consiste en la celebración del contrato definitivo.

²⁶ Véase discusión al efecto en Abeliuk Manasevich, René; op.cit., páginas 32 a 35.

Aquí nos detenemos, toda vez que el contrato preparatorio de opción es para parte de la doctrina de dudosa validez, por cuanto vulneraría la norma del artículo 1478 del Código Civil, que sanciona con la nulidad aquella obligación sujeta a una condición que depende de la sola voluntad del deudor, lo que sucedería en el contrato en cuestión. Al respecto cabe destacar que para evitar lo anterior, es común que en los contratos de opción se incorpore una cláusula en virtud de la cual las partes reconocen que en nuestro derecho chileno existen doctrinas que niegan validez a los contratos de opción, y que ellas (las partes) concurren libremente a manifestar que aceptan plenamente su validez. Sin desmerecer que los asesores jurídicos puedan tener muy buenas intenciones al redactar cláusulas de este tipo, ellas adolecerían, no obstante lo señalado, de objeto ilícito si se considera que el contrato vulnera la norma del artículo 1478 del Código Civil. Ello en atención a que esta última disposición constituye una norma de carácter prohibitivo (norma de derecho privado, pero de orden público) que no puede ser alterada por la libre voluntad de las partes contratantes, por lo que tal cláusula infringiría una ley prohibitiva, sancionable con la nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito, todo ello de conformidad al artículo 1478, los artículos 1466 parte final, 1681 y siguientes, todos ellos del Código Civil. De la misma forma se podría discutir la validez de las cláusulas en que se designa un árbitro arbitrador para que conozca de los conflictos a que dé lugar la convención, toda vez que por esta vía los privados podrían derogar eventualmente una norma de orden público, lo cual repugna a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, nuestra opinión es que los contratos de opción no vulneran la norma del artículo 1478 de Código Civil, ello en atención a tres razones fundamentales: (1) en el contrato de opción estamos en presencia de una obligación sujeta a una condición que depende de la voluntad del acreedor y no del deudor y quien tiene la obligación de hacer es el suscriptor. El titular tiene el derecho o crédito a exigir el cumplimiento de tal obligación, y la condición consiste precisamente en que el acreedor ejercite su derecho de opción; (2) existen diversas legislaciones especiales que consagran la posibilidad de celebrar perfectamente contratos de opción. Así sucede por ejemplo con el artículo 3° de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, que permite opciones a la compra y venta de acciones; el artículo 25 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que permite las opciones para suscribir acciones de aumento de capital de la sociedad; el capítulo IX del compendio de cambios internacionales del Banco Central de Chile, que establece las normas relativas a la información de las operaciones con instrumentos derivados; el capítulo III.D.1 del compendio de normas financieras del Banco Central de Chile; los artículos 21 y 22 del DFL 251 y su norma de carácter general N° 200, que

establece normas sobre operaciones de cobertura de riesgos financieros, inversión en productos financieros y operaciones de préstamos de acciones efectuadas por compañías de seguros y/o reaseguros; el artículo 13 N° 10 y su norma de carácter general N° 204, que norma la inversión de los fondos mutuos en instrumentos derivados; el artículo 5° de la Ley 18.815 y su norma de carácter general N° 113, que contiene las limitaciones a instrumentos derivados que efectúen los fondos de inversión; el Código de Minería, que en su artículo 169 inciso primero señala que: *“Será válido el contrato de promesa de venta de una concesión minera o de una cuota o de una parte material de ella, de acciones de sociedades regidas por este Código, y en general de cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo Código, aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo”*. En este último caso, no estamos en presencia de un contrato de promesa, sino que de un contrato de opción que el mismo legislador legitima. Creemos que las normas de nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente, según se desprende del artículo 22 del Código Civil. Por consiguiente la norma del artículo 1478 no debe ser interpretada en forma aislada, sino que en conjunto con otras normas legales. Aplicando lo anterior concluimos que mal puede el legislador no aceptar la validez de los contratos de opción si en otras normas legales está reconociendo plenamente su validez.

Por último, otro argumento para sostener la validez de los contratos de opción es que constituye un principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad y el de la libertad contractual, conforme al cual las partes son libres de celebrar cualquier tipo de convención y de fijar su contenido, con tal que se respete la ley, las buenas costumbres y el orden público. Siendo concluyente la posibilidad real y cierta de celebrar los referidos contratos de opción, máxime si agregamos los argumentos anteriormente descritos.

- (b) y un **contrato potencial**: que es el contrato definitivo que recae sobre el activo subyacente, y que nacerá del acuerdo de voluntades entre el *suscriptor* y el *titular*. El primero deberá prestar su voluntad en cumplimiento de la obligación de hacer derivada del contrato preparatorio de opción que estaba sujeta a la condición del acreedor de ejercitar su facultad contractual, y el segundo la prestará si decide ejercer positivamente su derecho. Sólo desde este momento surgirán las obligaciones propias del contrato definitivo.