

Derecho civil. Tomo quinto. Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones. Volumen II. Contratos Preparatorios: Volumen III. Doctrina general del contrato preparatorio. Contrato de promesa de celebrar contrato. Volumen II². Contrato de opción. Contrato de corretaje o mediación. Contrato preparatorio de compromiso (cláusula compromisoria). Indices.—Por Fernando FUEYO LANERI. 2 vols. Santiago de Chile, 1963, 256 y 287 pp.

Fuerza es que toda obra jurídica comience por estudiar sus conceptos fundamentales, y si esto no es insólito desde el punto de vista científico, sí es significativo que tratándose de investigaciones de derecho, la presentación no sea propiamente de postulados sino de significados, o más brevemente, que todo trabajo jurídico empiece por determinar la terminología que emplea el autor.

Fueyo Laneri no es caso especial sino un ejemplo más de este fenómeno, de modo que este volumen II, destinado al contrato preparatorio, principia por una indagación del sentido de los vocablos, "por sí, andando el tiempo, todos nos ponemos de acuerdo, al menos en un mínimo razonable". Su intención es agrupar los contratos por su sentido económico jurídico sin importar los caracteres civiles o mercantiles de la vieja división. Lo primero, pues, que advierte, es una anarquía de conceptos, desde las tesis que consideran a los contratos preparatorios como una supercategoría (Rafael de Pina, **Elementos de Derecho civil mexicano**, vol. III, p. 308), hasta quienes desconfían de los agrupamientos comunes y llevan algunos a otras categorías (Gerardo Abad Conde y Sevilla, **Derecho civil, obligaciones y contratos**, p. 185). La misma jurisprudencia ofrece conceptos ambiguos como el de precontrato.

La etimología es un recurso simple y a veces útil, por eso el autor recuerda que preparar es verbo activo que significa prevenir, disponer y aparejar una cosa para que sirva a algún efecto ("proeparare", de "proe" antes, y "pararare" aderezar o disponer). El preparatorio sería un contrato que se celebra antes para disponer un futuro, que puede ser cierto si depende de un plazo, o incierto si está sometido a la realización de una condición. Este contrato carece de fin en sí mismo y lo ubica en el que proyecta haciendo posible su conclusión, que en el presente no se puede o no se quiere efectuar, de modo que el futuro aparece como contrato eventual. Sin embargo, la preparación no abarca cualquier apariencia de preparatorio como sería el mandato o la sociedad. La vinculación es de una eficacia preliminar porque se intenta una relación futura y definitiva, ordinariamente entre las mismas partes. La futuridad explica este contrato como resultado económico jurídico que las partes quieren y que un obstáculo legal o natural de las cosas impone una espera, según circunstancias variables en cada estructura: promesa de contrato, opción, corretaje o mediación, cláusula compromisoria, etcétera; en cada caso la relación que se prepara queda subentendida obedeciendo a factores de orden práctico: necesidad, conveniencia, espera o condición. Mientras

tanto, la relación futura no nace, porque apenas se la prepara racionalmente. Fueyo Laneri establece, entonces, el género del contrato preparatorio para la mejor y más completa explicación de las diversas especies, de entre las cuales destaca en primer lugar la promesa de celebrar contrato del art. 1554 del Código Civil chileno.

El contrato preparatorio aparece como una formación progresiva distinta a la formación progresiva del consentimiento que, a su vez, se contrapone a la formación instantánea excepcionalmente lograda. En este sentido se puede hablar de oferta, contraoferta, oferta irrevocable, tratos preliminares: documentales, acuerdos precarios y negociados leales: pero el preparatorio es una etapa jurídica trascendental culminante que obliga a las partes y las orienta o conduce al definitivo, aunque admitiendo caracterizaciones variadas. Así, la promesa de contrato es un preparatorio general capaz de conducir a un sinnúmero de posibilidades, como también puede serlo la opción, el corretaje o mediación, frente a la cláusula compromisoria con una sola finalidad: el compromiso. Además, unos son de tipicidad singular o única, frente a los de multiplicidad de figuras como la cláusula de la que se discute si es contrato civil o procesal.

El contrato que prepara otro tiene por objeto un contrato, ya sea que lo celebren los otorgantes del primero o sólo algunos, pero siempre es fuente de derechos personales sin que quepa exigir directamente la cosa, por más que tenga el aditamento de un derecho real de garantía o preferencia adquisitiva. Sin embargo, no todos dan lugar a la obligación de contratar, como se ve en el corretaje, pero otros ofrecen la estructura de una condición como el retracto convencional de gran parecido con el contrato de opción y más con la promesa unilateral de contrato bilateral, o bien, como el contrato de suscripción de acciones de sociedad anónima en formación.

De otra parte, algunas veces se ha querido incluir en el grupo a contratos que están lejos de ser preparatorios, como el mandato, donde, si bien es un acto que no agota por sí mismo el querer último, carece de estructura sustantiva y sólo ofrece adecuación técnica para la posterior declaración del mandante. Otro tanto puede decirse del contrato de sociedad que comprende estructuras nuevas de simple desarrollo del mecanismo ya creado; esto es, que consiste en un negocio de duración y no un contrato concreto, actual y dirigido a un fin preciso. Sociedad y mandato son abstractos y virtuales, de la categoría de los contratos normativos, como lo es el de cuenta corriente para la reiteración indefinida de operaciones, y del que se aparta el de apertura de crédito como operación jurídica unitaria que atribuye al acreditado un derecho sobre la suma total que el banco pone a su disposición. Por su parte, el de suministro no cabe entre los preparatorios, como cierta doctrina afirma, porque reconoce unidad de vínculo aunque recaiga sobre particulares prestaciones. Al lado de estos contratos, se menciona también el de persona a nombrar que regula el nuevo Código civil italiano de 1942 (arts. 1401 a 1405). Hecha la designación, la persona nombrada adquiere la posición de contratante con efecto retroactivo, de otro modo, el contrato se entiende perfeccionado desde el principio entre los contratantes originarios. No hay, pues, falta de certeza sobre la persona. No es ni representación, ni gestión de negocios, ni contrato a favor de tercero, ni promesa de hecho ajeno, ni interposición ficticia de persona, ni

contrato por quien corresponda; pero tampoco es preparatorio puesto que está concluido en todas sus partes y sólo queda pendiente la modalidad de efectos para el tercero. Por último, se ha hablado de la compraventa con reserva del dominio que convierte la venta en condicional y que en Chile opera exclusivamente como condicionante de la tradición y no de la compraventa, de donde se sigue la imposibilidad de considerarlo como contrato preparatorio.

En lo que atañe particularmente al contrato de promesa de celebrar contrato, además de una terminología variable, Fueyo alude a la confusión entre el género y la especie. En esta figura, el resultado económico jurídico es irrealizable de inmediato, pero las partes juzgan conveniente comprometerse formalmente de inmediato para la conclusión del contrato específico. Este contrato es general por cuanto puede prometerse una sociedad, un arrendamiento, un mutuo, una compraventa, etcétera. En cuanto a su definición, Fueyo propone se le considere contrato preparatorio general, por el que una parte, o ambas, se obligan a celebrar otro que ha de ser legalmente eficaz y que se especifica de momento, por lo menos en sus elementos esenciales, estipulándose al propio tiempo un plazo o una condición, o ambas a la vez, que fijen su futureidad, y concediendo la ley los medios judiciales eficientes para la ejecución forzada. No sirve para trasladar, declarar ni constituir el dominio porque no tiene relación con una cosa sino con la obligación de contratar. No confiere derecho de persecución de la cosa, ni otro derecho real, no puede exigirse la entrega del bien ni es inscribible en el Registro Público porque sería acto "contra natura".

Algunas figuras jurídicas se le asemejan sin contener obligación de contratar, como son los contratos con obligación a plazo, en que sólo se difiere el cumplimiento de un contrato definitivo; o los contratos con obligaciones bajo condición, en que la incertidumbre atañe a la eficacia de la obligación, pero que se diferencia por el objeto; o bien la compraventa a prueba, sujeta a la condición de una posterior conformidad (podría a lo sumo, considerársele unilateral en su inicio y bilateral después, pero siempre como contrato definitivo y único). En cuanto a los sponsales, no constituyen contrato preparatorio ni general ni singular, lo primero por estar destinados a fin específico, y lo segundo por no dar origen a obligación de contratar.

A diferencia de la fórmula clásica de vinculación futura por voluntad de las partes, existen casos de vinculación legal, como las compraventas obligatorias que el Estado impone a los particulares (productores de artículos de primera necesidad); los seguros obligatorios de tipo social; las servidumbres legales y las hipotecas legales. Hay otros extremos en que la ley no es fuente directa, como la obligación de vender impuesta por testamento, la obligación de contratar seguro impuesta por la hipoteca, la de celebrar contratos determinados impuesta por el mandato; todas las cuales son fuentes incuestionables de obligaciones de hacer.

Luego de refutar las tesis que niegan la posibilidad de una promesa de contrato consensual, porque se trata de dos contratos diferenciados por la exteriorización de la voluntad de contratar, Fueyo revisa las regulaciones positivas encontrando que la figura no está específicamente regida en la mayor parte de los cuerpos legales, lo que no impide que se rija por los principios generales de los contratos y las obligaciones conservando su individualidad.

Por cuanto a sus caracteres, el autor encuentra que se trata de un verdadero contrato, preparatorio, general, principal, solemne en el sistema chileno, pero no en otros, que le consideran consensual innominado como en Alemania e Italia, o consensual no regulado, como se le califica en España, con modalidades legales de necesidad por su futureidad, pero no tiene normas legales de carácter excepcional o prohibitivo. Este contrato puede ser, tanto unilateral como bilateral y en ambos casos es válido, pero como en el caso juegan dos contratos, el preparatorio y el prometido, la calidad de cada uno da lugar a combinaciones que alcanzan a cuatro: promesa bilateral de contrato bilateral, promesa bilateral de contrato unilateral, promesa unilateral de contrato bilateral y promesa unilateral de contrato unilateral; figuras de las que sólo ha sido cuestionada la promesa unilateral de contrato bilateral, por no haber distinguido los momentos jurídicos y la individualidad propia.

En los capítulos siguientes, Fueyo Laneri penetra en el estudio de los elementos estructurales: personales, reales y formales, destacando el requisito de la fijación de época que supone futureidad y expresión en el documento y que en cierto modo está matizada con la idea de transitoriedad, pero descartando la indeterminación del plazo y significando por época el instante o momento y no el transcurso del tiempo, lo que no impide la estipulación de épocas sucesivas. Plazo y condición pueden convivir recibiendo aplicación también sucesiva, como sucede con las formas suspensiva y resolutoria, aunque es indispensable admitir lo esencial del plazo fijo por el efecto de caducidad que opera "ipso iure", debiendo rechazarse por ilusoria, una promesa de contrato por largo tiempo por lo mismo que fijar época se contrapone a indeterminación.

El último requisito legal de fondo para que el contrato preparatorio tenga eficacia, es que se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban, por más que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han podido notar marcadas oscilaciones en cuanto a la extensión que ha de darse a este requisito, pero que para Fueyo significa la estipulación de los elementos esenciales como la cosa, el precio, los sujetos, pero no los intereses, sin que importe que el objeto sea indeterminado en el presente, pues al menos debe ser determinable en el momento oportuno. La disposición legal concluye con el inciso relativo a la ejecución forzosa o forzada que es norma común de las obligaciones de hacer (por medio de apremios personales, por cumplimiento a cargo de tercero o mediante indemnización compensatoria sin perjuicio de la indemnización de la mora), pero que no pasa de ser una alternativa, pues la otra es la resolución que también es regla general y que no ha sido excluida para el caso. De todos modos, la sentencia que se dicte será constitutiva en cuanto, por ejemplo, transmita la propiedad materia del contrato definitivo aun sin la intervención del deudor. Este volumen termina con la proposición de soluciones legislativas que se hacen indispensables, para terminar con los inconvenientes derivados de la práctica, como la introducción de la promesa real de compra-venta.

En la segunda parte de este volumen (II²) se comienza por el estudio del contrato de opción, que confiere al sujeto la facultad de elegir entre la realización u obtención y la no realización o no obtención de un contrato o un derecho, facultad concedida por un cierto tiempo y con preferencia a otras personas.

Fuera de discutirse si opción es la denominación adecuada o si es mejor "ad referendum", se ofrecen otros nombres para el titular como son optante, optatario y opcionario, y más para quien formula la oferta irrevocable: promitente, oferente y concedente.

Se trata también de un contrato preparatorio general con oferta unilateral, temporal, irrevocable y completa a favor de quien se limita a admitir expresa o implícitamente. Como en el de promesa de contrato, el de opción constituye una etapa superior en la formación progresiva, en la inteligencia de que se acerca más al contrato definitivo puesto que sólo espera la decisión del optante, al grado de que puede consistir en simple pacto de cláusula de opción, que puede ir combinado con una prima alzada o por tiempo.

Sin embargo, el deslinde frente a figuras afines sólo puede hacerse sobre la base del conocimiento de las circunstancias y los móviles. Concurren en la especie las siguientes premisas: obedece a una necesidad del tráfico, su estructura es irremplazable por otras figuras y, consecuentemente, posee una individualidad propia. Pero la legislación no ha sido tan afortunada en esta materia como en la promesa de celebrar contrato, por lo que Fuego se ve en la necesidad de acudir a principios generales de los contratos, las obligaciones, la autonomía privada y la licitud. Con todo, reconoce el autor que los más modernos códigos americanos, como el venezolano de 1942, el peruano de 1936, el mexicano de 1928 y el brasileño de 1917, dejan de regular la materia, probablemente por influencia del chileno del que tomaron largos tramos, de modo que frecuentemente se le confunde con el contrato de promesa de celebrar contrato, ya porque es general y tiende a la preparación de un número indefinido de figuras contractuales, ya porque puede tender a la conclusión de un contrato preliminar; de cualquier manera, es un contrato completo puesto que contiene todas las enunciaciiones de la oferta, aunque no tiene en sí sustantividad negociaal capaz de satisfacer actualmente el fin de las partes, de donde deriva que sea de calificación bilateral con efectos más relevantes para una de las dichas partes.

Después de presentar las diferencias con algunas figuras (con la oferta irrevocable de carácter unilateral, con la promesa unilateral de contrato que necesita nueva manifestación de voluntad, con el contrato de promesa bilateral que es un compromiso asumido en forma de obligaciones de hacer, con el pacto de retroventa porque la opción no tiene como precedente un contrato dado, con el pacto de preferencia en que el obligado está sustituido por un sujeto que conserva la libertad de decidir si contrata o no, con el contrato bajo condición que es figura definitiva, con las obligaciones alternativas que son efecto de un contrato perfeccionado y, en fin, con figuras impropias como el mandato, la gestión de negocios, la comisión y el arrendamiento), Fuego analiza los elementos del contrato: personales, formales, y sus efectos para ambas partes.

El contrato de corretaje o mediación es incluido entre los preparatorios considerando su funcionalidad económico-jurídica. Se explica por la dificultad práctica para que las partes lleven a cabo un encuentro personal y lo complicado del mecanismo necesario para alcanzar el acuerdo. Interviene en la formación progresiva un sujeto típico cuya misión es ayudar al acuerdo, y al cual se denomina corredor o mediador por cuanto se empeña en la conciliación de intereses, intentando morigerar las ofertas, o el cambio de ventajas, o la agre-

gación de plazos, de cláusulas de estabilización, etcétera, mediante una retribución condicional. La mediación puede requerir de organización adecuada y hasta de calidad empresarial (de empresa sin cosas ni derechos subjetivos específicos habla Garrigues: **Curso de Derecho Mercantil**, t. I, p. 163, hablando de asociación de corredores), como puede ser corretaje de simple información (en Chile se llaman "hacheros" a los mozos que atraen pasaje a los vehículos y reciben una cantidad convenida de antemano).

Fueyo hace un repaso y crítica de las definiciones más conocidas, para concluir que se trata de contrato preparatorio general con individualidad propia, cuya esencia consiste en la interposición neutral de un sujeto que presta un servicio profesional y autónomo, para señalar la oportunidad de contratar o ayudar eficientemente a la conclusión de un negocio, y cuyo efecto de "facio ut des" tiene por característica servicios a cambio de remuneración condicionada a la realización efectiva del contrato proyectado. De ella desprende, entre otras consecuencias, que es principal, oneroso y bilateral, aunque mejor sería considerarlo trilateral; y se distingue de figuras afines como la del nuncio o enviado, la agencia oficiosa o gestión de negocios, el mandato, la comisión, el arrendamiento de servicios y sus especies, terminando con la revisión de sus elementos estructurales y sus efectos, su extinción y la orientación moderna de la colegiación.

La última figura se destina al pacto comisorio o cláusula compromisoria que, como las anteriores, recibe distintas denominaciones doctrinarias y legales y que, lamentablemente, en Chile no recibe tratamiento legislativo expreso, sino meras alusiones en el código de comercio (de ahí que en el apéndice se presente un proyecto de ley reguladora de arbitrajes de derecho privado).

La cláusula, dice Fueyo, tiene contenido eminentemente excepcional, ya que las partes no solucionan por sí sus diferencias ni se avienen al curso normal de las contiendas puesto que eligen el cauce arbitral. Aunque suele aparecer como accesoria a los contratos, es negocio jurídico diverso e individual con manifestación de voluntad distinta, de modo que de cláusula no tiene sino el nombre. Después de revisar las legislaciones extranjeras y la importancia de la justicia arbitral, termina con definirla como un contrato preparatorio de derecho privado, con efectos civiles y procesales (lo cual es dudoso), en virtud de que en su día se otorgará el compromiso (que sí contiene reglas procesales) para someter a la resolución arbitral uno o más conflictos entre las partes, nacientes de una relación jurídica prefijada. Como contrato preparatorio, especifica la esencia del promedio en cuanto a la identidad de las partes, la relación materia del compromiso, y la enunciación concreta de la norma de sumisión a la justicia arbitral y descartación de la oficial del Estado. Lo que se deja de especificar está en el campo del negocio condicional que se promete y que es doblemente condicional: cumplimiento del evento incierto de un conflicto entre las partes y contenido preciso de su desconocimiento.

Fueyo pasa revista, finalmente, a los requisitos generales (consentimiento, habilidad, objeto y causa) y especiales (escritura, promesa de compromiso eficaz, estipulación de la condición de nacimiento del conflicto y especificación de las cosas actualmente conocidas) y alude a las estipulaciones meramente voluntarias y los efectos de la cláusula: cumplimiento forzado; cesación de la eficacia y sus efectos.