

# LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 1

Fernando Fueyo Laneri

## SUMARIO

1. Generalidades
  2. Los Contratos Preparatorios como clasificación, categoría o género contractual.
  3. La especie de Contrato Preparatorio denominada Contrato de Opción.
  4. El Contrato Preparatorio especial denominado "Cláusula Compromisoria".
  5. Reflexión final sobre los Contratos Preparatorios en el Código Civil Peruano de 1984 y alguna sobre la reforma en general.
1. Trabajo presentado en las Jornadas sobre Derecho de la Contratación llevadas a efecto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Rep. Argentina, octubre 1985.

## 1. GENERALIDADES

El reciente Código Civil de la República del Perú, obra de excelentes juristas que trabajaron concienzudamente en su elaboración por espacio de 20 años, para sustituir por completo el que regía desde 1936, consagró de modo expreso la categoría o clasificación denominada contrato preparatorio que venía sufriendo de imprecisión y anarquía en las legislaciones y en la doctrina, cuando no se la silenciaba sospechosamente.

Un Título determinado, El V, de una división mayor intitulada "Contratos en general", toma el nombre de "Contratos Preparatorios".

Este Título corre paralelo a otros Títulos de singular importancia dentro de los "Contratos en general". Otra categoría o clasificación de contrato, como ser, "Contratos de prestaciones recíprocas", Título VI; o el consentimiento, Título II; o la excesiva onerosidad de la prestación, Título VIII. En total, son 15 los Títulos en que se divide esta sección primera denominada "Contratos en general".

No podríamos afirmar que esta reunión de los 15 aludidos Títulos representa un modelo de orden y sistematización; ni por el contenido, ni por la selección de las materias ni por el orden en que se van exponiendo una tras otra. El difícil problema de dónde colocar las cosas, no quedó resuelto en este caso.

Pero, al margen de tal observación, que aquí no representa lo medular, deseo destacar que se le ha conferido al contrato preparatorio un nombre y una regulación dentro de un rango de importancia.

Ni siquiera se llevó los contratos preparatorios a la Sección siguiente, la Segunda, que se denomina nada menos que "Contratos nominados", empezándose por la compraventa. No fue considerado, pues, uno de tantos contratos singulares que los Códigos consagran y reglamentan.

Al situarlo en una parte especial de los "Contratos en General" queda en evidencia que para el legislador peruano es una de las cosas de orden general que atañe a esta fuente de obligaciones. En otras palabras, no es un particularismo o singularidad; por el contrario es una generalidad, y, consiguientemente, de mayor importancia.

Se desprende de lo anterior que para el Código en referencia los contratos preparatorios constituyen, repito una vez más, una categoría o clasificación,

o género, que, estando por encima de los contratos singulares, es capaz de cobijar uno o más tipos contractuales.

En el mismo rango o nivel que los contratos preparatorios se coloca en esta división general a los "Contratos con prestaciones recíprocas" (VI), a la "cesión de posición contractual" (VII), y al "contrato en favor de tercero" (X), a "la promesa de la obligación o del hecho de un tercero" (XI), y al "contrato por persona a nombrar" (XII). Demostración clara de lo que se afirmó más arriba.

Los contratos preparatorios, sin embargo, no quedan todos reunidos en un mismo Título especial y bajo ese mismo nombre, sino que en esa división, en el Código, se comprenden una regulación del género "contrato preparatorio" y, además, una especie que es el llamado contrato de opción. 5 artículos para lo primero y 6 para lo segundo: 1414 a 1418 y 1419 a 1424, respectivamente.

Un contrato preparatorio más, la llamada cláusula compromisoria, queda consagrada en un Capítulo especial, como un contrato singular más dentro de la gran división de los contratos nominados. El capítulo se intitula simplemente "Cláusula compromisoria", arts. 1906, 1907 y 1908.

## 2. LOS CONTRATOS PREPARATORIOS COMO CLASIFICACION, CATEGORIA O GENERO CONTRACTUAL

La acción de "preparar" un contrato se maneja, en el Código en referencia, a través del sustantivo "compromiso", voz que, para tal efecto se emplea 5 veces en las disposiciones legales pertinentes. Podría haber sido una palabra equivalente de compromiso, y que ha sido muy empleada tanto por las legislaciones como por la doctrina: promesa.

Como noción de contrato preparatorio, y empleándose la expresión referida se dice: "Art. 1414. Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en "el futuro un contrato definitivo".

Queda en claro:

- a) Que hay un contrato preparatorio y otro definitivo que se distinguen nítidamente.
- b) Que el objeto del contrato preparatorio consiste, precisamente, en la celebración de otro contrato llamado definitivo.

- c) Que uno y otro son contratos y tienen vida propia, aunque fines diversos.
- ch) Que obligarse a celebrar en el futuro un contrato determinado es sin duda asumir una obligación de hacer.
- d) Que, como todo contrato, su efecto fundamental, y consubstancial, es el de producir fuerza legal obligatoria, como se detallará más adelante. El art. siguiente, el 1415, establece: "El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del definitivo".

Por tanto, distinguiéndose elementos de la esencia y los que no son esenciales, se exige el mínimo señalado, quedando entregado a los contratantes completar en su momento el contenido íntegro no consignado en el contrato preparatorio. Nada impide, sin embargo, que en el contrato preparatorio se encuentre todo, esto es, las cláusulas esenciales las de la naturaleza del contrato prometido y las accidentales que acuerden las partes, y, por tanto, no haya cosa alguna que completar.

— El art. 1416 del Código Civil peruano aborda el problema de la medida de tiempo máximo para la celebración del contrato definitivo, aspecto que se descuida ordinariamente en los Códigos que tratan esta materia. De tal silencio nacen innumerables controversias y, conforme al interés que se presente en el caso correspondiente, se tiende a dar vigencia al tiempo hábil por mayor medida de lo que es razonable. Se ha sostenido insistentemente en algunos países que podría esperarse hasta 15 años, ó 10 años, asimilando el asunto al plazo de prescripción extintiva.

Es importante destacar que el plazo que en esta disposición se establece tiene carácter imperativo, y, a la vez, de orden público, como se desprende claramente de sus términos.

Dice el art. 1416: "El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional "rige el máximo fijado por este artículo".

El art. 1417 admite la renovación del plazo establecido en la disposición anterior; pero con sujeción a las mismas limitaciones señaladas.

El art. 1418 se refiere al evento de incumplimiento del contrato preparatorio por alguna de las partes. Allí se establece claramente la alternativa de pedir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato preparatorio,

en ambos casos reparándose los daños y perjuicios que se hubieren causado, con lo cual se confirman los principios universales que conocemos a este respecto.

Por descartado que no pueda exigirse el cumplimiento forzado por ser esto contrario a la libertad de contratar, como se ha entendido en varios países, a mi juicio erróneamente y contrariando la teoría general de los contratos.

Dice el art. 1418 del Código en comentario:

"La injustificada negativa del "obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:

1. Exigir judicialmente la celebración del contrato.
2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

### 3. LA ESPECIE DE CONTRATO PREPARATORIO DENOMINADA CONTRATO DE OPCION

Superando también a muchos Códigos que guardan silencio respecto de esta importante figura contractual, dejándolo todo entregado al ancho campo de la autonomía de la voluntad, el Código Civil peruano de 1984 dedica los artículos 1419 a 1424 al contrato de opción.

Una noción clara y precisa que se aviene con la doctrina universal sobre la materia nos ofrece el art. 1419: "por el contrato de opción, una de las partes queda "vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra "tiene el derecho exclusivo de celebrado o no". 2

Por consiguiente:

- a) El contrato mal podría nacer sino por el acuerdo de voluntades de dos o más personas, por lo que se diferencia de una declaración unilateral de voluntad, concretamente de una oferta irrevocable, como el Código Civil italiano propone cayendo en confusión.

2. En mi obra "Contratos preparatorios" doy una definición de contrato de opción, naturalmente que con sabor académico y no para incluir necesariamente en un Código: Es "un contrato preparatorio general que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de la otra que de momento se limita a declararla admisible expresa o tácitamente, reservándose, libremente, la facultad de aceptar" (Tomo II, pág. 19).

b) Para la celebración del contrato definitivo bastará, sin embargo, la declaración del beneficiario de la opción, por ser este último el titular del "derecho exclusivo de celebrarlo o no".

c) La declaración de voluntad del optante dentro de tiempo bastará para que el contrato definitivo quede legalmente formado, declaración de voluntad que puede hacer el optante por separado, a distancia, en un instrumento singular y por supuesto que sin participación alguna del prometiente. Sin duda que ésta es una eficaz garantía para el optante, pues no será necesario acudir al prometiente a fin de obtener su voluntad para el contrato definitivo; ésta ya fue dada suficientemente.

ch) En mi concepto, el contrato de opción es un contrato preparatorio general en cuanto permite pretender uno definitivo de cualquier naturaleza, en términos generales.

El contrato de opción con dos optantes en pie de igualdad; esto es, cada una de las partes en el contrato de opción es al mismo tiempo prometiente y promisorio u optante, está previsto expresamente en el art. 1420. Establece: "Es válido el pacto en "virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualesquiera de las partes".

El art. 1421 establece la interesante alternativa de traspaso de los derechos del optante a un tercero, con todas las ventajas del caso. Sólo a condición de formularse en el contrato de opción una reserva expresa en tal sentido. Dice la disposición citada: "Es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo". En Italia se ha aceptado esto mismo por vía jurisprudencial, sin texto expreso de ley.

Como puede observarse, el poder de actuación del optante crece de este modo. A su ventaja de ser la voluntad decisoria en la celebración del contrato definitivo, se agrega esta otra de estar facultado para negociar el contrato en favor de un tercero. Expresión elocuente de las necesidades de la práctica comercial y de la modernidad que implica aumentar las alternativas.

— El art. 1422, que es el siguiente, estatuye: "El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo".

Es natural que en el contrato preparatorio se encuentren los elementos del acuerdo de voluntades que servirán para fijar el contenido del contrato definitivo que las partes se han propuesto. Pero, obsérvese que tratándose

de los contratos preparatorios en general, el ya citado art. 1415 se conformaba con un mínimo infaltable, esto es, "los elementos esenciales del contrato definitivo". Aquí, en cambio, tratándose del contrato de opción, la exigencia es la máxima: "todos los elementos y condiciones del contrato definitivo". ¿Por qué la diferencia en cuanto a requisitos dispuestos por la ley para uno y otro caso?

Sencillamente porque tratándose del contrato de opción está prevista y diría que es consubstancial del contrato - que la sola declaración de voluntad del beneficiario aceptando la opción da por celebrado el contrato definitivo que las partes se propusieron, y eso es, precisamente, lo que le confiere libertad y garantía al optante. Por eso mismo es que ha de estar necesariamente **TODO** en el contrato preparatorio. No así en el de compromiso de contratar, como figura más general aún, en donde se necesitará de la voluntad de ambos para la celebración del contrato definitivo, y esas dos voluntades tendrán esa oportunidad para completar el contenido del contrato con todo aquello que excede de lo esencial.

— El art. 1423 del Código Civil peruano plantea nuevamente el problema de la temporabilidad del contrato preparatorio, y aquí, para el caso del contrato de opción, el tiempo de vigencia del contrato es aún más breve, solamente 6 meses, como regla imperativa y de orden público, si bien con la posibilidad de renovación al vencimiento.

Ciertamente, las cosas en general cambian, o pierden el equilibrio inicial con el solo transcurso del tiempo. Se trata, pues, de una norma típicamente sana

— El artículo final del Título sobre "Contratos Preparatorios" configura una norma común a todos ellos, incluido el de opción tratado anteriormente. Establece el art. 1425: "Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma "que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad".

Quiere decir que si la ley estableció una formalidad "ad-substantiam" para el definitivo, y por supuesto que trayendo consigo la nulidad si se faltare a ella, el contrato preparatorio respectivo deberá ceñirse igualmente a dicha formalidad "ad-substantiam", esto es, aquella formalidad que la ley ha dispuesto en atención a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o celebran.

#### 4. EL CONTRATO PREPARATORIO ESPECIAL DENOMINADO "CLAUSULA COMPROMISORIA"

Este es un típico caso de cláusula-contrato según lenguaje doctrinario corriente en cualquier país.

Se prepara mediante cláusula compromisoria un compromiso eventual; por eso mismo se la llama "cláusula compromisoria".

También se le tiene como un típico contrato procesal, y, naturalmente un contrato de derecho privado patrimonial.

En mi obra sobre "Contratos preparatorios" doy la siguiente noción simple de la cláusula compromisoria: "Es un contrato que vincula a las partes y sólo a ellas "a la formación de un negocio futuro y eventual llamado compromiso, con el fin de dirigir "el juzgamiento hacia lo arbitral". (Tomo II, pág. 157).

El Código Civil peruano de 1984 tuvo como primer acierto distinguir tres figuras importantes: la cláusula compromisoria, el compromiso y el juicio arbitral. Igual cosa hago en mi obra anteriormente citada.

A la cláusula compromisoria le dedicó especialmente un Capítulo con el mismo nombre. Al compromiso lo denominó en forma completa y acertada, "Compromiso arbitral", y a ello también dedicó un Capítulo especial. Finalmente, nos demostró qué cosa diferente era el juicio que se seguía conforme a este método excepcional cuando estableció que "el procedimiento arbitral (o juicio arbitral, acoto) se sujeta a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles" (art. 1922 del Código Civil).

Queda una vez más en claro que el contrato preparatorio es la cláusula compromisoria, y que el contrato definitivo que se pretende para un caso eventual es el contrato de compromiso, cuando el art. 1906 empieza dándonos una noción de cláusula compromisoria: "Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral".

Y para despejar una posible duda, y a todas luces considerando, como cierto y efectivo que la cláusula compromisoria es una de las varias formas de contratos preparatorios, se aclara, al final del art. 1906, que a la cláusula compromisoria no se le aplica la regla de la temporalidad restringida que co-

rresponde a los contratos preparatorios generales según el art. 1416; esto es, que nuestro contrato-cláusula en estudio no tendrá el límite de vigencia máxima de un año. No podría ser de otro modo porque no es previsible con alguna exactitud lo que demorará en nacer - eventualmente - el futuro contrato de compromiso y el subsiguiente juicio arbitral.

Los dos Capítulos antes aludidos, uno sobre cláusula compromisoria y el otro sobre compromiso arbitral, son extraordinariamente claros y aciertan regulando extremos silenciados en otras legislaciones, o bien definiendo lo que antes permaneció como dudoso o vacilante en la doctrina universal.

Es una lástima que en esta oportunidad no se pormenore más sobre el contrato preparatorio general en su sentido de la más amplia aplicación, ni sobre estas figuras especiales que se consagraron legislativamente en el Código en referencia.

#### 5. REFLEXION FINAL SOBRE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 Y ALGUNA SOBRE LA REFORMA EN GENERAL

Pueden intentarse algunas conclusiones que representen a su vez un juicio crítico sobre lo obtenido legislativamente en la República del Perú con fecha reciente, tanto en la materia tratada como en general respecto de la reforma.

Podrían ser las siguientes:

- a) El nuevo Código consagró una figura contractual de notable relevancia tanto jurídica como del tráfico, y lo hizo con singular acierto; como antes no se ha visto en todo el universo, si antes ya se hubiere logrado, según el país, alguna legislación al respecto, Qué decir cuando hubo olvido absoluto.
- b) Se contempló el contrato preparatorio general, si es que se me permite agregar un segundo calificativo, "general", en disposiciones reunidas en un título bajo el nombre "Contratos preparatorios", y, acto seguido, se reguló en forma especial dos figuras también preparatorias de contrato, esto es, el contrato de opción y la cláusula-contrato conocida como cláusula compromisoria. Esta última no está tratada bajo el alero del

mismo Título recién aludido; pero es evidente su inclusión en el género por una remisión expresa a un artículo de dicho Título y porque en la regulación de la cláusula compromisoria se advierte claramente que lo que se pretende es otro contrato, el de compromiso arbitral.

c) Podría agregarse a lo anterior que el mismo Código ha contemplado otro caso más de contrato preparatorio: el pacto de retroventa, arts. 1586 a 1591.

La doctrina universal acusa la tendencia abierta hacia la consideración del pacto de retroventa como contrato preparatorio; en Francia desde Leduc<sup>3</sup> y más tarde Visscher<sup>4</sup> en Bélgica. Lo mismo en mi obra "Contratos preparatorios", Tomo I, pág. 35.

Con todo, debemos admitir que al legislador peruano no se le pasó por la mente consagrar el aludido pacto precisamente como contrato preparatorio. Reguló la materia, pero no desde ese ángulo, deliberadamente.

ch) El pacto de preferencia pudo ser otro caso por agregar; pero no será posible en esta oportunidad porque el Código Civil peruano descartó expresamente dicho pacto, declarándolo nulo en el art. 1582. Con todo, dicho pacto, de ser válido en la legislación respectiva, constituye a la vez consagración de un caso más de contrato preparatorio, aunque no por vía directa sino nuevamente consecencial.

d) La regulación general de los contratos preparatorios en el Código Civil en comentario hace posible "preparar" en términos generales, cualquier contrato lícito, nominado o innominado.

e) El Código Civil peruano de 1984 tiene el gran mérito de ser obra de un grupo selecto de juristas que obraron mancomunadamente, primero en una Comisión redactora y más tarde, con aplicación de criterios diferentes y aun contrapuestos, en una Comisión revisora. Incontestablemente que estaban muy lejos del acervo informativo, de la internacionalidad integrada y de la fama que caracterizó los autores del Código Alemán de 1900 o el italiano de 1942, para citar sólo dos ejemplos; ni la reforma vino precedida de abundantes trabajos preparatorios, o un movimiento jurídico de grandes proporciones en torno al saber jurídico nacional.

3. "Les avants-contrats", pág. 235. Tesis, París, 1909.

4. "Le pacte de préférence..." Bruselas, 1938.

Sin embargo, sobre contratos preparatorios, y sobre otros tópicos en particular, el Código Civil del Perú superó nítidamente a los Códigos recién citados, como también al francés de 1804, al español de 1889, al de Portugal de 1967 y a varios otros de diferentes épocas y tendencias que también podrían citarse. Haciendo una comparación global, en cada caso sobre Código completo, me atrevería a sostener que la ventaja, en definitiva, también es en favor del Código Civil peruano de 1984.

A este respecto, mi conclusión es que el resultado de un buen Código nuevo depende de varios factores a los cuales no es el momento de referirse; pero ese resultado de buena calidad no depende de la mera alcurnia académica y la fama de quienes hacen la reforma, como se ha venido creyendo a mi juicio erróneamente.

También quedó en evidencia esta vez que las llamadas reformas "de parche" son generalmente un fracaso, y que es relativamente más fácil y mejor hacerlo todo de nuevo, rescatándose de lo anterior a lo sumo lo excelente y siempre que encaje debidamente en lo nuevo.

f) La consagración legislativa de la materia contribuirá eficazmente a un conveniente consenso en cuanto a este tema de tan especiales características.

g) No he podido dejar de celebrar - y menos podría silenciar - que al cabo de 20 años de publicada mi obra Contratos Preparatorios, un Código moderno en todo, excelente por añadidura, haya consagrado la materia con gran parecido a lo que ya expuse 20 años antes, el menos en líneas generales. A lo mejor podría decir - con evidente vanidad de autor - que mi obra logró un triunfo de indiscutida importancia. A lo mejor, por el contrario, me equivoco.

Buenos Aires, Octubre 31 de 1985