

CAPÍTULO III
EL CIERRE DE NEGOCIO

*Acuerdo sobre
condiciones comerciales*

21. *Origen y utilidad*

El origen de la institución cuyo estudio comenzamos se encuentra en las arras, a las que prácticas de corredores de propiedades chilenos dieron especial fisonomía.

En los negocios que recaen sobre propiedades raíces, la celebración del contrato y la transferencia del bien son solemnes, pues el pacto requiere de escritura pública y la tradición de la cosa, de inscripción del título en el competente registro. Además, debe considerarse, adicionalmente, que en muchos casos estas operaciones exigen la intervención de abogados, tanto para el estudio de títulos de la propiedad como para la redacción del contrato.

Por los motivos antes enunciados, normalmente no es posible celebrar el negocio definitivo al momento en que coincide el consentimiento de las partes sobre la cosa, el precio y demás condiciones comerciales.

Pues bien, desde la época que las partes están de acuerdo en las condiciones comerciales, que se acostumbra denominar el cierre del negocio, hasta su concreción mediante la firma de la correspondiente compraventa o promesa de compraventa, corre un tiempo en que cabe la posibilidad de que alguna de las partes se desista del negocio, sea porque encontró una mejor oferta o simplemente porque resuelve retractarse. En la jerga comercial ello se denomina "echarse para atrás". Con la finalidad de al menos dificultar o entorpecer las posibilidades de desistimiento en un negocio cerrado, y también para asegurar el pago de la comisión del corredor, en nuestras costumbres se ha creado el "cierre de negocio", que describiremos en el número siguiente.

22. Descripción del negocio y sus modalidades

Tratándose de una institución creada por la costumbre, muchas veces sin intervención de abogados, el cierre de negocio se presenta en la práctica bajo muchas formas, a veces ambiguas o contradictorias, en que se confunde el pacto de cierre de negocio con el contrato de promesa, o con la cláusula penal o con las arras.

Concebimos el cierre de negocio propiamente tal, diverso del contrato de promesa, como una simple estipulación en que las partes se obligan a pagarse recíprocamente una cantidad de dinero si el negocio no se realiza en un plazo determinado y una de ellas estaba dispuesta a realizarlo. Además, en algunos casos se pretende dar mayor fuerza al cumplimiento de estas obligaciones recíprocas mediante la entrega a un tercero, generalmente el corredor, de cheques, letras o pagarés extendidos por una parte en favor de la otra, con instrucciones escritas que las partes le dan a este tercero, de cómo y cuándo debe proceder en cuanto a la entrega de los documentos. El contenido de estas instrucciones consiste, generalmente, en que debe devolver a cada parte su respectivo documento si el negocio se celebra y entregar ambos documentos al contratante diligente, en caso contrario.

Aparte del tipo o clase de documentación, constituyen modalidades de la operación, entre otras, las siguientes:

a) Calidad del tercero que recibe el documento

Una de las modalidades de esta figura jurídica la constituye la calidad que tenga el tercero que recibe los documentos. Puede ser un mero depositario que se encuentre obligado a entregarlos a la parte cumplidora, si no se celebra el negocio, o deba devolver a ambos su respectivo documento, en caso contrario. Esta es la modalidad más habitual. Sin embargo, en algunas ocasiones se acostumbra designar un árbitro arbitrador para que resuelva sobre la procedencia de la entrega de documentos.

Las diferencias entre las dos modalidades en examen tienen trascendencia. Si se le da al tercero sólo la calidad de depositario, las partes le otorgan una posibilidad mínima de deliberación para resolver sobre la procedencia de las entregas. Sólo debe constatar hechos materiales simples para actuar, tales como la falta de la firma de alguna de las partes en una escritura dentro de un plazo y en una notaría determinada. Por ello, para que opere sin problemas esta modalidad, se requiere de instrucciones simples que consistan en la constatación de meros hechos materiales. Si el tercero,

denominado depositario, debe evaluar aspectos legales de incumplimiento, mora o imputabilidad, se transforma en un verdadero árbitro.

Si al tercero, implícita o explícitamente, se le da carácter de árbitro o juez, cabrá aplicar las disposiciones legales del compromiso y arbitraje. De acuerdo a estas normas deberá aceptar el cargo, y si no lo acepta y no existe la posibilidad de sustituirlo, la cláusula y el contrato mismo quedarán sin valor. Si no se le da al árbitro el carácter de arbitrador, el cargo debe ser ejercido por un abogado y en todo caso deberá resolver el asunto de acuerdo a las normas que reglan el juicio arbitral, como árbitro de derecho.

La adecuada elección por las partes de una u otra modalidad, en nuestra opinión, depende de la naturaleza que quiera darse a las condiciones pactadas para hacer exigibles las obligaciones recíprocas. Si se estima que ellas deban requerir de culpa o incumplimiento imputable a alguna de las partes para hacer exigibles los pagos pactados, pareciera más aconsejable la designación de árbitro.

Debe acotarse que la designación de depositario importa mayor rapidez en la entrega de documentos, a veces en perjuicio de la justicia; y que, a la inversa, la designación de árbitro significa muchas veces mayor justicia, en perjuicio de la rapidez.

b) Condición usual sobre títulos del inmueble

Es usual pactar como condición suspensiva del cierre de negocio, referido a bienes raíces, que los títulos del inmueble sean aprobados o no objetados por el abogado del futuro comprador, y para el evento de existir objeción legal no solventada, se estipule que no procede pago alguno, sino la devolución de los documentos.

Otros pactos contenidos en cierre de negocios consisten en estipular, a título de condición suspensiva, que los títulos del inmueble sean aprobados por el banco que financiará al adquirente y someter a arbitraje las disputas sobre objeciones a los títulos. Aun ha habido ocasiones en que el futuro vendedor se responsabiliza de la validez de los títulos, en forma tal que, en caso de objeciones de ellos, se hace exigible en su contra el pago de la prestación convenida.

c) Otras modalidades

El cierre de negocio, al igual que cualquier acto jurídico, es susceptible de modalidades. Por ello, a veces se pactan condiciones suspensivas o resolutorias del mismo. Ellas pueden versar sobre aspectos esenciales para las partes, como la fecha de entrega material deso-

cupada de la propiedad, otorgamiento de permisos de edificación u otros.

23. *Problemas sobre validez*

Pensamos que son dos los problemas jurídicos sobre validez que plantea el cierre de negocio.

El empleo frecuente del cheque como medio de caucionar o garantizar el pago de las prestaciones convenidas es objetable, dado que la más reciente jurisprudencia de los tribunales tiende a negar valor al cheque girado en garantía, o sea, para caucionar el pago de obligaciones. Tienen tal carácter los cheques que se entregan en un cierre de negocio. La dilucidación de este problema excede los límites de este texto. Sin embargo, creemos pertinente anotar, sin ánimo de profundizar, que en nuestra opinión el cheque, aun en estos casos, tiene validez como título-valor, sin perjuicio de que no se configure el delito de giro doloso de cheques. Estimamos que en este caso no hay dolo por parte del girador, ya que no hay engaño en cuanto a que el cheque en garantía tenga fondos al momento de su emisión o de su cobro.

El otro problema sobre eficacia del cierre de negocio incide en si puede ser considerado un contrato de promesa nulo, merecedor de la sanción establecida en el inc. 1º del art. 1554 del Código Civil, de no producir obligación alguna.

Sobre este particular pensamos que si la intención de las partes, claramente manifestada, fue que ellas quedaran obligadas recíprocamente a pagarse una cantidad de dinero, si por voluntad de alguna de ellas o por el acaso no se llega a perfeccionar un negocio lícito en un plazo determinado, nos parece que tal estipulación se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico, dentro de la amplia libertad contractual que reconoce nuestro Derecho. Además, esta forma de contratación está consagrada por la costumbre, que suple el silencio de la ley, de acuerdo a lo que determina el art. 4º del Código de Comercio.

Si la intención de las partes consiste en crear las obligaciones de celebrar el contrato definitivo, esto es obligaciones de hacer, habría contrato de promesa, que debe ajustarse a las disposiciones legales pertinentes.

Mayores problemas presentan aquellas convenciones que hemos denominado "híbridas", en que se confunden cierre de negocio y promesa; conteniéndose estipulaciones de ambas figuras jurídicas. Nos parece que en estos casos lo primero que cabe hacer es analizar el documento para interpretarlo en su genuino sentido,

de conformidad a las reglas legales, que obligan a estarse más al espíritu o intención de las partes que a lo literal de las palabras. La investigación deberá centrarse en si el efecto querido por las partes es obtener el pago recíproco de prestaciones de dinero, si ocurre el evento de no celebración del negocio; o si, por el contrario, la intención de ellas consiste en obligarse a la celebración del contrato definitivo. Afirmamos que en el primer caso se trata de un cierre de negocio; en el segundo, el acto será una promesa.

24. *Concepto y elementos*

De acuerdo a lo expuesto, para nosotros el cierre de negocio es un acto en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a pagarse cierta cantidad de dinero, si no se celebra un negocio en una época determinada, y una de las partes está dispuesta a ejecutarlo.

De lo expuesto se deduce que serían elementos necesarios del cierre de negocio:

a) Que el objeto de las obligaciones recíprocas de las partes sea el pago de una determinada cantidad de dinero y no la celebración de un contrato. En el cierre de negocio deben pactarse obligaciones pecuniarias recíprocas condicionales de dar y no obligaciones de hacer;

b) Que la condición de que penda el nacimiento de la obligación recíproca de pagar consista en la no celebración, en una época prevista, de un determinado negocio, sea por causa imputable a la otra parte o por caso fortuito, si así se estipula expresamente. La época de celebración del negocio puede establecerse mediante una condición o un plazo;

c) También se requiere que una de las partes esté dispuesta a la celebración del negocio, pues si ambas no quieren o no pueden celebrarlo, no corresponde que ninguna de ellas cobre a la otra la suma estipulada.

La entrega de documentos y el nombramiento de depositario o árbitro que se acostumbre pactar y que le da, en la práctica, mayor fuerza coercitiva a la estipulación, jurídicamente no son indispensables, pues es concebible la celebración del cierre de negocio sin tales elementos.

25. *Efectos*

La celebración del negocio en estudio origina para las partes obligaciones condicionales recíprocas de dar o pagar una cantidad de dinero.

La condición de la que pende la exigibilidad de estas obligaciones consiste en una condición potestativa emanada de un hecho negativo: que no se realice un negocio entre las mismas partes en cierto lapso estando una parte dispuesta a ello y la otra no. También puede pactarse que sólo proceda el pago a la parte diligente, si no pudo realizarse el negocio por causa imputable a la otra parte. Puede además convenirse que proceda el pago en el evento que el negocio no se realice por caso fortuito o fuerza mayor, cuyo riesgo las partes pueden asumir, de acuerdo a las reglas generales.

Debe acotarse que, en razón de que los contratos normalmente se cumplen, el cierre de negocio en la mayoría de los casos sólo generará las prestaciones de devolución de documentos. Se trata, entonces, de una institución que en muchas ocasiones actúa por presencia. Por el hecho de convenirse, se transforma en un factor favorable al cumplimiento de lo pactado.

26. *Naturaleza jurídica y caracteres*

Indudablemente, el cierre de negocio es una figura atípica. Aunque normalmente se celebra por escrito, puede ser consensual, pero en materia civil existe la limitación en cuanto a prueba de testigos que establecen los arts. 1708 y 1709 del Código Civil.

Es un contrato principal y no accesorio, pues su existencia no depende de otro acto jurídico.

Es puro y simple, no obstante que las obligaciones que de él emanan están sujetas a modalidades.

Es un contrato bilateral, pues genera obligaciones para ambas partes.

El contrato es oneroso, pues se celebra en beneficio de las dos partes, gravándose cada una en beneficio de la otra.

También puede considerarse contrato conmutativo, pues las prestaciones se estiman como equivalentes.

Además, es un contrato preparatorio, en un sentido económico, pues propende, aunque sea en forma indirecta, a la celebración del negocio definitivo.

27. *Diferencias con instituciones afines*

La estipulación de una cláusula penal constituye un pacto accesorio de obligaciones derivadas de un contrato principal. El cierre de negocio se diferencia de la cláusula penal por ser un contrato principal, que versa sobre obligaciones de pago recíproco en las condiciones convenidas.

En el caso de pactarse una cláusula penal compensatoria del cumplimiento de una obligación principal de carácter facultativo para una de las partes, también existe diferencia entre la cláusula penal y el cierre de negocio, pues en este último bajo ningún concepto puede establecerse la existencia de una obligación principal consistente en el derecho a exigir la celebración de un contrato definitivo, so pena de desnaturalizarse.

Se diferencia el cierre de negocio del contrato de promesa porque no genera obligaciones de hacer, las de suscribir el contrato definitivo, aunque sea después de cumplida una condición.

Difiere del contrato definitivo sujeto a condición, por el mismo motivo; el cierre de negocio sólo puede originar una obligación de pagar una suma de dinero y no la de exigir las obligaciones del contrato definitivo.

No constituye el cierre de negocio dación de arras, sean civiles o comerciales, porque no hay entrega de cosas. Las arras tienen siempre el carácter de reales y la entrega que importa la dación de arras debe consistir en cosas. La celebración del cierre de negocio, por el contrario, sólo genera el nacimiento de obligaciones condicionales. Además, las arras se entregan por una parte a otra. Quien recibe las arras contrae la obligación de restituirlas dobladas, lo que no ocurre en el cierre de negocio, en que ambas partes adquieren obligaciones recíprocas de pago.

Además, el instituto en estudio también se diferencia de las arras porque no constituye una caución o garantía de una obligación principal, por su carácter de contrato principal. El cierre de negocio, a diferencia de las arras civiles, tampoco importa un reconocimiento directo del derecho a retracto en la celebración de un contrato, aunque de hecho quien paga la obligación recíproca no queda obligado a celebrar contrato definitivo alguno.

28. *Formularios*

Ellos aparecen en los anexos 3 y 4 de esta obra. El anexo 3 contiene un típico cierre de negocio. El formulario 4, a su vez, es un

documento en que se confunden cierre de negocio y promesa, que se inserta para su análisis crítico.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO III

SOBRE SITUACIONES AFINES AL CIERRE DE NEGOCIO

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Derecho Civil*, tomo V, vol. II, N° 18, pág. 31. Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1964.

GHESTIN, JACQUES: *Traité de Droit Civil*. "Les Obligations", "Le Contract", Ed. L.G.S.J., París, 1980. Les accords en principe, N° 241, págs. 189 y siguientes.

MESSINEO, FRANCISCO: *Doctrina General del Contrato*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1986. "El Contrato preliminar", Págs. 253 y siguientes.

CAPÍTULO IV

LA COMISION

29. *Materia a tratar*

No pretendemos estudiar en detalle el frondoso articulado sobre la comisión, contenida en los arts. 238 a 324 del Código de Comercio.

Obramos así porque gran parte de tan nutrida reglamentación contiene, más que normas jurídicas, reglas o consejos de prudencia o buen sentido comercial. Además, muchas de ellas han quedado obsoletas. En efecto, el origen de las normas sobre comisión de nuestro Código de Comercio se encuentra en el Código de Comercio español. Dicho Código y el nuestro, en cuanto reproduce su normativa, pretendieron consagrar en su articulado, en muchos casos, costumbres y situaciones que las prácticas chilenas no han conocido, ni conocerán, pues se trata de costumbres de los siglos XVIII y XIX, ya en desuso.

Sostenemos, por los fundamentos anteriores, que no es útil, ni teórica ni prácticamente, estudiar en forma pormenorizada el articulado íntegro sobre la comisión contenida en el Código de Comercio.

Sobre la comisión examinaremos los grandes principios que la inspiran, lo que haremos al analizar su concepto y las diferencias básicas que presenta respecto del mandato civil.

La materia central de este capítulo se referirá a los negocios o actos complejos que han generado las prácticas modernas, aprovechando de alguna manera la comisión mercantil.

30. *Concepto*

De acuerdo con lo prescrito en los arts. 233, 235 y 239 del Código de Comercio, la comisión mercantil es un contrato por el cual una