

SARA EILER RAUCH

# De la Formación del Consentimiento en los Contratos

DONACION DEL PROFESOR  
DON EUGENIO O'NEILL  
BIBLIOTECA ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

MEMORIA PARA OPTAR AL  
GRADO DE LICENCIADO EN CIEN-  
CIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

EDITORIAL NASCIMENTO

A-401714

TUCH. DEB  
E34/c  
1935  
c.1

SARA EILER RAUCH

# De la Formación del Consentimiento en los Contratos



PROF. DR. EUGENIO DE TORNADO  
BIBLIOTECA - SCU LA EDIFICACION  
UNIVERSIDAD DE CHILE

MEMORIA PARA OPTAR AL  
GRADO DE LICENCIADO EN CIEN-  
CIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

EDITORIAL N A S C I M E N T O  
SANTIAGO 1935 CHILE

23788

Esta Memoria ha sido aprobada con la nota máxima por la siguiente Comisión Examinadora:

ARTURO ALESSANDRI R.—*Decano de la Facultad.*

FRANCISCO WALKER L.—*Secretario de la Facultad.*

ENRIQUE ROSSEL.

GUSTAVO LABATUT.

GUSTAVO FERNÁNDEZ GODOY.

LUIS QUINTEROS.

LUIS BARRIGA E.—*Director del Seminario de Derecho Privado.*

DONACION DE FROTH...  
DON BUENOS DIAS...  
BIBLIOTECA ESCU... LA...  
UNIVERSIDAD DE CHILE

## INTRODUCCION

Hemos titulado nuestro trabajo "Formación del Consentimiento en los Contratos", porque precisamente tiene por objeto estudiar la manera cómo se genera, cómo nace el consentimiento que tanto papel desempeña en el campo contractual del Derecho.

En otras palabras, nosotros vamos a analizar el periodo precontractual, es decir, el periodo anterior al contrato, y para hacer este análisis, hemos dividido nuestra materia en tres partes.

La Primera Parte estudia la "Formación del Consentimiento en los Contratos" desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia.

La Segunda, después de una exposición de Legislación Comparada, analiza detalladamente el problema ante el Derecho Chileno.

Y, por último, la Tercera Parte se refiere, en líneas generales, a los Contratos de Adhesión, materia muy de actualidad, estrechamente relacionada con nuestro tema y de una gran importancia social y económica.

---

# PRIMERA PARTE

## TEORIA DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

---

### TITULO PRIMERO

#### DEL CONTRATO Y DE LA VOLUNTAD JURIDICA

---

##### CAPITULO I

###### IDEAS GENERALES SOBRE EL CONTRATO

SUMARIO: 1. Importancia del estudio de la formación del consentimiento en los contratos.—2. Evolución del concepto de contrato.—3. Contrato clásico.—4. Contrato moderno.

1. *Importancia del estudio de la formación del consentimiento en los contratos.*—Para determinar el interés jurídico de la materia que se refiere a la formación del consentimiento, basta con indicar—puesto que de ella se deduce—la importancia, el papel que desempeña el consentimiento ya formado en los contratos. Y para determinar esta última circunstancia, hay que precisar el concepto de contrato, lo que haremos a continuación.

2. *Evolución del concepto de contrato.*—Desde los tiempos de la dictación del Código Napoleónico hasta los nuestros, se advierte una marcada evolución en el concepto de contrato, evolución que, teniendo por causa una serie de factores de índole compleja, ha traído como consecuencia lógica un cambio en el papel que desempeña el consentimiento y una disminución de su importancia.

3. *Contrato clásico.*—La noción de contrato clásico, denominando en esta forma el concepto que de contrato da el Código Napoleónico, es un producto de la época en que fué dictado ese Código.

En efecto, las teorías filosóficas de la libertad individual y las económicas del libre cambio, que imperaban en ese tiempo, penetraron en el campo jurídico y principalmente en el contractual, con el nombre de Principio de la Autonomía de la Voluntad. Y como consecuencia de ello, el contrato adquirió una importancia fundamental y fué la base de la casi totalidad de las relaciones jurídicas privadas (1).

Según el Principio de la Autonomía de la Voluntad, el valor jurídico del contrato emana del libre acuerdo de las voluntades de dos personas, quienes al obligarse, no hacen sino ejercitar un derecho inherente a la naturaleza humana, que les faculta para manifestar la voluntad de celebrar contratos, sea que éstos estén o no contemplados por la ley, y que les autoriza además para fijar los efectos jurídicos de estos contratos y para elegir la ley que regirá sus relaciones.

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, la ley está colocada—en estas materias—en segundo término, siendo sólo supletoria de la voluntad de las partes. Y esto, porque se considera que el derecho subjetivo es anterior y, por lo tanto, superior al derecho objetivo, ya que el hombre nació antes que la sociedad y con facultades inherentes a su naturaleza humana.

Entonces, el papel de la ley es, en esta materia, negativo: se reduce a no entorpecer la actividad libre y voluntaria de las partes, a menos que se trate de casos excepcionales que digan relación con el orden público y las buenas costumbres, nociones ambas que constituyen limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad.

Por último y para corroborar lo que hemos dicho sobre la importancia que tiene la voluntad en el contrato clásico, citaremos la disposición que es universal en los Códigos y que está concebida en los

(1) Sallé, ver obra citada, pág. 333.

términos siguientes:—y que no es sino la aplicación enérgica, como dice Ripert (2), del Principio de la Autonomía de la Voluntad—“El contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes”.

4. *Contrato moderno* (3).—Los que formularon el Principio de la Autonomía de la Voluntad, establecieron como limitaciones a él los casos que dijera relación con el orden público y las buenas costumbres. Pero como no definieron estos conceptos, ellos fueron ampliándose en tal forma, que las limitaciones invadieron el principio, debilitando considerablemente su importancia.

Esto no significa en manera alguna la desaparición del elemento “voluntad” en los contratos, sino solamente el reconocimiento de que no basta el Principio de la Autonomía de la Voluntad para solucionar los numerosos problemas de la vida moderna.

Es así cómo ha nacido un nuevo concepto de contrato menos individualista y, por lo tanto, más de acuerdo con la realidad.

En efecto, en la vida actual, no puede considerarse como determinante del contrato, el solo acuerdo de voluntades libremente manifestadas por las partes, puesto que ello sería dar una noción abstracta del contrato y desentenderse del medio social en que actúan las voluntades.

Y es éste precisamente el error de la teoría individualista: es considerar al hombre libre, dueño de su voluntad, dueño de obligarse y causante de los efectos jurídicos que su voluntad produce, sin tomar en cuenta la interdependencia en que viven los individuos, interdependencia que, en muchos casos, les obliga a celebrar contratos porque éstos constituyen el medio más frecuente en la vida moderna para lograr los fines económicos que persiguen, y que les obliga además a actuar en un ambiente social que se caracteriza por la existencia de elementos complejos que influyen en las manifestaciones de la vida moderna y que, por lo tanto, influyen también en las actividades voluntarias del hombre.

Sin embargo, no podemos decir que estos factores morales, políticos, económicos, etc., hacen desaparecer la voluntad del hombre, porque la desaparición de este elemento sería fatal para los intereses

(2) Ripert, ver obra citada.

(3) Sallé, ver obra citada, pág. 336 y siguientes.

Lévy, ver obra citada.

Capitant, “Les transformations du Droit Civil Français depuis cinquante ans”.

Comenzaremos por la intención, que es la etapa en que se concibe el acto jurídico, en que se genera la idea de alcanzar un resultado jurídico determinado. Y seguiremos con la manifestación, que constituye el elemento material de la voluntad jurídica.

7. *La intención*, que llamaremos voluntad interna porque forma parte del fuero interno del individuo, debe ser seria y consciente del resultado jurídico que se persigue.

Al exigirse que la voluntad interna sea seria, se excluyen expresamente todos aquellos casos en que el autor de una manifestación de voluntad obra por mera cortesía o complacencia, porque tanto ésta como aquélla, son circunstancias que no dan nacimiento a situaciones de derecho.

Entonces, importa distinguir entre voluntad seria y cortesías y complacencias, lo que no siempre es tan sencillo. Y por esto se plantea el punto como cuestión de hecho, cuya solución queda entregada a los tribunales, los que, por lo demás, han resuelto en repetidas ocasiones, y de acuerdo con los principios que acabamos de formular, que las cortesías y complacencias son elementos que no producen efectos jurídicos (5).

Hemos dicho que la voluntad interna, además de ser seria, debe ser consciente del resultado jurídico que se persigue.

En realidad, no podríamos decir que es propiamente un resultado de derecho lo que pretende alcanzar una persona al manifestar su voluntad, porque para ello sería necesario que todos los hombres tuvieran conocimientos jurídicos (6). En el hecho, la voluntad persigue solamente un resultado práctico, económico.

Eso sí, y esto es muy diferente, que la ley se ha preocupado de que la voluntad alcance el objeto práctico que se propone, y con este fin le otorga medios para conseguirlo—los contratos, por ejemplo—y reglamenta consecuencias jurídicas para las actividades voluntarias del hombre (7).

Desde este punto de vista, se podría decir, según Demogue, que la voluntad persigue accesoriamente un fin jurídico. Pero hay que entenderlo bien: sólo "accesoriamente", porque en la realidad, el hombre tiene únicamente la intención de alcanzar un resultado económico.

(5) Planiol et Ripert; Tomo VI, pág. 121: Civ. 20-II-1923.

Rev. Trim. 1914, pág. 489; Trib. Lyon, 13-I-1912; Lyon, 28-I-1913.

(6) Demogue, "Traité des obligations", Tomo I, pág. 27.

(7) Saleilles, "Déclaration de volonté", pág. 196.

Comenzaremos por la intención, que es la etapa en que se concibe el acto jurídico, en que se genera la idea de alcanzar un resultado jurídico determinado. Y seguiremos con la manifestación, que constituye el elemento material de la voluntad jurídica.

7. *La intención*, que llamaremos voluntad interna porque forma parte del fuero interno del individuo, debe ser seria y consciente del resultado jurídico que se persigue.

Al exigirse que la voluntad interna sea seria, se excluyen expresamente todos aquellos casos en que el autor de una manifestación de voluntad obra por mera cortesía o complacencia, porque tanto ésta como aquélla, son circunstancias que no dan nacimiento a situaciones de derecho.

Entonces, importa distinguir entre voluntad seria y cortesías y complacencias, lo que no siempre es tan sencillo. Y por esto se plantea el punto como cuestión de hecho, cuya solución queda entregada a los tribunales, los que, por lo demás, han resuelto en repetidas ocasiones, y de acuerdo con los principios que acabamos de formular, que las cortesías y complacencias son elementos que no producen efectos jurídicos (5).

Hemos dicho que la voluntad interna, además de ser seria, debe ser consciente del resultado jurídico que se persigue.

En realidad, no podríamos decir que es propiamente un resultado de derecho lo que pretende alcanzar una persona al manifestar su voluntad, porque para ello sería necesario que todos los hombres tuvieran conocimientos jurídicos (6). En el hecho, la voluntad persigue solamente un resultado práctico, económico.

Eso sí, y esto es muy diferente, que la ley se ha preocupado de que la voluntad alcance el objeto práctico que se propone, y con este fin le otorga medios para conseguirlo—los contratos, por ejemplo—y reglamenta consecuencias jurídicas para las actividades voluntarias del hombre (7).

Desde este punto de vista, se podría decir, según Demogue, que la voluntad persigue accesoriamente un fin jurídico. Pero hay que entenderlo bien: sólo "accesoriamente", porque en la realidad, el hombre tiene únicamente la intención de alcanzar un resultado económico.

(5) Planiol et Ripert; Tomo VI, pág. 121: Civ. 20-II-1923.

Rev. Trim. 1914, pág. 489; Trib. Lyon, 13-I-1912; Lyon, 28-I-1913.

(6) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, pág. 27.

(7) Saleilles, "Déclaration de volonté", pág. 196.

8. *Manifestación de la voluntad interna.*—El derecho no considera lo que sucede en el fuero interno del individuo. Por lo tanto, no basta la intención para que pueda hablarse de voluntad jurídica. Es necesario que a ella se agregue la manifestación, que es el elemento objetivo, material, por el cual la voluntad interna trasciende al exterior y empieza a ser considerada por el Derecho.

9. *Libertad en la forma de manifestar la voluntad.*—Es un principio generalmente reconocido que la voluntad puede manifestarse en cualquier forma, siempre que revele claramente la intención del autor.

Y este principio de la libertad en la manifestación, no es sino una consecuencia de los tiempos que vivimos, en que para fomentar el desarrollo de las transacciones comerciales, es necesario dejar a un lado todo formulismo inútil que no hace sino retardar las negociaciones. Lo que significa una pérdida de tiempo y de actividad, y por lo tanto, de riqueza (8).

Pero el principio general sufre excepciones en que se exige el empleo de una forma determinada, como por ejemplo en los contratos solemnes y reales. Pero, como dijimos, son sólo excepciones que no hacen sino confirmar el principio general y que, por lo demás, no nos interesan para nuestro estudio, ya que los principios de la Formación del Consentimiento se aplican igualmente para los contratos solemnes, reales y consensuales.

En cuanto al principio general, hemos señalado sus ventajas pero no sus inconvenientes. Porque la excesiva libertad en la manifestación de la voluntad tiene también sus inconvenientes (9), ya que no da, como las formalidades, garantías de seguridad con respecto a la intención del autor y a la naturaleza del negocio (10). Y debido a estas desventajas se ha reaccionado un poco contra el principio de la libertad, reacción que ha llevado no al antiguo formulismo sacramental del Derecho Romano, sino que a un nuevo formulismo constituido por el empleo de técnicas contractuales (11) que no dificultan en absoluto el desarrollo de las negociaciones.

---

(8) Demogue, "Les notions fondamentales du Droit Privé", pág. 111. Capitant, "Introduction à l'étude du Droit Civil", pág. 283.

(9) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, pág. 256.

(10) Capitant, "Introduction à l'étude du Droit Civil", pág. 283.

(11) Sallé, ver obra citada.

10. *Formas de manifestar la voluntad.*—De acuerdo con el principio general de la libertad, la voluntad, atendiendo a sus formas de manifestarse, puede ser expresa y tácita.

Tanto una como otra revelan la intención del autor, pero mientras la voluntad expresa se manifiesta en términos formales y explícitos, la voluntad tácita se induce implícitamente de cualquier acto que revela la intención del autor; así, por ejemplo, el simple acto de subir a un tranvía constituye una manifestación tácita de la voluntad de celebrar un contrato de transporte (12).

Por regla general, la voluntad expresa tiene el mismo valor jurídico que la voluntad tácita, a menos que la ley o las partes exijan, en casos determinados, que la voluntad se manifieste en términos formales y explícitos (13).

En cuanto a la voluntad expresa, puede ser verbal o escrita. Se emplea generalmente la primera forma, en las negociaciones sencillas en que toman parte personas que están reunidas en un mismo lugar. Y la forma escrita, en los negocios complejos y entre personas que se encuentran alejadas.

En la actualidad y debido precisamente a la complejidad de las relaciones jurídicas privadas, está mucho más difundida la forma escrita, porque implica un estudio más detenido de las condiciones del negocio.

Puede presentarse en forma manuscrita o impresa, siendo esta segunda, una forma moderna de manifestar la voluntad cuyo valor jurídico, muy discutido, estudiaremos oportunamente.

Hay una doctrina nueva que hace diferencia entre manifestación directa e indirecta de la voluntad. La manifestación directa tiene por objeto llevar la voluntad a conocimiento del interesado. Y la indirecta, aun cuando no tiene precisamente el objeto de la anterior, se ve en forma clara la voluntad del autor.

En realidad, estas dos formas de manifestación corresponden a la voluntad expresa y tácita, puesto que, por regla general, la voluntad expresa—por manifestarse en términos formales y explícitos—persigue el mismo objeto que la voluntad directa.

En cuanto a la voluntad tácita, lleva envuelta la presunción de que la intención del autor al ejecutar los actos que constituyen la

(12) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 171. Bruselas, XI-1900.

(13) Planiol et Ripert, ver obra citada, pág. 127, tomo VI.

manifestación de voluntad, es que ellos lleguen a conocimiento del tercero, lo que no es otra cosa que el mismo objeto que persigue la voluntad indirecta.

11. *Elemento determinante de la voluntad jurídica.*—El estudio de los elementos de la voluntad jurídica nos plantea un problema, que es el de determinar cuál de los dos elementos estudiados es más importante en el acto jurídico: si la manifestación de la voluntad o si la intención. Y, por lo tanto, cuál debe ser considerado, en primer lugar, por el juez al encontrarse en presencia de un caso de interpretación.

Es una cuestión abierta hasta ahora en doctrina, y en la que puede optarse por cualquiera de las dos teorías que enunciaremos a continuación.

12. *Teoría de la Voluntad.*—Dicen los partidarios de esta teoría, que si bien es cierto que la voluntad necesita exteriorizarse para producir efecto de derecho, también es verdad que el único elemento determinante de la voluntad jurídica es la voluntad interna; que la manifestación de esta voluntad interna es solamente su expresión y un medio para darla a conocer; que precisamente el error de los refutadores de la teoría que estamos estudiando, estriba en haber elevado a la categoría de elemento determinante de un acto jurídico, lo que no es sino un medio, un instrumento para conseguir un fin.

Por lo tanto, dicen los partidarios de la Teoría de la Voluntad en caso de conflicto, de desacuerdo entre la voluntad interna y la manifestación de la voluntad, el juez deberá buscar, para solucionarlo, la voluntad interna, ya que es la única que revela "realmente" la intención del autor.

Esta teoría ha sido adoptada por varios Códigos que, como el español, portugués, etc., tratan de salvaguardar los derechos del autor de la manifestación de la voluntad.

13. *Teoría de la Declaración de Voluntad* (14).—Saleilles, tratadista de Derecho Civil, formuló la Teoría de la Declaración de Voluntad. Sus opiniones han encontrado el apoyo de muchos autores y han sido aceptadas también por algunos códigos como el alemán y el austríaco.

(14) Saleilles, "Déclaration de volonté".

De acuerdo con esta teoría, la voluntad interna no puede ser el elemento determinante de la voluntad jurídica, porque el autor no tiene, en realidad, "la intención de obtener un resultado jurídico", sino que solamente "la intención de hacer la declaración".

Además, y a diferencia de la voluntad interna, la manifestación es el elemento material de la voluntad jurídica; el que es susceptible de ser conocido por terceros y el que inspira, por lo tanto, la seguridad y confianza necesarias para el desarrollo de las negociaciones.

E invocan en apoyo de sus principios, el hecho de que los tribunales que adoptan la Teoría de la Voluntad—los franceses, por ejemplo—han emitido, repetidas veces, fallos que constituyen verdaderas aplicaciones de la Teoría de la Declaración de Voluntad.

Así (15), han hecho prevalecer la voluntad declarada sobre la interna, cuando se trata de proteger a terceros, no permitiendo, por ejemplo, probar una voluntad diferente de la expresada por escrito, o impidiendo a los autores de una simulación oponer a terceros un acto secreto (Req., 24-III-1924; Req., 20-X-1908; Cass., 24-I-1870; Cass., 1-VIII-1876; Req., 19-XII-1917).

14. *Crítica de estas dos teorías y conclusión.*— Ahora bien: ¿cuál de las dos teorías enunciadas es en definitiva la más aceptable? Nosotros creemos que es la Teoría de la Declaración de Voluntad. Y vamos a exponer las razones que nos han inclinado a favor de esta teoría, analizando el problema desde dos puntos de vista: jurídico y social.

a) Aspecto jurídico de la cuestión: La voluntad jurídica se compone de dos elementos: la voluntad interna y la manifestación de la voluntad interna.

El primero de estos dos elementos—la voluntad interna—necesita de la manifestación para transformarse en voluntad jurídica, puesto que debe exteriorizarse para ser considerada por el Derecho.

La manifestación, que es el elemento objetivo, el que da a conocer la intención del autor, necesita también de la voluntad interna como antecedente indispensable para su existencia.

Y si la voluntad interna necesita de la manifestación para transformarse en voluntad jurídica y si la manifestación necesita de la voluntad interna para alcanzar el mismo objeto, hay que concluir que

(15) Planiol et Ripert, ver obra citada, tomo VI, págs. 125 y 126.

ambas son elementos determinantes de la voluntad jurídica y que, por lo tanto, ambas deben ser igualmente consideradas.

Ahora bien: la Teoría de la Voluntad es exclusiva y solamente considera uno de los dos elementos de la voluntad jurídica, la voluntad interna.

Y este defecto no lo tiene en cambio la Teoría de la Declaración de Voluntad, puesto que la manifestación, obligatoriamente, debe encerrar la intención del autor, debe "declararla" y por esto se llama "declaración de voluntad", ya que la expresión de una idea necesita un antecedente indispensable que es la idea misma.

Por lo tanto, la Teoría de la Declaración, si bien es cierto que rechaza la Teoría de la Voluntad por su carácter exclusivista, no deja, sin embargo, de considerar el elemento subjetivo de la voluntad jurídica.

Se objetará, sin duda, que muchas veces la manifestación no declara, no traduce la verdadera intención de las partes. Pero hacer esta objeción, es citar como argumentos situaciones excepcionales. Y nosotros estamos aquí considerando la regla general de que la declaración de voluntad encierra la verdadera intención del autor; regla general que debemos aceptar porque en ella se apoyan la confianza y la seguridad necesarias para los negocios.

En cuanto a las situaciones excepcionales en que se producen conflictos entre la voluntad interna y la declarada, constituyen el aspecto social del problema, cuyo análisis haremos a continuación.

b) Aspecto social de la cuestión: El problema del conflicto entre la voluntad interna y la declarada, no es solamente un conflicto de voluntades, sino que algo más grave: es un problema de conflicto de intereses.

En efecto, tenemos por una parte el interés individual, defendido por la Teoría de la Voluntad al considerar, como elemento determinante del acto jurídico, la voluntad interna. Y por otra parte, el interés social, del que se preocupa la Teoría de la Declaración de Voluntad al tomar en cuenta, en primer lugar, la manifestación de voluntad.

Y en presencia de un conflicto de intereses, debemos aplicar la Teoría del Interés Preponderante, que el Derecho Penal formula a propósito del Estado de Necesidad y que va invadiendo, poco a poco, el campo del Derecho Civil (16).

(16) Demogue, "Les notions fondamentales du Droit Privé", pág. 316.

Según la Teoría del Interés Preponderante, el interés de menor importancia—considerando la importancia desde un punto de vista objetivo—será sacrificado al de mayor importancia, cuando este sacrificio sea el único precio de salvación de este interés.

Aplicando este principio a nuestra cuestión, tenemos que entre el interés individual y el social, es este último el de mayor importancia. Y que, por lo tanto, en caso de conflicto inconciliable entre ambos, será sacrificado el interés individual para salvar el social.

Y como la Teoría de la Declaración de Voluntad se preocupa precisamente de proteger el interés social, la encontramos más aceptable que la Teoría de la Voluntad.

Pero al inclinarnos por ella, no quiere decir que dejemos a un lado el interés individual, sino que, muy por el contrario, también lo tomamos en cuenta, ya que mañana puede este interés ser social (17), puesto que el autor de una declaración de voluntad es para otros casos un "tercero".

Aceptar la Teoría de la Declaración de Voluntad, quiere decir posponer la voluntad interna a la declaración, cuando no haya medio de conciliarlas y para seguridad de terceros. Y quiere decir, también, posponer el interés individual al social, cuando sea necesario el sacrificio del uno para salvar el otro.

Al adoptar la Teoría de la Declaración de Voluntad, hay que aceptar también, como consecuencia lógica, una alteración en las reglas interpretativas de la voluntad.

En efecto, el juez no tiene la misión de buscar la intención de las partes, porque al Derecho no le interesa lo que sucede en la conciencia del individuo, sino que debe ayudarlas a conseguir los fines económicos, prácticos que persiguen, siempre que éstos estén de acuerdo con el interés social (18).

Y para apreciar esta circunstancia, el juez deberá considerar la voluntad objetiva; es decir, la voluntad que se manifiesta al exterior y en cuya manifestación influye un conjunto de factores de índole compleja. En una palabra, el juez deberá tomar en cuenta la voluntad jurídica.

Este principio de interpretación—que es, como decíamos, consecuencia lógica de la Teoría de la Declaración de Voluntad y, en ge-

(17) Demogue, "Les notions fondamentales du Droit Privé", pág. 72.

(18) Saleilles, "Déclaration de volonté", págs. 214 y 215.

neral, de las teorías modernas sobre el contrato—ha sido adoptado por algunos Códigos.

Así, por ejemplo, el artículo 133 del C. C. Alemán dice que “para interpretar una declaración de voluntad hay que buscar la voluntad real y no atenerse al sentido literal de los términos”, y el artículo 914 del C. C. Austríaco revisado—Código inspirado en el C. C. Alemán—adopta esta regla interpretativa al decir que “para la interpretación de los contratos, no hay que atender al sentido literal de las palabras, sino que buscar la intención de las partes, y el contrato deberá comprenderse de una manera que corresponda a los usos admitidos en las relaciones honradas”.

Respecto al artículo 133 del C. C. Alemán se ha suscitado una cuestión promovida por los partidarios de la Teoría de la Voluntad, quienes, basándose en que el legislador empleó la expresión “voluntad real”, consideran que el citado artículo acepta dicha teoría.

Pero los que así opinan, han interpretado aisladamente esa disposición legal sin “concordarla con las demás que versan sobre la misma materia, ni con el trabajo doctrinal existente sobre la noción de contratos” (19). Porque si así lo hubieran hecho, habrían llegado a la conclusión de que el C. C. Alemán acepta ampliamente la Teoría de la Declaración, y de que el legislador al emplear en el artículo 133 la expresión “voluntad real”, no lo hizo en el sentido de “voluntad interna”, porque la voluntad interna es real solamente para los partidarios de la Teoría de la Voluntad, sino que de “voluntad jurídica”, es decir, de voluntad objetiva (20), de voluntad que se manifiesta acompañada de un conjunto de circunstancias que influyen en ella y en el objeto que persigue.

Es en este sentido que hay que entender el artículo 133 del C. C. Alemán. Y precisamente así lo comprendió el legislador austríaco al adoptar la regla de interpretación del citado artículo, expresando en el artículo 914, que no hay que buscar la voluntad interna, sino que hay que entender el contrato “de una manera que corresponda a los usos admitidos en las relaciones honradas” (21).

15. *Teoría de la Voluntad Unilateral.*—El consentimiento, o más claro, el acuerdo de dos o más voluntades que persiguen un re-

(19) Meynial, “Déclaration de volonté”. Rev. Trim. de 1902, pág. 556.

(20) Saleilles, “Déclaration de volonté”, pág. 217.

(21) Gallaix, ver obra citada, pág. 141.

sultado jurídico, es una noción compleja que consta de dos elementos simples, de dos (o más) voluntades unilaterales.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿qué papel desempeñan estas voluntades en el contrato? O mejor dicho, ¿puede la voluntad unilateral tener el mismo valor jurídico que el consentimiento y ser, por lo tanto, capaz de producir obligaciones?

Y esta pregunta que nos hacemos tiene asidero en el Derecho, ya que, a propósito de ella, nació en el campo de la doctrina la Teoría de la Voluntad Unilateral.

En efecto, en la segunda mitad del siglo XIX nació en Alemania la teoría recién citada, cuyos partidarios—entre los que se cuentan Siegel, Worms, etc. (22)—opinan que la única fuente de obligaciones es la voluntad unilateral.

Y llegan a esta conclusión, argumentando que el contrato puede descomponerse en dos elementos simples e independientes, y por lo tanto, con valor jurídico suficiente para generar obligaciones.

Sin embargo, algunos tratadistas franceses—que en este punto, como en muchos otros, están en desacuerdo con los alemanes—opinan que sólo el concurso de dos (o más) voluntades puede ser fuente de obligaciones, y que si bien es verdad que la voluntad unilateral puede producir efectos jurídicos con respecto a su autor, no podrá, en cambio, traer consecuencias que afecten a un tercero, sin su aceptación, porque nadie puede adquirir derechos ni contraer obligaciones contra su voluntad (23).

Además, continúan los tratadistas franceses (24), no hay que olvidar que la voluntad del hombre representa un interés, y que se manifiesta precisamente para satisfacer ese interés, sin considerar, por regla general, el de la sociedad.

En cambio, el consentimiento, que es el acuerdo de dos o más voluntades, significa la conciliación, la transacción de dos o más intereses opuestos. Transacción que tiene una gran importancia social, ya que da la seguridad, en la mayoría de los casos, de que se producirá un resultado conforme al interés colectivo.

Y, en cambio, la voluntad unilateral no presenta esta garantía, porque ella actúa siempre en interés personal, sin tener—como en el

(22) Valverde y Valverde, ver obra citada. Tomo III, pág. 228.

(23) Clemente de Diego, ver obra citada. Tomo V, pág. 223.

Baudry-Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 39.

(24) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, págs. 35 y 36.

consentimiento—en frente de ella, una voluntad unilateral que, por representar un interés opuesto, le sirva de control (25).

Conclusión: En realidad, las razones que dan los partidarios de la doctrina francesa son lo bastante convincentes como para sentar el principio general de que "sólo el concurso de dos o más voluntades genera obligaciones contractuales".

Pero no podemos aceptar este principio como absoluto, porque los argumentos que invocan en pro de su tesis los partidarios de la doctrina alemana, son también lo bastante poderosos como para aceptar, en ciertos casos excepcionales, la Teoría de la Voluntad Unilateral.

Tenemos, pues, que el consentimiento es, por regla general, la fuente de las obligaciones contractuales, salvo las excepciones en que necesariamente habrá que aceptar la Teoría de la Voluntad Unilateral.

Y esta solución intermedia que adoptamos, está corroborada por la actitud de la doctrina, jurisprudencia y legislación de todos los tiempos.

Así, el Derecho Romano estableció que la *pollicitatio* o promesa de uno solo, era obligatoria solamente en los siguientes casos: a) cuando se trataba de promesas hechas a las ciudades, siempre que hubiera motivo grave para ello o que ya se hubiera comenzado a cumplir la promesa (26); b) en el caso del "votum" o promesa de dar, hacer o no hacer, hecha a la divinidad bajo la condición de que se realizara un acontecimiento determinado; y c) en las promesas de recompensa para los que encontraran un objeto perdido o un esclavo fugitivo (27).

Y en nuestros tiempos, nos encontramos con que los Códigos que adoptan la doctrina francesa del concurso de voluntades, sientan algunas disposiciones en las que han debido reconocer efectos obligatorios a la voluntad unilateral.

En cuanto a los sustentadores de la doctrina alemana, por su parte, sólo han logrado aplicarla en casos aislados. Así, por ejemplo, tenemos el caso de Alemania, que introdujo la teoría en cuestión en su Código Civil y que, sin embargo, ha debido sentar como principio

(25) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, págs. 35 y 36.

(26) Pothier, ver obra citada, pág. 12.

(27) Clemente de Diego, ver obra citada. Tomo V, pág. 222.

general el mismo que adoptan los Códigos que siguen la doctrina francesa (28), limitando el campo de acción de la Teoría de la Voluntad Unilateral solamente a los casos referentes a la promesa de recompensa (29), títulos al portador (30) y otros que veremos oportunamente en el curso de nuestro estudio.

---

(28) Ver art. 305 C. C. Alemán.

(29) Ver art. 657 C. C. Alemán.

(30) Ver art. 793 C. C. Alemán.

## TITULO SEGUNDO

### TEORIA DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

16. *Ideas generales.*—Estudiar la formación del consentimiento en los contratos, es responder a tres preguntas: ¿cómo? ¿cuándo? y ¿dónde? se produce el acuerdo de voluntades.

Y efectivamente es lo que vamos a hacer, dividiendo nuestra materia en tres capítulos—para responder a cada pregunta por separado y en el orden en que han sido hechas—que denominaremos respectivamente: “De la Oferta y de la Aceptación”, “Momento en que se forma el consentimiento” y “Lugar en que se forma el consentimiento”.

#### CAPITULO I

##### DE LA OFERTA Y DE LA ACEPTACION

##### Sección Primera

###### GENERALIDADES SOBRE LA OFERTA

SUMARIO: 17. Concepto.—18. Naturaleza jurídica.—19. Elementos de la oferta.—20. Intención.—21. Manifestación de la oferta.

17. *Concepto.*—La oferta es una proposición que hace una persona a otra para contratar en condiciones determinadas, de manera que baste una simple aceptación para perfeccionar el contrato (31).

(31) Sallé, ver obra citada, pág. 95.

A menudo se emplea el término "proposición" en vez del de "oferta", con lo que se confunden dos conceptos diferentes, ya que, entre la proposición y la oferta, existe la diferencia que hay entre el género y la especie. O más claro, ya que toda oferta es proposición pero no toda proposición es oferta.

Importa, pues, distinguir ambos conceptos, porque ambos producen efectos diferentes.

La proposición es la iniciativa que toma una persona para ejecutar un acto determinado con otra. En cambio, la oferta es un acto de iniciativa para contratar con la persona a quien se dirige y para producir los efectos jurídicos inherentes al contrato.

La persona que hace la oferta se llama oferente, y puede ser cualquiera de las dos futuras partes contratantes: tanto el que va a ser acreedor como el futuro deudor. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa puede ser oferente, tanto el que pretende ser comprador como el que pretende ser vendedor (32).

18. *Naturaleza jurídica.*—La oferta, de acuerdo con el concepto que de ella hemos dado, es un acto jurídico, una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos, ya que el oferente al hacer la oferta, está dando a conocer la intención de celebrar un contrato determinado.

19. *Elementos de la oferta.*—El reconocer que la oferta es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos equivale a decir—de acuerdo con los principios estudiados (33)—que ella consta de dos elementos: la intención y la manifestación.

20. *Intención.*—Con respecto a este elemento podemos sentar una regla general, que no es sino aplicación de los principios analizados sobre la voluntad jurídica (34) y que es la siguiente: "Toda persona que hace una oferta, debe tener la intención de celebrar un contrato determinado y de obligarse para el caso en que su oferta sea aceptada por el destinatario".

Consecuente con esta idea, tenemos que es muy importante determinar en cada caso particular si hay o no oferta. Y hablamos de

(32) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 544.

(33) Ver párrafo VI.

(34) Ver párrafo VII.

caso particular porque, como es muy difícil sentar una regla general al respecto, se ha dejado entregada a los tribunales la solución del punto, los que resuelven, considerando la cuestión desde un punto de vista objetivo, si el proponente tuvo o no la intención de hacer una verdadera oferta. Y así, por ejemplo, se ha considerado, como oferta, el aviso—por los diarios—en que se propone vender un objeto a un precio determinado (35).

Sin embargo, a pesar de que hicimos del punto una cuestión de hecho, vamos a sentar algunos principios que son el resultado de la opinión casi unánime de la jurisprudencia y de los tratadistas y que servirán para comprender mejor la cuestión.

Así, de acuerdo con la regla general que hemos sentado sobre la intención, podemos concluir que no son ofertas:

a) Las proposiciones hechas en forma vaga, porque no puede deducirse claramente de ellas la intención del autor (36);

b) Las que hace una persona a otra sin precisar el contrato (37);

c) Las que van acompañadas de cláusulas que excluyen la voluntad definitiva de obligarse para el caso en que sean aceptadas; como, por ejemplo, las que llevan la cláusula "sin compromiso" u otras semejantes (38);

d) Las peticiones en que se solicitan algunos informes sobre las mercaderías o sus precios. Estas no son ofertas ni aun cuando los que las reciben tergiversen su sentido. Así, por ejemplo, si alguien dice: "yo estaría dispuesto a adquirir su stock de trigo", y se le responde: "consecuente con su oferta, pongo a su disposición tal cantidad de trigo, a tal precio", es oferente, el que da esta respuesta (39);

e) Las proposiciones hechas por juego o cortesía (40), porque la regla general, como ya lo hemos estudiado, es que esta clase de proposiciones no da nacimiento a derecho ni para el autor, ni para el beneficiario (41).

Así, por ejemplo, el dueño de un automóvil que lleva, por cortesía, a sus amigos de viaje—aunque sea de negocio—no se obliga ju-

(35) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 155. París 5-II-1910.

(36) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 60.

(37) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 33.

(38) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 33.

(39) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 33.

(40) Lehr, ver obra citada, pág. 498.

(41) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 164. Orléans, 23-IV—3-VI-1842, Dijon, 12-VI-1928.

ricamente para con ellos porque no tuvo la intención de celebrar un contrato de transporte (42).

Por esto, es importante hacer una diferencia entre intención de obligarse y acto de cortesía, diferencia que es una cuestión de hecho cuya solución queda entregada a los tribunales. Estos han fallado que en caso de duda, sobre el particular, se forma el contrato; así, se presume que el médico que tiene relaciones de amistad con un enfermo, no renuncia, por esta causa, al pago (43);

f) Tampoco son ofertas las proposiciones que hace una persona a otra para entrar en relaciones de negocios.

En efecto, los que entablan conversaciones sobre un asunto determinado, no tienen la intención de obligarse sino que sólo pretenden facilitar el camino y preparar juntos, si es posible, un proyecto eventual de contrato, celebrando acuerdos sucesivos sobre cada punto (44).

Es, pues, muy diferente el objeto que persigue la voluntad en las conversaciones preliminares del que persigue en la oferta.

Por lo tanto, es importante distinguir entre ambos conceptos.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, porque en la práctica las partes no hacen diferencia entre el proyecto definitivo de contrato, que es la oferta, y el proyecto eventual que resulta de las conversaciones (45).

Por esto, es necesario que se exprese la intención de no obligarse jurídicamente sino de iniciar conversaciones, o que se deduzca esta intención de las circunstancias o de la naturaleza del asunto (46).

21. *Manifestación de la oferta.*—La oferta, atendiendo a la forma en que se manifiesta, puede ser expresa o tácita (47).

La oferta expresa es aquella que se manifiesta en términos formales y explícitos, como por ejemplo, una carta que el oferente dirigió a una persona proponiéndole la celebración de un contrato determinado.

(42) Perreau, "Courtoisie complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence". Rev. Trim. 1914, pág. 489; Lyon, 13-I-1912; Lyon, 28-I-1913.

(43) Perreau, "Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence", pág. 490: Trib. de la Roche-sur-Yon, 19-VI-1906; Trib. Annecy, 23-VII-1887.

(44) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 231; Faggella. Rev. Trim. 1907, pág. 706.

(45) Faggella. Rev. Trim. 1907, pág. 709.

(46) Art. 7 C. Suizo Oblig.; Planiol et Ripert. Tomo VI, pág. 165.

(47) Art. 863 C. C. Austríaco revisado; art. I C. Suizo Oblig.

La oferta tácita, en cambio, está constituida por actos positivos que revelan claramente la intención del autor. Así, por ejemplo, es oferta tácita el hecho de que el arrendatario quede en posesión del local arrendado al expirar el término por el cual se arrendó (48).

La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que aun los actos más simples pueden constituir oferta. Así, se ha resuelto que el estacionamiento de un vehículo público en el camino público, dejando ver que está libre, es oferta para celebrar contrato de transporte (49). Y que el hecho de exhibir un objeto en la vidriera de un almacén, con precio marcado en una etiqueta, es oferta de vender a ese precio y que, por lo tanto, el primero que acepte pagarlo puede exigir su entrega (50).

La regla general es que tanto la oferta expresa como la tácita, tengan igual valor, puesto que la voluntad es libre de manifestarse en cualquier forma, salvo los casos excepcionales en que se exige que la oferta se manifieste expresamente, porque se considera que, dada su forma explícita, significa una mayor seguridad para las negociaciones (51).

Sin embargo, la tendencia moderna es dar mayor valor a la oferta expresa, precisamente porque garantiza la seguridad y, por lo tanto, la estabilidad necesarias para los negocios y, porque, al mismo tiempo, no impide que éstos se verifiquen con rapidez, ya que no se exigen solemnidades especiales sino solo una manifestación explícita de la voluntad.

Por lo demás, el que la voluntad tácita haya disminuído de importancia, no viene sino a corroborar lo que decíamos anteriormente: que el Principio de la Autonomía de la Voluntad, que fué el que dió el mayor auge a la voluntad tácita, ha cedido paso al nuevo concepto de contrato, el que se caracteriza por el empleo de técnicas contractuales que han venido a aminorar la importancia de la voluntad.

La oferta expresa puede ser verbal o escrita.

La oferta verbal, que consiste en palabras, es empleada general-

(48) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 130; art. 648 C. C. Portugués.

(49) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 159; Trib. paix Paris, 5-I-1882.

(50) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 129; Trib. comm. Seine, 5-I-1869; Trib. Seine, 28-V-1921.

(51) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, págs. 279 y 280.

mente por los que pretenden celebrar contrato con personas que se encuentran en el mismo lugar, porque sería difícil la prueba de una oferta verbal tratándose de personas alejadas.

Pero, actualmente, está mucho más difundida la forma escrita, aun para el caso en que se trate de hacer una oferta a un individuo que se encuentra en el mismo lugar que el oferente, porque la escritura tiene la ventaja de que facilita el estudio de las condiciones de los negocios.

Debemos advertir, eso sí, que ella no es requisito de existencia del contrato—a menos que se trate de contratos solemnes—sino que solamente un medio de prueba.

La oferta escrita puede ser impresa o manuscrita.

La forma impresa es muy frecuente en la actualidad, porque significa una economía de tiempo. Se emplea, por regla general, en las ofertas al público, contratos de trabajo, pólizas de seguro, etc.

## Sección Segunda

### REQUISITOS DE LA OFERTA

SUMARIO: 22. Primer Requisito: "La oferta debe ser completa".—23. Contratos tipos.—24. Cláusulas redactadas de antemano y con posterioridad.—25. Cláusulas manuscritas e impresas.—26. Ofertas únicas y múltiples.—27. Cláusulas tácitas o subentendidas.—28. Segundo Requisito: "La oferta debe emanar de la voluntad del oferente".—29. Ofertas forzadas.—30. Negativa de contratar de parte del oferente.—31. Tercer Requisito: "El oferente debe dirigir la oferta a un destinatario".—32. Ofertas a personas determinadas.—33. Ofertas a persona indeterminada.—34. Títulos al portador.—35. Promesa de recompensa.—36. La estipulación por otro.—37. Cuarto Requisito: "La oferta debe llegar a conocimiento del destinatario". Conocimiento y recepción.—38. La oferta debe ser enviada al destinatario o a su representante.—39. Medios de que puede valerse el oferente para hacer llegar la oferta al destinatario.

22. *Primer Requisito: "La oferta debe ser completa"*.—Hemos dicho que la oferta es la proposición que hace el oferente al destinatario para celebrar un contrato en condiciones determinadas.

Por lo tanto, es un proyecto definitivo de contrato que se somete a la aceptación de la persona a quien se dirige.

Ahora bien: ¿qué quiere decir que la oferta sea un proyecto definitivo de contrato?

Según algunas opiniones (52), ello significa que toda oferta de-

(52) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 152; Trib. comm. Seine 5-I-1869; Pau, 2-V-1887; Trib. Bayeux, 1884.

be contener las condiciones del contrato precisadas y resueltas, de manera que falte solamente el "sí" del destinatario para que el contrato se repute perfecto.

De acuerdo con esta idea, se ha juzgado que una Compañía de Navegación que publica sus horarios pero no sus tarifas, no hace una verdadera oferta para celebrar contrato de transporte (53).

Sin embargo, hay algunos autores (54), que opinan que puede dejársele al futuro aceptante la elección de ciertas circunstancias del contrato, siempre que se fijen los límites de esta elección. Así, de acuerdo con esta opinión, es oferta aquélla en que se deja al destinatario la determinación del precio; pero no lo sería, por ejemplo, el aviso redactado en los términos siguientes: "Se venden mercaderías a precios módicos", porque en este caso no se han fijado límites a la voluntad del destinatario (55).

23. *Contratos tipos*.—Parece que la tendencia actual es hacer de la oferta un proyecto que contenga todos los elementos del contrato, sin dejar entregada la solución de algunos puntos a la persona a quien va dirigida la oferta, porque se considera que la elección por parte del destinatario significa una pérdida de tiempo que no trae sino consecuencias desventajosas para las negociaciones.

Y así tenemos que la vida moderna se caracteriza por el desarrollo cada vez más creciente de los contratos tipos, es decir, de ofertas redactadas de antemano que contienen precisados y resueltos todos los puntos del contrato y a las que sólo falta una aceptación en block, una aceptación del conjunto de las cláusulas de la oferta.

Podemos citar, como ejemplos, el contrato de trabajo, de seguro, las ofertas hechas al público a precio fijo, casos todos en que se fijan condiciones con anticipación.

Parecerá raro, sin duda, que las ofertas puedan redactarse de antemano, siendo que los elementos que las constituyen se determinan en cada caso particular según las circunstancias especiales en que se presenta el negocio. Pero, no hay que olvidar que, debido a la interdependencia económica en que viven los hombres, la mayor parte de los contratos obedecen a necesidades semejantes y se celebran, por lo tanto, en las mismas condiciones. Sería muy difícil, por ejemplo,

(53) Sallé, ver obra citada, pág. 98; Req., 3-I-1871; Seine, 22-VII-1882.

(54) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 27.

(55) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 153.

que un comerciante que diariamente tiene que contratar con miles de individuos, tuviera que discutir con cada uno las cláusulas del contrato (56).

24. *Cláusulas redactadas de antemano y con posterioridad.*—Decíamos que se tiende en la actualidad a la redacción anticipada de la oferta. Esto no obsta, sin embargo, para que puedan agregársele, a una oferta redactada de antemano, algunas cláusulas especiales, en consideración a los contratantes o a las circunstancias en que se celebra el contrato.

Y estas cláusulas fijadas o redactadas con posterioridad, tienen el mismo valor jurídico que las establecidas antes (57), eso sí que, en caso de contradicción entre ambas, prevalecerán las redactadas posteriormente por ser manifestación de la voluntad más reciente y por referirse precisamente, a un caso particular.

25. *Cláusulas manuscritas e impresas.*—La oferta escrita puede redactarse en forma impresa o manuscrita, o también en parte impresa y en parte manuscrita. En este último caso, tanto las cláusulas manuscritas como las impresas, tienen el mismo valor jurídico, puesto que la voluntad puede, por regla general, manifestarse en cualquier forma (58).

Sin embargo, este principio, que en el Derecho no presenta dificultades, da lugar, en la práctica, a cuestión.

En efecto, la persona a quien se dirige la oferta, la acepta generalmente sin conocerla, sin imponerse siquiera del contenido de las cláusulas impresas, porque, debido a los términos oscuros en que se redactan casi siempre y a la forma detallada y reglamentaria que revisten, los destinatarios creen que las cláusulas impresas son sólo accesorias de las manuscritas y que, por lo tanto, tienen por objeto completarlas.

Y los oferentes inescrupulosos se aprovechan de este error, de esta falsa apreciación del papel que desempeñan las cláusulas impresas, y las emplean con el objeto de limitar o dejar sin efecto las cláusulas manuscritas—por ejemplo, cláusulas de irresponsabilidad—

(56) Sallé, ver obra citada, pág. 17.

(57) Sallé, ver obra citada, pág. 278.

(58) Perreau, "Clauses manuscrites et clauses imprimées". Rev. Trim. de 1927, págs. 303 y siguientes; Cass., VIII-1875; Cass., II-1873; Cass., III-1901; Cass., II-1921.

confiando en que serán aprobadas, por el destinatario, sin imponerse de su contenido.

Este grave inconveniente que se presenta en la práctica, ha hecho que algunos tribunales se pronuncien en contra del principio que enunciábamos antes y que atribuye igual valor jurídico a las cláusulas manuscritas e impresas (59), y ha hecho, además, nacer una teoría que considera las cláusulas impresas como accesorias de las manuscritas y que limita, por lo tanto, el valor jurídico de las impresas a los casos en que ellas tengan solamente por objeto completar, aclarar el sentido de las manuscritas, negándoles en cambio todo valor cuando pretenden dejarlas sin efecto (60).

Nosotros creemos que lo más conveniente es hacer del punto una cuestión de hecho cuya solución queda entregada a los tribunales, los que deberán establecer en cada caso particular si el aceptante pudo o no imponerse del contenido de las cláusulas impresas y, en la afirmativa, concederles pleno valor jurídico, ya que la voluntad puede manifestarse en cualquiera forma.

Para afirmar lo que decimos, podemos citar, entre otras, una sentencia de los tribunales ingleses (61) que resolvió que la adquisición, por parte de una persona, de un pasaje que llevaba escritas las palabras "Dublin a Whitehave" quería decir aceptación de una oferta hecha por la Compañía de Navegación para celebrar contrato de transporte pero que no significaba en forma alguna, aceptación de una cláusula impresa al dorso del boleto de pasaje y por la cual la Compañía declinaba toda responsabilidad por pérdida del equipaje del pasajero, porque éste no pudo imponerse del contenido de esta cláusula de irresponsabilidad, ya que el pasaje no llevaba escrita ninguna fórmula que llamara la atención del comprador—por ejemplo "ver a la vuelta" u otra—y que hubiera hecho presumir su aceptación (62).

Con el mismo criterio ha resuelto la jurisprudencia francesa (63) y alemana (64).

(59) Perreau, "Clauses manuscrites et clauses imprimées". Rev. Trim. 1927, págs. 303 y siguientes: Trib. Seine, II-1905; Civ. I-1910.

(60) Teoría de Dereux. Ver. Rev. Trim. 1910, págs. 503 y siguientes.

(61) Lehr, ver obra citada, págs. 496 y 497. L. R. 2 H. of Lords, Sc. app 470

(62) Lehr, ver obra citada, págs. 496 y 497: 3 H. el C. 135; 5 C. P. D. 1.

(63) Rev. Trim. 1913, pág. 918. Trib. Epinal, 27-III-1912.

(64) Rev. de D. Privado, 1927. Tomo XIV, pág. 83: T. S. t. c. XII N.º 72.

Ahora bien, ¿cómo se resuelve si hay contradicción entre las cláusulas manuscritas y las impresas?

La doctrina y la jurisprudencia responden a esta pregunta distinguiendo entre sí las cláusulas manuscritas e impresas están en un mismo acto o en actos diferentes.

Si están reunidas en un mismo acto, es decir, poniendo un ejemplo, si a una póliza de seguro impresa se le agregan al final unas cláusulas manuscritas, prevalecen estas últimas por ser manifestación de la voluntad más reciente, ya que se agregan con el objeto de derogar las impresas en todo o en parte, entendiéndose por "derogar", no sólo el que se establezca expresamente la derogación, sino que, además, el hecho de que no puedan ejecutarse conjuntamente ambas clases de cláusulas (65).

Y si las cláusulas manuscritas e impresas están en actos diferentes, hay que distinguir si las segundas son anteriores o posteriores a las primeras; por ejemplo, hay que ver si a una póliza impresa de seguro sigue una carta manuscrita o viceversa.

Si las cláusulas impresas son anteriores a las manuscritas, prevalecen estas últimas si son aceptadas (66).

Y si, por el contrario, son posteriores las impresas, prevalecerán sobre las manuscritas, si son aceptadas, por ser manifestación de la voluntad más reciente y porque hay libertad para manifestar la oferta en cualquier forma (67).

26. *Ofertas únicas y múltiples.*—A veces, las cláusulas de una oferta constituyen, en realidad, ofertas independientes.

De acuerdo con esto, hay que distinguir y ver si la intención del oferente fué hacer una "oferta única e indivisible" u "ofertas múltiples", lo que es una cuestión de hecho que se determina en cada caso particular. Así, por ejemplo, se presume la divisibilidad, si se ofrecen diversas mercaderías a precio diferentes (68).

(65) Perreau: "Clauses manuscrites et clauses imprimées". Rev. Trim. 1927; Rev. Trim. 1928, pág. 159; Trib. Cambrai, 16-IV-1912; Cherbourg, 6-IX-1912; París, 11-I-1913; Trib. comm. Nantes, 10-X-1921.

(66) Perreau. Rev. Trim. 1927. Cambrai IV-1912.

(67) Ver opiniones contrarias de Perreau en Rev. Trim. 1927 y de Dereux en Rev. Trim. 1910, pág. 503, etc.

(68) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 41.

27. *Cláusulas tácitas o subentendidas*.—La oferta, como toda manifestación de voluntad, debe interpretarse de acuerdo con la intención del oferente y con las circunstancias.

Así, deben considerarse en ella, ciertas condiciones tácitas que la acompañan, sin necesidad de estipulación especial. Por ejemplo, el que vende, puede alegar que no quería vender sino lo que estaba en el almacén (69). Y el que expone un traje con precio en la vidriera de un almacén no quiere decir que tenga la intención de vender precisamente ese traje, sino que otros iguales "porque no es posible estar haciendo constantemente una exposición" (70).

28. *Segundo Requisito: "La oferta debe emanar de la voluntad del oferente"*.—La oferta es una manifestación de la voluntad del autor, por lo tanto, debe emanar del mismo oferente; es decir, debe ser éste quien fije las condiciones de la oferta y por su propia voluntad.

Es claro, que esto es relativo porque, en el hecho, la voluntad del oferente sufre la influencia de factores diversos, principalmente de índole económica, que, hasta cierto punto, le obligan a contratar en condiciones determinadas.

29. *Ofertas forzadas*.—Sin embargo, no siempre emana la oferta de la voluntad de su autor, porque hay casos en que el oferente, por encontrarse en situación especial, se ve obligado a contratar y no puede negarse sino por causas justificadas. En otras palabras, hay ocasiones en que el oferente se encuentra en estado de "oferta forzada".

Es el caso, por ejemplo, de las empresas que gozan de monopolio de derecho o de hecho.

Así, las compañías de ferrocarriles no podrían negarse, salvo causas justificadas, a transportar a un individuo determinado de un lugar a otro, porque éste necesita de la compañía ya que ella tiene un monopolio de derecho.

Tampoco podría negarse a contratar, por tener un monopolio de hecho (71), el que surte de pan a toda una localidad aislada.

(69) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 159: Trib. Gand, 11-VI-1910.

(70) Sallé, ver obra citada, pág. 100: Trib. comm. Seine, 28-V-1921.

(71) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 162.

30. *Negativa de contratar de parte del oferente.*—En el párrafo anterior, dimos a entender que hay personas que están obligadas a contratar.

Esto parece un absurdo, ya que en virtud de la libertad de comercio e industria, existe el derecho de contratar y, como consecuencia, el derecho de negarse a contratar.

Por lo tanto, si una persona no quiere celebrar un contrato, no hace sino ejercitar un derecho y no puede ser sancionada por ello, porque no se perjudica a nadie de esta manera (72) (73), ya que no se trata aquí del ejercicio mismo del derecho de contratar, sino de la forma de ejercitar este derecho, lo que es muy diferente.

Se trata de determinar si el oferente causa o no un perjuicio con su negativa, si abusa o no de su derecho.

Y es precisamente en virtud de la Teoría del Abuso, en la manera de ejercitar el derecho, que existe, en ciertos casos, la obligación de contratar, cuando no hay un motivo legítimo que justifique la negativa.

Y esta obligación de contratar no se opone al derecho de contratar que tiene todo individuo en virtud de los principios de libertad de comercio e industria, sino que es sólo una limitación a él consagrada por las necesidades, limitación que va adquiriendo cada día más desarrollo porque cada vez son más frecuentes los casos en que las necesidades imponen la obligación de contratar.

En efecto, en un principio, la jurisprudencia sólo restringió la libertad para no contratar, a los casos en que el oferente fuera una empresa que gozara de un monopolio de derecho o de hecho (74). Consistía la restricción en que la empresa debería alegar motivo legítimo para no contratar, el que sería apreciado por los jueces, quienes obligarían al oferente a indemnizar a la persona con quien se negó a celebrar contrato si consideraban que el motivo no era justificado (74) (75) (76).

Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia han revelado un criterio más amplio al respecto, extendiendo el principio de la obliga-

(72) Rev. Trim. de 1926, pág. 1,045: Trib. Seine, 7.º Ch. 16-IV-1926; Trib. Seine, 13-III-1892; Trib. Cognac, 29-V-1895.

(73) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 259; París, VI-1897; C. de Appel. de Angers, XI-1907.

(74) Morel, ver Rev. Trim. de 1908; pág. 295; Cass., 3-XII-1867; Aix, 8-II-1853; Bordeaux, 8-III-1881.

(75) Cohin, ver obra citada, pág. 146; Trib. comm. Nice, 7-I-1893.

(76) Brun, ver obra citada, pág. 148; Req., 21-IV-1857; Req., 5-III-1873.

ción de contratar a todos los casos en que, en concepto de los jueces, no existe un motivo legítimo para negarse, considerando la naturaleza del contrato, la calidad de las partes y las circunstancias (77).

Así, se ha juzgado que un patrón abusa de la libertad de no contratar, al no aceptar a un obrero porque está sindicado (78) (79).

Se ha resuelto, además, que una persona a quien se le niega la entrada a un casino u otro lugar público semejante sin motivo justificado, (como sería, por ejemplo, si viniera ebrio o con el objeto de hacer un escándalo) tiene derecho a ser indemnizado o a emplear la fuerza pública para entrar en ese lugar (80).

En general, se considera que en los contratos que se celebran sin consideración a la persona, el oferente que se niega a contratar deberá justificar su actitud (81) (por ejemplo, en las ofertas al público).

La doctrina y la jurisprudencia van tan lejos en esta materia, que han llegado hasta afirmar que hay ciertos casos en que una persona no puede alegar motivo legítimo para no contratar, cuando se lo impiden los principios de humanidad, que están por sobre la libertad de comercio e industria. Es el caso, por ejemplo, del médico que se niega a socorrer a un enfermo, pretextando cualquier motivo que en otras circunstancias podría ser justificado. Es el caso, también, del farmacéutico que se niega a despachar el medicamento prescrito por un médico con el que está enemistado, etc. (82).

Tenemos, pues, en resumen, que la libertad para no contratar está ahora muy restringida y que la negativa para celebrar un contrato puede dar lugar a responsabilidad y, por lo tanto, a indemnización de perjuicios, no porque haya culpa de parte del que se niega —porque mal puede ser culpable el que ejercita un derecho— sino porque puede haber abuso en la manera de ejercitar el derecho de no contratar, lo que trae como resultado un perjuicio para la otra parte.

Este perjuicio puede ser material o moral. Sería un caso de per-

(77) Rev. Trim. de 1926, pág. 1,045; Trib. Seine, 10-III-1906; Trib. Marseille, 5-V-1908.

(78) Brun, ver obra citada, pág. 148. Trib. civ. Lille, 12-XI-1906; Req., 13-III-1905; Civ. 9-III-1915.

(79) Morel, ver Rev. Trim. de 1908, pág. 295; Bordeaux, 18-VIII-1903; Bordeaux, 14-XII-1903; Req., 13-III-1905.

(80) Rev. Trim. de 1906, pág. 163; Trib. de Pau, 18-XII-1905; Trib. Seine, 16-III-1906.

(81) Morel; ver Rev. Trim. 1908, pág. 303.

(82) Revue Algérienne Tunisienne et Marocaine de 1922, citada por Cohin, pág. 150. Trib. de Tizi-Ouzou.

juicio moral, aquel que se le ocasiona a una persona al negársele la entrada a un teatro (83). Pero sea que se trate de perjuicio material o moral, la indemnización deberá regularse según la cuantía del daño pero no comprenderá en ningún caso sino el daño emergente.

De todo lo expuesto en este párrafo, podemos deducir una consecuencia: que están variando substancialmente los principios sobre responsabilidad.

En efecto, puede advertirse que el concepto clásico de responsabilidad basado en la culpa, está cediendo paso al nuevo concepto de responsabilidad objetiva, basado fundamentalmente en el perjuicio.

31. *Tercer Requisito: "El oferente debe dirigir la oferta a un destinatario".*—Es lógico este requisito, puesto que el autor de la oferta pretende celebrar un contrato, es decir, pretende ponerse de acuerdo con otra persona para adquirir un derecho o contraer obligaciones con respecto a ella.

No se conseguiría este resultado, porque no habría oferta verdadera, si el proponente manifestara solamente la intención de celebrar un contrato sin dirigir a nadie su propuesta.

La persona a quien se hace la oferta se llama "destinatario" y puede ser determinada o indeterminada.

Por regla general, el oferente se dirige a una persona determinada cuando tiene especial interés en contratar con ella; como ejemplo, podríamos citar los contratos *intuitu personae*, en que, por ser fundamental para el oferente la persona del destinatario, dirige su oferta a un individuo determinado.

Por el contrario, la oferta a persona indeterminada tiene lugar, por regla general, en los casos en que al autor le es completamente indiferente la persona del destinatario.

32. *Ofertas a personas determinadas.*—Esta clase de ofertas encierran la idea de que la intención del oferente es contratar solamente con la persona a quien se dirige; significan, por lo tanto, una verdadera elección de destinatario.

La oferta a persona determinada puede referirse a uno o a varios individuos, y en este segundo caso puede hacerse simultánea o sucesivamente.

---

(83) Morel, ver Rev. Trim. 1908, pág. 310: Aix, 16-IV-1894.

La oferta que se dirige a varios destinatarios determinados presenta la siguiente dificultad: las cosas, objetos de oferta, son, por regla general, cuerpos ciertos o cosas limitadas en la cantidad o servicios que no pueden prestarse ilimitadamente. Resulta, de esto, que si aceptan todos los destinatarios, no pueden ser todos satisfechos, lo que lógicamente les perjudica (84).

Por ello, el oferente que pretende hacer una oferta a varias personas, sea simultánea o sucesivamente, deberá advertir a cada uno de los destinatarios.

En este caso, tendrá derecho a elegir entre las respuestas afirmativas que lleguen a su conocimiento, la aceptación definitiva (85).

En caso contrario, esto es, si no advierte a cada uno de los destinatarios que ha hecho la misma oferta a varios otros, pueden formarse los diversos contratos en virtud de las respuestas afirmativas de las personas a quienes se dirigió el oferente. Pero, como todos no pueden ejecutarse, los destinatarios que aceptaron y que no sean satisfechos, tendrán derecho a indemnización.

33. *Ofertas a persona indeterminada.*—Por regla general, el hombre hace una oferta llevado por el fin de satisfacer una necesidad. Como, para este objeto, no importa la persona del destinatario, resulta que la oferta puede hacerse, sin ningún inconveniente, a un individuo cualquiera que se interese por celebrar un contrato para satisfacer a su vez, sus propias necesidades.

Además, el Derecho exige solamente que las partes contratantes sean personas determinadas. Y como el destinatario todavía no lo es, puesto que no ha manifestado aún su voluntad de aceptar, bien puede ser un individuo indeterminado.

En la práctica—y debido a las razones que hemos dado para justificar su existencia y a sus ventajas—se han generalizado mucho estas ofertas a persona indeterminada; así, podríamos citar entre otros ejemplos, aquellas que se hacen por medio de circulares, prospectos y catálogos (86); las que consisten en la exposición de un objeto, con indicación de precio, en la vidriera de un almacén (87).

Este segundo ejemplo de ofertas a persona indeterminada com-

(84) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 166.

(85) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 162.

(86) Ver opinión contraria art. 7.º, inc. 2.º, C. Suizo Oblig.

(87) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, págs. 185 y 186; Trib. comm. Seine, 5-I-1869; Trib. comm. Seine, 28-V-1921.

prende en primer lugar la oferta de vender los objetos semejantes que existen en el interior del negocio, ya que, de acuerdo con la intención del oferente, no es posible estar haciendo y deshaciendo constantemente una exposición.

En cuanto al valor jurídico de las ofertas a persona indeterminada, ellas tienen, por regla general, el mismo que las ofertas a personas determinadas, siempre, por supuesto, que reúnan los requisitos que debe tener toda oferta.

Así, tomando un ejemplo citado anteriormente, si el objeto expuesto en la vidriera del almacén no tuviera precio, no sería oferta de vender, puesto que no estarían determinadas las condiciones del negocio.

Las ofertas a persona indeterminada presentan dificultades en la práctica, lo que ha hecho que se formen corrientes de opinión que les niegan valor jurídico.

Pero, si bien es cierto que presentan cuestiones por resolver, también es verdad que la importancia práctica de esta clase de ofertas—por ser superior a los inconvenientes—impone la necesidad de que se les reconozca igual valor jurídico que a las ofertas a personas determinadas.

Veamos algunas de las dificultades que presentan:

a) Se trata, por ejemplo, de una oferta de cuerpo cierto hecha al público y que es aceptada simultáneamente por varias personas.

¿Cuál de estas aceptaciones deberá ser tomada en cuenta por el oferente?

Porque éste tiene que decidirse ya que no pueden formarse varios contratos, puesto que hay un solo objeto.

Se ha resuelto que el oferente tiene amplia libertad para elegir entre varias aceptaciones simultáneas la que le plazca, y esto, porque se considera que el público sabe o debe saber, por lo menos, que una oferta, en estas condiciones, se dirige a muchas personas al mismo tiempo, y que corre, por lo tanto, el riesgo de que su aceptación no sea tomada en cuenta.

b) Ahora bien, ¿cuál preferirá el oferente si llegan varias aceptaciones sucesivas a una oferta de cuerpo cierto?

Es lógico que deberá preferir la primera que llegue a su conocimiento, sin que tampoco, en este caso, puedan reclamar los otros aceptantes, por las razones que dimos para el caso anterior.

Así, por ejemplo, si el dueño de un departamento lo ofrece en

arriendo en condiciones determinadas, el primero que se presente aceptándolas debè ser preferido (88).

c) Otra cuestión: ¿tiene el autor de una oferta al público derecho para negarse a contratar pretextando que el stock de mercaderías está agotado?

Esto sucede muy a menudo, puesto que, prácticamente, las cosas, objetos de derechos patrimoniales están en cantidad limitada.

Se ha resuelto que el agotamiento del stock de mercaderías es un motivo justificado para negarse a contratar y que, por lo tanto, el oferente está en su derecho al hacerlo.

Seguramente que, en la práctica, esto se prestará a abusos de parte del oferente. Pero, estas dificultades, como las otras que se presentan en esta materia, se resolverán de acuerdo con las necesidades prácticas. Y precisamente la doctrina y los tribunales han tratado de resolver con este criterio; así, por ejemplo, el Tribunal Comercial del Sena, por sentencia dictada el 12 de abril de 1923 (89), no permitió que una casa comercial que tenía cuatro almacenes de venta en París y que había hecho una réclame intensa, se negara a contratar pretextando agotamiento del stock, siendo que sólo había vendido una pequeña partida de mercaderías que no decía relación con la importancia de la casa y con la réclame que había hecho.

También se ha considerado que una persona que hace oferta de comprar mercaderías de un género determinado, durante cierto período, no se obliga a comprar todas las que se le presenten durante ese tiempo, sino que solamente una cantidad que, en atención a las circunstancias, esté en proporción a sus necesidades (90).

Como vemos, pues, las dificultades que se presentan a propósito de las ofertas a persona indeterminada, pueden solucionarse siguiendo un criterio práctico.

Pudiendo solucionarse las dificultades no hay inconveniente, como ya dijimos, para reconocer pleno valor jurídico a las ofertas a persona indeterminada que cumplan con los requisitos que debe reunir toda oferta para ser válida.

---

(88) Sallé, ver obra citada, pág. 112; Planiol et Ripert; ver obra citada. Tomo VI, pág. 166.

(89) Rev. Trim., 1923, pág. 984.

(90) Según Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 26, las ofertas ilimitadas en cantidad, no son obligatorias.

34. *Titulos al portador.*—En esta clase de títulos el firmante se obliga para con el que, en una época determinada, le presente el título, sea que el portador fuere o no conocido del firmante.

Cabe preguntarse: ¿de dónde emana esta obligación del que suscribe el título al portador?

En otras palabras: ¿cuál es el fundamento del derecho del portador?

Se ha dicho que el tomador original, cuyo crédito para con el firmante tiene origen contractual, cede su derecho a otro portador y que en virtud de esta cesión de créditos, el actual tenedor del título tiene derecho a exigir del firmante el cumplimiento de la obligación que contrajo para con el tomador original.

Los que así opinan, consideran que los títulos al portador son ofertas a persona indeterminada.

Pero es mucho más aceptable la opinión contraria que se basa en la Teoría de la Voluntad Unilateral y que considera que el que presenta el título tiene un crédito completamente distinto e independiente del de los anteriores portadores. Y que este crédito del actual portador, emana directamente del mismo título, porque si no fuera así, no podrían explicarse algunos hechos; como por ejemplo, el que no puedan oponerse al detentador del título las excepciones que podrían oponerse a los portadores anteriores (91).

De acuerdo con esta opinión, el título al portador no es oferta a persona indeterminada, sino que un documento que contiene, en virtud de su emisión, la promesa del subscriptor de obligarse por su propia voluntad, para con cualquiera que presente el título en una época fijada.

35. *Promesa de recompensa.*—Es aquélla, por la cual su autor se obliga públicamente a dar un premio, fijado por él o por el juez, al que cumpla una condición determinada que puede consistir en la prestación de un servicio, en la ejecución de un hecho, etc.

Por ejemplo, la promesa de recompensa al que traiga un objeto perdido, o al que encuentre una persona desaparecida, o al que rea-

---

(91 a) Lacour et Bouteron, ver obra citada, pág. 760 del tomo I.

(91 b) Art. 1880 C. C. Mexicano: "El subscriptor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriva de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente".

lice una obra notable, como un descubrimiento científico o un salvamento (92) (93).

También se cita como ejemplo, la promesa de recompensar al que pruebe la inexactitud de algo que afirma el promitente. Es un poco discutida la validez de la promesa en este caso, porque el autor seguramente no tiene interés en que resulte lo que él exige. Pero, en realidad, no hay inconveniente para que sea válida esta promesa, siempre que haya sido hecha por su autor con la intención seria de obligarse.

De acuerdo con estos ejemplos y con el concepto que hemos dado de promesa de rescampa, hay que concluir que tiene derecho a exigir el premio prometido, la persona que cumpla la condición fijada por el promitente.

Se exceptúan, sin embargo, los que dolosamente se encuentran en la situación exigida por el autor de la promesa (94)—como, por ejemplo, el que ocultó el objeto perdido y lo entrega para obtener el premio—y los que cumplen la condición fijada porque están obligados a ello, sea en razón de su profesión u oficio u otra causal semejante—como el funcionario de policía que entrega cosas robadas que él rescató (95).

Supongamos, ahora, que un individuo cumpla sólo parcialmente lo exigido por el autor de la promesa, ¿tendrá derecho a recompensa parcial?

No puede darse una respuesta general al respecto, sino que hay que resolver en cada caso particular, considerando la intención del promitente, la naturaleza del premio y de la prestación exigida, etc. Así, por ejemplo, se ha juzgado que si el autor de la promesa fija una suma de dinero como recompensa por el descubrimiento de unos valores, el que encuentre una parte de éstos tiene derecho a exigir una parte de la suma prometida (96).

Veamos otro caso que puede presentarse: si son varias las personas que se encuentran en las condiciones exigidas por el promitente,

(92) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 186: Trib., Turín, 3-VIII-1810; Bruselas, 31-I-1828.

(93) Planiol et Ripert, obra citada, tomo VI, pág. 188.

(94) Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 28: Trib. comm. Liège, 24-XII-1888; Laurent; ver obra citada. Tomo XV, pág. 544.

(95) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 267: Casale, 24-VII-1907.

(96) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 266: Bruxelles, 14-VII-1903.

¿estará éste obligado a recompensar a cada una de ellas? Lógicamente estas personas están en su derecho al exigir el premio.

Pero, hay que resolver la cuestión con un criterio práctico y de acuerdo con los intereses del promitente.

Los que ejecutan los hechos o prestan los servicios exigidos por el autor de la promesa, saben o deben saber que corren el riesgo que otras personas, que conocen la promesa debido a la publicidad que se le da, cumplan, a su vez, lo exigido por el promitente y se encuentren, por lo tanto, con derecho para pedir la recompensa.

Por otra parte, el promitente tiene, con toda seguridad, la intención de pagar una vez solamente el premio.

De acuerdo con esto, hay que aceptar, entonces, que si varias personas cumplen, independientemente una de la otra, la condición fijada por el autor de la promesa, éste sólo debe entregarla al que primero haya cumplido la condición, siempre que se presente a cobrar el premio dentro del plazo fijado o de un plazo razonable (97).

Casi siempre, el promitente, para evitar dificultades, establece expresamente esta circunstancia, en la promesa. Así, por ejemplo, puede decirse: "Se recompensará al primero que dé datos sobre tal persona desaparecida en tal fecha".

Ahora, ¿si varias personas cumplen simultánea, pero independientemente una de la otra, la condición exigida en la promesa?

En tal caso hay que distinguir si el objeto en que consiste la promesa es o no divisible.

Si es divisible—dinero, por ejemplo—se repartirá entre todos por partes iguales (98).

Si el objeto de la recompensa es indivisible se procederá a sortearlo (99).

Después de haber estudiado estas características de la promesa de recompensa, cabe preguntarse de dónde emana la obligación del promitente.

A este respecto, se han formulado dos teorías:

a) Hay quienes consideran que la promesa de recompensa es una

(97) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 266; Art. 360 C. C. Austríaco revisado; Art. 1515, inc. 1.º, C. Brasileño.

(98 a) Art. 860 b. C. C. Austríaco revisado; art. 1515 inc. 2.º C. Brasileño.

(98 b) Art. 660 C. C. Alemán: "Se repartirá la recompensa considerando el trabajo y los desembolsos de cada cual".

(99) Art. 1515, inc. 2.º, C. Brasileño; Art. 1865, N.º 3.º, C. Mexicano.

oferta a persona indeterminada y que, por lo tanto, la obligación del promitente emana de un contrato que se forma una vez que alguien acepta "cumpliendo lo exigido por el autor de la promesa".

Los que así opinan, llegan a las siguientes conclusiones, de acuerdo con los principios generales de la oferta:

1.º Puede revocarse la oferta de recompensa hasta el momento de la aceptación (100), es decir, hasta el cumplimiento de la condición exigida, a menos que el promitente hubiere fijado plazo o renunciado expresamente al derecho de revocar.

Pero, en todo caso, la revocación debe hacerse en la misma forma que la oferta, esto es, con la misma publicidad u otra equivalente, para que los interesados puedan tener conocimiento de ella antes de cumplir lo exigido por el autor de la promesa.

Si la revocación llega a los interesados después que habían hecho algunos gastos (por ejemplo, ejecutado algunos viajes), habrá que indemnizarlos, siempre que entablen acción dentro de un plazo relativamente corto fijado por la ley o por el juez y que comienza a contarse a partir de la época en que se publicó la revocación (101).

2.º Como la persona que cumple la condición exigida tiene la calidad de aceptante, es necesario—siguiendo las reglas generales de la aceptación (102)—que haya tenido conocimiento previo de la promesa de recompensa.

Por lo tanto, el que cumplió con lo exigido ignorando la promesa (por ejemplo, el que prestó el servicio antes que el promitente hiciera publicaciones ofreciendo el premio) no tiene derecho a recompensa (103).

Pero, esto va contra la lógica y la equidad y, seguramente, contra la intención del autor de la promesa, ya que a éste sólo le interesa que se cumpla la condición exigida y no la época en que ésta se haya cumplido.

Esta dificultad ha sido la causa principal de que se formulara una teoría contraria.

b) En efecto, existe una corriente—más aceptable a nuestro juicio—que considera la promesa de recompensa como una declaración

(100) Ver más adelante los párrafos que tratan sobre el valor jurídico de la oferta.

(101) Art. 4.º Anteproyecto Franco-Italiano.

(102) Ver más adelante párrafos sobre la Aceptación.

(103) Jenks: Digest, Tomo II, pág. 91, citado por Demogue en la pág. 263 del tomo II "Traité des obligations".

unilateral de voluntad del promitente (104), quien se obliga, por su sola promesa y en virtud de la publicidad que da a ésta, a recompensar al que cumpla con la condición exigida, sea quien fuere y aun cuando no conozca la promesa.

De acuerdo con esta teoría, tiene, también, derecho a recompensa el que cumplió con lo exigido por el promitente antes de que fuera publicada la promesa (105).

36. *La estipulación por otro.*—Ha sido considerada, por algunos, como un caso de oferta dirigida a un destinatario.

En efecto, dicen, los que así opinan: "El estipulante celebra un contrato con el promitente y después lo ofrece al tercero para que dé su aceptación, la que, una vez producida, opera con efecto retroactivo, considerándose en esta forma al tercero como acreedor personal del promitente desde la fecha de la celebración del contrato".

De acuerdo con esta doctrina, la estipulación por otro debe regirse por las reglas generales de la oferta. Por lo tanto, poniendo un ejemplo, caducará si el estipulante muere antes de que se produzca la aceptación del tercero.

Esta conclusión es inaceptable, porque no puede aplicarse en la práctica.

En efecto, tomemos, por ejemplo, el seguro de vida a favor de un tercero, que es un caso típico de estipulación por otro.

Aplicando la teoría de la oferta, tendríamos que el tercer beneficiario no podría aceptar después de la muerte del estipulante, porque ya ha caducado la estipulación por otro en virtud de este solo hecho, siendo que, en la práctica, sucede precisamente lo contrario, ya que, por regla general, el tercero acepta después de la muerte del estipulante, porque éste prefiere mantenerlo en ignorancia de la estipulación para impedirle que dé su respuesta afirmativa y dejarse, de esta manera, a salvo, el derecho de revocación para el caso en que el tercero se haga indigno del beneficio del seguro.

Además, habría que llegar a esta otra conclusión tan inaceptable como la anterior:

"El crédito adquirido por el tercero en virtud de la aceptación

(104) Art. 1512, C. Brasileño.

(105) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 267; Art. 860 C. Austriaco revisado; Art. 657 C. C. Alemán; Art. 8.º C. Suizo Oblig., porque no distingue.

de la oferta hecha por el estipulante, le pertenecía antes a éste en virtud del contrato celebrado con el promitente y formaba, por lo tanto, parte de su patrimonio, de tal manera que, si el estipulante hubiera muerto, por ejemplo, antes de la aceptación del tercero, serían sus herederos los que tendrían derecho a ese crédito que todavía no había salido del patrimonio del causante”.

Como se ve, la teoría de la oferta aplicada a la estipulación por otro, tiene grandes inconvenientes, ya que no mira la cuestión desde un punto de vista práctico.

Por este motivo se la ha combatido y se ha formulado una teoría contraria que se llama “Teoría de la creación directa de la acción”, de acuerdo con la cual, el derecho del tercero nace, no de su aceptación, sino que directamente y en virtud de la estipulación por otro, del contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, no teniendo la aceptación del tercero otra importancia, que impedirle al estipulante que revoque la estipulación (106).

37. *Cuarto Requisito: “La oferta debe llegar a conocimiento del destinatario”. Conocimiento y recepción.*—El destinatario conoce efectivamente la oferta, una vez que se impone de su contenido.

Pero, la percepción es un hecho psicológico y por lo tanto secreto y es muy peligroso basarse en un hecho secreto para atestiguar la existencia de un acto jurídico.

En efecto, se prestaría a muchos abusos en la práctica de parte del destinatario, ya que sólo dependería de su voluntad el ocultar que tiene conocimiento de la oferta.

Para evitar estos inconvenientes, se ha establecido una presunción que podría resumirse en las siguientes palabras: “Se presume que la oferta es conocida del destinatario, cuando llega a poder de éste”.

Esto no quiere decir que no se dé importancia a la percepción, sino muy por el contrario: el conocimiento es siempre el requisito necesario para la percepción de la oferta; solamente que se parte de la recepción para determinarlos; es decir, de un hecho material y, por lo tanto, susceptible de ser comprobado con facilidad (107).

Pero esta presunción puede ser destruída, por el destinatario, en cualquier momento, acreditando que no ha conocido la oferta, sea

(106) Cofré Meza: “La estipulación por otro”.

(107) Demogue, “Traité des obligations”. Tomo II, pág. 142.

por haberse encontrado ausente cuando ella llegó a su destino o por cualquier otro motivo justificado (108).

38. *La oferta debe ser enviada al destinatario o a su representante para que pueda llegar a conocimiento de aquél.*

Por lo tanto, si la oferta no se envía o si enviándola se pierde en el camino, será reputada inexistente (109).

Ahora, si el oferente envía la oferta a un tercer extraño, no tiene valor, puesto que este tercero no está obligado a hacerla llegar a conocimiento del destinatario; si lo hace, es por su propia voluntad (110).

Pero, en cambio, valdrá la oferta, si el tercero es una persona que, según el criterio del oferente (considerando este criterio desde un punto de vista objetivo), la hará llegar a su destino.

Por ejemplo, si es enviada a un amigo o a un jefe del destinatario (110) o, más claro todavía, si la oferta es recibida por una persona que vive con el destinatario, como su mujer, un pariente, un sirviente doméstico, etc., ya que, en este caso, es lógico suponer que el destinatario conocerá en definitiva la oferta, siempre, eso sí, que el que la recibe sea un individuo de criterio suficiente como para comprender que debe comunicar la oferta a quien va dirigida, no sería el caso de un loco, por ejemplo (111).

Sin son varios los destinatarios y tienen todos un mismo domicilio, bastará, por regla general, con una sola oferta para todos (111).

Es claro que estos principios se refieren solamente a las ofertas que se dirigen a personas determinadas, porque las ofertas a persona indeterminada van dirigidas, por regla general, al público. Y no cabe, por lo tanto, hablar en ellas de "recepción por parte del destinatario o su representante" ni de "conocimiento", sino que solamente del "momento en que ha podido conocerse la oferta", debido a la publicidad que se le ha dado. Esta es, por lo menos, la opinión de Demogue, que resuelve esta dificultad que se presenta en las ofertas a persona indeterminada, con un criterio práctico.

(108) Art. 2.º, inc. 5.º, Anteproyecto Franco-Italiano, Demogue; "Traité de des obligations". Tomo II, pág. 144.

(109) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 207; Demogue: "Traité des obligations". Tomo II, pág. 164.

(110) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 135 y 137.

(111) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 137 y 138.

39. *Medios de que puede valerse el oferente para hacer llegar la oferta al destinatario.*—Son muchos y los hay desde los más simples, que consisten en la ejecución de cualquier acto tendiente a comunicar indirectamente la voluntad del oferente y que se emplean, por regla general, en las ofertas tácitas, hasta los más complejos, que tienen por objeto llevar directamente la oferta a conocimiento del destinatario.

En la imposibilidad de estudiarlos todos, vamos a referirnos someramente a los principales:

a) La "palabra" es el medio más común para comunicar la voluntad y se emplea siempre que el destinatario se encuentra en el mismo lugar que el oferente (112).

b) La "mímica", es el medio que emplean los sordomudos no educados en cuanto son capaces de manifestar su voluntad, o los educados para comunicarse con los que ignoran su escritura y el lenguaje dactilológico (es el lenguaje de los sordomudos educados y es lenguaje hablado y no mímico) (113).

c) El "intérprete", se emplea para comunicar la voluntad a quien no entiende el idioma (114).

d) El "emisario o mensajero", es un individuo que se encarga de llevar la voluntad de una persona a conocimiento del destinatario, sea de palabra o por escrito.

El mensajero no representa a la persona que le envía, ni interviene tampoco en ningún acto referente a la celebración del contrato. Es solamente un instrumento mecánico, material, sin ningún papel jurídico (115).

e) El "mandatario", sí que tiene actuación jurídica ya que representa al que lo envía y ya que le obliga en los negocios en que interviene (116).

f) El "mediador o corredor" (116) se encarga, mediante retribución, de poner en comunicación a las partes, de relacionarlas, en una palabra, de facilitar la celebración de un contrato.

g) El "teléfono", es el medio que se emplea para comunicar la voluntad a un destinatario que se encuentra en un lugar diferente.

Tiene el inconveniente de que no acredita la identidad del que

(112) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 145.

(113) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 146.

(114) Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, pág. 12.

(115) Valéry, ver obra citada, pág. 35.

(116) Vicente y Gella, ver obra citada, págs. 285 y 287.

habla, por lo cual no se emplea con mucha frecuencia, prefiriéndose usar otros medios más seguros.

h) La "carta" (117) es un mensaje escrito en que el oferente da a conocer detalladamente su voluntad al destinatario.

Es uno de los medios más empleados, actualmente, para comunicar la voluntad a personas alejadas, porque, dada la forma minuciosa en que el remitente explica lo que quiere, se comprende claramente la naturaleza exacta del negocio y sus condiciones (118).

El transporte de cartas puede hacerse por mensajero y, también, por el correo, que es un servicio público instituido para transportar cartas de particulares mediante retribución y que, precisamente por ser servicio público, presenta mayores garantías de seguridad y de inviolabilidad.

i) El "telegrama", consiste en un mensaje escrito mucho más rápido que la carta. Pero en cambio, tiene más inconvenientes.

En efecto, el telegrama por ser más lacónico (por economía), no traduce siempre con claridad el pensamiento de su autor y, por lo tanto, puede ser mal entendido por el destinatario.

Además, el empleado de la oficina de llegada (119) puede equivocarse al descifrar los signos telegráficos y al traducirlos al lenguaje corriente.

Todavía podemos señalar otra desventaja de este medio de comunicación de voluntades. A diferencia de la carta, que es escrita por el remitente o por lo menos firmada por él, el telegrama no es ni siquiera copia del original, ya que el empleado de la oficina de partida—que transmite los signos telegráficos a la oficina de destino—no tiene seguridad de que el telegrama emana efectivamente del remitente.

Sin embargo, todos estos inconvenientes no bastan para hacer desaparecer este medio de comunicación. Y así vemos que cada día adquiere más desarrollo debido a su importancia práctica.

Por lo tanto, es necesario tratar de disminuir sus desventajas, lo que puede conseguirse mejorando el servicio telegráfico.

j) La "prensa", es un medio empleado, por regla general, para dar a conocer las ofertas al público.

(117) Valéry, ver obra citada, pág. 42.

(118) Hepp, ver obra citada, pág. 57.

(119) Hepp, ver obra citada, págs. 51 y 61.

## Sección Tercera

## VALOR JURÍDICO DE LA OFERTA

40. *Generalidades: Teorías clásica, moderna e intermedia.*—La materia referente al valor jurídico de la oferta es, sin duda alguna, la más importante de las que dicen relación con ella y, al mismo tiempo, una de las más discutidas.

En efecto, tanto en el campo de la doctrina como en el de la jurisprudencia, se han expresado las más variadas opiniones al respecto.

Vamos a estudiarlas a continuación, agrupándolas en tres teorías que denominaremos respectivamente: "Teoría Clásica o Francesa", "Teoría Moderna o Alemana" y "Teoría Intermedia o Mixta".

## I

*Teoría Clásica sobre el valor jurídico de la oferta*

SUMARIO: 41. Principio Clásico: "La oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación".—42. Consecuencias del Principio Clásico.—43. La oferta no aceptada es revocable.—44. La muerte del oferente o del destinatario sobrevenida antes de la aceptación, hace desaparecer la oferta.—45. También se extingue la oferta por incapacidad del autor o del destinatario sobrevenida antes de la aceptación.—46. La quiebra del oferente o del destinatario acaecida antes de la aceptación, es otra causal de la extinción de la oferta.—47. La oferta dura indefinidamente o sólo un plazo, según sea la voluntad del oferente.

A. 41. *Principio Clásico:* "La oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación".—La Teoría Clásica está constituida por el conjunto de principios que formularon algunos autores (120)—en su mayor parte franceses—sobre el valor jurídico de la oferta.

Estos tratadistas opinan que la oferta no tiene fuerza obligatoria alguna antes de la aceptación, porque si la tuviera—dicen—habría que concluir, considerando la cuestión desde el punto de vista del oferente, que una voluntad puede obligarse por sí misma; y habría que aceptar también, tomando en cuenta al destinatario, que una persona puede adquirir un derecho contra su voluntad, con lo que se iría—

---

(120) Pothier, Larombière, Demolombe.

en contra de los principios generales sustentados en materia contractual—a la adopción de la Teoría de la Voluntad Unilateral, como fuente de obligaciones.

Además—continúan—el oferente, al hacer la oferta, manifiesta claramente la voluntad de obligarse sólo para el caso en que se produzca la aceptación del destinatario, lo que equivale a decir que hasta ese momento no tiene obligación alguna; porque obligarse—dicen—es crear una situación jurídica estable, y la estabilidad no puede resultar sino de un contrato, es decir, de un acuerdo recíproco que liga a las partes que intervienen en él (121).

Estas son, en resumen, las razones aducidas por los partidarios de la doctrina clásica para fundamentar el principio formulado por ellos, que niega toda fuerza obligatoria a la oferta no aceptada.

Tanto el principio como los argumentos en que éste se basa, están muy de acuerdo con el pensamiento jurídico dominante en la época en que fué formulado (basado substancialmente en la teoría individualista), pero, no con el existente en nuestros tiempos.

En efecto, la tendencia actual—representada por las doctrinas que hemos titulado “moderna” e “intermedia”—es contraria a los conceptos clásicos y trata de atribuir fuerza obligatoria a la oferta, o darle, por lo menos, cierto valor jurídico.

**B. 42. Consecuencias del Principio Clásico.**—Antes de estudiar las nuevas teorías sobre el valor jurídico de la oferta, vamos a referirnos a las consecuencias que resultan de la aplicación de la Teoría Clásica, y que, para mayor claridad, agruparemos en las cinco siguientes:

1. La oferta no aceptada es “revocable”.
2. La muerte del oferente o del destinatario, ocurrida antes de la aceptación, “hace desaparecer la oferta”;
3. También se extingue ésta, “por incapacidad del oferente o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación”;
4. La quiebra del oferente o del destinatario acaecida antes de la aceptación, “es otra causal de extinción de la oferta”;
5. “La oferta dura indefinidamente o sólo un plazo”, según sea la voluntad del oferente.

**43. La oferta no aceptada es revocable.**—El que el oferente no

(121) Demogue, “Traité des obligations”. Tomo II, pág. 162.

tenga obligación alguna antes de que acepte el destinatario, quiere decir que hasta ese momento tiene libertad absoluta de acción.

Por lo tanto, podrá hacer lo que le plazca con la oferta: mantenerla, si quiere, hasta la formación del contrato, o retirarla antes, si tal es su voluntad.

El acto de retirar la oferta no aceptada se llama en el lenguaje jurídico "revocación de la oferta" y produce el efecto de extinguirla, de hacerla desaparecer del campo del Derecho, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que la "revocación de la oferta" tenga lugar antes de la aceptación, es decir, antes de la formación del contrato (122 a) (122 b) (122 c), porque si tiene lugar después, no produce efecto alguno la revocación, puesto que ya hay contrato, esto es, acuerdo de dos o más voluntades y no basta, por lo tanto, una sola para hacerlo desaparecer.

¿Qué significa que "la revocación de la oferta deba tener lugar antes de la formación del contrato"?

Según algunos, esto quiere decir que la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de ese momento (123). Y según otros (124), basta que ella se manifieste, que sea expedida antes de la formación del contrato, aunque llegue después, a conocimiento del destinatario.

Nosotros creemos que es más aceptable la primera opinión, es decir, la que exige que la revocación sea conocida de la persona a quien iba dirigida la oferta, porque es como ésta un acto jurídico, ya que no es sino la manifestación de la voluntad del oferente en el sentido de retirar su oferta, que, de acuerdo con las reglas generales, debe llegar a conocimiento de la persona con respecto a quien va a surtir efectos.

El oferente, para dar a conocer su revocación, debe, por regla

(122 a) Brun, ver obra citada, pág. 153; Civ., 21-XII-1846; Req., 12-VII-1847; Civ., 3-II-1919.

(122 b) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 184; Req., 16-IV-1861; Orléans, 26-VI-1885; Seine, 27-VI-1895; Liège, 5-V-1911.

(122 c) Sallé, ver obra citada, pág. 103; Alger, 27-IV-1921; Req., 21-I-1923.

(123) Mundt, ver obra citada, pág. 69; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 188 y 193; Jenks, ver obra citada, pág. 61; C. de Apel. de 1876, 2 Ch. D. 463.

(124) Vivante; ver obra citada. Tomo IV, pág. 55; Trib., Nápoles, VII-1888.

general, emplear los mismos medios de que se valió para dar a conocer su oferta.

Por lo tanto, si se trata de una oferta a persona indeterminada, que se hizo por avisos en los diarios, deberá también emplearse este mismo sistema para dar a conocer la revocación (125).

2.º También es necesario, para que la revocación produzca el efecto de extinguir la oferta, que no haya dudas sobre el cambio de voluntad del oferente, es decir, empleando otras palabras, es indispensable que el autor de la oferta manifieste, en forma inequívoca, la intención de retirarla.

Esta manifestación de la voluntad de retractarse puede ser expresa, esto es, hecha en términos formales y explícitos, o tácita, es decir, efectuada por medio de cualquier acto que revele la intención del oferente (126).

Parecerá exagerado, sin duda, aceptar que un acto jurídico tan importante como es la oferta pueda desaparecer con tanta facilidad del campo del Derecho, por la sola voluntad del oferente. Y parecerá peligroso, además, para la estabilidad de las relaciones jurídicas privadas.

Pero, tal es la opinión de los autores clásicos, quienes consideran, por lo demás, que no hay exageración alguna al aceptar que un acto jurídico, como es la oferta, pueda desaparecer en virtud de otro acto jurídico contrario, y que, mucho más peligroso que la inestabilidad en las relaciones jurídicas privadas, es el atentado cometido en ellas contra la libertad, al no permitirse que un hombre cuya oferta todavía no ha sido aceptada y que no tiene, por lo tanto, obligación alguna, pueda revocarla si tal es su voluntad.

En resumen: según la Teoría Clásica, el oferente tiene la facultad de retractarse antes de la aceptación y, por el solo acto de la revocación, desaparece la oferta, sin que el oferente incurra en responsabilidad, porque sólo es responsable el que está obligado, y el oferente no tiene obligación alguna antes de la aceptación.

Por último, para que la revocación produzca el efecto de extinguir la oferta, no es necesario—según la Teoría Clásica—que el oferente justifique su actitud, porque es motivo suficiente la sola declaración de que ha cambiado de voluntad (127).

(125) Sallé, ver obra citada, pág. 103; Trib. Nantes, 2-IV-1871.

(126) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 193.

(127) Baudry-Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 44.

44. *La muerte del oferente o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación, hace desaparecer la oferta.*—Esta es otra consecuencia que han deducido los autores clásicos del principio que establece que la oferta no aceptada no tiene fuerza obligatoria. Y se basan, para ello, en varias razones.

En primer lugar, dicen, la oferta es, en cuanto a su naturaleza, un acto jurídico, esto es, la manifestación de la voluntad de una persona en el sentido de producir un efecto jurídico.

Es necesario, por lo tanto, que exista esta voluntad, porque si desaparece, se extingue la oferta junto con ella (128 a), ya que un acto jurídico no puede existir sin uno de sus requisitos fundamentales (128 b).

Ahora bien: como con la muerte desaparece la voluntad—ya que se extingue la persona—desaparecerá también, como consecuencia, la oferta.

Y no podría objetarse que ésta se transmite a los herederos, porque sólo se transmiten los derechos y obligaciones y hemos visto que el oferente, antes de aceptar, no tiene obligación alguna (129) y que el destinatario, por lo tanto, no tiene ningún derecho en contra del oferente. Así es que ni uno ni otro tendrán nada que transmitir, porque la oferta no entra a formar parte del patrimonio del autor de ella.

Por lo tanto, los herederos del oferente no están obligados a celebrar el contrato, ni los herederos del destinatario tienen derecho a exigir que se celebre y si se forma el contrato es en virtud de una nueva oferta y de la aceptación a esta nueva oferta (130).

45. *También se extingue la oferta por incapacidad del autor o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación,* puesto que el período anterior a la formación del contrato se caracteriza por su inestabilidad debido a que la oferta no aceptada no impone obligaciones al oferente (131).

Por lo demás, pueden aducirse, en este caso, las mismas razones

(128 a) Lehr, ver obra citada, pág. 501; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 61; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, pág. 66; Valéry, ver obra citada, pág. 191; Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 63.

(128 b) Sallé, ver obra citada, pág. 106; Cass., 16-IV-1861; Req., 21-IV-1891.

(129) Baudry-Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 45.

(130) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 550.

(131) Sallé, ver obra citada, pág. 107; Lehr, ver obra citada, pág. 501; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, pág. 67.

que se dieron para el de muerte del autor de la oferta o del destinatario, porque tanto el uno como el otro, son factores que afectan a la voluntad.

El representante del incapaz no podría manifestar su voluntad por él, porque si bien es cierto que tiene la facultad de manifestar la voluntad en nombre del incapaz, no la tiene, en cambio, para querer por él, es decir, para manifestar la voluntad en vez del incapaz (132).

Por estas razones, la Teoría Clásica ha considerado que la incapacidad del oferente o del destinatario sobrevenida antes de la aceptación, hace desaparecer la oferta.

Pero si el incapaz recobra su capacidad dentro del período comprendido antes de la formación del contrato, éste se perfeccionará, una vez que se produzca la aceptación de la oferta (133).

46. *La quiebra del oferente o del destinatario acaecida antes de la aceptación es otra causal de extinción de la oferta.*—Y esto, porque la oferta no aceptada es frágil e inestable, ya que no obliga al oferente.

Además, hay otras razones que justifican esta consecuencia del Principio Clásico.

El fallido se encuentra en una situación muy parecida a la del incapaz (134), porque en virtud de la declaración de quiebra se produce el desasimio de sus bienes, y porque el auto declaratorio de quiebra fija irrevocablemente el patrimonio del fallido, que deberá hacer frente a sus acreedores (135).

Como vemos, si bien es cierto que la quiebra no es incapacidad, es algo muy semejante.

Podríamos decir que es una incapacidad especial y, desde este punto de vista, es lógico concluir—como la Teoría Clásica—que la quiebra es una causal de extinción de la oferta.

47. *La oferta dura indefinidamente o solo un plazo, según sea la voluntad del oferente.*—Los autores clásicos estudiaron el problema de la duración de la oferta, basándose para sentar sus principios en el tantas veces repetido sobre el valor jurídico de la oferta.

(132) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 550.

(133) Valéry, ver obra citada, pág. 197.

(134) Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, pág. 12.

(135) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 104; Valéry, ver obra citada, pág. 197.

Y llegaron, en esta forma, a la siguiente conclusión:

"La duración de la oferta depende de la sola voluntad de su autor", es decir, en otras palabras, la oferta durará indefinidamente si el oferente lo quiere así y tendrá, en cambio, una duración limitada, si tal es la voluntad del oferente.

Pero, cabe preguntarse, ¿cuándo el autor de la oferta quiere una u otra cosa?

La Teoría Clásica responde a esta pregunta distinguiendo entre si el autor de la oferta ha fijado o no un plazo dentro del cual debe responder el destinatario.

a) Si el oferente no fijó plazo de aceptación, quiere decir—en concepto de los autores clásicos—que tiene la intención de esperar la respuesta del destinatario, sea cual fuere la época en que ésta se produzca.

Por lo tanto, en este caso, la oferta durará indefinidamente hasta que sea aceptada (136).

b) Si el oferente, por el contrario, fijó un plazo dentro del cual debe producirse la aceptación, se entiende que la oferta durará solamente lo que el plazo y que desaparecerá, por lo tanto, si ha expirado el término y todavía no ha sido aceptada (137), porque tal es la intención expresa del oferente.

## II

### *Teoría Moderna sobre el valor jurídico de la oferta*

SUMARIO: 48. Principio Moderno: "La oferta obliga al oferente aun antes de que sea aceptada por el destinatario".—49. Consecuencias del principio moderno.—50. La oferta es irrevocable.—51. La muerte del oferente o del destinatario sobrevinida antes de la aceptación no afecta a la existencia de la oferta.—52. Tampoco se extingue la oferta por incapacidad del autor o del destinatario sobrevinida antes de la aceptación.—53. La quiebra del oferente o del destinatario acaecida antes de la aceptación, no es causal de extinción de la oferta.—54. La oferta debe tener una duración limitada.—55. Plazos voluntario, legal y moral.—56. Expiración del plazo.

A. 48. Principio Moderno: "*La oferta obliga al oferente aun antes de que sea aceptada por el destinatario*".—Pasamos a estudiar

(136) Sin perjuicio del derecho de revocación.

(137) Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, pág. 15; Rev. Trim. 1911, pág. 129; C. Lyon, 27-VI-1867; C. Lyon, 3.º Ch. XII-1917.

la Teoría Moderna sobre el valor jurídico de la oferta, advirtiendo, eso sí, que si denominamos "moderna" a esta teoría, no es porque ella sea la única que represente la tendencia actual en esta materia—porque en tal caso deberíamos también llamar en la misma forma a la Teoría Intermedia, que estudiaremos después—sino para hacer notar que sus principios son diametralmente opuestos a los que estudiamos con el nombre de Teoría Clásica.

En efecto, según la Teoría Moderna—que también se denomina Alemana porque nació en Alemania—"la oferta obliga al oferente aun antes de que sea aceptada por el destinatario" (138).

Para llegar a esta conclusión, los partidarios de esta teoría, comienzan por sentar el principio—que, por lo demás es la base de ella—que consagra la fuerza obligatoria de la voluntad de una sola persona.

Es decir, en otras palabras, toda la Teoría Moderna sobre el valor jurídico de la oferta, descansa fundamentalmente en la Teoría de la Voluntad Unilateral.

Pero, cabe hacerse una pregunta: ¿qué papel desempeña, de acuerdo con lo expuesto, la aceptación del destinatario? Porque si la oferta, por sí sola, obliga al oferente, bien podría creerse que no es indispensable la aceptación.

Todavía más, se podría alegar, y con mucha razón, que el destinatario puede adquirir un derecho contra su voluntad.

Sin embargo, no sucede tal cosa.

Los mismos partidarios de la Teoría Moderna se encargan de tranquilizarnos al respecto, distinguiendo, para ello, entre nacimiento y efecto de la obligación.

El oferente, dicen, contrae la obligación por el solo hecho de que la oferta llegue a su destino. Pero, esta obligación empieza a producir sus efectos, una vez que tiene lugar la aceptación.

La Teoría Moderna ha encontrado una buena acogida y, prueba de ello, es que ha sido adoptada—absolutamente o en parte—por algunos Códigos.

Así, el C. C. Alemán fué el primero que la incorporó en el Derecho Positivo (Arts. 145 y 146).

Después le han seguido otros. Por ejemplo, el C. C. Austríaco revisado (Art. 862), el C. Suizo de las Obligaciones (Arts. 3, 5, etc).

---

(138) Art. 145 C. C. Alemán; Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 22.

B. 49. *Consecuencias del Principio Moderno*.—Del principio formulado por la Teoría Moderna y según el cual "la oferta obliga a su autor aun antes de que sea aceptada por el destinatario", se deducen las siguientes consecuencias:

- 1) La oferta es "irrevocable";
- 2) La muerte del oferente o del destinatario, sobrevinida antes de la aceptación, "no afecta a la existencia de la oferta";
- 3) "Tampoco se extingue la oferta" por incapacidad del autor o del destinatario, sobrevinida antes de la aceptación;
- 4) La quiebra del oferente o del destinatario, acaecida antes de la aceptación, "no es causal de extinción de la oferta".
- 5) La oferta debe tener una duración "limitada".

50. *La oferta es irrevocable* (139).—Esto quiere decir, en otras palabras, que el autor no puede retirar la oferta, no puede cambiar de voluntad, no tiene el derecho de retractarse, porque la oferta obliga al oferente, aun antes de la aceptación, y porque aceptar lo contrario sería ir contra la seguridad y confianza que se necesitan en las negociaciones y sería, también, dificultar el desarrollo de los contratos, como consecuencia de la falta de seguridad y de confianza.

Estas ideas han sido desarrolladas con mucha claridad en la Exposición de Motivos del C. C. Alemán, que dice más o menos lo siguiente:

"El que hace una oferta a un ausente sin advertirle que se reserva el derecho de arrepentirse, debe quedar obligado para con la otra parte durante el tiempo que ésta pueda tardar en contestar la oferta. Lo contrario sería, además de suponer falta de seriedad con que debe procederse en esta clase de relaciones, dificultar en extremo la celebración de los contratos, puesto que el que ha de aceptar no puede realizar operación alguna, porque no sabe si el que hizo la oferta se habrá arrepentido y sería inútil y aun perjudicial todo cuanto hiciera en este sentido, como pactar ventas, proveerse de fondos, para que se lleve a efecto la operación ofrecida".

De acuerdo con la Teoría de la irrevocabilidad, tenemos que si el oferente se retracta, la oferta sigue subsistiendo. De manera que, producida la aceptación, se formará el contrato, a pesar de la revocación de la oferta.

---

(139) Art. 145 C. C. Alemán

Sin embargo, hay una excepción al principio de la irrevocabilidad y es el caso en que el oferente se reserva el derecho de arrepentirse, en una cláusula insertada, para el efecto, en la oferta (140).

Cabe preguntarse ahora: ¿cuánto dura la obligación del oferente de mantener la oferta?

Vámos a responder a esta pregunta en el párrafo 54, en el que trataremos de la duración de la oferta desde el punto de vista de la Teoría Moderna.

51. *La muerte del oferente o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación, no afecta a la existencia de la oferta.*—Para llegar a esta conclusión, hay que relacionar dos principios jurídicos: el formulado por la Teoría Moderna que atribuye plena fuerza obligatoria a la oferta no aceptada, y aquél que dice que las "obligaciones y derechos patrimoniales son transmisibles".

Por lo tanto, la oferta no se extingue por la muerte del oferente porque la obligación contraída por éste antes de la aceptación, se transmite a los herederos (141), ni tampoco se extingue la oferta por muerte del destinatario, porque el derecho adquirido por éste, y que es correlativo a la obligación del oferente, está incorporado en su patrimonio y se transmite, por lo tanto, a los herederos (142).

Pero, hay una excepción al principio recién formulado y es aquella en que se produce la extinción de la oferta por muerte del autor o del destinatario, por existir la voluntad expresa del oferente, en este sentido (143).

52. *Tampoco se extingue la oferta por incapacidad del autor o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación (144), salvo el caso de voluntad contraria del oferente.*

Este principio también es consecuencia de aquél que atribuye fuerza obligatoria a la oferta antes de la aceptación.

53. *La quiebra del oferente o del destinatario, acaecida antes de la aceptación, no es causal de extinción de la oferta, por la razón*

(140) Parte final art 145 C. C. Alemán.

(141) Mundt, ver obra citada, pág. 74; Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 22.

(142) El art. 153 C. C. Alemán sólo se refiere a la muerte del oferente.

(143) Parte final art. 153 C. C. Alemán.

(144) Art. 153 C. C. Alemán; Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 22.

ya dada anteriormente, a menos que el oferente haya manifestado la intención de que la oferta se extinga por la quiebra.

54. *La oferta debe tener una duración limitada* (145), porque las obligaciones no pueden durar indefinidamente, y, sabemos, que la oferta impone obligación a su autor aun antes de la aceptación.

Además, los autores modernos dan otras razones, partiendo, para alegarlas del Principio Clásico sobre Duración de la Oferta.

En efecto, dicen, la Teoría Clásica tiene dos defectos fundamentales, en lo que respecta a la materia referente a la duración de la oferta:

1) Ella considera solamente la voluntad del autor de la oferta, es decir, el aspecto subjetivo de la cuestión. sin tomar en cuenta su aspecto objetivo, porque si así lo hubiera hecho, habría tenido que llegar a la conclusión forzosa de que la oferta, en ningún caso, puede durar indefinidamente, porque la duración indefinida de la oferta dificultaría la rapidez con que deben celebrarse los contratos y no solamente impediría la rapidez en su celebración, sino que aun el desarrollo de ellos, lo que, lógicamente, sería contrario a los intereses generales.

2) Además, si bien es cierto que la Teoría Clásica ha considerado sólo la voluntad del oferente para determinar la duración de la oferta, lo ha hecho, en cambio, con un criterio falso.

En efecto, no hay que olvidar que el oferente tiene intención de celebrar un contrato con una persona, porque por medio de ese contrato va a satisfacer sus necesidades, y, seguramente que no conseguiría su objeto, esperando por un tiempo indefinido la aceptación del destinatario.

Y, aun, suponiendo que haya un oferente que manifieste expresamente la voluntad de esperar hasta que su oferta sea aceptada por el destinatario, es muy probable que, si esto sucediera, el oferente no tardaría en arrepentirse, ya que, con el tiempo, variarían las condiciones que él había tomado en cuenta para establecerlas como base de su negocio, porque no hay que olvidar que el autor fija las condiciones de la oferta de acuerdo con el medio contractual en que actúa, el que va variando constantemente por la influencia de numerosos factores (146).

(145) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 35; Valéry, ver obra citada, pág. 182; Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 547; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 61.

(146) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 35.

Todas estas razones aducidas en contra de la Teoría Clásica, han servido de base para que los autores modernos formularan una doctrina más nueva sobre la duración de la oferta, que podría resumirse en el siguiente principio: "La oferta debe tener una duración limitada" o más claro, en otras palabras: "Toda oferta debe contener un plazo".

Y para llegar a esta conclusión, no hay que distinguir entre si el oferente ha fijado o no plazo (147), porque, de todas maneras, el principio es el mismo, ya que existen siempre las razones que lo fundamentan.

55. *Plazos voluntario, legal y moral.*—Ahora bien, ¿quién fija el plazo de duración de la oferta?

Por regla general, es el oferente quien lo determina y, en tal caso, nos encontramos en presencia de un plazo llamado "voluntario" que es establecido por su autor, sea en forma directa, determinando el momento hasta el que esperará la respuesta (por ejemplo, diez días plazo), o indirectamente, indicando sólo el medio más o menos rápido por el que deberá comunicar su voluntad el destinatario (por ejemplo, "respuesta a vuelta de correo") (148).

En cuanto al punto de partida del plazo, hay que atender a la intención del oferente y, según ella, se comenzará a contar el plazo a partir de la expedición de la oferta o de su llegada a destino (149).

Si el oferente no fijó plazo o si fijándolo lo hizo en forma vaga y oscura que deje duda acerca de su intención, lo establecerá la ley, ya que la oferta, de todos modos, debe tener una duración limitada (150), y para determinarlo las legislaciones atienden, generalmente, al lugar en que se encuentra el destinatario con respecto al oferente. Y así establecen un plazo de duración más largo, si el destinatario se encuentra alejado del oferente, y más breve, si ambos están reunidos en un mismo lugar.

Pero, hay algunos Códigos que no fijan plazo legal—el francés, por ejemplo—y otros que, si lo hacen, no emplean fórmulas precisas sino términos vagos y oscuros. Así, por ejemplo, el C. C. Brasileiro

(147) Lehr, ver obra citada, pág. 501.

(148) Vivante, ver obra citada, Tomo IV, pág. 35; Planiol et Ripert, ver obra citada, Tomo VI, pág. 177; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 205.

(149) Valéry, ver obra citada, pág. 186.

(150) Vivante, ver obra citada, Tomo IV, pág. 38; Planiol et Ripert, ver obra citada, Tomo VI, pág. 179.

en el artículo 1081, N.º 2.º, se expresa en la forma siguiente: "La oferta no obliga, si hecha sin plazo a una persona ausente, ha transcurrido tiempo suficiente para que llegue respuesta a conocimiento del oferente".

Esta disposición no señala claramente cuál es el plazo de aceptación y no resulta atenerse sólo a ella para determinarlo, debido a su vaguedad.

Lo mismo podemos decir de otros Códigos, como el alemán, (artículo 147, inciso 2.º) el C. Suizo de las Obligaciones (artículo 5.º, inciso 1.º), el Proyecto franco-italiano (artículo 2.º, inciso 2.º), etc.

En estos casos, el juez entra a suplir el vacío o las deficiencias de la ley, fijando un plazo moral dentro del cual debe aceptar el destinatario y para determinarlo, los jueces deberán atender a la naturaleza de la oferta, a las circunstancias que la acompañan, a los usos del comercio, etc. (151).

Además, los tribunales tienen gran facultad de apreciación cuando hay duda acerca de la voluntad del oferente y a pesar de haber éste fijado plazo voluntario. Así, por ejemplo, se ha entendido que si el autor de la oferta pide respuesta por "telegrama", el plazo será brevísimo, es decir, lo suficiente para que pueda llegar la respuesta, por ese medio de comunicación, en condiciones normales (152).

56. *Expiración del plazo.*—Si no llega respuesta al terminar el plazo de aceptación, se extingue la oferta y este efecto se produce por la sola expiración del plazo (153 a) (153 b).

---

(151) Demogue, "Traité des obligations. Tomo II, pág. 208; Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, págs. 11 y siguientes; Lehr, ver obra citada, pág. 501; Ricci, ver obra citada. Tomo XIII, pág. 30; Cass. req., II-1870; VIII-1872; VI-1894; Bordeaux, I-1892.

(152) Sallé, ver obra citada, pág. 152; Lyon, 17-XII-1917.

(153 a) Art. 148 C. C. Alemán; Art. 3.º inc. final C. Suizo Oblig.; Art. 862 C. Austríaco revisado; Rev. Trim. 1911, pág. 129; Lyon-Caen et Renault, ver obra citada Tomo III, pág. 15; C. Lyon, VI-1867; 19-XII-1917.

(153 b) Ver opinión contraria art. 2.º anteproyecto franco-italiano oblig.

## III

*Teoría Intermedia sobre el valor jurídico de la oferta*

SUMARIO: 57. Principio formulado por la Teoría Intermedia: "La oferta no aceptada, no impone obligación alguna al oferente; pero, en ciertos casos, éste es responsable aun antes de la aceptación".—58. Casos en que hay lugar a responsabilidad antes de la aceptación.—59. Requisitos para que haya lugar a responsabilidad antes de la aceptación.—60. Fundamentos de la responsabilidad en los casos de revocación de la oferta y de muerte, incapacidad o quiebra del oferente.—61. Naturaleza jurídica de esta responsabilidad.—62. Teorías acerca del fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual.—63. Obligación de indemnizar los perjuicios.

A. 57. *Principio formulado por la Teoría Intermedia:* "La oferta no aceptada no impone obligación alguna al oferente; pero, en ciertos casos, éste es responsable aun antes de la aceptación.—La Teoría Intermedia o mixta—que, a nuestro juicio, es la más aceptable—se llama así, porque trata de conciliar las dos tendencias opuestas que existen a propósito del valor jurídico de la oferta y que hemos denominado Teoría Clásica y Teoría Moderna, respectivamente.

En efecto, la Teoría Intermedia ha sentado un principio que significa una verdadera transacción entre las dos teorías extremas y que podríamos formular, más o menos, en los siguientes términos: "La oferta no aceptada no impone obligación alguna al oferente, pero, en ciertos casos, es éste responsable aun antes de la aceptación".

El principio enunciado se compone de dos partes que vamos a analizar separadamente, porque de cada una de ellas resultan consecuencias importantísimas.

La primera parte del principio dice: "La oferta no aceptada no impone obligación alguna al oferente" y en ella, la Teoría Intermedia no hace sino repetir los principios clásicos, basándose en las razones ya dadas, según las cuales las obligaciones sólo nacen del curso de dos o más voluntades y nunca de la voluntad unilateral.

Por lo tanto, podemos deducir las siguientes consecuencias:

- 1) La oferta—según la Teoría Intermedia—es revocable.
- 2) Y puede caducar por muerte, incapacidad, quiebra y expiración del plazo.

Como se ve, son las mismas consecuencias que hemos deducido del principio clásico, solamente que aquí, para mayor claridad, las

hemos agrupado en dos, atendiendo para ello a la causa que hace desaparecer la oferta.

En efecto, en el caso de la revocación, la oferta se extingue por un hecho voluntario del autor. En cambio, en los casos de muerte, incapacidad, quiebra y expiración del plazo—que hemos agrupado bajo el nombre de causales de caducidad—es un hecho ajeno a la voluntad del oferente el que hace desaparecer la oferta.

Sin embargo, la Teoría Intermedia no acepta en toda su amplitud los principios clásicos.

Así, por ejemplo, ha adoptado los formulados por la Teoría moderna, en materia de duración de la oferta (154).

Además, la conclusión a que llega, en la segunda parte del principio, está muy lejos de ser una fórmula clásica.

En efecto, la Teoría Clásica nunca aceptó que el oferente fuera responsable antes de la aceptación (155). Y, en cambio, la Teoría Intermedia acepta que "en ciertos casos hay responsabilidad".

Vamos a analizar, en el párrafo siguiente, la segunda parte del principio, que en realidad, es la más importante de las dos, porque representa la tendencia de la Teoría Intermedia.

### B. Teoría de la Responsabilidad Precontractual

58. *Casos en que hay lugar a responsabilidad antes de la aceptación.*—Según la Teoría Intermedia, el oferente es responsable:

1) En el caso de revocación de la oferta antes de la expiración del plazo de aceptación, o si, no se ha fijado plazo, antes de que haya transcurrido el tiempo necesario para que el destinatario haga llegar su respuesta al oferente (156) (157) (158).

2) En los casos de caducidad de la oferta por muerte, incapacidad o quiebra del oferente (159).

(154) Ver párrafos 54 y 56.

(155) Sólo excepcionalmente y para temperar el rigor del principio clásico, Pothier y otros autores establecieron que el oferente que revocara una oferta con plazo, era responsable en virtud del art. 1382 C. C. Francés. Más adelante veremos cuán diferente es el criterio que tiene, al respecto, la teoría intermedia.

(156) Como vemos, la Teoría intermedia no acepta la duración indefinida de la oferta.

(157) Mazéaud, ver obra citada. Tomo I, pág. 111; Req., 28-II-1870.

(158) Brun, ver obra citada. Tomo II, pág. 148; París, 5-II-1910; Toulouse, 18-I-1912.

(159) B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 46.

59. *Requisitos para que haya lugar a responsabilidad antes de la aceptación.*—La noción de responsabilidad descansa en la idea de perjuicio (160), por lo tanto, para que pueda hablarse de ella, en los casos indicados en el párrafo anterior, es necesario que exista un perjuicio.

Es decir, precisando más, es indispensable que el destinatario se haya perjudicado con la revocación o con la caducidad de la oferta, lo que sucede, por ejemplo, si ha hecho gastos o ejecutado trabajos basándose en la existencia de la oferta.

De lo dicho, se desprende una consecuencia: es necesario, para que pueda hablarse de responsabilidad, que se trate de una oferta que ya haya llegado a su destino, o más bien dicho, a conocimiento del destinatario (161), porque, sólo en este caso, la revocación o caducidad de la oferta puede ocasionar perjuicios a la persona a quien va ella dirigida.

Demogue ha expresado con mucha claridad estas ideas en la siguiente frase: "La revocación de la oferta en camino, no causa perjuicio". Por lo tanto, no puede hablarse de responsabilidad en estos casos (162 a) (162 b).

Sin embargo, hay una duda en el caso de las ofertas a persona indeterminada en las que no cabe hablar de recepción ni de conocimiento.

Pero, esta duda—como todas las que se presentan a propósito de esta clase de ofertas—deberá resolverse con un criterio práctico, es decir, en nuestro caso habrá que partir, para determinar si hay perjuicio y por lo tanto responsabilidad, del momento en que pudo conocerse la oferta (163), por ejemplo, desde que se puso en venta el periódico que la contenía.

Pero volvamos a nuestro principio.

Hemos dicho que es indispensable, para que haya responsabilidad, que la revocación o caducidad de la oferta ocasione perjuicios al destinatario.

(160) Mazéaud, ver obra citada. Tomo I, pág. 5.

(161) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 184: Trib. Seine, VI-1895.

(162 a) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 183: Bordeaux 13-VI-1853.

(162 b) Tampoco es responsable el oferente, si se estipuló expresa o implícitamente que la oferta puede revocarse sin incurrir en responsabilidad: Req., 29-IV-1903, citado por Planiol et Ripert. Tomo VI, pág. 167.

(163) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 183.

Cabe preguntarse, sin embargo, ¿qué perjuicio puede causar una persona que ejercita un derecho como es el de retractarse de la oferta? Y ¿qué responsabilidad puede incumbir a los herederos del oferente, por ejemplo, o al incapaz o al fallido, en caso de muerte, incapacidad o quiebra, hechos todos completamente ajenos a la voluntad del oferente?

Vamos a responder a ambas preguntas en el párrafo siguiente:

60. *Fundamento de la responsabilidad en los casos de revocación de la oferta y en los de muerte, incapacidad o quiebra del oferente.*—Veamos el caso de la revocación.

Es completamente efectivo que el oferente, en este caso, ha ejercitado un derecho.

Pero, también es verdad, que frente a este derecho existe una obligación del oferente, cual es la de no engañar la confianza que ha inspirado a los terceros—en general—por el hecho de hacer una oferta, y al destinatario—en particular—por el hecho de que la oferta haya llegado a su destino.

En efecto, tanto el destinatario como los terceros, confían en que se mantendrá la oferta durante el tiempo fijado o durante el suficiente para hacer llegar la respuesta a conocimiento del oferente.

Esta obligación del autor de la oferta tiene, más bien, carácter moral que jurídico, pero, debe ser considerada por el Derecho porque de ella dependen la seguridad y por lo tanto, el desarrollo de los contratos.

Entonces, como consecuencia, deberá sancionarse al que no la cumple, haciéndolo responsable (164).

Y en los casos de muerte, incapacidad o quiebra, ¿podrá hablarse también de que el oferente engañó la confianza que tenían los terceros y el destinatario, en que no desaparecería la oferta?

Es lógico que no, ya que se trata de hechos completamente ajenos a la voluntad del oferente.

Pero, en cambio, habrá que hablar, en estos casos, de otra obligación del autor de la oferta, la que consiste en comunicar, en advertir, al destinatario, que la oferta ha caducado por incapacidad, quiebra o muerte del oferente. En este último caso, la obligación recaerá sobre los herederos (165).

(164) Lévy, ver obra citada, págs. 61 y siguiente.

(165) B. Lacantinerie et Barde; ver obra citada. Tomo I, pág. 46.

Pero, esta solución no ha sido unánimemente aceptada, y así, se ha formado, dentro de la Teoría Intermedia, una corriente que es de opinión que ni el oferente ni el heredero, en su caso, tienen la obligación de comunicar al destinatario los hechos acaecidos, y que no cabe, por lo tanto, hablar de responsabilidad en estos casos (166).

Creemos que es más aceptable la opinión de los que aseguran la existencia de la responsabilidad, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de advertir—que corresponde al oferente o a los herederos—al destinatario, la muerte, incapacidad o quiebra acaecidas antes de la aceptación.

Y podríamos basar la existencia de esta obligación en la misma noción de confianza engañada que nos ha servido para fundamentar la responsabilidad en caso de revocación.

En efecto, el destinatario de la oferta—sea éste una persona determinada o indeterminada—confía en que, si sobreviene un hecho involuntario que extinga la oferta, se le comunicará lo más pronto posible, para evitarle un perjuicio mayor, ya que, seguramente, basándose en la existencia de la oferta, puede haber hecho gastos o ejecutado trabajos.

A propósito de desaparición de la oferta, nos queda por decir unas cuantas palabras sobre la expiración del plazo, causal de caducidad que hemos excluido deliberadamente hasta ahora por una sencilla razón: porque no da lugar a responsabilidad, como los otros casos estudiados.

Y esto, porque la expiración del plazo, no ocasiona perjuicios al destinatario, ya que éste, en tal caso, no confía en que se mantendrá la oferta, sino que, muy por el contrario, sabe positivamente y desde el momento en que tiene conocimiento de ella, que la oferta se extinguirá si no da su aceptación al expirar el plazo.

61. *Naturaleza jurídica de esta responsabilidad.*—Nos encontramos en presencia de un caso de responsabilidad que no es delictual ni contractual, porque para que fuera delictual, sería necesario que el perjuicio fuera causado por un hecho ilícito, lo que no es nuestro caso, puesto que la muerte, incapacidad o quiebra, por ser hechos involuntarios, y la revocación, por ser el ejercicio de un derecho, son hechos perfectamente lícitos.

---

(166) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, págs. 549 y siguientes.

Ni tampoco puede tratarse de responsabilidad contractual ya que, todavía, no existe un contrato formado.

La responsabilidad que nos preocupa y que tiene lugar en el período anterior a la formación del contrato, se llama "Responsabilidad Precontractual". Y es completamente diferente de las otras dos, porque son distintas las causas que la han hecho nacer.

62. *Teorías acerca del fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual.*—Podemos distinguir tres tendencias bien marcadas al respecto:

1) La primera, que considera esta responsabilidad como de naturaleza delictual, y que está representada por la opinión de Pothier y otros tratadistas clásicos, quienes, tratando de suavizar el rigor del principio que niega toda fuerza obligatoria a la oferta no aceptada, opinan que el oferente es responsable, en caso de revocación de una oferta con plazo, en virtud del artículo 1382 del C. C. Francés, que obliga al autor de un hecho culpable a reparar los perjuicios ocasionados por su culpa (167).

Pero ya hemos dicho que no cabe hablar de culpa en el ejercicio de un derecho como es la revocación.

Fuera de la opinión de Pothier, podemos citar otra, que basa la responsabilidad por revocación de la oferta, no ya en la culpa, sino que en el dolo.

Esta solución dada por Becker (168), merece todavía más críticas que la anterior, ya que, si no puede hablarse de culpa, en el ejercicio de un derecho, menos podrá hablarse de dolo.

2) La segunda tendencia, está representada por los que consideran la responsabilidad del oferente, de naturaleza contractual.

En efecto, dice Demolombe (169), por ejemplo: "Si el oferente responde de la revocación de la oferta, es porque se obligó a mantenerla durante un plazo, obligación que fué aceptada por el solo silencio del destinatario porque únicamente le reportaba beneficios".

De acuerdo con esta teoría, el oferente al hacer su oferta, contrae dos obligaciones: una, condicional, que es la de celebrar el contrato si se produce la aceptación, y otra, pura y simple, que es la de mantener la oferta durante el plazo.

(167) B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 46.

(168) Risueño F., ver obra citada, pág. 107.

(169) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 186.

Pero, aquí se considera solamente el interés del destinatario, sin tomar en cuenta la intención del oferente.

Además, no basta alegar la existencia de una obligación sino que hay que probar que ella existe.

Ihering (170), también se basa en la responsabilidad contractual, al formular la Teoría de la Culpa in contrahendo, para explicar la responsabilidad del oferente.

Dice este autor: "El oferente se ha comprometido para con el destinatario, en virtud de un pacto tácito, contenido en la oferta, a responder de todas las faltas cometidas por él, a propósito de la formación del contrato, y una de estas faltas, sería la revocación de la oferta".

Pero, ¿en qué se basa Ihering para afirmar la existencia de esta obligación, del autor de la oferta, emanada de un pacto tácito con el destinatario? No nos explica esto; por lo tanto, es el mismo defecto de la Teoría de Demolombe.

Además, otra cuestión: Ihering extiende también su teoría a los casos de muerte, incapacidad o quiebra del oferente.

Cabe preguntarse, ¿cómo puede hablarse, en estos casos, de falta cometida a propósito de la formación del contrato, siendo que la causa que origina la desaparición de la oferta es un hecho involuntario?

Ihering responde a esta pregunta razonando más o menos en la forma siguiente: "Por regla general, los perjuicios—en los casos de muerte, incapacidad, etc.—se deben al empleo de medios inciertos para celebrar los contratos.

En efecto, si las partes emplearan para comunicarse, algún medio seguro, como es, por ejemplo, el procedimiento verbal, no cabría hablar de perjuicios en caso de muerte, incapacidad o quiebra del oferente, ya que, entonces, el destinatario sabría inmediatamente lo sucedido.

En cambio, si las partes emplean la correspondencia, u otro medio incierto para celebrar contratos, puede perjudicarse el destinatario en los casos antedichos, porque ignora lo acaecido, ya que no se encuentra en el mismo lugar".

Pero, razonando en esta forma, hay que llegar a la conclusión de que no pueden celebrarse los contratos por correspondencia, lo que es imposible, en vista de su importancia práctica.

(170) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 169.

3) Por último, la tercera tendencia está representada por los autores que alegan que la responsabilidad del oferente no es ni contractual ni delictual, sino que "precontractual", y que, por lo tanto, las causas que han dado origen a esta responsabilidad son de naturaleza especial.

Así, Valéry (171), por ejemplo, opina que es la costumbre el fundamento de la responsabilidad del oferente y que se ha establecido con el objeto de facilitar los negocios.

Demogue (172), considera que es la seguridad.

En efecto, dice este autor, hay que ver el fundamento social de la cuestión: "por el solo hecho de que una voluntad sea conocida de terceros, hay seguridad de que ella se mantendrá".

Lévy, a su vez, formula la teoría de la "confianza engañada".

Según esta teoría, la celebración de los contratos se basa en la confianza que tiene el destinatario, en la promesa, que hace el oferente, de mantener la oferta, promesa que es obligatoria, solamente porque hace nacer esta confianza (173).

Como consecuencia de esta obligación, habrá responsabilidad en el caso en que haya confianza engañada (174).

Ahora bien, como son las necesidades las que explican la existencia de la confianza, hay que concluir, en definitiva, que son ellas, que es la sociedad misma la que ha hecho nacer la responsabilidad precontractual (175).

63. *Obligación de indemnizar los perjuicios.*—En virtud de la responsabilidad precontractual, el oferente se obliga a indemnizar los gastos hechos y las ganancias perdidas a consecuencia de la desaparición de la oferta, pero no los perjuicios que resultan del hecho de que no se haya formado el contrato (176), porque el destinatario no podía confiar en esto, ya que el oferente no se impuso obligación alguna en este sentido, al hacer la oferta.

Hay algunos autores que opinan que debería formarse el contra-

(171) Valéry, ver obra citada, pág. 166.

(172) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 163 y 188.

(173) Lévy, ver obra citada, pág. 78.

(174) Lévy, ver obra citada, págs. 92 y 93.

(175) Según Windscheid, la obligación impuesta al oferente, es de naturaleza legal.

(176) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 61.

to una vez producida la aceptación y a pesar de la caducidad o revocación de la oferta (177) (Aubry et Rau, Demolombe).

Pero es mucho más aceptable la solución anterior, ya que parte de un hecho real cual es la falta de acuerdo de las voluntades, requisito sin el cual no puede haber contrato (178).

Es claro que el juez podría declarar formado el contrato, pero sólo a título de reparación y a petición del aceptante, considerando, para ello, la gravedad del perjuicio y las circunstancias especiales del caso.

## Sección Cuarta

### DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES

SUMARIO: 64. Ideas generales y diferencias con la oferta.—65. Responsabilidad por ruptura de las negociaciones.—66. Naturaleza jurídica de esta responsabilidad.—67. Fundamento jurídico de esta responsabilidad.—68. Requisitos para que tenga lugar la responsabilidad por ruptura de las negociaciones.—69. Teoría de Faggella.

64. *Ideas generales y diferencias con la oferta.*—Ya al hablar de la oferta adelantamos algunas ideas sobre las negociaciones (conversaciones) preliminares o "pourparlers"—como se las llama en el Derecho francés—de las que podemos deducir dos consecuencias, que vamos a analizar a continuación, porque servirán para iniciarnos en el estudio de esta materia:

1) Las negociaciones preliminares constituyen una etapa anterior a la oferta en la formación del contrato.

2) La oferta y las negociaciones preliminares, son dos conceptos totalmente diferentes.

1) Si las negociaciones preliminares son una etapa anterior a la oferta, deberíamos haberlas estudiado—siguiendo un orden lógico—antes que aquélla.

Pero nosotros las dejamos deliberadamente para después, por una razón: porque las negociaciones preliminares, a diferencia de la oferta, no son una etapa necesaria en la formación del contrato y prueba de ello es que los Códigos no las contemplan y pocos tratadistas se ocupan de ellas.

(177) B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 51.

(178) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, págs. 174 y 175.

Solamente en la época actual, se ha empezado a darles importancia y esto, porque las necesidades de la vida contractual moderna han impuesto esta nueva fase en la formación del contrato, por lo menos, para ciertos casos, en que la complejidad e importancia de los negocios requiere una discusión previa de las futuras partes contratantes, antes de tomar una resolución definitiva.

2) Después de haber explicado la razón que nos llevó a estudiar la oferta antes que las negociaciones preliminares, vamos a establecer la diferencia que existe entre estos dos conceptos, diferencia que es fundamental porque en ella se basa el hecho de que ambas tengan distinto valor jurídico.

El oferente, al hacer la oferta, tiene la intención de obligarse para el caso en que se produzca la aceptación.

Podríamos decir, hasta cierto punto, que la celebración del contrato depende de la sola voluntad del destinatario.

Muy distinta es la situación en las negociaciones preliminares.

En efecto, ni la persona que inicia las conversaciones—y que puede ser tanto el futuro oferente como el futuro destinatario—ni la que las continúa con la que las inició, tienen la intención de obligarse, porque lo único que ellas pretenden es allanar las dificultades que presenta el negocio, discutiendo y celebrando acuerdos sobre los diversos puntos que servirán de base, a una de las partes, para preparar un proyecto de contrato (179).

Pero estos acuerdos que celebran las partes en las negociaciones preliminares son completamente distintos de los celebrados por ellas al formar contrato.

En efecto, en aquéllos no existe la voluntad definitiva de obligarse, como en éstos y, no existiendo esta intención, no pueden, por lo tanto, constituir contrato (porque faltaría un requisito indispensable), ni aun en el caso en que el acuerdo verse sobre puntos principales que por sí solos basten para formarlo (180).

Sin embargo, hay una excepción: es el caso en que el acuerdo recae sobre un punto que puede ejecutarse independientemente de los otros.

Se ha aceptado que, en este caso, puede formarse contrato, siem-

(179) Saleilles, ver Rev. Trim. 1907, págs. 707, 708.

(180) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, págs. 168 y 170: Civ., 3-II-1919.

pre que conste la voluntad de las partes en este sentido, y siempre que conste, además, el carácter divisible de la estipulación.

65. *Responsabilidad por ruptura de las negociaciones.*—En la materia que estamos estudiando, existía, hasta hace poco, un principio general que negaba toda fuerza obligatoria a las negociaciones preliminares, principio que se inspiraba en las ideas clásicas sobre el valor jurídico de la oferta (181) y, especialmente, en el hecho de que ninguna de las personas que toma parte en las conversaciones, tiene la intención definitiva de obligarse.

Según este principio, las partes—en este período—tenían libertad de acción, pudiendo, por lo tanto, cualquiera de ellas provocar la ruptura de las negociaciones, sin incurrir en responsabilidad, aun cuando no tuviera motivos justificados para romperlas, y aun cuando de esta ruptura sobreviniera un perjuicio para la otra parte con quien estaba en tratos. (Por ejemplo que ésta hubiera hecho algunos gastos a base de las conversaciones).

Pero estas ideas que, como ya lo dijimos, se basaban en los principios clásicos, no podían aceptarse en la época actual en que predomina el concepto socialista del contrato y el nuevo concepto de responsabilidad objetiva, basado en la existencia del perjuicio, en que se toman en cuenta, por sobre todo interés personal, las ideas de seguridad y utilidad social.

Por estas razones, se reaccionó contra el principio antes expuesto, formulándose otro, que acepta, para ciertos casos, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones preliminares.

66. *Naturaleza jurídica de esta responsabilidad.*—Se trata—al igual que en la oferta—de un caso de responsabilidad en el período previo a la formación del contrato que no es contractual, puesto que no existe contrato, y que tampoco es delictual, puesto que el que provoca la ruptura de las negociaciones tiene libertad de acción.

Este es un caso de "responsabilidad precontractual", que se basa en razones especiales.

67. *Fundamento jurídico de la responsabilidad.*—Veamos cuáles son las razones en que se funda la responsabilidad del que rompe las negociaciones preliminares.

(181) Es decir: si la oferta no tiene fuerza obligatoria, con mayor razón no la tienen las negociaciones preliminares, que son anteriores a la oferta.

Por el solo hecho de que una persona entre en tratos con otra—no para obligarse sino que para preparar el camino para la formación del contrato—infunde confianza en la otra persona que toma parte en las negociaciones, confianza en que se mantendrán éstas, hasta la elaboración de un proyecto de contrato.

Por lo tanto, si una de las personas que toma parte en las conversaciones provoca la ruptura de ellas, es responsable por el solo hecho de haber engañado la confianza de otra.

Entonces el fundamento jurídico de la responsabilidad en esta materia, es el hecho mismo de haber entrado en negociaciones.

68. *Requisitos para que tenga lugar la responsabilidad por ruptura de las negociaciones.*—En primer lugar, es indispensable que exista un perjuicio, porque sin este requisito no hay responsabilidad.

En segundo lugar, es necesario que haya habido acuerdo recíproco en las negociaciones, es decir, en otras palabras, es indispensable que el autor de la ruptura haya manifestado con anterioridad, su aquiescencia (182), su aceptación a las negociaciones y que la otra parte haya incurrido en gastos u otros daños, basándose en la aquiescencia de aquél, porque de lo contrario, esto es, si el que rompe las conversaciones no aceptó, no manifestó previamente su aprobación, no puede ser responsable, ya que no ha engañado la confianza de la otra parte.

Pongamos un ejemplo: A. y B. entran en tratos. Posteriormente A. se arrepiente y se retira, entonces B., que había hecho gastos, se presenta solicitando indemnización de perjuicios.

Pues bien: para que A. sea obligado a indemnizar, es necesario, de acuerdo con lo expuesto, que él haya autorizado previamente los gastos hechos por B., porque es requisito indispensable para que haya lugar a responsabilidad, la aquiescencia anterior del autor de la ruptura.

Por último, nos queda un tercer requisito: es necesario que el que rompe las negociaciones, lo haga arbitrariamente, esto es, sin motivo justificado, porque si lo tiene, no hay lugar a responsabilidad (183).

(182) Rev. Trim. 1927, págs. 721 y siguientes.

(183) Es de advertir la diferencia que, al respecto, existe en el caso de revocación de la oferta, en el que no se entra a calificar los motivos que impulsaron al oferente a retractarse, sino que, en todo caso, se le declara responsable. Y esta diferencia de criterio, se debe al hecho de que el período de las negociaciones es más inestable que el de la oferta, puesto que aquí, existe ya un acto jurídico.

Cabe preguntarse, ¿qué se entiende por motivo justificado?

En general, es tal, el que se refiere a razones económicas (184).

Así, por ejemplo, si una persona rompe las negociaciones porque se le hacen otras propuestas más ventajosas, no es responsable porque no se retiró arbitrariamente sino por un motivo legítimo o justificado, y será un caso de retiro arbitrario aquél que se basa en consideraciones personales.

Por lo demás, ésta es una cuestión de hecho que deberá ser apreciada por el juez en cada caso particular.

Reunidos estos requisitos, hay lugar a responsabilidad por ruptura de las negociaciones preliminares, responsabilidad que consiste en la obligación del autor de la ruptura de indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de no haberse seguido las conversaciones, pero no las ganancias perdidas por el hecho de no haberse formado el contrato (185).

69. *Teoría de Faggella*.—Antes de terminar el estudio de las negociaciones preliminares, vamos a referirnos a la Teoría de Faggella, tratadista de Derecho Civil que hizo un análisis minucioso, sobre la materia, llegando a conclusiones muy interesantes.

Según Faggella, pueden distinguirse varias fases en el período anterior a la formación del contrato.

La primera, está constituida por las "negociaciones preliminares" (186), que consisten en acuerdos recíprocos sobre los puntos principales del contrato y que tienen por objeto facilitar el camino para la preparación de un proyecto definitivo de él (187).

En seguida, viene la segunda fase en la que se trata de concretar los puntos discutidos en la primera, en un proyecto del que se encarga una de las partes.

En esta segunda fase, se suspenden las negociaciones, puesto que, como lo dijimos, una de las partes va a tomar la iniciativa.

Y por último, la tercera fase es la de la emisión de la oferta, es decir, de la manifestación de la voluntad dirigida a un destinatario, con la intención de celebrar contrato.

En cada una de estas etapas, la voluntad persigue un objeto diferente.

(184) Rev. Trim. 1927, pág. 717.

(185) Rev. Trim. 1927, pág. 722.

(186) Rev. Trim. 1927, pág. 706.

(187) Rev. Trim. 1927, pág. 708.

Así, en la primera, las partes tienen la intención de facilitar el camino, por medio de acuerdos recíprocos, para la elaboración de un proyecto de contrato.

En la segunda etapa, el objeto de la voluntad es resumir estos acuerdos en un proyecto de conjunto, que se llama oferta.

Y en la tercera, el oferente tiene la intención definitiva de obligarse, para el caso que la oferta sea aceptada por el destinatario.

Según Faggella, las tres fases previas de la elaboración contractual, se caracterizan porque en ellas impera el Principio de la Autonomía de la Voluntad, que se traduce en la existencia del derecho de revocación (188) (189).

Pero, al mismo tiempo, se distingue este período precontractual por la existencia—en ciertos casos y en ciertas condiciones—del Principio de la Responsabilidad por ruptura de las negociaciones y por revocación de la oferta.

En efecto, dice Faggella, en los dos períodos anteriores a la emisión de la oferta, existe, en forma amplia, el derecho de retirarse, de romper las negociaciones, sin perjuicio de la responsabilidad que le incumbe al autor de la ruptura en los casos en que, después de haber dado su aceptación para las negociaciones, se retira arbitrariamente, perjudicando en esta forma a la otra parte (190), responsabilidad que se traduce en la indemnización por los gastos hechos en vista de la elaboración del proyecto de contrato y a base de un acuerdo o aquiescencia previa, relativa a la preparación de ese proyecto (191), pero que no comprende los gastos hechos antes de empezar las negociaciones ni los daños resultantes de la no celebración del contrato.

En cuanto a la tercera fase, dice Faggella, ella se caracteriza porque hay más confianza que en las anteriores, debido a que existe un acto jurídico, obra de una de las partes. Por esta razón, es mayor la responsabilidad que en las dos primeras etapas (192). Y para determinar si hay o no lugar a ella, no hay necesidad de calificar los motivos, porque sean éstos arbitrarios o legítimos, hay siempre lugar a responsabilidad.

(188) Rev. Trim. 1927, págs. 713 y siguientes.

(189) A pesar de que Faggella no distingue entre derecho de revocar la oferta y de romper las negociaciones, nosotros lo hemos hecho para mayor claridad.

(190) Rev. Trim. 1927, págs. 717 y siguientes.

(191) Rev. Trim. 1927, págs. 722 y siguientes.

(192) Rev. Trim. 1927, págs. 731 y siguientes.

Estas son, en resumen, las ideas de Faggella sobre la Responsabilidad en el Período Precontractual. Lo interesante, de ellas, es que reconoce el valor jurídico de las negociaciones preliminares, a las que declara etapa necesaria en la formación del contrato y en que disminuye la importancia de la oferta, al considerarla, no como etapa inicial en la elaboración del contrato sino que—empleando sus propios términos—como “una manifestación más firme, más oficial, destinada a completar las anteriores, pero que no difiere esencialmente de ellas porque es también uno de los actos de negociación previo a la formación del contrato” (193).

## Sección Quinta

### GENERALIDADES SOBRE LA ACEPTACIÓN

SUMARIO: 70. Concepto e importancia.—71. Negativa de contratar de parte del destinatario.—72. Naturaleza jurídica y elementos de la aceptación.—73. Intención de aceptar.—74. Formas de manifestar la aceptación.—75. El silencio no es forma de aceptación, pero, en ciertos casos, cuando va acompañado de algunas circunstancias, puede obligar al destinatario.

70. *Concepto e importancia.*—Después de habernos referido a la oferta, vamos a estudiar la aceptación, la que podríamos definir como “la respuesta afirmativa que da el destinatario al oferente”.

Este elemento es de tal importancia, que sin él no puede haber contrato, puesto que para que éste exista, es necesario el consentimiento y, para que haya consentimiento debe haber concurso de dos o más voluntades opuestas, que no son otras que la oferta y la aceptación.

71. *Negativa de contratar de parte del destinatario.*—De acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior, sobre la importancia de la aceptación, podemos llegar al siguiente resultado:

“La respuesta negativa del destinatario impide la formación del contrato y hace desaparecer la oferta” (194).

Este efecto se produce aún cuando la negativa tenga lugar antes de la expiración del plazo y aun cuando el destinatario se arrepienta

(193) Rev. Trim. 1927, pág. 731.

(194) Demogue, *Traité des obligations*!. Tomo II, pág. 210: Anvers, XII-1893.

de ello, por una aceptación que llega al oferente después de la negativa (195).

Pero hay que hacer una advertencia: si bien es verdad que el destinatario tiene amplio derecho para rechazar la oferta—en virtud de los principios de libertad de contratar—también es efectivo que no puede usar arbitrariamente de esta facultad en perjuicio de otro, porque, en tal caso, puede incurrir en responsabilidad (196).

Así, por ejemplo, si A. escribe a B. ofreciéndole, en venta, una cantidad de mercaderías y B., que necesitaba esas mercaderías y que tenía intenciones de comprarlas, rechaza esa oferta porque A. pertenece a otra religión, puede ser responsable si A. se ha perjudicado.

Pero cabe preguntarse: ¿cómo puede causar perjuicios, cómo puede ser responsable una persona que ejercita un derecho, como es el de negarse a contratar?

Pero es que aquí no se trata del ejercicio mismo del derecho, sino que de la manera de ejercerlo.

En otras palabras, como dice Morel (197), hay que basarse, para hablar de responsabilidad, en este caso, en la Teoría del abuso del derecho y concluir, de acuerdo con ella, que "el destinatario es responsable cuando se niega arbitrariamente a contratar, causando con ello un perjuicio al oferente".

Ahora bien, ¿qué significa que el destinatario se niegue arbitrariamente a contratar?

Por regla general, ello quiere decir que él no ha tenido un motivo justificado para hacerlo. Un ejemplo típico de negativa arbitraria, sería el que dimos antes, en que el destinatario rechazó la oferta, basándose en la diferencia de religión que tenía con el oferente, como también, lo sería la negativa de contratar basada en cualquiera otra consideración personal (197).

En cambio, habría una razón justificada, en el caso en que el destinatario se hubiera negado porque no tenía intenciones de contratar o porque no le convenía el negocio y, en general, cuando su negativa se apoya en una razón económica (198).

En cuanto al monto de la indemnización, ello depende de los perjuicios, los que deben calcularse tomándose en cuenta los gastos

(195) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 182: Trib. Seine, 22.VIII.1882.

(196) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 259.

(197) Morel, ver Rev. Trim. 1908, pág. 298.

(198) Morel, Rev. Trim. 1908, pág. 289.

hechos por el oferente, pero no las ocasiones perdidas por éste, como consecuencia de no haberse celebrado contrato, porque en esto, no podía confiar el oferente (199).

72. *Naturaleza jurídica y elementos de la aceptación.*—La aceptación, al igual que la oferta, es un acto jurídico, puesto que es la manifestación de la voluntad del destinatario en el sentido de celebrar el contrato ofrecido.

Por lo tanto, y como consecuencia de lo que acabamos de decir, se puede llegar a la conclusión de que, así como la oferta, la aceptación se compone, también, de dos elementos: la intención y la manifestación.

73. *Intención de aceptar.*—En lo que a ella respecta, debe ser —de acuerdo con los principios generales (199)—seria y consciente.

Por lo tanto, no se encontrarán en este caso, las aceptaciones dadas por cortesía o por broma o por razones de humanidad (200).

Así lo ha resuelto la jurisprudencia (201) (202), que en esta materia tiene gran facultad de apreciación, ya que, por tratarse de un punto que dice relación con un elemento subjetivo, interno, es muy difícil sentar un principio general, al respecto

Y los tribunales para juzgar, en cada caso particular, si existe o no la intención de aceptar, deberán tomar en cuenta, no solamente la voluntad interna, sino que, además, las circunstancias que rodean la manifestación.

74. *Formas de manifestar la aceptación.*—De acuerdo con el principio general de la libertad en la manifestación, el destinatario puede dar a conocer en cualquier forma su voluntad de aceptar, ya sea expresa o tácitamente (203), a menos que se hubiere exigido respuesta en determinadas condiciones, porque, en tal caso, hay que cumplirlas (204).

(199) Ver párrafo 7.

(200) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 204.

(201) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 121; Cass., Roma, 6-III-1885.

(202) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 164; Dijon, 12-VI-1928.

(203) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 171; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 180; Art. 863 C. Austríaco revisado.

(204) Rev. Trim. 1904, pág. 601; Trib. Gand, 15-IV-1903.

La aceptación expresa, que es aquélla que se manifiesta en términos formales y explícitos, puede ser verbal o escrita. Esta última, está mucho más difundida que la primera, ahora que son tan frecuentes los contratos por correspondencia.

En cuanto a la aceptación tácita, ella puede consistir en cualquier hecho del que se desprenda la intención de aceptar (204), como por ejemplo, el simple hecho de subir a un tranvía y aun antes de haber pagado (205); pero, eso sí que, es indispensable que se trate de un hecho que sea susceptible de llegar a conocimiento del oferente.

75. *El silencio no es forma de aceptación, pero, en ciertos casos, cuando va acompañado de algunas circunstancias, puede obligar al destinatario.*—A veces, el destinatario de la oferta no responde ni expresa ni tácitamente al oferente, sino que, sencillamente, se abstiene de contestar.

Esta abstención, de parte del destinatario de la oferta, en responder al oferente, se llama "silencio".

Ahora bien, ¿qué papel desempeña el silencio en la formación del consentimiento?

Se ha dicho, que es una forma de aceptación y los que así opinan, afirman que todo individuo, a quien se le pide una respuesta, está obligado a darla, y que si no lo hace, se le considerará como que manifestó la intención de aceptar (206).

Pero no existe la obligación jurídica de responder, sino que, por el contrario, y en forma amplia, el derecho de abstenerse de contestar, en virtud de los principios de libertad individual.

Por lo tanto, no puede aceptarse esta opinión, puesto que falla por su base.

Según Demogue (207), el silencio deberá interpretarse como aceptación, en los casos en que esto sea útil para el destinatario, al mismo tiempo que no perjudique gravemente al autor de la oferta.

Es decir, Demogue resuelve esta cuestión con un criterio práctico, ya que se basa, exclusivamente en la utilidad.

(205) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 171; Bruxelles, XI-1900.

(206) Paccioni, citado por Demogue. "Traité des obligations". Tomo I, pág. 301.

(207) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, pág. 310 y Tomo II, pág. 173.

En efecto, dice el citado autor (208), lo importante, en los contratos, es satisfacer los intereses privados conforme al interés social, y esto se puede conseguir, tanto por una afirmación expresa o tácita, como por el silencio.

Pero, en realidad, no puede considerarse, en ningún caso, el silencio, como forma de aceptación, porque, como ya lo hemos dicho, aceptar significa manifestar tal intención, exteriorizarla, sea en forma expresa, por medio de términos formales y explícitos, sea tácitamente, por cualquier hecho del que se desprenda la intención de aceptar.

En el silencio, en cambio, no sucede tal cosa, ya que el destinatario, al abstenerse de contestar, no da a conocer, en forma alguna, su pensamiento.

Por lo tanto, y de acuerdo con lo que hemos dicho, podemos formular, desde luego, un principio general: "El silencio no es forma de aceptación" (209).

Sin embargo, a pesar de lo que acabamos de manifestar, el silencio tiene un gran valor jurídico, ya que, en ciertos casos, puede imponer obligaciones a quien se abstiene de contestar.

En efecto, hay ocasiones en que el silencio obliga al destinatario no porque sea una forma de aceptación, sino porque, en ciertos casos, al no responder, se abusa del derecho que todo individuo tiene de abstenerse de contestar y se perjudica, en esta forma a otro.

Por lo tanto, hay que recurrir a la teoría del abuso del derecho (210), para fundamentar el valor jurídico que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen, en ciertas ocasiones, al silencio.

Y con esta teoría, no se va a la negación del derecho de no responder, que tiene todo ser humano, en virtud de los principios de libertad individual, sino que, solamente, se establece una limitación a él, para impedir el abuso de su ejercicio.

Pero hay que hacer una advertencia: si bien es verdad que el silencio puede imponer obligaciones al destinatario de la oferta, es necesario un requisito, para que esto suceda, que es el siguiente: el silencio debe ser "circunstanciado", es decir, debe ir acompañado de ciertas circunstancias, porque el "mero silencio" no impone obligación alguna.

(208) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, pág. 306.

(209) Popesco R., ver Rev. Trim. 1930, pág. 1000; B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 74; Arts. 647 y 648 C. Portugués.

(210) Popesco R., ver Rev. Trim. 1930, pág. 1006.

Este requisito es exigido por la mayoría de los autores que estudian la cuestión (211) y también por la jurisprudencia (212) (213) (214) (215) (216), la que ha establecido, por lo demás que la apreciación de las circunstancias que deben acompañar al silencio, corresponde exclusivamente a los jueces (217).

Pero, a pesar de que la jurisprudencia hizo del punto una cuestión de hecho, vamos a sentar algunos principios, basándonos para ello en las decisiones de los tribunales y en la opinión de los tratadistas.

En efecto, tanto unos como otros han llegado a las siguientes conclusiones, que, como veremos a continuación, no vienen sino a corroborar lo que ya dijimos: que el silencio sólo impone obligaciones cuando es circunstanciado.

El silencio obliga al destinatario de la oferta:

- 1) Cuando así lo estipularon las partes (218);
- 2) Cuando la oferta fué hecha en interés exclusivo del destinatario (como por ejemplo, la oferta de remitir una deuda) porque, en tal caso, éste no tiene interés en rechazarla (219), salvo si la ley exige, para la validez del contrato, manifestación expresa de la voluntad;
- 3) Cuando la oferta fué provocada por el destinatario, porque, en tal caso, fué éste, en realidad, el que tomó la iniciativa del contrato (220);

(211) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 173; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, págs. 131 a 133; Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 562; Valéry, ver obra citada, pág. 92; Ricci, ver obra citada. Tomo XIII, pág. 29; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, págs. 54 y 55; Capitant, "Introduction à l'étude du Droit Civil", pág. 282.

(212) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, págs. 133: Civ. Cass., 25-V-1870; Montpellier, 22-VII-1904; Douai, 30-XI-1926.

(213) Demogue, "Traité des obligations". Tomo I, pág. 310: Civ. Cass., 4-XI-1913.

(214) B. Lacantinerie et Barde; ver obra citada. Tomo I, pág. 74 nota 2: Trib. federal suizo, 15-V-1886.

(215) Rev. Trim. 1915, pág. 174: Seine, 6-V-1914.

(216) Rev. Trim. 1921, pág. 242: Req., 14-V-1912.

(217) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 133: Req., 4-VII-1923; Req., 19-IV-1928.

(218) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 180; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 135.

(219) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 175; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 139; B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 77; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, pág. 54; Valéry, ver obra citada, pág. 92.

(220) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 177: Req., 18-X-1909; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 138; Req., 29-XI-1869.

4) Cuando entre las partes existían relaciones habituales de negocios, porque, en estos casos, por existir confianza en la celebración del contrato, se interpreta el silencio del destinatario como respuesta afirmativa (221) (222) (223) (224) (225).

Así, sucede, por ejemplo, en materia de mandato o comisión, cuando el mandatario o comisionista, que acostumbra a hacer operaciones por cuenta del comitente o mandante, no responde a la carta en que éste le da un mandato o comisión (226).

Según Valéry (227), el silencio obliga siempre en materia comercial, porque los comerciantes están obligados a contestar las cartas que se les dirigen porque tienen la obligación de mantener correspondencia (228) (229) (230).

Pero ni una ni otra obligación están consagradas por la ley (231), por lo tanto, no puede aceptarse la conclusión de Valéry, sino en ciertos casos (232).

Lo que hay de efectivo, en lo que dice este autor, es que, en materia mercantil, son más frecuentes que en materia civil las relaciones habituales y continuas de negocios entre las partes. Por lo tanto, desde este punto de vista, podría aceptarse que los comerciantes están obligados a contestar las ofertas que se les hacen (233);

5) Cuando existen costumbres y prácticas, en ciertas operaciones jurídicas, de acuerdo con las cuales el silencio impone obligación al destinatario.

(221) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 176: Comm. Nantes, 19-V-1908; Lyon, 28-I-1911.

(222) Sallé, ver obra citada, pág. 124: Trib. comm. Arras, 10-IV-1914; Lyon, 12-VII-1928; Bordeaux, 3-VI-1867.

(223) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 136: Comm. Nantes, 7-X-1926; París, 25-XI-1928.

(224) Popesco R., Rev. Trim. 1930, pág. 1004: Cass. Req., 22-II-1920; 5-VII-1923; París, 10-I-1925.

(225) Rev. Trim. 1925, pág. 357; Req., 6-II-1892; 26-XII-1898; 4-VII-1923; 21-VII-1915.

(226) Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 562.

(227) Valéry, ver obra citada, págs. 101 y 102.

(228) Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 562; Montpellier, 3-VII-1885.

(229) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 177: Anvers, 28-VII-1858; 24-V-1872.

(230) Huc, ver obra citada. Tomo VII, pág. 30: Aix, 13-VIII-1873.

(231) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 138: Toulouse, 11-VI-1881; Civ., 17-II-1903.

(232) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 177; Valéry, ver obra citada, pág. 100: Anvers, 29-IX-1863.

(233) Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, pág. 13.

Tal es, por ejemplo, el caso de las facturas que llevan algunas cláusulas—"pagadera a fin de mes", "en el domicilio del vendedor"—de las que no protesta la persona a quien va dirigida la oferta (234) (235), a menos que estas cláusulas vayan contra las prácticas o contra las condiciones del negocio de que se trata (236).

Por lo tanto, de todo lo dicho sobre el silencio, tenemos lo siguiente: "Este no significa, en manera alguna, aceptación, pero en ciertos casos, cuando va acompañado de algunas circunstancias, puede obligar al destinatario, en virtud de la teoría del abuso del derecho".

## Sección Sexta

### REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN

SUMARIO: 76. Primer Requisito: "La aceptación debe emanar del destinatario o de su representante".—77. Segundo Requisito: "Es necesario que el destinatario dé su aceptación previo conocimiento de la oferta".—78. Tercer Requisito: "La aceptación debe ser pura y simple".—79. Contraoferta.—80. Ofertas que se cruzan.—81. Cuarto Requisito: "La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente".—82. La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación.—83. Aceptación tardía.—84. Aceptación que se cruza con la revocación de la oferta.

76. *Primer Requisito: "La aceptación debe emanar del destinatario o de su representante".*—De acuerdo con este requisito, si el que acepta no es una de las personas citadas y sabe que no le fué dirigida la oferta y da su aceptación en nombre y beneficio del destinatario, no se forma contrato, sino que hay una estipulación por otro (237).

Ahora bien, si, por un error, se envía la oferta a un tercero y éste quiere beneficiarse personalmente porque ignora que la oferta no le iba dirigida, es un caso de error en la persona, que impedirá la formación del contrato, si la persona era elemento determinante de él.

(234) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 136: Bordeaux, 16-III-1911; Caen, 3-XI-1925; París, 5-III-1929.

(235) Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 562; Cohin, ver obra citada, pág. 87; Req., 21-VII-1915; C. Douai, 3.º Ch., 30-XI-1926.

(236) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 138: Trib. Comm. Avignon, 27-XI-1912; Trib. comm. Lyon, 6-II-1914; Lyon, 18-X-1921; 10-VII-1922.

(237) A menos que se trate de oferta a persona indeterminada, porque, en tal caso, puede aceptar cualquiera de los que se interesen por celebrar el contrato.

Pero si el tercero sabía que la oferta no le iba dirigida y quiso, de todos modos, beneficiarse, hay dolo y el oferente puede exigir del tercero la indemnización de los perjuicios provenientes de su error, y el destinatario, la de los que provienen de la pérdida de las ventajas (238).

77. *Segundo Requisito: "Es necesario que el destinatario dé su aceptación previo conocimiento de la oferta"*.—Es muy lógico este requisito, ya que no puede darse la aprobación de algo que no se conoce.

En la práctica, se presentan dificultades en este sentido, a propósito de las cláusulas impresas.

En efecto, como ya lo dijimos en su oportunidad (239), el aceptante, muchas veces, no alcanza a imponerse del contenido de esas cláusulas, sea porque la forma reglamentaria y obscura en que se presentan, le impide leerlas (como por ejemplo las pólizas de seguro), sea porque sólo son conocidas por el aceptante después de la aceptación. Así, por ejemplo, los reglamentos de trabajo que forman parte integrante de la oferta y que se exhiben en el interior de las fábricas, sólo vienen a ser conocidos por los obreros después que aceptan.

Debido a estas dificultades, que se presentan en la práctica, se ha pretendido negar todo valor jurídico a la aceptación de las cláusulas impresas, porque se considera, volvemos a repetir, que el aceptante no alcanza a imponerse de su contenido antes de la aceptación (240).

Pero, en realidad, no puede aceptarse esta opinión, por lo menos en forma absoluta, porque ello sería terminar con las cláusulas impresas, que tanta importancia tienen en la vida contractual moderna.

Nosotros cremos que, lo más conveniente, sería dejar entregada la solución del asunto a los tribunales, los que, en cada caso particular que se les presente, determinarán previamente si el aceptante conoció o no las cláusulas impresas, para resolver, basándose en esta circunstancia, si es o no válida la aceptación (241).

(238) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 172; Valéry, ver obra citada, págs. 116 y 117; Sallé, ver obra citada, pág. 126; Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, pág. 17.

(239) Ver párrafo 25.

(240) Perreau, ver Rev. Trim. 1927, págs. 303 y siguientes; Seine, II-1905.

(241) Ver a este respecto las sentencias que hemos citado en el párrafo 25 y que corroboran nuestras afirmaciones.

78. *Tercer requisito: "La aceptación debe ser pura y simple"*, es decir, debe estar conforme con la oferta, debe corresponder exactamente a ella (242).

Pero esto no significa que deban emplearse los mismos términos que en la oferta, porque sólo se exige la conformidad con las condiciones y cláusulas de aquélla, pero no la conformidad en la expresión.

Por lo tanto, no habría inconveniente para que la aceptación se manifieste en un idioma distinto del que se empleó en la oferta (243).

Si la aceptación no es pura y simple, no se reputa válida y no se forma, por lo tanto, el contrato.

Tal sucede, por ejemplo, en los casos en que el destinatario contesta con condiciones, con modificaciones o con reservas, o en los que acepta sólo parcialmente la oferta.

En efecto, ni la respuesta condicional, ni la dada con reservas, ni la que modifica la oferta, ni la aceptación parcial, son verdaderas aceptaciones, porque ninguna de ellas cumple con el requisito exigido que se refiere a la concordancia con la oferta.

Cabe preguntarse entonces, ¿qué valor tienen las respuestas dadas por el destinatario en la forma antedicha?

Se ha resuelto que ellas son "contraofertas" y que equivalen—como lo veremos en el párrafo siguiente—a un rechazo de la oferta (244).

Sin embargo, no puede sentarse un principio absoluto al respecto, porque hay ciertos casos en que la aceptación se reputa perfecta, a pesar de que ella modifique a la oferta o se dé parcialmente, o con reservas o con condiciones.

Tal sucede en los casos en que estas modificaciones, reservas o condiciones, se refieren solamente a puntos secundarios de la oferta.

En efecto, a pesar de que se exige un acuerdo absoluto entre la aceptación y la oferta, no es posible llevar esta exigencia al extremo

(242) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 205; Sallé, ver obra citada, pág. 117; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 182; Civ., 3-II-1919.

(243) Aubry et Rau, ver obra citada, Tomo IV, pág. 291; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 205.

(244) Art. 150 C. C. Alemán; Art. 2.º inc. final C. Suizo Oblig.; Art. 1083 C. Brasileño; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 205; Bruxelles, 7-V-1877; Lehr, ver obra citada, pág. 498; 6 H. of. L. Cass., 112; 3 Beav. 336.

de comprender también, dentro de ella, los puntos secundarios (245 a) (245 b).

La lógica nos dice que sólo debemos limitarla a los esenciales, a menos, y esto es muy razonable, que las partes hubieran elevado los puntos secundarios a la categoría de esenciales (246), porque, en tal caso, deberá haber también, acuerdo sobre aquéllos, ya que la voluntad de las partes es soberana en esta materia.

Entonces, de acuerdo con lo que hemos dicho, el principio según el cual la aceptación debe ser pura y simple, se refiere solamente, por regla general, a los puntos esenciales de la oferta.

En lo que respecta a los secundarios, es decir, a los que en concepto de la ley no son esenciales, no puede seguirse un criterio uniforme, sino que habrá que determinar en cada caso particular sí, en concepto de las partes, el acuerdo debe versar, también, sobre ellos, o sólo sobre los esenciales.

En otras palabras, habrá que ver si las partes han elevado o no los puntos secundarios a la categoría de esenciales.

Y los jueces, cuando no haya manifestación expresa de voluntad, apreciarán la intención de las partes, tomándo en cuenta los usos generales y las circunstancias especiales del caso.

De acuerdo con estas ideas, se ha resuelto lo siguiente: "En las aceptaciones parciales, en cuanto a la cantidad ofrecida, se verá cuál fué la intención del oferente, es decir, habrá que determinar si éste quería que se formara el contrato en la medida de la aceptación o si, por el contrario, exigía aceptación total" (247).

Por ejemplo, si el oferente era un comerciante al por mayor y tenía interés en que se contratara por el total de la cantidad ofrecida, no se forma el contrato si el destinatario acepta solamente una parte; de lo contrario, sí se forma, y a pesar de haber desacuerdo en las cantidades.

Con el mismo criterio se ha resuelto en los casos de aceptación parcial a una oferta dirigida a varios destinatarios. Así, por ejemplo,

(245 a) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 235; Req., VI-1912.

(245 b) Vivante, ver obra citada, pág. 19; considera que el acuerdo debe comprender también los puntos secundarios.

(246) Art. 2.º C. Suizo Oblig.; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 210; Rev. Trim. 1904, pág. 412; C. de Besançon, 16-XII-1903.

(247) Sallé, ver obra citada, pág. 117; Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 41; Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 254; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 182; París, 30-VI-1920.

si A., oferente, se dirige a cuatro personas y sólo aceptan dos, habrá que ver cuál era la intención de A., para decidir si se forma o no el contrato. Si él quería que aceptaran todos los destinatarios, no habrá contrato. En caso contrario, esto es, cuando autorizó expresa o tácitamente la aceptación individual, se formará aquél aun cuando no hubieren aceptado todos los destinatarios (248).

Otro caso que también debe resolverse de acuerdo con la intención del oferente, es aquél en que, de varias cosas ofrecidas, se aceptan sólo algunas. En efecto, aquí habrá que determinar si la oferta fué divisible o indivisible, en concepto del oferente, para decidir si se forma o no el contrato (249).

En cuanto a las reservas que contiene la aceptación, también habrá que ver cada caso particular. Así, por ejemplo, se ha juzgado que la aceptación por telegrama que lleva escrita la frase "va carta", (*lettre suit*) será considerada pura y simple, y válida, por lo tanto, a pesar de la reserva, y aun cuando la carta a que se refiere el telegrama, y que por esta circunstancia forma parte integrante de él, contenga modificaciones a la oferta, siempre que éstas se refieran solamente a los puntos secundarios (250 a) (250 b).

79. *Contraoferta*.—En el párrafo anterior, hicimos alusión a las contraofertas, al referirnos a las aceptaciones que no eran puras y simples (condicionales, parciales, etc.) (251).

Son contraofertas, en general, aquéllas en que la respuesta a una oferta consiste en otra oferta.

En otras palabras, el destinatario responde con una contraoferta, cuando en vez de contestar aceptando o negándose, responde con una oferta diferente de la que recibió.

En estas circunstancias, no puede formarse el contrato, porque, como lo hemos dicho antes, es indispensable que el destinatario acepte pura y simplemente la oferta, lo que no sucede en este caso, puesto

(248) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 248; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, pág. 49; Aubry et Rau, ver obra citada. Tomo IV, pág. 291; B. Lacantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, págs. 70 y 71.

(249) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 539; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, págs. 50 y 51; Clemente de Diego, ver obra citada. Tomo V, pág. 311.

(250 a) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 180.

(250 b) Ver opinión contraria de Vivante en la pág. 40, tomo IV, obra citada.

(251) Más adelante veremos que la aceptación tardía es considerada, por algunos, como contraoferta.

que la contraoferta produce el efecto de hacer desaparecer la oferta hecha por el oferente (252).

En cuanto a su valor jurídico, la contraoferta vale como oferta ordinaria.

Por lo tanto, se invierte, en este caso, el orden de las partes, pasando el destinatario a ser oferente y viceversa. De tal manera que si el primitivo oferente acepta la contraoferta, sea esta aceptación expresa o tácita, se forma el contrato.

Lo mismo sucede si se abstiene de contestar, siempre que se trate de algún caso en que el silencio tenga valor jurídico (253).

**80. Ofertas que se cruzan.**—Antes de pasar a analizar otro requisito de la aceptación, vamos a referirnos a las ofertas que se cruzan, por tratarse de un punto relacionado con el requisito que acabamos de estudiar.

Puede suceder, ya que cualquier persona puede tomar la iniciativa para celebrar contrato, que se crucen dos ofertas y que exista concordancia entre ellas.

Por ejemplo, A. escribe a B. ofreciéndole vender su casa en \$ 100,000 y B., por carta que se cruza con la de A. le ofrece comprarla por la misma suma.

¿Puede formarse contrato en tal caso?

Las opiniones están divididas, al respecto.

Así, Larombière (254), estima que no puede haber contrato, porque se trata de dos manifestaciones independientes de voluntad, que se han encontrado casualmente, y que, no bastan, por lo tanto, para formar el concurso de voluntades necesario para que exista el consentimiento.

Pero mucho más aceptable que la opinión de Larombière, es la de los que consideran que dos ofertas que se cruzan pueden formar contrato, siempre que sean concordantes, porque no es necesario, para que exista el concurso de voluntades, que el encuentro de éstas haya sido deliberado (éste es un concepto filosófico del consentimiento que se basa en una ficción), sino que basta que dos voluntades que representan intereses opuestos, manifiesten la intención de obligarse

(252) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 211.

(253) Hay una sentencia que resuelve en sentido contrario: Req., 17-VI-1873, citada por Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 211.

(254) Larombière, ver obra citada. Tomo I, pág. 15.

en iguales condiciones, para satisfacer sus necesidades. En otra forma se dificultaría notablemente el desarrollo de los contratos (255).

Ahora bien, ¿qué significa que las ofertas deben ser concordantes?

En otras palabras: ¿será necesario, para que pueda formarse el contrato, que la concordancia sea total, esto es, que abarque los puntos esenciales y secundarios de la oferta, o bastará solamente que exista con respecto a los primeros?

Hay quienes opinan—y hasta hay jurisprudencia en este sentido—que es indispensable la concordancia absoluta de las dos ofertas que se cruzan (256).

Pero nosotros cremos que no hay motivo para variar el principio general; que sentamos al estudiar la cuestión de la concordancia entre la aceptación y la oferta, según el cual basta el acuerdo sobre los puntos esenciales, a menos que las partes, expresa o implícitamente, hubieren elevado a la categoría de tales los secundarios.

Por lo tanto, de acuerdo con lo que acabamos de decir, valdría más llegar a la conclusión que dos ofertas que se cruzan y que concuerdan, por lo menos, en los puntos esenciales, pueden constituir contrato.

Así, por ejemplo, tomando el mismo caso anterior, si A. ofrece a B. venderle su casa en \$ 100,000 y B., por carta que se cruza con la de A., le ofrece comprarla en \$ 110,000, se formará el contrato, a menos que se desprenda que para las partes era la cantidad un punto esencial; la casa se venderá en definitiva en los \$ 100,000 fijados por A., porque, por regla general, en caso de desacuerdo, el contrato deberá basarse en la oferta más débil, ya que es necesario favorecer el desarrollo de las relaciones contractuales, en condiciones poco graves para las partes (257).

Nos quedaría, todavía, por establecer cuándo y dónde se forma el contrato, en el caso de las ofertas que se cruzan, pero, como para resolver este punto, tendríamos que aplicar algunos principios que se refieren al "Momento" y al "Lugar" de la formación del consentimiento y que todavía no hemos estudiado, vamos a dejarlo pendiente para cuando analicemos estas materias.

(255) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 235; Sallé, ver obra citada, pág. 114.

(256) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 235; Cass., Rome, V-1906.

(257) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 235.

81. *Cuarto Requisito: "La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente"*, porque toda declaración de voluntad destinada a producir efecto con respecto a otra persona, debe ser conocida por ésta (258).

Pero, como el conocimiento es un hecho psicológico y, por lo tanto, difícil de acreditar, hay que partir, para determinarlo, de la recepción, que es un hecho material y, en consecuencia, de fácil prueba (259).

De que la aceptación deba llegar a conocimiento del oferente, se desprende que debe ser enviada a éste o a su representante.

Por lo tanto, si no se envía o si enviándose, se pierde en el camino, no hay contrato, porque la aceptación es inexistente (260), a menos que el oferente hubiere manifestado—expresa o tácitamente—la voluntad de que se considere perfecto el contrato desde la manifestación de la aceptación, y aun cuando ésta no llegare a su conocimiento.

Así, por ejemplo, A. oferente, escribe a B. diciéndole: "Si tal objeto que Ud. tiene en su poder, le conviene, a tal precio, tómelo"; en este caso, la sola aprehensión material, por parte del aceptante, será suficiente aceptación, porque existe una declaración anticipada de la voluntad del oferente en este sentido.

Pero, de todos modos, será conveniente que el aceptante informe al autor de la oferta acerca de su respuesta.

Pero hay que advertirlo bien: este aviso no es, en ningún caso, la aceptación del oferente, porque ésta ya se produjo con anterioridad; es solamente una diligencia que las prácticas comerciales han establecido basándose en la equidad y que puede hacer, en ciertos casos, responsable al que no la cumple (261).

Ahora, si la aceptación es enviada a un tercer extraño no tiene valor alguno (262), ya que este tercero no tiene ninguna obligación de ponerla en conocimiento del oferente.

Pero será válida la aceptación, en cambio, si el tercero a quien se envía, es una persona que, según el criterio del aceptante—considerando este criterio desde un punto de vista objetivo—la hará lle-

(258) Rev. Trim. 1926, pág. 758: C. de Douai, 2.º Ch., 26-II-1925.

(259) Ver párrafo 37.

(260) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 210.

(261) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 42.

(262) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 181; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 984.

gar, con toda seguridad, a poder del oferente (263). Por ejemplo, si es enviada a un jefe o a un amigo del autor de la oferta, o si es recibida por una persona que vive con éste, como su mujer, un pariente o un sirviente doméstico (264).

En cuanto a los medios de que puede valerse el aceptante para dar a conocer su respuesta al oferente, son, por regla general, los mismos que se emplean para comunicar la oferta al destinatario, y que ya hemos estudiado. Por lo tanto, nos remitimos, en este punto, a lo que dijimos al tratar de la oferta (265).

**82. La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación.**—El aceptante no tiene un tiempo indefinido para dar a conocer su respuesta al oferente, sino que un plazo dentro del cual la aceptación debe llegar a conocimiento del autor de la oferta, para ser válida.

Y es muy lógico este requisito, ya que no puede dejarse mucho tiempo en la incertidumbre al oferente, y ya que—como lo estudiamos en párrafos anteriores—conviene a los intereses generales que la oferta tenga una duración limitada (266).

El plazo que tiene el aceptante para hacer llegar su respuesta a conocimiento del oferente, se llama "plazo de aceptación" y puede ser voluntario, legal y moral o judicial.

Plazo voluntario es aquél que fija el autor de la oferta, sea directamente—estableciendo el momento hasta el que esperará la respuesta del destinatario (por ejemplo, 10 días de plazo)—o en forma indirecta—indicando el medio más o menos rápido por el que el aceptante deberá comunicarle su contestación (por ejemplo "respuesta a vuelta de correo") (267).

Plazo legal es el establecido por la ley cuando el oferente no ha fijado plazo voluntario, o cuando lo ha hecho en forma obscura que deja dudas acerca de su intención.

Para establecerlo, la ley atiende, por regla general, a si se trata de contratos celebrados entre presentes o entre ausentes, es decir, a si el destinatario de la oferta se encuentra reunido en un mismo sitio

(263) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 182.

(264) Ver párrafo 38.

(265) Ver párrafo 39.

(266) Ver párrafo 54.

(267) Ver párrafo 55.

con el oferente, o si, por el contrario, está ausente, en otro lugar que aquél.

En el primer caso, esto es, cuando el oferente y el destinatario se encuentran presentes en un mismo lugar, la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta.

Sin embargo, el oferente puede dejar sin efecto esta regla, concediendo, al hacer la oferta, al destinatario, un plazo de aceptación (268) y generalmente sucede así en la práctica, porque, a pesar de que se trata, casi siempre, en estos casos, de negocios sencillos, conviene, de todas maneras, que el destinatario estudie detenidamente las condiciones de la oferta, antes de dar una respuesta definitiva.

Ahora, si el oferente y el destinatario se encuentran en lugares distintos, la ley concede a este segundo un plazo para contestar.

Pero, como no es posible dar una norma absoluta sobre el particular, ya que para la determinación del plazo hay que tomar en cuenta circunstancias diversas, la mayoría de las legislaciones han establecido una fórmula amplia que, en realidad, deja entregada, a los tribunales, la solución del punto.

En efecto, casi todos los Códigos que legislan sobre la Formación del Consentimiento, establecen la norma siguiente, a propósito del plazo que se concede al destinatario para contestar: "La oferta hecha a un ausente, deberá ser aceptada dentro del plazo necesario para que el aceptante pueda hacer llegar su respuesta al oferente en condiciones normales" (269).

Como vemos, esta fórmula no es sino un precepto vago y amplio, que no resuelve definitivamente la cuestión, sino que la deja entregada a los jueces, para que decidan, en cada caso particular, lo que sea más conveniente a los intereses de las partes y de la sociedad en general.

Hay algunos Códigos—el Austríaco, por ejemplo, en el artículo 862 y el C. de Comercio Chileno, en los artículos 97 y 98—que, para fijar el plazo de aceptación, atienden a la forma de la oferta. Y así establecen que, tratándose de oferta verbal, siempre que no se haya fijado plazo de aceptación, ella debe ser aceptada inmediatamente y que, en cambio, si se trata de oferta escrita, deberá ser aceptada dentro de un plazo que puede ser más o menos largo, según que el

(268) Lyon-Caen et Renault; ver obra citada. Tomo III, pág. 15.

(269) Art. 147 C. C. Alemán; Art. 5.º C. Suizo Oblig.; Art. 1081 C. Brasileño; Art. 2.º Anteproyecto franco-italiano de las obligaciones.

destinatario se encuentre en un lugar distinto o en el mismo lugar que el oferente.

Pero, en realidad, estos Códigos siguen el mismo criterio que los anteriores.

En efecto, si establecen que la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta verbal, es porque esta clase de ofertas se hacen, por regla general, a las personas que se encuentran presentes en el mismo lugar que el oferente, y, si se establece, en cambio, un plazo para contestar a una oferta escrita, es porque se trata de un destinatario ausente.

Por lo tanto, unos y otros Códigos atienden, en definitiva, al lugar en que se encuentran las partes para determinar el plazo de aceptación.

Pero, cabe preguntarse: ¿qué criterio habrá que seguir en el caso de los contratos por teléfono? O más claro: ¿qué plazo tiene el destinatario para contestar, en esta clase de contratos?

Y nos hacemos esta pregunta, porque en los contratos por teléfono se presenta una dificultad, debido a que el destinatario, a pesar de encontrarse en un lugar distinto a aquél en que se encuentra el autor de la oferta puede, sin embargo, darle a conocer inmediatamente su respuesta.

En otras palabras, en los contratos por teléfono se trata de ofertas verbales, que, de acuerdo con las reglas generales, deben ser aceptadas al momento. Pero se trata, también, de ofertas hechas a un destinatario que se encuentra alejado del oferente y a quien debe concedérsele, por lo tanto, un plazo de aceptación.

En presencia de esta dificultad, los Códigos han resuelto—apartándose del criterio que seguían para fijar las normas sobre el plazo de aceptación—que en los contratos por teléfono, la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta, porque el destinatario puede comunicarla al momento al oferente.

Más adelante volveremos sobre este punto, al tratar del Momento y del Lugar en que se forma el consentimiento.

Plazo moral es el que establece el juez cuando ni el oferente ni la ley lo fijan, o cuando, habiéndolo fijado uno u otra, lo hacen en forma obscura, que deja dudas acerca de su intención (270).

Los jueces, para determinar el plazo moral, deben tener en con-

---

(270) Ver párrafo 55.

sideración las circunstancias particulares del caso y otras generales, como las prácticas comerciales, etc.

Cabe preguntarse: ¿cuál será el punto de partida del plazo de aceptación?

A este respecto, podemos decir que será el de expedición de la oferta o el de la llegada de ésta al destino, según sea la intención del oferente (271).

Pero supongamos que éste exija respuesta inmediata y que el día de la recepción de la oferta sea domingo u otro día feriado. ¿Deberá contestar, en este caso, al momento, para que sea válida la aceptación? ¿O podrá responder al día siguiente hábil?

En realidad, no puede darse una respuesta única al respecto, porque se trata de un punto para cuya solución hay que tener en cuenta una serie de factores que varían en cada caso particular, la intención del oferente, las circunstancias especiales, etc.

Por lo tanto, lo más conveniente es dejar entregada la cuestión a los tribunales, los que decidirán si el destinatario debió contestar inmediatamente la oferta que llegó en día feriado, o si, por el contrario, pudo responder al día siguiente hábil.

Sería esto último, por ejemplo, el caso del destinatario comerciante que le fué imposible recibir la oferta en el día festivo, porque sus oficinas estaban cerradas (272).

Con el mismo criterio habría que resolver si el día en que expira el plazo, es decir, el día en que llega la aceptación, es feriado (273).

**83. Aceptación tardía.**—Si la aceptación no llega a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación, sea éste voluntario, legal o moral, no tiene valor alguno y no se forma, por lo tanto, el contrato ofrecido, porque, como ya lo hemos dicho, la oferta caduca por la sola expiración del plazo.

De acuerdo con lo que acabamos de decir, podemos sentar la siguiente conclusión: "La aceptación tardía, es decir, la que llega con retraso, después de expirado el plazo de aceptación, no tiene valor" (274).

Sin embargo, no puede aceptarse este principio en forma abso-

(271) Valéry, ver obra citada, pág. 186.

(272) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 205.

(273) Saleilles, "Déclaration de volonté", págs. 136 y 143.

(274) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 208.

luta, porque ello daría origen, en muchos casos, a situaciones injustas o contrarias a la lógica y a la equidad y, además, porque su aplicación, sin restricciones, dificultaría notablemente el desarrollo de los contratos, lo que iría contra los intereses generales.

En efecto, si se aceptara íntegramente el principio que niega todo valor a la aceptación tardía, podrían producirse situaciones como éstas:

1) Los oferentes que no tuvieran ya interés en contratar con la persona a quien dirigieron la oferta, podrían impedir la formación del contrato, evitando, por un hecho suyo, que la aceptación llegara a su conocimiento dentro del plazo de aceptación (por ejemplo, cerrando la oficina antes de la hora acostumbrada, para no recibir la respuesta afirmativa del destinatario).

2) Los aceptantes podrían hacer gastos creyendo que la aceptación llegó oportunamente a destino y que se formó, en consecuencia, el contrato.

3) Además, serían muy pocos los contratos que se celebraran, ya que es muy frecuente que se retrasen las respuestas por causas ajenas a la voluntad del aceptante (un retardo, por ejemplo, del que sean causantes los servicios de correos y telégrafos).

Debido a estas consideraciones prácticas—y a otras muchas que pueden presentarse en cada caso particular—es necesario concluir que: “El principio que niega todo valor a la aceptación tardía no es absoluto, porque admite ciertas limitaciones”.

Como consecuencia de lo que acabamos de decir, vamos a formular este otro principio, que no es sino resultado de las observaciones prácticas que hicimos sobre el particular y que no es sino un resumen de las opiniones de la doctrina, jurisprudencia y de algunos Códigos que han legislado sobre la cuestión: “La aceptación tardía no es válida como aceptación, pero, en cambio, tiene el valor de una contraoferta”.

El principio enunciado consta de dos partes que vamos a analizar a continuación.

En la primera parte, llegamos a la conclusión de que la aceptación tardía no es aceptación válida, puesto que, para que lo sea, es necesario que el oferente la conozca dentro del plazo fijado, porque, de lo contrario, se produce la caducidad de la oferta que impide la formación del contrato (275).

(275) Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tómo III, pág. 16.

Sin embargo, este principio tiene algunas excepciones, en que se considera que la aceptación tardía tiene el mismo valor jurídico que la aceptación perfecta, esto es, que la que llega dentro del plazo fijado, y en las que se forma el contrato, por lo tanto, como si la respuesta del destinatario hubiera llegado oportunamente.

Entre estos casos excepcionales podemos citar los siguientes:

1) Aquéllos en que el oferente, debido a su culpa o dolo, no pudo recibir a tiempo la respuesta, como por ejemplo, cuando se ausenta precisamente con el objeto de no recibir oportunamente la aceptación (276).

Es muy lógica esta excepción, porque, de otra manera, se protegería la mala fe.

2) También es válida la aceptación tardía, cuando el que ofrece decide considerarla eficaz, siempre, eso sí, que comunique inmediatamente su decisión al aceptante (277).

Este aviso que debe dar el oferente puede ser expreso o tácito.

Sería un ejemplo de aviso tácito, el hecho de que el autor de la oferta, expidiera la mercadería ofrecida, a pesar de la aceptación tardía (278).

Si el oferente no avisa al aceptante que considera válida la aceptación llegada con retraso, no hay contrato, es decir, se aplica, en este caso, la regla general.

Esta segunda excepción que hemos enunciado, obedece al interés de facilitar el desarrollo de las transacciones, que se dificultaría enormemente si se aplicara el principio general en forma absoluta.

Por lo demás, es muy justo que se tome en cuenta la voluntad del oferente, que está directamente interesado y que no perjudica a nadie con su decisión, sino que, por el contrario, beneficia tanto al aceptante, que tiene intenciones de contratar, puesto que, aunque tarde, dió su aceptación, como a la sociedad en general, ya que, como lo dijimos, se facilita el desarrollo de los contratos.

Cabe preguntarse: ¿qué razón de ser tiene ese aviso que debe dar el autor de la oferta al aceptante para comunicarle que considera eficaz la aceptación tardía? Porque, a primera vista, no se le ve objeto, ya que el aceptante, en la mayoría de los casos, confía en que su acep-

(276) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 35; Cass. Roma, XI-1903.

(277) Art. 36 C. Italiano; Art. 2.º Anteproyecto franco-italiano oblig.; Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 239.

(278) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 49.

tación ha llegado oportunamente y, por lo tanto, en que se ha formado el contrato.

En realidad, este aviso, basado más que nada en la equidad, tiene importancia principalmente para el caso en que el aceptante, por no haber expedido a tiempo la aceptación, teme que ésta no alcance a llegar oportunamente y que, como consecuencia, no se forme el contrato (279).

3) Por último, podemos establecer otra excepción al principio general y es aquélla en que el oferente que recibe la aceptación tardía y que se niega, por esta causa, a celebrar contrato, no avisa al aceptante, que expidió oportunamente su aceptación, que ésta llegó con retraso y que, por lo tanto, no existe contrato.

De esta excepción parece desprenderse que el autor de la oferta que recibe una aceptación tardía está obligado a comunicar este hecho al aceptante.

En efecto, debe hacerlo, porque así lo aconsejan la lógica y la equidad, ya que el aceptante, por haber expedido a tiempo su aceptación, confía en que ella llegará oportunamente a su destino y en que se formará el contrato.

Si el oferente no comunica al aceptante la llegada tardía de la aceptación y la no formación del contrato, consecuencia lógica de lo anterior, será válida la aceptación llegada con retraso, como si hubiera llegado a tiempo (280 a) (280 b).

Pasamos, ahora, a analizar la segunda parte del principio formulado sobre la aceptación tardía y referente a su valor jurídico.

De acuerdo con ella, "la aceptación tardía tiene el valor de una contraoferta" (281).

Esta conclusión no se contradice con la primera parte del principio, sino que, por el contrario, la afirma, ya que, como lo hemos estudiado, la contraoferta hace desaparecer la oferta primitiva.

De que la aceptación tardía valga como contraoferta, se desprende lo siguiente: "El aceptante pasa a ser oferente y el primer oferente, destinatario de la nueva oferta; por lo tanto, y de acuerdo con

(279) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 50.

(280 a) Art. 149 C. C. Alemán; Art. 5.º C. Suizo Obli.; Art. 862 a C. Austriaco revisado; Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 52.

(280 b) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 182, opina que el oferente responderá de los perjuicios que haya sufrido el aceptante que confiaba en la formación del contrato.

(281) Art. 150 C. C. Alemán; Valéry, ver obra citada, pág. 187; B. Lantinerie et Barde, ver obra citada. Tomo I, pág. 55.

las reglas ya estudiadas, deberá contestarla, sea negándose o aceptando.

Cabe preguntarse ahora, ¿cuál es el fundamento del valor jurídico de la aceptación tardía?

En otras palabras, ¿por qué vale ésta como contraoferta?

Existe una doble razón para ello.

Por una parte, el hecho de que el aceptante haya dado su aceptación, aunque tardía; lo que indica que tiene interés en contratar. Y por otra, la probabilidad de que el oferente tenga, todavía, intenciones de celebrar el contrato, a pesar de la aceptación tardía.

Tales razones justifican el valor de contraoferta que se le atribuye a la aceptación llegada con retraso, e impide, por lo tanto, que quede enteramente desprovista de eficacia jurídica.

84. *Aceptación que se cruza con la revocación de la oferta* (282). —Puede suceder que el aceptante haya expedido su aceptación, en circunstancias que el oferente, habiéndose arrepentido de celebrar el contrato, le hubiere enviado la revocación de su oferta.

En tal situación, es decir, si se cruzan la aceptación con la revocación de la oferta, hay que recordar el principio general que establece que "toda declaración de voluntad destinada a producir efectos con respecto a otra persona, debe ser conocida por ésta", salvo las excepciones.

Por lo tanto, aplicando en nuestro caso el principio enunciado, habrá que ver cuál de las dos declaraciones de voluntad, si la aceptación o la revocación de la oferta, llega primero a su destino, para decidir si hay o no contrato.

En otras palabras, el contrato se formará solamente en el caso en que la aceptación llegue al conocimiento del oferente antes que la revocación de la oferta, al del aceptante (283).

(282) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 181.

(283) Sallé, ver obra citada, pág. 109; Comm. Rennes, 25-XI-1910; Toulouse, 13-VI-1901.

## CAPITULO II

## MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO

SUMARIO: 85. Importancia de la cuestión.—86. Contratos entre presentes y entre ausentes.—87. Problema de la determinación del momento en que se forma el consentimiento.—88. Teoría de la Declaración y Teoría de la Expedición.—89. Teoría del Conocimiento o Información y Teoría de la Recepción.—90. Ofertas que se cruzan.—91. Conclusión.

85. *Importancia de la cuestión.*—Pasamos a estudiar la materia que se refiere al momento en que se forma el consentimiento.

Este estudio reviste fundamental importancia, puesto que, a partir de ese momento, nos encontramos en presencia del contrato ya formado (siempre, por supuesto, que concurren los demás requisitos de existencia del contrato), el que, de acuerdo con las reglas generales, empieza a surtir efectos desde su formación, el que, desde entonces, no puede extinguirse por la sola voluntad de uno de los contratantes, porque la revocación es posible, únicamente, en el período precontractual y no en el contrato ya formado, en el que es necesario, para hacerlo desaparecer, la concurrencia de las mismas voluntades que convinieron en celebrarlo (284).

También tiene importancia el estudio que vamos a iniciar, porque una vez formado el consentimiento, y el contrato, por lo tanto, no puede éste extinguirse por la muerte, incapacidad o quiebra de una de las partes, a diferencia de lo que sucede en el período precontractual, porque, desde que existe contrato, hay una situación jurídica estable, ya que cada uno de los contratantes ha incorporado a su patrimonio, un derecho o una obligación, que es transmisible, de acuerdo con las reglas generales (285).

El momento en que se forma el consentimiento tiene interés, además, porque, a partir desde entonces, empiezan a correr los plazos de prescripción extintiva—ya que comienzan a contarse desde que la obligación se hace exigible (286), para determinar quién soporta los riesgos, en caso de pérdida de un cuerpo cierto que se debe—así por ejemplo, en el contrato de compraventa, los riesgos del cuerpo cierto que se vende, pertenecen al comprador, desde que se forma el con-

(284) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 223.

(285) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 284.

(286) Valéry, ver obra citada, pág. 120.

trato—y para fijar los precios en los contratos en que aquéllos se determinan, sea por voluntad de las partes o por costumbre, según el precio corriente al momento de formarse el contrato. Por ejemplo, ¿cuál precio deberá tomarse en cuenta si se ofrece vender mercaderías al precio corriente al celebrarse el contrato y si llega la aceptación en un día en que el precio corriente es diferente a aquél que tenían las mercaderías cuando fué dada la aceptación? (287). Para resolver este caso, hay que determinar cuándo se entiende que el contrato está formado.

Importa también precisar el momento en que se forma el consentimiento, para fijar la ley que regirá las relaciones jurídicas de las partes, ya que, por regla general, cuando se dictan leyes posteriores a la formación del contrato, éste no es afectado por ellas (288).

Además, la determinación del momento en que se forma el consentimiento, nos servirá de base—como lo veremos más adelante—para resolver el problema del Lugar.

86. *Contratos entre presentes y entre ausentes.*—Para estudiar la materia referente al momento en que se forma el consentimiento, vamos a distinguir los Contratos entre Presentes de los Contratos entre Ausentes, advirtiendo, eso sí, que dedicaremos toda nuestra atención a los segundos, y esto, por una razón. Porque sólo, a propósito de ellos, se han presentado dificultades en lo que respecta al momento en que se produce el acuerdo de voluntades, y se han formulado teorías para solucionar estas dificultades.

En efecto, en los contratos entre presentes, es muy sencillo determinar desde qué momento hay consentimiento y, por lo tanto, contrato, ya que, por encontrarse las partes una en presencia de la otra, las dos voluntades—oferta y aceptación—se manifiestan casi simultáneamente (289).

(287) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 9; Lyon-Caen et Renault, ver obra citada. Tomo III, págs. 23 y 24.

(288) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 8.

(289) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 256; Rev. Trim. 1927, pág. 456. Los contratos entre presentes son, por regla general, verbales, pero las partes pueden, si quieren, confirmarlos por escrito.

Pero estas cartas de confirmación no son, en ningún caso, manifestación del consentimiento, sino que solamente un medio de prueba (Amiens, X-1905; Req., 14-V-1912; Cass. Civ., 26-V-1900; Trib. comm. de Viena, 14-XII-1926), salvo casos excepcionales en que se desprende que la intención de las partes fué subordinar la perfección del contrato a la redacción del escrito, porque entonces, no se formará aquél, si no se envían las cartas de confirmación (Amiens, XII-1896).

En cambio, en los contratos entre ausentes, hay un transcurso de tiempo apreciable entre la oferta y la aceptación, debido a que las partes se encuentran en lugares diferentes.

Y no solamente esto, sino que más aún: hay, también, un transcurso de tiempo entre la manifestación de la aceptación y la llegada de ésta a conocimiento del oferente, lo que dificulta enormemente la determinación del momento en que se produce el acuerdo de voluntades.

Debido a la importancia de la materia, vamos a precisar bien los conceptos de contrato entre presentes y de contratos entre ausentes.

De acuerdo con lo que hemos dicho hasta aquí, sobre este punto, es necesario atender al lugar, para determinar si un contrato es entre presentes o entre ausentes.

Es decir, será contrato entre presentes el que se celebra entre personas que se encuentran reunidas en un mismo lugar. Y entre ausentes, si las personas que intervienen en su formación, están en lugares diferentes.

Se ha dicho, sin embargo, que no es el lugar el que determina si el contrato es entre presentes o entre ausentes, sino que el tiempo.

Los que así opinan, definen el contrato entre presentes como "aquél en que la aceptación sigue inmediatamente a la oferta", y el contrato entre ausentes como "aquél en que hay un transcurso de tiempo entre la oferta y la aceptación".

Creemos que es más lógico concluir que es el lugar el elemento que determina si un contrato es entre presentes o entre ausentes, por varias razones.

En primer lugar, porque no existe una definición legal de una y otra clase de contratos, ya que los Códigos que tratan el punto, señalan a lo sumo, alguna característica fundamental de los contratos entre presentes y entre ausentes que de ninguna manera significa definición.

Ahora bien, como en ausencia de definición hay que dar a las palabras su sentido corriente y, como ordinariamente las expresiones "presente" y "ausente" dicen relación con un territorio, esto es, con un lugar y no con el tiempo, hay que concluir que contratos entre presentes y entre ausentes, son relaciones jurídicas de personas que se encuentran en un mismo lugar o lugares distintos, respectivamente.

Además, si se acepta que es el tiempo el que determina si un



contrato es entre presentes o entre ausentes, habría que llegar a la conclusión de que no existen sino contratos entre ausentes; porque, necesariamente, ha de haber un transcurso de tiempo entre la oferta y la aceptación, ya que el aceptante no puede dar la aceptación antes de conocer la oferta y ya que el oferente necesita también conocer la aceptación (290), transcurso de tiempo que será más o menos largo, según que las partes estén alejadas una de la otra o reunidas en un mismo lugar.

Por lo demás, el que aceptemos que es el lugar el factor que determina si un contrato es entre presentes o entre ausentes, no quiere decir que no tomemos en cuenta el tiempo, puesto que este elemento está íntimamente relacionado con el lugar y, hasta podríamos decir que, en esta materia, es una consecuencia de aquél.

En efecto, si nos preguntamos por qué la oferta, en los contratos entre presentes, va seguida inmediatamente de la aceptación y por qué, en cambio, hay un transcurso de tiempo entre una y otra en los contratos entre ausentes, llegaremos a la conclusión, en la primera pregunta, de que ello es una consecuencia de que el oferente y el destinatario de la oferta se encuentran uno en presencia del otro para celebrar contrato; y, en la segunda, del hecho de que las partes se encuentren en lugares diferentes.

Resumiendo, y de acuerdo con las razones dadas, podríamos formular el principio siguiente:

“Hay que atender al lugar para determinar la clase de contrato de que se trata; por lo tanto, éste será entre presentes si el oferente y el aceptante se encuentran reunidos en un mismo lugar, y entre ausentes, si están en lugares distintos”.

Aplicando este principio, podríamos citar entre otros ejemplos de contratos entre presentes, aquéllos que se celebran por mandatario, por intérprete, etc. (291), y de contratos entre ausentes, los celebrados por carta, telegrama, mensajero, etc. (292).

Ahora bien, ¿a qué categoría pertenecen los contratos por teléfono?

De acuerdo con el principio que hemos formulado y según el cual hay que atender al lugar para determinar si un contrato es entre

(290) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 9.

(291) Demogue; “Traité des obligations”. Tomo II, pág. 228; Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 217; Rennes, 24-I-1925.

(292) Los contratos por corredores serán entre presentes o entre ausentes, según que las partes estén en un mismo lugar o en lugares diferentes.

ausentes o entre presentes, los contratos por teléfono serían una especie de contrato entre ausentes, ya que el autor de la oferta y el destinatario se encuentran en lugares distintos.

Sin embargo, los Códigos (293) y la mayor parte de los tratadistas y de los tribunales, los consideran como contratos entre presentes (294), basándose para ello en el hecho de que el oferente conoce inmediatamente la respuesta del destinatario.

Creemos, a pesar de todo, que los contratos por teléfono deberían considerarse como celebrados entre ausentes, porque, si bien es verdad que no se presentan dudas en ellos acerca del momento en que se produce el acuerdo de voluntades, puesto que no hay transcurso de tiempo entre el conocimiento de la oferta, por el destinatario, y el conocimiento de la aceptación por el oferente, dan, sin embargo, origen a dificultades debido a que las partes se encuentran en lugares diferentes al celebrarse el contrato (295).

**87. Problema de la determinación del momento en que se forma el consentimiento.**—Decíamos que, sólo a propósito de los contratos entre ausentes, se presenta el problema de determinar en qué momento se produce el acuerdo de voluntades, problema que podríamos plantear en la forma siguiente:

“En los contratos que se celebran entre ausentes, hay un transcurso de tiempo entre la manifestación de la aceptación y la llegada de ésta a conocimiento del destinatario.

Pues bien, ¿cuál de estos dos momentos debe considerarse en definitiva?

En otras palabras, ¿se formará el consentimiento al manifestar el destinatario la aceptación o solamente cuando ella es conocida por el autor de la oferta?

Planteado el problema, vamos a estudiar las diversas teorías que se han formulado para resolverlo y que podríamos dividir en dos grupos: uno, que considera el momento en que se manifestó la aceptación y el otro, que da importancia al conocimiento de ella por parte del oferente.

(293) Art. 147 C. C. Alemán; Art. 862 C. Austriaco revisado.

(294) Saleilles; “Déclaration de volonté”, págs. 173 y 174.

(295) Hay una sentencia dictada por el tribunal de Nancy en enero de 1925, citada por Jossierand; ver obra citada. Tomo II, que los considera contratos entre ausentes.

El primer grupo está representado por la Teoría de la Declaración y por la Teoría de la Expedición.

Y el segundo, por la Teoría del Conocimiento o de la Información y por la Teoría de la Recepción.

88. *Teoría de la Declaración y Teoría de la Expedición.*—a) La Teoría de la Declaración (296), considera que hay consentimiento—y contrato, por lo tanto—desde que se expresa la voluntad de aceptar, porque el consentimiento—dicen los partidarios de esta teoría—es concurrencia de voluntades, que tiene lugar desde que se manifiesta la aceptación, ya que es en este momento cuando se une la voluntad del aceptante a la del autor de la oferta.

De lo contrario, esto es, si se exigiera el conocimiento de la aceptación, por parte del oferente, se retardarían las operaciones comerciales, ya que habría que exigir, también, que se comunicara al aceptante la recepción de la aceptación y así sucesivamente, porque, de lo contrario, una parte se encontraría en mejor situación que la otra (297).

Además, dicen, el conocimiento es un hecho secreto que puede ocultarse fácilmente y que, por lo tanto, no puede servir de punto de partida para determinar una situación jurídica de tanta importancia como es el momento en que se forma el consentimiento.

Adoptando la Teoría del Conocimiento (continúan los partidarios de la Teoría de la Declaración), no podrían existir las aceptaciones tácitas, porque esto sería reconocer, si el destinatario ejecuta inmediatamente el contrato y envía la aceptación, que aquél se formó después de ejecutado (298).

En cuanto a la alusión que la teoría contraria hace del artículo 932 del C. C. Francés (artículo que se refiere a la donación y que exige la notificación, al donante, de la aceptación del donatario), no es argumento de fuerza en pro de la Teoría del Conocimiento, ya que es una disposición especial que sólo se refiere a un caso particular y que, en consecuencia, no puede aplicarse como regla general.

Bien podría citarse, en tal caso, como argumento en contra de la Teoría del Conocimiento, el artículo 1121 del C. C. Francés que

(296) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 209; Demolombe, ver obra citada. Tomo XXIV, págs. 58 y 74; Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 560; Supino, ver obra citada. Tomo I, pág. 132; Valverde, ver obra citada. Tomo III, pág. 236.

(297) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 219.

(298) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 219.

se refiere a la estipulación por otro y que exige solamente aceptación de tercero.

Tales son, en resumen, las razones en que se apoya la Teoría de la Declaración para sentar el principio según el cual existe el consentimiento y, por lo tanto, el contrato, desde que se manifiesta la aceptación.

b) Posteriormente se ha formulado, a base de esta doctrina, la Teoría de la Expedición, cuyos partidarios, en su mayor parte ingleses, observando que la Teoría de la Declaración deja entregada, en cierto modo, a la voluntad del aceptante la determinación de la fecha exacta en que se forma el contrato, consideran que no es precisamente la manifestación de la aceptación la que fija el momento en que se forma el consentimiento, sino que es indispensable que el aceptante se desprenda de ella, que la manifieste en tal forma que no pueda detenerla, porque solamente entonces pertenece al destinatario. (Por ejemplo, que deposite en el correo la carta de aceptación) (299).

Y no importa que se pierda en el camino, dicen los partidarios de la Teoría de la Expedición, porque el hecho de que se extravíe la aceptación, no influye en la validez del contrato (300), ya que no se exige que ella llegue a su destino, sino solamente que el aceptante haya "expedido" la aceptación.

Pero, no son tan claras las razones que da esta teoría.

En efecto, ella parte de la base de que una carta pertenece al destinatario, desde que el remitente se desprende de ella. Es decir, da como seguro algo tan discutido como es la propiedad de las cartas y que, por lo mismo que es tan discutido, no puede considerarse como argumento de fondo de una teoría (301).

**89. Teoría del Conocimiento o de la Información y Teoría de la Recepción.**—a) La Teoría del Conocimiento es la opuesta a la que hemos estudiado con el nombre de Teoría de la Declaración, porque, al contrario de ésta, considera que el consentimiento se forma, solamente, desde que la aceptación es conocida por el oferente.

Es decir, según la Teoría del Conocimiento, no es la manifestación de la aceptación la que determina el momento en que se produ-

(299) Lehr; ver obra citada, pág. 499: 1 H. of L. Cas. 381.

(300) Planiol et Ripert; ver obra citada. Tomo VI, pág. 215; Lehr, ver obra citada, pág. 499: 4 Exch. D. 216, 223.

(301) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 216; Vaïéry, ver obra citada, págs. 142 y 143.

ce el acuerdo de voluntades necesario para que se forme el contrato, sino que es el conocimiento de aquélla por el autor de la oferta.

Para llegar a esta conclusión, los partidarios de la Teoría en cuestión, dan una serie de razones, entre otras, las siguientes:

1) Si no se exigiera el conocimiento por parte del oferente, se haría una diferencia entre los contratos entre presentes y entre ausentes, que no tendría razón de ser, ya que en una y otra clase de contratos transcurre un espacio de tiempo entre la oferta y la aceptación.

En efecto, en los contratos entre presentes, el oferente oye lo que quiere el aceptante, es decir, conoce la aceptación.

Por lo tanto, igual cosa debe suceder en los contratos entre ausentes (302).

2) Es claro, dicen los partidarios de la Teoría del Conocimiento, que se retardan un poco las operaciones comerciales, lo que, a veces, puede perjudicar a los contratantes. Por ejemplo, aplicando la Teoría de la Declaración, el aceptante podría ejecutar la prestación, inmediatamente de dada la respuesta, sin necesidad de esperar la llegada de ésta a conocimiento del oferente.

Pero, este inconveniente no sería, en ningún caso, una razón para que se rechazara la Teoría del Conocimiento. Porque puede subsanarse en cada caso particular y por los mismos interesados.

Así, por ejemplo, el oferente, para evitar que se retarden las negociaciones, puede ordenar que el aceptante ejecute el contrato antes de que la aceptación llegue a su conocimiento (303).

3) Además, aceptar la idea que, de consentimiento, se han formado los partidarios de la Teoría de la Declaración, es suponer un sistema basado en un concepto metafísico del concurso de voluntades, en vez de fundarlo en las necesidades prácticas, que exigen que toda declaración de voluntad debe ser conocida por la parte con respecto a quién va a producir efectos jurídicos.

4) También se cita como argumento el artículo 932 del C. C. Francés que exige, para el perfeccionamiento del contrato de donación, que la aceptación del donatario llegue a conocimiento del donante.

Pero ya vimos al tratar de la Teoría de la Declaración, que éste es uno de los argumentos más débiles en pro de la Teoría del Cono-

(302) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 217.

(303) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 217.

cimiento, ya que, solamente, considera el caso particular de la donación (304).

Aplicando la Teoría de la Información o Conocimiento, se llega a la consecuencia siguiente: "El aceptante puede retractarse, de su aceptación, hasta el momento en que ella llegue a conocimiento del oferente" (305), ya que es entonces cuando se forma el consentimiento y, por lo tanto, el contrato.

Esta consecuencia no puede desprenderse, en cambio, de la teoría contraria.

En efecto, de acuerdo con la Teoría de la Declaración, el aceptante no puede retractarse, puesto que, según esta teoría, el contrato ya se ha formado, en virtud de la manifestación de la aceptación.

Y éste es otro argumento que invocan los partidarios de la Teoría del Conocimiento en pro de ella.

En efecto, dicen, aplicando la Teoría de la Declaración se haría una diferencia marcada entre el oferente y el aceptante, quedando éste en inferiores condiciones, puesto que no puede retractarse, lo que no sucede, en cambio, en la Teoría del Conocimiento, según la cual tanto el uno como el otro pueden hacerlo, hasta el momento en que el oferente conozca la aceptación.

b) Pero la Teoría de la Información se basa en un hecho secreto, que es el conocimiento, lo que es un inconveniente puesto que, en cierto modo, se deja entregada a la voluntad del oferente la determinación del momento en que se produce el acuerdo de voluntades.

Por este motivo, se ha formulado la Teoría de la Recepción, destinada a corregir la desventaja, recién anotada, de la Teoría del Conocimiento.

Según la Teoría de la Recepción, el hecho de recibir la aceptación, es el que determina el momento en que se forma el consentimiento, y por lo tanto, el contrato y no el conocimiento, porque éste es un hecho psicológico, secreto y, en consecuencia, de difícil prueba, a diferencia de la recepción, que es un hecho material y fácilmente comprobable (306).

Por lo demás, la Teoría de la Recepción toma en cuenta, de todas maneras, el conocimiento de la aceptación. Prueba de ello es que

(304) Laurent, ver obra citada. Tomo XV, pág. 551.

(305) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 54.

(306) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 217.

establece la presunción siguiente: "Se presume que el que recibe la aceptación tomará inmediatamente conocimiento de ella" (307).

Eso sí, que—como ya lo hemos dicho anteriormente—se parte del hecho material de la recepción, para deducir el conocimiento.

De acuerdo con la Teoría de la Recepción, es indispensable que la respuesta del aceptante llegue a su destino.

Por lo tanto, si ella se pierde en el camino, no hay contrato, a diferencia de lo que sucede si se aplica la Teoría de la Expedición (308).

Ahora, si llegan simultáneamente varias respuestas a una oferta, se preferirá la que llegue primero (309).

90. *Ofertas que se cruzan.*—Ya habíamos tocado este punto al hablar de la aceptación.

Veamos ahora cuándo se forma el consentimiento en las ofertas que se cruzan.

Esta cuestión ha sido resuelta en forma distinta por las diversas teorías que existen sobre el momento en que se produce el acuerdo de voluntades.

Así, por ejemplo, la Teoría de la Declaración considera que, en las ofertas que se cruzan, hay consentimiento—y contrato, por lo tanto—desde que tiene lugar la segunda manifestación de voluntad (310), y la Teoría de la Expedición, desde que aquélla es expedida (311).

En cambio, según la Teoría del Conocimiento, sólo existe acuerdo de voluntades—y, en consecuencia, contrato—desde que la segunda manifestación de voluntad llega a conocimiento del oferente, y según la Teoría de la Recepción, desde que aquélla es recibida por él.

91. *Conclusión.*—Como vemos, no existe en doctrina una opinión uniforme, en lo que respecta al momento en que se forma el consentimiento, ni tampoco la existe en jurisprudencia.

En efecto, en Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha sentado una fórmula amplia que deja, a los jueces, en completa libertad para resolver en cada caso particular y que es la siguiente: "El mo-

(307) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 227.

(308) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 227.

(309) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 224.

(310) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 235.

(311) Valéry, ver obra citada, pág. 204.

mento en que se forma el consentimiento y el contrato, por lo tanto, es una cuestión de hecho" (312) (313) (314).

Se ha criticado mucho esta solución dada por la Corte de Casación francesa, porque se considera que este tribunal no ha cumplido su misión, cual es la de uniformar las opiniones de la jurisprudencia, al no sentar un principio único que sirva de norma sobre el particular.

Nosotros creemos, sin embargo, que es muy acertada la fórmula de la Corte de Casación francesa, porque ella revela conocimiento de las necesidades prácticas, lo que es fundamental para resolver una cuestión en justicia.

En efecto, ¿cómo podría sentarse un principio absoluto en una materia que, en cada caso especial, se presenta con una serie de particularidades y variantes?

Por esta razón, consideramos—de acuerdo con la fórmula de la Corte francesa—que debe dejarse entregada a los tribunales, la determinación del momento en que se forma el consentimiento, los que resolverán, de acuerdo con la intención de las partes y las circunstancias, lo que crean más justo.

Sin embargo, todas estas dificultades, que se presentan a propósito de la fijación del momento en que se produce el acuerdo de voluntades, podrían evitarse perfectamente por los interesados, indicando, expresa o tácitamente, el momento a partir del cual considerarán formado el contrato.

En efecto, si las partes manifiestan expresa o tácitamente su voluntad, en este sentido, no hay cuestión, es decir, no se presenta, en este caso, lo que hemos llamado el "problema de la determinación del momento en que se forma el consentimiento", porque, entonces, hay que atenerse a la voluntad de las partes, ya que, en virtud de los principios de libertad contractual, ellas tienen derecho de fijar las condiciones que crean convenientes.

Resumiendo, tenemos lo siguiente:

(312) Planiol et Ripert, ver obra citada. Tomo VI, pág. 210: Civ., I-1923.

(313) Sallé, ver obra citada, pág. 133: Req., 16-VI-1913; 29-I-1923; Civ., XII-1876.

(314) En Derecho Positivo, sin embargo, la cuestión es distinta, porque los Códigos que se refieren a la formación del consentimiento, sientan normas fijas sobre el particular, inclinándose—en lo que respecta al momento—por alguna de las teorías enunciadas. Esto lo veremos, en la Segunda Parte de nuestro trabajo, al hacer el estudio de la Legislación Comparada.

Para determinar el momento en que se forma el contrato, hay que distinguir si las partes manifestaron o no su voluntad en algún sentido.

Si lo hicieron, hay que estar a la voluntad de las partes, sea que la hayan manifestado en forma expresa o tácita.

Así, por ejemplo, si expresaron la intención de que el contrato fuera perfecto solamente una vez que la aceptación fuera conocida del oferente, se aplicará la Teoría del Conocimiento. Y si, por el contrario, manifestaron su voluntad en el sentido de que se formara el contrato por la sola aceptación, habrá que aplicar la Teoría de la Declaración (315).

Puede suceder, también, que las partes subordinen la perfección del contrato a la ejecución de un hecho cualquiera, como el cumplimiento de un acto por un tercero—fijación de precio, por ejemplo o la redacción de una escritura pública o privada.—En tal caso, sólo habrá contrato cuando se produzcan estos hechos (316) (317).

Ahora si, por el contrario, no manifiestan su voluntad en ningún sentido, corresponde al tribunal resolver, interpretando, en cada caso particular, la intención de las partes, de acuerdo con las circunstancias.

Y así, se aplicará, en ciertas ocasiones, la Teoría del Conocimiento o la de la Recepción (318) y en otras, la Teoría de la Declaración o la de la Expedición (319).

(315) Valéry, ver obra citada, pág. 126.

(316) Art. 16 C. Suizo Oblig.; Art. 154 C. C. Alemán; Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 260, 243 y 224.

(317) La mayor parte de los tribunales franceses opinan que, por regla general, la perfección del contrato no está subordinada a la redacción de un escrito, o a la ejecución de un acto, etc. (Angers, 8-II-1927; Seine, 31-I-1914; Req., 14-V-1912—citadas por Planiol et Ripert, ver obra citada, tomo VI, pág. 140), salvo que se desprenda de circunstancias especiales que serán apreciadas por los jueces de hecho, que la intención de las partes fué subordinar la perfección del contrato a la ejecución de un acto o a la redacción de un escrito, etc. (Req., 24-II-1896; Req., 20-II-1905; París, 15-II-1927—citado por Planiol et Ripert, ver obra citada, tomo VI, pág. 140).

(318) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 213; Génova, 21-II-1896; Roma, 9-X-1894; Cass. Florencia, 2-II-1893; Génova, 20-II-1892; Cass. Turín, 16-IV-1881. Ver. Rev. Trim. 1902, pág. 647; Liège, 6-IV-1901; Bruxelles, 30-XI-1899; 3-I-1900.

(319) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 214; Cass. Turín, 5-VI-1884; Roma, 12-XII-1891; Cass. Roma, 6-XI-1903; Cass. Nápoles, 7-X-1903.

## CAPITULO III

## LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO

SUMARIO: 92. Importancia de la cuestión.—93. Problema de la determinación del lugar en que se forma el consentimiento.—94. Conclusión.

92. *Importancia de la cuestión.*—El lugar en que se forma el consentimiento y, por lo tanto, el contrato, tiene una gran importancia, por varias razones.

Entre otras, porque fija la competencia de los tribunales (320).

Además, porque el juez interpreta la voluntad de las partes de acuerdo con los usos en vigor en el lugar en que se forma el contrato. Y los usos varían de un lugar a otro y de un país a otro (321).

En este último caso, también importa determinar el Lugar, para saber cuál es la legislación aplicable (322).

93. *Problema de la determinación del lugar en que se forma el consentimiento.*—Al igual que el del momento, sólo existe en los contratos entre ausentes, ya que entre presentes no puede haber dificultad en este sentido, puesto que las partes están reunidas en un mismo sitio.

Y se presenta solamente este problema cuando los contratantes no han indicado, expresa o tácitamente, el lugar en que se formará el contrato (323).

Como el problema de la determinación del lugar en que se forma el consentimiento está íntimamente relacionado con el del momento, para resolverlo, habrá que aplicar los principios ya estudiados que se refieren a las Teorías de la Declaración, Expedición, Consentimiento y Receptión.

En efecto, para los partidarios de la Teoría de la Declaración y de la Teoría de la Expedición, el consentimiento se forma en el lugar en que se manifestó o en que se expidió la aceptación, respectivamente, es decir, en el lugar del domicilio del aceptante, porque el contrato se perfecciona desde la manifestación o expedición de la aceptación.

(320) Giorgi, ver obra citada. Tomo III, pág. 229.

(321) Lacour et Bouteron, ver obra citada. Tomo I, pág. 566.

(322) Valéry, ver obra citada, pág. 359.

(323) Valéry, ver obra citada, pág. 259.

En cambio, para los partidarios de la Teoría de la Recepción y de la Teoría del Conocimiento, el lugar en que se forma el consentimiento es el del domicilio del oferente, puesto que, según sabemos, hay contrato desde que la aceptación es recibida por el autor de la oferta o desde que llega a conocimiento de éste, respectivamente.

94. *Conclusión.*—Ahora bien, como la determinación del momento en que se forma el consentimiento es una cuestión de hecho, también lo será la determinación del lugar (324), puesto que, como hemos dicho, éste es un punto íntimamente relacionado con aquél.

Así lo ha resuelto, también, la jurisprudencia, en repetidas ocasiones (325) (326) (327).

---

(324) Volvemos a repetir: los Códigos que tratan de la formación del consentimiento, establecen una disposición precisa sobre el particular, fijando como lugar de formación del contrato el del domicilio del aceptante o el del oferente, según la Teoría que hayan adoptado con respecto al momento.

(325) Valéry, ver obra citada, pág. 123.

(326) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 229.

(327) Ultimamente la jurisprudencia francesa se ha inclinado por la Teoría de la Expedición, al resolver que el lugar de formación del contrato es aquél en que se expide la aceptación. Ver, a este respecto, en la "Revista Crítica de Legislación y Jurisprudencia", de julio a octubre de 1933, una sentencia dictada el 21 de marzo de 1932.

## SEGUNDA PARTE

### DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ANTE LA LEGISLACION COMPARADA

95. *Generalidades.*—Pasamos a estudiar las normas establecidas por algunos Códigos en lo que respecta a la formación del consentimiento en los contratos, normas que no son sino la aplicación de los principios formulados sobre la materia por la doctrina y la jurisprudencia y que hemos analizado en la Primera Parte de nuestro trabajo.

Por esta razón, para estudiarlas, habrá que recordar, a cada momento, estos principios.

Comenzaremos por los Códigos europeos, para continuar, en seguida, con los americanos.

### CAPITULO I

#### COMENTARIO DE ALGUNOS CODIGOS EUROPEOS

SUMARIO: 96. Derecho Español.—97. Derecho Portugués.—98. Derecho Inglés.—99. Derecho Italiano.—100. Derecho Alemán.—101. Derecho Suizo.—102. Derecho Austríaco.—103. Anteproyecto franco-italiano de las obligaciones y contratos.

96. *Derecho Español.*—Solo una disposición del C. C. Español, el artículo 1262, se refiere a la formación del consentimiento en los contratos.

Y de ella puede deducirse lo siguiente:

1) Es necesario, para que pueda hablarse de consentimiento, el concurso de dos (o más) voluntades.

(Art. 1262, primera parte: "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato").

2) Y no basta, por lo tanto, la existencia de una sola voluntad, porque la voluntad unilateral—y esto se desprende de lo establecido en el N.º 1.º—no tiene fuerza obligatoria con respecto a otra persona, ya que nadie puede adquirir derechos ni contraer obligaciones contra su voluntad (328).

3) El C. C. Español de 1889 se inclina por la Teoría del Conocimiento (329), en lo que respecta al momento en que se forma el contrato.

En efecto, el artículo 1262, en su segunda parte, se expresa en los términos siguientes: "La aceptación hecha por carta (330) no obliga al que hizo la oferta, sino desde el momento en que la conoció".

Sin embargo, el C. de Comercio Español, acepta la Teoría de la Expedición al establecer en el artículo 34 que "los contratos que se celebran por correspondencia serán perfectos desde el envío de la respuesta . . . ., etc.". (329).

4) Por último, en lo que se refiere al lugar en que se forma el contrato, el artículo 1262, ya citado, dispone que "el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta" (331), lo que no es sino consecuencia de lo establecido, en el mismo artículo, a propósito del momento, ya que (como lo hemos manifestado al estudiar estos puntos en doctrina) una y otra materia están tan profundamente relacionadas, que podría decirse que las normas que se formulen sobre el Lugar en que se forma el contrato, son una consecuencia de las que existan sobre el Momento.

#### 97. *Derecho Portugués.*—I. Generalidades sobre la oferta.

a) Manifestación de la oferta (332).—De acuerdo con los artículos 647 y 648, la oferta debe manifestarse con claridad.

Y como ello se consigue tanto dando a conocer la voluntad en

(328) Ver párrafo 15.

(329) Ver párrafos 89 y 88.

(330) La expresión "por carta" deberá entenderse en el sentido amplio de "ausente".

(331) Ver párrafos 93 y 94.

(332) Ver párrafos 10 y 21.

términos formales y explícitos como por medio de cualquier acto del que se desprenda la intención del autor, hay que concluir—a pesar de que el Código no lo dice expresamente—que la oferta, en el Derecho Portugués puede ser expresa o tácita.

Pero también se desprende, de los artículos ya citados, esta otra consecuencia: "la oferta no podrá deducirse del silencio", porque, como ya lo hemos dicho, éste se caracteriza precisamente por la ausencia de la manifestación.

b) Valor jurídico de la oferta.—El C. C. Portugués establece, en el artículo 653, que el "oferente debe mantener la oferta durante el plazo de aceptación", con lo que parece, a primera vista, que en el citado artículo, se adoptara la teoría moderna sobre el valor jurídico de la oferta, la que, como lo hemos estudiado, descansa substancialmente en la Teoría de la Voluntad Unilateral.

Pero, no es así: en realidad, el C. C. Portugués se inclina, más bien, por la Teoría Intermedia. Prueba de ello es que, después de establecer en la primera parte del artículo 653 que "el oferente debe mantener su oferta durante el plazo de aceptación", continúa en los términos siguientes: "O (debe) reparar el perjuicio causado por su retractación", con lo que nos está diciendo que no es la Teoría Moderna la que adopta, puesto que, si así hubiera sido, habría sentado, también, el Principio de la Irrevocabilidad de la oferta, que es consecuencia de esa teoría, y no, como lo hizo, el de la Revocabilidad con obligación de reparar perjuicios, que es una consecuencia de la Teoría Intermedia (333).

Sin embargo, el artículo 655, que también se refiere al valor jurídico de la oferta, establece que ella "obliga aún a los herederos, a menos que resulte lo contrario de la naturaleza del contrato" (334). Es decir, le concede fuerza obligatoria a la oferta, en ese caso, aun antes de la aceptación, lo que es una consecuencia de la Teoría Moderna y no de la Teoría Intermedia (335).

En lo que respecta a la duración de la oferta, ella debe ser limitada (336), es decir, debe durar sólo el plazo fijado o si no se ha

(333) Ver párrafos 57 a 63

(334) Ver párrafo 52.

(335) El Código no se pronuncia sobre la incapacidad y la quiebra; por lo que habría que resolver, por tratarse de casos análogos al de la muerte, ya que en unos y otro se trata de sucesos ajenos a la voluntad, que estos hechos no afectan a la existencia de la oferta.

(336) Ver párrafo 54 y nota 154.

fijado plazo, deberá darse la aceptación dentro de los ocho (8) días o del tiempo necesario para que el correo vaya y vuelva, o si no hay correo, dentro de un plazo razonable, considerando las distancias y las facilidades o dificultades de comunicación.

En los contratos entre presentes, la aceptación deberá seguir inmediatamente a la oferta (artículos 651 y 652).

## II. Aceptación.

a) Formas de manifestarla (337).—El artículo 648 del Código establece que "el consentimiento debe manifestarse por actos de los que se deduzca necesariamente".

Lo que equivale a decir que la aceptación, así como la oferta, puede manifestarse expresa o tácitamente, puesto que, en ambos casos, se desprende la intención del autor.

Y también equivale a decir, como consecuencia de lo anterior, que el silencio no es aceptación.

### b) Requisitos de la aceptación.

1.º De acuerdo con el artículo 654, la aceptación debe ser pura y simple, porque de lo contrario, no es válida como aceptación sino como una nueva oferta (338).

2.º Y debe darse dentro del plazo fijado, o, si no se ha fijado plazo, dentro de los ocho (8) días o del tiempo necesario para que el correo vaya y vuelva, y si no hay correo, dentro de un plazo razonable, considerando las distancias y las facilidades o dificultades de comunicación (artículos 651 y 652).

En lo que respecta a los contratos entre presentes, en ellos, la aceptación, salvo acuerdo contrario, debe seguir inmediatamente a la oferta (339).

III. Momento en que se forma el consentimiento. El C. C. Portugués resuelve este punto, en el artículo 649, aplicando la Teoría de la Declaración.

Por lo tanto, el contrato se reputa perfecto desde que se acepta la oferta (340).

## 98. *Derecho Inglés* (341).—I. Oferta.

(337) Ver párrafos 74 y 75

(338) Ver párrafos 78 y 79.

(339) Ver párrafo 82.

(340) Ver párrafo 88.

(341) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 60; Lehr, ver obra citada, Tomo I, pág. 498.

a) Intención de obligarse (342).—El oferente debe tener la intención seria de obligarse, porque, de lo contrario, no hay contrato.

Así, no lo habría, por ejemplo, "si resulta del lenguaje de las circunstancias o de la actitud de alguna de las partes, que ellas no tenían la intención de obligarse" (343).

Tampoco existiría contrato, y por la misma razón anterior, en el caso de las ofertas vagas (344).

b) Manifestación de la oferta (345).—Por regla general, la oferta puede manifestarse expresa o tácitamente, o en parte expresa y en parte tácita.

En cuanto a la oferta expresa, puede, a su vez, manifestarse verbalmente o por escrito.

Todo esto de acuerdo con el artículo 191 (346).

c) Valor jurídico de la oferta.—De acuerdo con la Teoría Clásica, adoptada por el C. Inglés en el artículo 192, la oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación.

Como consecuencia de esto, tenemos lo siguiente:

1) La oferta es siempre revocable, a menos que se haya estipulado lo contrario (347).

2) Y caduca por muerte o incapacidad del oferente, acaecida antes de la aceptación (348).

3) En cuanto a la duración de la oferta, debería depender, siguiendo la Teoría clásica, de la sola voluntad del oferente.

Sin embargo, el C. Inglés, basándose en las necesidades prácticas, se ha apartado de esa teoría al establecer, en el artículo 193, que la oferta tendrá una duración limitada, sea que se hubiere o no fijado plazo.

Si se ha fijado plazo, dice el artículo 193, la oferta durará lo que el plazo fijado, y si no, un tiempo razonable cuya duración depende de la naturaleza de la oferta (349).

## II. Aceptación.

(342) Ver párrafo 20.

(343) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 60; Art. 186.

(344) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 60; Art. 187; Lehr, ver obra citada. Tomo I, pág. 498.

(345) Ver párrafo 21.

(346) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 61.

(347) Art. 194 y 195; Ver párrafo 43.

(348) Art. 193; Ver párrafos 44 y 45.

(349) Ver párrafo 54; Lehr, ver obra citada. Tomo I, pág. 501; L. R. 1 Exch. 109.

a) Intención de obligarse (350).—El aceptante, así como el oferente, debe tener la intención seria y consciente de obligarse, porque, de lo contrario, no se forma el contrato.

b) Formas de manifestar la aceptación (351).—El aceptante debe manifestar la intención de aceptar, sea en forma expresa o tácita o en parte expresa y en parte tácita.

La aceptación expresa, a su vez, puede manifestarse verbalmente o por escrito.

c) Requisitos de la aceptación.

1) La aceptación debe ser pura y simple, porque, de lo contrario, equivale al rechazo de la oferta primitiva y constituye una nueva oferta.

Tal es el caso de la aceptación condicional y el de la que modifica, agrega o restringe la oferta, etc. (352).

2) La aceptación debe darse dentro del plazo fijado. Si no se ha fijado plazo, dentro de un tiempo razonable, considerando las circunstancias y la naturaleza de la oferta.

Si se da después del plazo de aceptación, equivale a una nueva oferta (353).

III. Momento en que se forma el consentimiento.—El C. Inglés ha adoptado la Teoría de la Expedición.

Es decir, el contrato se forma cuando se expide la aceptación y aun cuando ésta se extravíe en el camino (354), salvo el caso en que se exija que la aceptación sea comunicada al oferente porque, entonces, el contrato se formará una vez que ella llegue a conocimiento del autor (355).

99. *Derecho Italiano*. (C. de Comercio Italiano de 1882).—  
I. Oferta.

a) Valor jurídico de la oferta.—El C. de C. Italiano se refiere a la oferta en el artículo 36, preocupándose especialmente de su valor jurídico y llega, al respecto, a las siguientes conclusiones:

(350) Ver párrafo 73.

(351) Ver párrafo 74; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 62; Art. 196.

(352) Ver párrafo 79; Lehr, ver obra citada. Tomo I, pág. 498; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 62; Art. 197.

(353) Ver párrafos 82 y 83; Lehr, ver obra citada. Tomo I, pág. 501; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 62; Art. 197.

(354) Lehr, ver obra citada. Tomo I, pág. 49; Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 62; Art. 198; Ver párrafo 88.

(355) Jenks, ver obra citada. Tomo II, pág. 62; Art. 196.

1) La oferta es revocable—de acuerdo con el artículo 36, inciso 3.º—hasta el momento en que se forma el contrato. Y la revocación, en tal caso, hace desaparecer la oferta.

Pero, si bien es cierto que el artículo 36 reconoce al oferente el derecho de retractarse hasta el momento en que se forma el contrato, le impone, al mismo tiempo, la responsabilidad de reparar el perjuicio que causa a la otra parte con su retractación, en el caso en que ésta llegue a conocimiento del destinatario después que ha comenzado a ejecutar algún acto referente al contrato (356), adoptando, así, el principio de la Teoría Intermedia sobre el valor jurídico de la oferta.

Pero estas normas sobre la revocación, sólo se refieren a los contratos bilaterales porque, para los unilaterales, el C. de C. Italiano ha establecido la regla especial del artículo 36, inciso final, consignada en los términos siguientes: "Las ofertas, en los contratos unilaterales, son obligatorias desde que llegan a conocimiento de la parte a quien son hechas", que en otras palabras están significando la adopción—en el C. Italiano—del principio de la Irrevocabilidad de la oferta en los contratos unilaterales.

2) La duración de la oferta es limitada (357), de acuerdo con el inciso 1.º del artículo 36 que exige aceptación dentro del plazo fijado o si no se ha fijado plazo, dentro del que sea necesario, en circunstancias ordinarias y considerando la naturaleza y usos del comercio, para que el destinatario dé a conocer su respuesta al oferente.

---

(356) Es de advertir que el Código, en el art. 36, inc. 3.º, parte de la base que el contrato se forma solamente a la llegada de la aceptación a conocimiento del autor de la oferta y que, por lo tanto, al establecer responsabilidad por perjuicios causados por una revocación que es conocida por el destinatario después que ha comenzado la ejecución del contrato, está reglamentando una situación anterior a la formación del vínculo contractual.

En otras palabras, el Código, al hablar de "comienzo de ejecución del contrato", no ha querido significar que ya esté formado éste (porque en tal caso, sería imposible la revocación de la oferta y, por lo tanto, la responsabilidad por esta revocación), sino que sólo ha querido referirse a actos, ejecutados por el destinatario, referentes al contrato.

Hacemos esta advertencia, para que no se crea que, en el art. 36, inc. 3.º, se ha empleado la expresión "ejecución del contrato" en el mismo sentido que en el art. 36, inc. 2.º.

En efecto, este último inciso, reglamenta una situación excepcional en que se considera perfecto el contrato antes del conocimiento de la aceptación por el oferente, situación excepcional que no ha sido contemplada, en ningún caso, por el artículo 36, inc. 3.º, el cual, al establecer la regla de la responsabilidad por revocación de la oferta, sólo consideró el art. 36, inc. 1.º, que sienta el principio general en virtud del cual el contrato se forma desde que la aceptación es conocida por el oferente.

(357) Ver párrafo 54.

## II. Aceptación.

a) Forma de manifestarla (358).—La aceptación, atendiendo a la forma de manifestarse, puede ser expresa o tácita; en este segundo caso, consiste en la ejecución del contrato ofrecido (artículo 36, inciso 2.º).

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple, para ser perfecta (359).

Por lo tanto, si modifica la oferta o si lleva envuelta una condición, no es aceptación válida (artículo 37).

2) Debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación (artículo 36, inciso 1.º) o, si no se ha fijado plazo, dentro del necesario para que llegue la respuesta en condiciones normales (360).

Pero, si el oferente quiere que se ejecute inmediatamente el contrato y no exige aceptación previa, ni tampoco la exige la naturaleza del contrato, según los usos generales del comercio, habrá que estar a la voluntad del oferente.

Es decir, no se exige, en tal caso, para que sea perfecta la aceptación, que ella sea conocida por el autor de la oferta (artículo 36, inciso 2.º).

III. Momento en que se forma el consentimiento.—El inciso 1.º del artículo 36 sienta la regla general al respecto y de ella se desprende que el Código de Comercio Italiano adopta la Teoría del Conocimiento (361).

También establece el artículo citado, como consecuencia de la adopción de esa teoría y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5.º, el derecho del aceptante, de retractarse de su aceptación en el espacio de tiempo comprendido entre la manifestación de ella y su llegada a conocimiento del oferente (artículo 36, inciso 3.º).

Sin embargo, la regla general del inciso 1.º del artículo 36 tiene una excepción en que se considera perfecto el contrato sin necesidad de aguardar el conocimiento de la aceptación por el autor de la oferta.

Esta excepción está contemplada en el inciso 2.º del citado artículo 36, el que dice lo siguiente: "Sin embargo, cuando el oferente

(358) Ver párrafos 74 y 75.

(359) Ver párrafos 78 y 79.

(360) Ver párrafo 82.

(361) Ver párrafo 89.

exige la ejecución inmediata del contrato, sin pedir respuesta previa de aceptación y sin que tampoco la haga necesaria la naturaleza del contrato, según los usos generales del comercio, el contrato es perfecto desde que la otra parte ha emprendido la ejecución”.

En otras palabras, son tres los requisitos que exige el inciso 2.º del artículo 36 para que tenga lugar lo dispuesto en él:

1.º Es necesario que el oferente haya manifestado su voluntad en el sentido de que se ejecute inmediatamente el contrato.

2. Sin exigir, por lo tanto, respuesta previa de aceptación.

3.º Y sin que tampoco exija esta respuesta, la naturaleza del contrato, de acuerdo con los usos generales del comercio.

Estos tres requisitos impuestos por el Código pueden reducirse a dos, porque en realidad, los primeros dos requisitos deberían refundirse en uno solo, puesto que, el que el oferente no exija respuesta previa de aceptación (que es el segundo requisito) es consecuencia lógica del hecho de que haya exigido la ejecución inmediata del contrato (que es el primer requisito).

Pero, es de advertir que de todas maneras, y a pesar del inciso 2.º del artículo 36, será conveniente que el aceptante comunique su aceptación al autor de la oferta.

La falta de este aviso, si bien es verdad que no impide la formación del contrato, puesto que no constituye aceptación, puede, en ciertos casos, imponer responsabilidad al aceptante (362).

En cuanto al inciso 4.º del artículo 36, no se refiere, como podría creerse, al momento en que se forma el consentimiento, sino que a la irrevocabilidad de la oferta, en los contratos unilaterales, desde que ella llega a conocimiento del destinatario.

Por lo tanto, para estos contratos que, como todos, necesitan de la aceptación del destinatario para ser perfectos, se aplicará, en lo que respecta al momento en que se forman, la regla general contenida en el inciso 1.º del artículo 36, y no la del inciso 2.º (363).

100. *Derecho Alemán*.—I. Oferta.—Valor jurídico.—El C. C. Alemán ha adoptado la Teoría moderna sobre el valor jurídico de la oferta (364), al atribuirle a ésta plena fuerza obligatoria antes de la aceptación.

(362) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, págs. 12 a 18.

(363) Vivante, ver obra citada. Tomo IV, pág. 18.

(364) Ver párrafo 48.

Por lo demás, es ésta la interpretación que se le ha dado al artículo 154 en la exposición de motivos del C. C. Alemán, en la que, previéndose dificultades, se dejó establecido, textualmente, que "la interpretación que parece, debe darse a este precepto, es la de que si los puntos convenidos son esenciales y pueden constituir un todo armónico, *aunque después no se convenga en otros puntos secundarios y meramente accidentales*, existirá indiscutiblemente un contrato".

En cuanto a la frase final del inciso 1.º del artículo 154, ella se refiere, con seguridad, a los puntos secundarios.

Por lo tanto, al establecer el legislador que la "inteligencia en puntos aislados no producirá obligación alguna aunque se haya consignado por escrito" nos ha querido decir, en otras palabras, lo siguiente: "El acuerdo que verse solamente sobre puntos secundarios, no es suficiente para generar contrato, aunque se haya establecido por escrito".

El artículo 155 contempla el caso en que las partes consideran perfecto el contrato, siendo que, en realidad, no se han puesto de acuerdo sobre un punto en que debieran estar conformes.

En tal caso, dice el artículo 155, "será válido lo convenido, si debiera admitirse que el contrato habría sido concluído aún sin haber decidido este punto".

2) La aceptación debe llegar a su destino dentro del plazo fijado (371) o, si no se ha fijado plazo, dentro del necesario para que llegue respuesta en condiciones normales (artículos 146, 147, inciso 2.º, y 148).

Si se trata de contratos entre presentes o celebrados por teléfono, no hay plazo para aceptar, porque el Código, en el inciso 1.º del artículo 147, exige que la aceptación siga inmediatamente a la oferta.

Si la aceptación llega tarde, no será válida como tal (puesto que ya ha caducado la oferta, por la sola expiración del plazo), sino que como contraoferta (inciso 1.º, artículo 150) (372).

Sin embargo, hay un caso en que la aceptación tardía puede ser

---

todos los extremos del contrato, acerca de los cuales debe recaer acuerdo común o de una sola parte, no se considerará concluído, si sugiriere alguna duda. La inteligencia en puntos aislados no producirá obligación aunque haya sido consignada por escrito".

(371) Ver párrafo 82.

(372) Ver párrafo 83.

eficaz y es aquél en que por haber sido expedida a tiempo, debió, en circunstancias normales, llegar oportunamente.

En tal caso, dice el artículo 149 (373), el oferente deberá comunicar al aceptante la llegada tardía de la aceptación, porque, de lo contrario, esto es, si no le da aviso, se considerará que aquélla llegó sin retardo.

III. Momento en que se forma el consentimiento.—El C. C. Alemán es partidario de la Teoría de la Recepción (374).

Esto se desprende de varias disposiciones—artículos 147, 148 y 149—en las que se exige, para el perfeccionamiento del contrato, la llegada de la respuesta a su destino.

Sin embargo, hay dos casos en que el Código acepta la Teoría de la Declaración. Uno, contenido en el artículo 151, es aquél en que el oferente ha manifestado la intención de que el contrato se considere formado, aún antes de conocer él la aceptación. Y el otro, se refiere al caso en que, de acuerdo con las prácticas admitidas en los negocios, no hay necesidad, para el perfeccionamiento del contrato, de que la respuesta sea conocida por el oferente.

Ambos casos están contemplados en el artículo 151.

Es claro que todas estas reglas sobre el momento en que se forma el consentimiento, rigen sólo en defecto de estipulación de las partes (375).

Así lo da a entender el mismo Código en el artículo 154, inciso 2.º, al decir que "si se hubiere convenido redactar el contrato proyectado, en caso de duda, no se considerará concluído hasta que se haya extendido el acto".

Esta disposición no viene sino a corroborar el principio, ya estudiado, según el cual la voluntad de las partes es soberana en el contrato, y la de la ley es sólo supletoria de aquélla.

#### 101. *Derecho Suizo*.—I. Teoría de la Voluntad Unilateral

(373) Art. 149: "Si la declaración de aceptación que llega con retraso al que ofreció, se hubiese enunciado en forma tal que, en circunstancias normales, hubiere llegado en tiempo hábil, y si el proponente está obligado a reconocerlo, lo estará también inmediatamente después de la declaración, a dar a conocer el retraso al aceptante, a no ser que lo haya hecho. Si descuidare el hacerlo, se tendrá por hecha la aceptación en tiempo útil".

(374) Ver párrafo 89.

(375) Ver párrafo 91.

Aplicando la Teoría Moderna, el C. C. Alemán ha sentado las siguientes normas (contenidas en varios artículos), consecuencias lógicas de esa teoría.

1) El autor de la oferta no puede retractarse de ella, salvo el caso en que haya manifestado la intención de no quedar ligado por su oferta (365).

Este principio de la irrevocabilidad de la oferta y la excepción a él, están contenidos en el artículo 145, disposición que ha sido redactada en los términos siguientes: "El que proponga a otro la celebración de un contrato, estará ligado por su oferta, a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario".

2) La oferta no caduca por muerte o incapacidad del oferente, acaecida antes de la aceptación (366), a menos que éste haya manifestado su voluntad en sentido contrario.

Así lo ha establecido el artículo 153.

Como vemos, en esta disposición no se contempla el caso de la muerte o incapacidad del destinatario, omisión que parece ser voluntaria, porque el proyecto del C. C. Alemán consideraba también ese caso, equiparándolo al de muerte o incapacidad del oferente.

Por esta razón, hay que concluir—aunque el Código no lo dice, e interpretando el espíritu del legislador—que en el C. C. Alemán, la muerte o incapacidad del destinatario hace caducar la oferta.

Por lo demás, creemos que, fuera de esta razón histórica, no hay otra que justifique el porqué de la diferencia hecha por el legislador alemán entre el oferente y el destinatario, en caso de muerte o incapacidad de uno u otro.—De manera que si ella no hubiere existido, lo más lógico, a nuestro juicio, habría sido suponer que el Código, en el artículo 153, omitió involuntariamente la situación del destinatario, y que, por lo tanto, la muerte o incapacidad de éste, no sería tampoco causal de caducidad de la oferta.

Pero, volvemos a repetir, esta conclusión habría sido la justa solamente en el caso en que no hubiera existido la razón histórica que ya dimos.

3) La oferta debe tener una duración limitada (367), por lo tanto, ella se extinguirá si no es aceptada en tiempo hábil (artículo 146) es decir, si no es aceptada inmediatamente entre presentes o en

(365) Ver párrafo 50.

(366) Ver párrafos 51 y 52.

(367) Ver párrafo 54.

los contratos por teléfono, o dentro del plazo fijado o, si no se ha fijado plazo, del necesario para que llegue respuesta en condiciones normales, en el caso de los contratos entre ausentes (artículos 147 y 148).

## II. Aceptación.

a) Importancia.—La aceptación es necesaria para la existencia del contrato (368).

De aquí que el C. C. Alemán, en el artículo 146, establezca que desaparecerá la oferta en caso de negativa del destinatario.

(Art. 146: "La oferta desaparecerá cuando no sea aceptada...").

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple (369).

Esto se desprende, a contrario sensu, del artículo 150, inciso 2.º, que establece lo siguiente: "La aceptación con adiciones, restricciones u otras variantes, equivaldrá a una negativa unida a otra nueva oferta", y del artículo 154 que exige la conformidad de los puntos de la aceptación con los de la oferta.

Cabe preguntarse, ahora, ¿cuáles son los puntos de la oferta que deben ser aprobados pura y simplemente: si solamente los esenciales o, también, los secundarios?

Y nos hacemos esta pregunta, porque el artículo 154 puede dar origen a dificultades.

En efecto, parece que, por la forma en que está redactada esa disposición, sobre todo en su comienzo, se exige la conformidad total con la oferta.

Pero, esto es sólo a primera vista. Porque, en realidad, se exige únicamente el acuerdo en los puntos esenciales.

Efectivamente, el artículo 154 (370) no exige, simplemente, que las partes deben estar conformes sobre todos los puntos del contrato, sino que agrega lo siguiente: que se trate de condiciones "acerca de las cuales deba recaer acuerdo común...".

Con estas palabras que hemos señalado entre comillas, el legislador, seguramente, ha querido definir lo que debe entenderse por puntos esenciales.

(368) Ver párrafos 70 y 71.

(369) Ver párrafos 78 y 79.

(370) Art. 154, inc. 1.º: "Mientras las partes no estén conformes sobre

(376).—La regla general en el C. Suizo de las obligaciones, es aquella según la cual “sólo el acuerdo de las voluntades de dos o más personas produce obligaciones”.

Sin embargo, hay ciertos casos en que se le atribuye fuerza obligatoria a la voluntad unilateral.

Tal es, por ejemplo, el caso de la promesa de recompensa (377), reglamentada en el artículo 8.º del Código.

Dice esta disposición: “El que promete públicamente un premio a cambio de una prestación, queda obligado a pagarlo, conforme a su promesa.

Si retira ésta antes de recibir la prestación, queda obligado a reembolsar las mejoras hechas de buena fe hasta el límite de lo que había prometido, a no ser que pruebe que no se ha logrado la ganancia esperada”.

En realidad, este artículo no dice expresamente que la promesa de recompensa es una declaración unilateral de voluntad con fuerza obligatoria.

Pero hay que llegar a esta conclusión, por dos razones:

1.º Porque el Código, en el artículo 8.º, exige como único requisito para la validez de la promesa, que ella sea hecha con publicidad.

2.º Porque si hubiera considerado la promesa de recompensa como oferta, habría dejado establecido que sólo tiene derecho al premio el que cumplió lo exigido por el autor, conociendo la promesa. Ya que la aceptación, que en tal caso es el cumplimiento de la prestación, supone necesariamente el conocimiento previo de la oferta.

Pero, como no lo hizo, deberá entenderse la disposición del artículo 8.º en el sentido de que también tiene derecho a recompensa el que cumplió la condición, ignorando la promesa.

Y esta conclusión a que llegamos, sólo puede explicarse por la Teoría de la Voluntad Unilateral.

## II. Oferta.

a) Intención de obligarse (378).—Toda persona que hace una oferta, debe tener la intención de obligarse para con la persona a quien

(376) Ver párrafo 15.

(377) Ver párrafo 35.

(378) Ver párrafo 20.

va dirigida, porque, de lo contrario, no puede hablarse de oferta verdadera.

Tal sucede, por ejemplo, en los casos en que se envían tarifas, listas de precios, etc (artículo 7.º, inciso 2.º) y, en general, en todos aquéllos en que la intención de no obligarse resulta de las circunstancias o de la naturaleza especial del asunto (artículo 7.º, inciso 1.º).

En cambio, de acuerdo con el inciso 3.º del artículo 7.º, hay oferta verdadera porque existe la intención de obligarse, en el hecho de exponer mercaderías con indicación de precio.

b) Manifestación de la oferta (379).—De acuerdo con el artículo 1.º del C. Suizo de las obligaciones, disposición que se basa en el Principio de la Libertad en la forma de manifestar la voluntad, la oferta puede ser expresa o tácita.

Dice este artículo: "El contrato se perfecciona cuando las partes han manifestado recíprocamente su voluntad de una manera conforme.

Ⓛ Dicha manifestación puede ser expresa o tácita".

c) Valor jurídico de la oferta.—Los artículos 3.º y 5.º contemplan este punto y lo resuelven de acuerdo con las reglas de la Teoría moderna sobre el valor jurídico de la oferta, que ya hemos estudiado y según las cuales la oferta tiene fuerza obligatoria aun antes de la aceptación (380).

Por lo tanto, y como consecuencias de lo que acabamos de decir:

1) La oferta es irrevocable (381), de acuerdo con el artículo 3.º, a menos que el oferente haya hecho reservas en el sentido de no quedar obligado sino desde la aceptación (artículo 7.º) y salvo el caso en que la revocación haya llegado al destinatario antes que la oferta o al mismo tiempo, o si, habiendo llegado posteriormente, le fué comunicada al destinatario antes de que éste haya tenido conocimiento de la oferta (artículo 9.º, inciso 1.º).

Pero estas situaciones en que se coloca el artículo 9.º no constituyen, en realidad, una excepción a la regla general de la irrevocabilidad, porque, en estos casos, la oferta todavía no es perfecta, ya

(379) Ver párrafo 21.

(380) Ver párrafo 48.

(381) Ver párrafo 50.

que falta un requisito para que lo sea, cual es su conocimiento por el destinatario.

2) También se desprende de los artículos 3.o y 5.o, ya citados, y del artículo 4.o, que la oferta tiene duración limitada (382), sea que el oferente hubiere o no fijado plazo.

Si lo ha hecho, la oferta durará lo que el plazo (artículo 3.o).

Ahora, si, por el contrario, el oferente no ha fijado plazo, hay que distinguir entre presentes y entre ausentes.

Si la oferta se hace a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptar, "el que ofrece queda desligado si la aceptación no se produce inmediatamente" (artículo 4.o, inciso 1.o).

De acuerdo con el inciso 3.o del artículo 4.o, los contratos celebrados por teléfono se reputan entre presentes, si las partes y sus mandatarios han estado personalmente en comunicación.

En cuanto a las ofertas hechas, sin fijación de plazo, a una persona ausente, ellas durarán todo el tiempo que sea necesario para que llegue la respuesta expedida en circunstancias normales (artículo 5.o, inciso 1.o).

### III. Aceptación.

a) Formas de manifestarla (383).—La aceptación, atendiendo a la forma en que puede manifestarse, puede ser expresa o tácita.

Esto se desprende del artículo 1.o del Código, que se refiere, en general, a la manifestación de la voluntad.

Ahora, la aceptación puede ser tácita "todas las veces que por la naturaleza especial del negocio o por las circunstancias, el autor de la oferta no debe esperar una aceptación expresa" (artículo 6.o).

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple, es decir, debe estar conforme con la oferta (384).

Pero no es necesario que la conformidad sea absoluta, esto es, tanto en los puntos esenciales como en los secundarios, sino que basta que sólo haya acuerdo en los puntos esenciales.

Así lo dice expresamente el Código en el artículo 2.o, más o menos en los términos siguientes: "Si las partes se han puesto de acuer-

(382) Ver párrafo 54.

(383) Ver párrafo 74.

(384) Ver párrafo 78.

do sobre todos los puntos esenciales, el contrato se estima perfecto, aun cuando hayan hecho reservas sobre puntos secundarios.

¡A falta de acuerdo sobre éstos, el juez los regulará teniendo en cuenta la naturaleza del asunto.

Quedan reservadas las disposiciones que regulan la forma de los contratos”.

2) La aceptación debe llegar a su destino dentro del plazo fijado (385) (artículo 3.o).

Si no se ha fijado plazo alguno, hay que distinguir entre si la oferta se hizo a una persona presente o a una ausente.

En el primer caso, la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta; lo mismo si se trata de contratos celebrados por teléfono en que las partes han estado personalmente en comunicación (artículo 4.o).

Ahora, si se trata de oferta hecho a una persona ausente, sin fijación de plazo, la aceptación deberá llegar al oferente dentro del tiempo que, ordinariamente, necesita una respuesta para llegar a su destino (artículo 5.o, inciso 1.o).

Si la aceptación llega con retardo, hay que distinguir si fué o no expedida oportunamente por el aceptante (386).

En el primer caso, esto es, si llega tarde la aceptación, a pesar de haber sido expedida a tiempo, el oferente, para considerarse desligado de su oferta, deberá comunicar inmediatamente su decisión al aceptante (artículo 5.o, inciso final), obligación que no tiene, en cambio, si la aceptación tardía no fué expedida oportunamente, porque, en tal caso, basta el solo retardo en la llegada de la aceptación, para que se produzca la caducidad de la oferta.

IV. Momento en que se forma el consentimiento.—Dice el artículo 10 al respecto: “El contrato celebrado entre ausentes produce sus efectos desde el momento en que se expide la aceptación”.

Pero, en seguida, continúa: “Si no se necesita una aceptación expresa, los efectos del contrato empezarán desde el momento en que se recibe la oferta”. Esto es, antes de que se expida la aceptación.

Además, el artículo 6.o establece lo siguiente: “Cuando el autor de la oferta, sea por la naturaleza especial del negocio o por cual-

(385) Ver párrafo 82.

(386) Ver párrafo 83.

quier otra circunstancia, no debe esperar aceptación expresa, el contrato se reputa formado si la oferta no fué rechazada dentro de un término prudencial”.

Como vemos, a pesar de que el C. Suizo acepta la Teoría de la Expedición, admite, sin embargo, algunas excepciones en las que se considera perfecto el contrato aun antes de que el aceptante haya expedido su respuesta.

Pero, cabe hacerse una pregunta: Si el C. Suizo acepta la Teoría de la Expedición en el artículo 10, ¿cómo es que, al mismo tiempo, establece en el artículo 9.o, inciso 2.o, que “la aceptación puede ser revocada hasta su llegada al oferente”, lo que es una consecuencia de las Teorías del Conocimiento y de la Recepción?

En realidad, hay un desacuerdo entre ambos artículos, ya que en el artículo 10 se adopta expresamente la Teoría de la Expedición, y en el artículo 9.o, inciso 2.o, en cambio, la Teoría de la Recepción” (387).

Y también existe desacuerdo entre el artículo 10 y los artículos 3, 4 y 5, ya estudiados.

En efecto, en estas tres últimas disposiciones, se exige la llegada de la aceptación a su destino y no—como debió haber sido si es que se hubiera aceptado ampliamente la Teoría de la Expedición—que ella sea expedida por el aceptante.

En presencia de esta contradicción entre las diversas disposiciones del C. Suizo que se refieren a la Formación del Consentimiento en los contratos, toca al juez armonizarlas en cada caso particular (388), y aplicar una u otra, o más bien dicho, decidirse por la Teoría de la Expedición o por la de la Recepción, según se lo aconsejan la naturaleza especial del asunto y las circunstancias.

**102. Derecho Austriaco.**—I. Teoría de la Voluntad Unilateral (389).—De acuerdo con el artículo 861, la regla general en el Derecho Austriaco, es la que de que sólo el acuerdo de dos o más voluntades, produce obligaciones, y no la voluntad de una sola persona.

(387) Ver párrafos 88 y 89.

(388) Ver párrafo 91.

(389) Ver párrafo 15.

Sin embargo, hay ciertos casos en que, por excepción, se atribuye fuerza obligatoria a la voluntad unilateral.

(Uno de ellos, es el de la promesa de recompensa (390).

Y contamos la promesa de recompensa entre estos casos excepcionales, por varias razones.

En primer lugar, porque los artículos que a ella se refieren (artículos 860, 860 a y 860 b), están colocados antes del artículo 861 que sienta la regla general, con lo que el legislador, seguramente, ha querido significar que esas disposiciones son una excepción al artículo 861.

En seguida, porque el artículo 860 dispone que "la promesa de recompensa llega a ser obligatoria por la publicidad que se le da", sin exigir otro requisito.

Lo que podría hacernos dudar que la promesa de recompensa es un caso de declaración unilateral de voluntad con fuerza obligatoria, es el hecho de que ella puede revocarse (artículo 860 a), ya que esto va contra la Teoría de la Voluntad Unilateral.

En efecto, dice el artículo 860 a: "Hasta la ejecución del acto, la promesa de recompensa puede ser revocada en la forma que se eligió para anunciarla o en una forma equivalente o por una comunicación particular, cuando el autor no ha renunciado expresamente a este derecho en el anuncio de la recompensa o por el efecto de la fijación de un plazo.

La revocación es ineficaz contra el que ha cumplido el acto en vista de asegurar la recompensa, cuando él prueba que la revocación le era desconocida en ese momento sin que haya habido culpa de su parte".

Sin embargo, a pesar del artículo 860 a, creemos que el C. Austriaco no considera la promesa de recompensa como oferta, sino que como declaración unilateral de voluntad con fuerza obligatoria. Lo ha dicho expresamente el legislador al establecer que la promesa de recompensa obliga por la publicidad que se le da.

Además, sabemos que uno de los requisitos que se exigen para la validez de la aceptación es el conocimiento previo de la oferta por parte del aceptante. En cambio, en la promesa de recompensa, se

---

(390) Ver párrafo 35.

acepta que también tenga derecho al premio el que cumple lo exigido por el autor, ignorando la promesa.

Esto no lo dice expresamente el Código, pero así se desprende del artículo 860 que, como ya dijimos, exige la sola publicidad para darle fuerza obligatoria a la promesa. Y así se ha admitido generalmente, por la jurisprudencia y por los comentaristas del Código (391).

El artículo 860 b. contempla el caso en que varias personas cumplen lo exigido por el promitente.

Si así sucede, dice este artículo, "la recompensa, a menos que se haya manifestado la intención contraria, pertenece al que ha cumplido el primero y en caso de ejecución simultánea, pertenece a todos por partes iguales".

## II. Oferta.

a) Manifestación de la oferta (392).—De acuerdo con el artículo 863 la oferta puede ser expresa o tácita.

La oferta expresa es aquella que se manifiesta explícitamente "por palabras y signos generalmente admitidos".

Y la oferta tácita, "por actos que, considerando las circunstancias, no dan motivo razonable para dudar de su existencia".

b) Valor jurídico de la oferta.—El C. C. Austríaco se ha basado, en lo que a este punto respecta, en la Teoría moderna sobre el valor jurídico de la oferta (393).

Tal conclusión se desprende del artículo 862, en el que se llega a los siguientes resultados, consecuencias lógicas de esta teoría:

1) La oferta es irrevocable (394).

Art. 862: "La oferta no puede ser revocada antes de la expiración del plazo".

2) Y no se extingue por la muerte ni por la incapacidad del oferente (ni por la quiebra, aun cuando el Código no lo dice expresamente) a menos que se desprenda de las circunstancias la intención contraria del autor (395).

3) Por último, la oferta debe tener una duración limitada (396), sea que se hubiere o no fijado plazo.

(391) Gallaix, ver obra citada, pág. 118.

(392) Ver párrafo 21.

(393) Ver párrafo 48.

(394) Ver párrafo 50.

(395) Ver párrafos 51, 52 y 53.

(396) Ver párrafo 54.

Si se ha fijado plazo, la oferta durará lo que el plazo.

Y si no se ha fijado, en cambio, hay que distinguir si se trata de contratos entre presentes o entre ausentes.

En el primer caso, la oferta debe ser aceptada inmediatamente. También rige esta norma para los contratos que se celebran por teléfono.

Y en el segundo, la oferta durará todo el tiempo que sea necesario para que llegue una respuesta, en circunstancias normales.

De lo contrario, esto es, si no se produce la aceptación en la forma antedicha, la oferta se considerará extinguida.

Dice el artículo 862 completo:

"La oferta debe ser aceptada en el plazo fijado por el oferente. A falta de plazo, la oferta debe ser aceptada inmediatamente entre presentes o entre personas que se comunican por teléfono. Entre ausentes, ella puede ser aceptada hasta el momento en que el autor de la oferta, suponiendo que ella ha llegado a su destino en un tiempo normal, tiene derecho a esperar una respuesta, que le será transmitida en tiempo útil y regularmente. A falta de esto, la oferta se considerará como extinguida.

La oferta no puede ser revocada antes de la expiración del plazo fijado.

La oferta no se extingue cuando una parte muere o llega a ser incapaz durante el plazo de aceptación, a menos que, de las circunstancias se desprenda la voluntad contraria del autor de la oferta".

### III. Aceptación.

a) Formas de manifestarla (397).—Atendiendo a la forma en que se manifiesta, la aceptación puede ser expresa o tácita.

Así lo establece el artículo 863, ya citado.

b) Requisitos de la aceptación.—En lo que respecta a este punto, el C. C. Austriaco sólo exige que la aceptación llegue a su destino, dentro del plazo fijado (398) o, no habiéndose fijado plazo, dentro del tiempo necesario para que llegue respuesta en circunstancias normales.

(Artículo 862 a, primera parte y artículo 862).

De acuerdo con este requisito, la aceptación tardía no es válida.

(397) Ver párrafo 74.

(398) Ver párrafo 82.

da (399), puesto que, como lo dice expresamente el artículo 862, la oferta se considerará extinguida si no es aceptada dentro del plazo de aceptación.

Sin embargo, el C. C. Austríaco establece, en la segunda parte del artículo 862 a, que "aun cuando sea tardía la aceptación, el contrato se forma, a pesar de todo, si el oferente debió necesariamente darse cuenta que la declaración de aceptación fué enviada oportunamente y, sin embargo, no avisó inmediatamente al aceptante que la aceptación era ineficaz".

Esta obligación del oferente de comunicar al aceptante la llegada tardía de la aceptación, se basa, como lo hemos dicho anteriormente, en el hecho de que el segundo, por haber enviado oportunamente la respuesta, confía en que llegará a tiempo a su destino.

IV. Momento en que se forma el consentimiento—Los artículos 862 y 862 a, sientan la regla general, al respecto, que no es otra que la Teoría de la Recepción (400), de acuerdo con la cual, el contrato se forma cuando la aceptación llega a su destino.

Sin embargo, el artículo 864 contempla el caso excepcional en que se acepta la Teoría de la Declaración, en lo que respecta al momento en que se forma el consentimiento, cuando la naturaleza de la operación o los usos, no permiten esperar una declaración expresa de aceptación (400).

103. *Anteproyecto franco-italiano de las obligaciones y contratos.*—Contiene varios artículos que versan sobre la formación del consentimiento en los contratos y que han venido a llenar el vacío existente al respecto en el C. C. Francés y a corregir las deficiencias del C. de C. Italiano, que se refirió a esta materia en el artículo 36, tratándola en forma muy obscura.

Vamos a estudiar estos artículos.

I. Teoría de la Voluntad Unilateral (401).—A pesar de que en el artículo primero del anteproyecto, se formula el principio general de que es necesario el concurso de dos o más voluntades para generar

(399) Ver párrafo 83.

(400) Por lo tanto, antes de la llegada a destino de la aceptación, no habrá contrato. Así lo dispone el art. 861: "Mientras duran las conversaciones preliminares y la oferta no es hecha, todavía no hay contrato". Ver párrafos 89 y 88.

(401) Ver párrafo 15.

contrato, se ha considerado, sin embargo, la voluntad unilateral como fuente de obligaciones en el artículo 60.

De acuerdo con esta disposición, la manifestación de la voluntad de una persona es obligatoria desde su llegada a conocimiento del destinatario, a menos que éste rehuse y siempre que conste por escrito y que sea de duración limitada.

## II. Oferta.

a) Requisitos de la oferta.

1) Debe llegar a conocimiento del destinatario (402).

Pero, como el conocimiento es un hecho secreto y, por lo tanto, difícil de ser comprobado, el anteproyecto establece una presunción, en el inciso 5.º del artículo 2.º, concebida en los términos siguientes: "Se presume conocida la oferta desde el instante en que llegare a su destino, a menos que el destinatario pruebe, que sin culpa de su parte, le fué imposible conocer la oferta".

2) En la primera parte de nuestro trabajo, decíamos que la oferta debe dirigirse necesariamente a un destinatario, sea éste una persona determinada o indeterminada. Y citábamos, entre esta segunda clase de ofertas, la oferta pública de recompensa, a propósito de la cual, decíamos, se han formulado dos teorías. Una, que considera, basándose en la Teoría de la Voluntad Unilateral, que la oferta pública de recompensa (403) es un caso de declaración unilateral de voluntad con fuerza obligatoria, y la otra, que se apoya en la Teoría del Consentimiento, afirma que es una oferta a persona indeterminada.

Pues bien, es esta segunda teoría la que ha adoptado el anteproyecto franco-italiano, en el artículo 4.º

En efecto, esta disposición establece normas que no son sino consecuencias de la teoría del acuerdo de dos o más voluntades.

Así, por ejemplo, se otorga al oferente el derecho de revocar la oferta hasta el momento en que se haya cumplido el requisito exigido por él, para que proceda la recompensa (artículo 4.º, inciso 1.º) es decir, hasta la perfección del contrato, puesto que, es el cumplimiento de la prestación o servicio exigido por el autor, lo que determina el momento en que se forma el contrato.

Y para que la revocación sea válida, es necesario, además, que esté basada en una justa causa y que se le haya dado la misma publicidad que a la oferta, o una equivalente (artículo 4.º, inciso 2.º).

(402) Ver párrafos 37 y 38.

(403) Ver párrafo 35.

Establece, también, el anteproyecto, la disposición del artículo 4.º, inciso 3.º, de acuerdo con la cual el autor de la revocación, a pesar de ejercitar un derecho, deberá reembolsar, a título de reparación, los gastos hechos por las personas que, estando de buena fe, comenzaron a ejecutar la prestación o hecho exigidos antes de la publicación de la revocación y siempre que entablen acción de reembolso dentro de los seis meses siguientes, contados desde que se publicó la revocación (artículo 4.º, inciso 4.º). Pero, la suma que debe reembolsar el autor de la oferta, no podrá exceder del monto de la remuneración prometida (artículo 4.º, inciso 3.º, frase final).

La disposición que existe en el anteproyecto sobre la oferta pública de recompensa, no está en ninguno de los dos Códigos—francés e italiano—y seguramente que, para establecerla, se ha consultado la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia de ambos países.

b) Valor jurídico de la oferta.

1) De acuerdo con el artículo 2.º, inciso 4.º, el autor puede revocar la oferta hasta el momento en que llegue la aceptación a su conocimiento (404) y la revocación se presume conocida desde que llega a su destino, a menos que la persona a quien va dirigida pruebe que, sin culpa de su parte, le fué imposible conocerla.

Esta disposición que es aplicación de la Teoría Clásica sobre el valor jurídico de la oferta, constituye solamente la regla general y no un principio absoluto.

En efecto, en el inciso 5.º del mismo artículo 2.º, se establece una excepción al principio de la revocabilidad, de acuerdo con la cual, la oferta es irrevocable en los casos en que el oferente ha manifestado su voluntad en este sentido o se desprende tal cosa de la naturaleza del negocio, excepción que, por lo demás, es muy lógica, porque, en materia contractual, la voluntad de las partes es soberana.

Dice el inciso 5.º del artículo 2.º: "Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación, antes de la expiración del plazo, no es obstáculo para la formación del contrato".

2) La oferta debe tener una duración limitada, sea que se hubiere o no fijado plazo.

Tal conclusión que es una aplicación de los principios formulados por las teorías Moderna e Intermedia (405), se desprende del

(404) Ver párrafos 41 y 43.

(405) Ver párrafo 54.

inciso 2.o del artículo 2.o, que dispone lo siguiente: "La aceptación debe llegar al autor de la oferta en el plazo fijado o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio".

### III. Aceptación.—Requisitos.

1) Debe ser pura y simple, para ser válida (406).

Por lo tanto, una aceptación que modifica la oferta, no valdrá como tal, sino que como nueva oferta (artículo 2.o, inciso final).

2) Debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación o, si no se ha fijado plazo, dentro del ordinario, exigido por la naturaleza del negocio (artículo 2.o, inciso 2.o) (407).

Pero, como el conocimiento es un hecho psicológico y, en consecuencia, de difícil prueba, se ha establecido, en el inciso 6.o del artículo 2.o, que "se presume conocida la aceptación desde el instante en que llega a su destino, a menos que el destinatario pruebe que, sin culpa de su parte, le fué imposible conocerla".

Si la aceptación llega tarde a su destino, no es válida, por regla general (408).

Y decimos por regla general, porque en el inciso 3.o del artículo 2.o se contempla un caso en que la aceptación llegada con retardo, puede tener valor jurídico. Y es aquél en que el oferente decide considerarla válida, siempre, eso sí, que comunique inmediatamente su voluntad al aceptante.

IV. Momento en que se forma el consentimiento.—De acuerdo con el inciso 1.o del artículo 2.o, "el contrato se forma cuando el autor de la oferta ha tenido conocimiento de la aceptación de la otra parte" (409).

Es decir, el anteproyecto franco-italiano acepta—en lo que respecta al momento en que se forma el consentimiento—la Teoría del Conocimiento, aun cuando podríamos decir, más correctamente, que es la Teoría de la Recepción la que se ha adoptado, ya que, en el inciso 6.o, se ha establecido la presunción, varias veces citada, según la cual "se reputa conocida la aceptación desde que llega a su destino".

Por lo demás, ya hemos dicho, en repetidas ocasiones, que no, por adoptarse la Teoría de la Recepción, se deja a un lado el conocimiento, prueba de ello es que se permite al destinatario demostrar que le fué

(406) Ver párrafo 78.

(407) Ver párrafo 82.

(408) Ver párrafo 83.

(409) Ver párrafo 89.

imposible conocer la aceptación. Eso sí—y esto también lo hemos dicho en la parte doctrinaria de nuestro trabajo—que se parte de la recepción para determinar el conocimiento.

Como consecuencia de la adopción de la Teoría del Conocimiento, se admite la revocabilidad de la aceptación (inciso 4.º, parte final) hasta el momento en que el oferente la conozca.

Nos queda por analizar el artículo 3.º, que contempla un caso excepcional en que se considera perfecto el contrato antes de que la aceptación llegue a conocimiento del autor de la oferta.

Dice este artículo: "Si a petición del que ha hecho la oferta o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debe preceder a la respuesta, el contrato se forma en el momento, y en el lugar en que haya comenzado la ejecución.

Deberá darse aviso a la otra parte de la ejecución".

De acuerdo con este artículo, son dos los casos en que el contrato se forma antes de que el oferente conozca la aceptación: 1.º Cuando éste lo quiere así y 2.º cuando así lo requiere la naturaleza del negocio (410).

## CAPITULO II

### COMENTARIO DE ALGUNOS CODIGOS AMERICANOS Y ESPECIALMENTE DEL CODIGO DE COMERCIO CHILENO

SUMARIO: 104. Derecho Argentino.—105. Derecho Brasileño.—106. Derecho Mexicano.—107. Derecho Chileno.—108. Conclusión.

104. *Derecho Argentino*.—I. Formación, manifestación del consentimiento y medios para comunicar la voluntad.

a) Según el artículo 1144, "el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra" (411).

En otras palabras, el consentimiento consta de dos elementos, la oferta y la aceptación.

(410) Como vemos, no es exactamente igual esta disposición a la del art. 36, inc. 2.º del C. de C. Italiano, porque en esta última, sólo se acepta que el contrato se forme antes del conocimiento de la aceptación, cuando el oferente lo solicita y siempre que se reúnan además las dos condiciones negativas que allí se indican.

(411) Ver párrafo 16.

b) Elementos ambos que pueden manifestarse expresa o tácitamente (412).

"El consentimiento es expreso, cuando se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos. Y es tácito, cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exija una manifestación expresa de la voluntad o que las partes hubieren estipulado que sus convenciones no sean obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades" (artículo 1145).

De acuerdo con el artículo 1146, "el consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida, o si una de las partes hiciere lo que no hubiere hecho o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta".

En realidad, esta disposición es innecesaria, puesto que se refiere a un ejemplo de manifestación de voluntad tácita que bien podría deducirse del concepto que de esta especie de voluntad se ha dado en el artículo 1145.

Cabe preguntarse, ahora, ¿qué valor tiene el silencio en el Derecho Argentino?

A este respecto, hay una norma en el artículo 919 que establece lo siguiente: "El silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que por las relaciones de familia o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

c) El consentimiento, esto es, la oferta y la aceptación, puede manifestarse por todos los medios que existen para dar a conocer la voluntad.

Así, por ejemplo, entre ausentes "puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar" (artículo 1147).

## II. Oferta.

a) Requisitos de la oferta.

1) Debe dirigirse a una o varias personas determinadas, dice el artículo 1148.

Como se ve, no se consideran las ofertas a personas indeterminadas, que tanta importancia tienen en la época actual (413).

(412) Ver párrafos 8, 9, 10, 21, 74 y 75.

(413) Ver párrafos 31, 32 y 33.

2) La oferta debe ser completa (414), esto es, debe contener precisados y resueltos los puntos del contrato o, como dice el Código, "debe ser un contrato especial con todos los antecedentes constitutivos del contrato" (artículo 1148).

b) Valor jurídico de la oferta.

1) Parece que el C. Argentino se inclina por la Teoría Clásica sobre el valor jurídico de la oferta, al establecer, en el artículo 1150, que ésta "puede ser revocada mientras no haya sido aceptada, a no ser que el que la hubiese hecho hubiere renunciado a la facultad de retirarla o se hubiere obligado al hacerla a permanecer en ella hasta una época determinada".

También se refiere a la revocación de la oferta el artículo 204, inciso 2.º, del C. de Comercio Argentino, el que dispone lo siguiente: "El oferente puede retractarse a menos que al hacer la oferta se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada su oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado".

Pero, en realidad, el C. Argentino no ha adoptado la Teoría Clásica, sino más bien la Teoría Intermedia, al establecer, en el artículo 1156, que si el aceptante dió su respuesta afirmativa ignorando la retractación del oferente, tiene derecho a reclamar indemnización de perjuicios e intereses, siempre que haya sufrido pérdidas o hecho gastos, a consecuencia de la aceptación (415).

2) La muerte o incapacidad del oferente hace caducar la oferta, siempre que sobrevenga antes de la formación del contrato.

Pero, si el destinatario aceptó ignorando estos hechos y si, a consecuencia de su aceptación, hizo gastos o sufrió pérdidas, tiene derecho a reclamar indemnización (artículo 1156) (416).

Este artículo, que es una aplicación de la Teoría Intermedia, se basa en la equidad y, también, en la noción de confianza engañada, de acuerdo con la cual—como ya lo hemos estudiado—los herederos del oferente o éste mismo, en su caso, están obligados a comunicar al destinatario la muerte o la incapacidad del autor de la oferta, porque al no hacerlo, le engañarían, puesto que confía en que se le avisará oportunamente.

3) En cuanto a la duración de la oferta, dice el artículo 1151:

(414) Ver párrafo 22.

(415) Ver párrafo 57.

(416) Ver párrafos 58, 59 y 60.

"La oferta o propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo fuere inmediatamente o si hubiere sido hecha por medio de un agente y éste volviere sin aceptación expresa".

Artículo 200 C. de C. Argentino: "Toda propuesta verbal debe ser inmediatamente aceptada.

No mediando aceptación inmediata, la parte que hizo la oferta, no queda sujeta a obligación alguna".

En lo que respecta a las ofertas escritas, o más bien dicho, a las hechas a personas ausentes (ya hemos establecido la correlación que existe entre las ideas de ofertas verbales y escritas y ofertas a presentes y a ausentes) el Código no se refiere a ellas expresamente. Pero del artículo 1150 se desprende que la duración de estas ofertas depende de la voluntad del oferente; esto es, durarán indefinidamente mientras no sean revocadas, o tendrán una duración limitada, si el oferente ha establecido un plazo de aceptación.

De acuerdo con esto, tendríamos que el C. C. Argentino ha seguido, en esta materia, el Principio de la Teoría Clásica (417).

Muy diferente es el criterio que ha tenido, al respecto, el C. de Comercio.

En efecto, el artículo 205, inciso 2.º de este Código, contempla el caso de la duración de la oferta, desde el punto de vista de las Teorías nuevas. Y de él se desprende que la oferta tendrá una duración limitada, sea que se hubiere o no fijado plazo. Este será de 24 horas, si el oferente y el aceptante viven en la misma ciudad, o el tiempo necesario para que vuelva el correo, si el aceptante vive en un lugar distinto que el autor de la oferta.

### III. Aceptación.—Requisitos.—

1) Debe ser pura y simple, es decir, debe estar conforme con la oferta (418).

Por lo tanto, dice el artículo 1152, "cualquiera modificación que se hiciere a la oferta, al aceptarla, importará la oferta de un nuevo contrato".

Así, por ejemplo, "si ésta comprendiere cosas que no pudieren separarse, la aceptación de solo una de ellas, importará la propuesta de un nuevo contrato" (Artículo 1153, parte final).

Lo mismo podemos decir de las aceptaciones condicionales, las que, de acuerdo con el artículo 204, inciso 3.º del C. de Comercio,

(417) Ver párrafo 47.

(418) Ver párrafos 78 y 79.

constituyen nuevas ofertas que son obligatorias "desde que el individuo que propuso la condición recibe la respuesta del primer proponente en que le avisa que se conforma con la condición".

2) La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo fijado (419).

Esto se desprende de la primera parte del artículo 1555 que al establecer que "el aceptante de la oferta puede retractar su aceptación antes que ella haya llegado al conocimiento del oferente", está significando que sólo en este momento es perfecta la aceptación.

La segunda parte del artículo 1555, que se refiere a la revocación de la aceptación, es sumamente oscura.

Dice así: "Si la retractare después de haber llegado al conocimiento de la otra parte, debe satisfacer a ésta las pérdidas e intereses que la retractación le causare si el contrato no pudiese cumplirse de otra manera estando ya aceptada la oferta".

No comprendemos el porqué de esta disposición, ya que, de acuerdo con la primera parte del artículo 1555, lo lógico debió haber sido establecer que, si la retractación es conocida después que la aceptación, se considerará formado el contrato y no imponer responsabilidad al aceptante si el contrato no pudiese cumplirse en otra forma, responsabilidad que, por ser contractual, puesto que el contrato ya está formado, nada tiene que ver con la formación del consentimiento.

En cuanto al plazo de aceptación, ya hemos dicho que el C. C. Argentino sólo se refiere a las ofertas verbales, las que deben ser aceptadas inmediatamente (artículo 1151).

Las ofertas escritas, según el artículo 205 del C. de C. Argentino, deben ser aceptadas dentro de las 24 horas o del tiempo necesario para que vuelva el correo, según que el oferente y el aceptante vivan en el mismo lugar o en lugares diferentes.

Ahora, si la aceptación llega tarde, "el oferente que se ha comprometido a esperar contestación, debe participar su cambio de determinación. De otro modo no podrá excepcionarse fundado en la tardanza, contra la validez del contrato" (artículo 205, inciso 1.º del C. de C.).

IV. Momento en que se forma el consentimiento.—El artículo 1154 establece, al respecto, lo siguiente: "La aceptación sólo hace

(419) Ver párrafo 82.

perfecto el contrato desde que ella se hubiere mandado al oferente" (420).

Es decir, se aplica la Teoría de la Expedición.

En realidad, este artículo está en desacuerdo con el artículo 1555, ya estudiado, que establece el derecho del aceptante para retractarse hasta el momento en que la aceptación llegue a conocimiento del oferente, desacuerdo que no habría existido si el artículo 1154 hubiera dispuesto—como lo hizo el artículo 204 del C. de Comercio—que el contrato se perfecciona una vez que la aceptación ha llegado al oferente.

105. *Derecho Brasileño*.—I. Teoría de la Voluntad Unilateral (421).—Por regla general, en el C. C. Brasileño, solamente el acuerdo de dos o más voluntades tiene fuerza obligatoria.

Sin embargo, por excepción, se admite que la declaración unilateral de voluntad produzca obligaciones y hasta hay artículos especiales al respecto, dentro de los cuales se citan como casos de manifestación unilateral de voluntad con fuerza obligatoria, los títulos al portador, la promesa de recompensa, etc.

Según los artículos 1505 a 1508, el que detenta un título al portador tiene derecho a exigir del subscriptor, la prestación contenida en el mismo título. Y, a su vez, el subscriptor está obligado a pagar a la vista del título, subsistiendo su obligación, a pesar de que el título haya entrado a circular contra su voluntad.

En cuanto a la promesa de recompensa al que cumpla cierta condición o servicio, es también un caso de declaración unilateral de voluntad que impone obligación a su autor, siempre que haya sido hecha con la debida publicidad (artículo 1512), y que da derecho, por lo tanto, para exigir la recompensa al que haya cumplido lo impuesto por el promitente (artículo 1513).

Si son varios los que cumplen, tendría derecho al premio el primero que ejecute la prestación o servicio (artículo 1515, inciso 1.º).

Si es simultánea la ejecución, la recompensa se divide en tantas partes iguales cuantas sean las personas que han cumplido lo que exige el autor (artículo 1515, N.º 1.º).

Y si no es divisible la recompensa, ella se confiere por sorteo (artículo 1515, N.º 2.º).

(420) Ver párrafo 88.

(421) Ver párrafos 15, 34 y 35.

En seguida el artículo 1516 entra a referirse a los concursos abiertos con promesa de recompensa.

En estos casos, dice el citado artículo, la promesa, para ser válida, debe fijar un plazo.

Y será juez con autoridad para obligar a los interesados, la persona nombrada en los avisos públicos (artículo 1516, N.º 1.º) o el promitente, en caso que no se haya designado expresamente otra persona (artículo 1516, N.º 2.º).

Sea quien fuere el juez, decidirá conforme al mérito de los trabajos. Si éstos tienen igual mérito, deberá proceder de acuerdo con el artículo 1515 (artículo 1516, N.º 3.º).

## II. Oferta.

a) Manifestación de la oferta (422).—El artículo 1079—que debe aplicarse tanto a la oferta como a la aceptación, ya que no distingue—establece lo siguiente: "La manifestación de voluntad en los contratos, puede ser tácita cuando la ley no exige que sea expresa".

b) Valor jurídico de la oferta.—El C. C. Brasileño, aplicando la Teoría Moderna, ha llegado a las siguientes conclusiones:

1) La oferta es irrevocable, a menos que resulte lo contrario de los términos de ella, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso (artículo 1080) (423).

Según el artículo 1081, N.º 4.º, "la oferta deja de ser obligatoria si antes de ella o simultáneamente llega a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente".

Pero, esta disposición no constituye en ningún caso una excepción al Principio de la Irrevocabilidad aceptado en el artículo 1080, porque sólo se refiere a la oferta que todavía no es perfecta por no haber llegado a conocimiento del destinatario.

2) La oferta durará solamente el plazo fijado (artículo 1081, N.º 3.º) (424).

Si no se ha fijado plazo, hay que distinguir entre presentes y entre ausentes.

En el primer caso, caducará la oferta si no es aceptada inmediatamente. Lo mismo, si se trata de contratos celebrados por teléfono (artículo 1081).

En el segundo caso, esto es, tratándose de contratos entre au-

(422) Ver párrafo 21.

(423) Ver párrafo 50.

(424) Ver párrafos 54, 55 y 56.

sentes, la oferta durará solamente el tiempo necesario para que lleve la respuesta a conocimiento del oferente (artículo 1081, N.º 2.º).

### III. Aceptación.

a) Formas de manifestarla (425).—La aceptación puede ser expresa o tácita, ya que la voluntad puede manifestarse en cualquier forma, siempre que revele claramente la intención del autor. Y será tácita la aceptación, cuando la ley no exija que sea expresa.

Esto se desprende del artículo 1079, ya citado.

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple, para ser perfecta. De lo contrario, sólo tendrá el valor de una nueva oferta.

Tal es el caso, por ejemplo, de la aceptación que introduce adiciones, modificaciones o restricciones a la oferta (artículo 1083) (426).

2) Debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación, si es que se ha fijado alguno.

Si no se ha fijado plazo, deberá seguir inmediatamente a la oferta si se trata de contratos entre presentes o celebrados por teléfono. Y deberá darse dentro del tiempo necesario para que, en circunstancias normales, alcance a llegar a conocimiento del oferente, si se trata de contratos entre ausentes (artículo 1081, N.ºs 1.º, 2.º y 3.º).

Si llega tarde la aceptación, valdrá como nueva oferta (artículo 1083) pero, si el retraso se debe a circunstancias imprevistas, el oferente deberá dar inmediatamente aviso al aceptante de la llegada tardía de la aceptación, so pena de responder por pérdidas y daños (artículo 1082) (427).

Ahora, si antes de la llegada de la aceptación a conocimiento del oferente o simultáneamente con ella, llega la retractación del aceptante, aquélla se considerará inexistente (artículo 1085).

IV. Momento en que se forma el consentimiento.—Dice el artículo 1086 al respecto: "Los contratos por correspondencia epistolar o telegráfica son perfectos desde la expedición de la aceptación (428), salvo:

1) En el caso del artículo anterior, esto es, cuando la retractación del aceptante llega antes que la aceptación o junto con ella.

2) Si el oferente se comprometió a esperar respuesta.

3) Si la respuesta no llega en el plazo estipulado.

(425) Ver párrafos 74 y 75.

(426) Ver párrafos 78 y 79.

(427) Ver párrafos 82, 83 y 84.

(428) Ver párrafos 88 y 91.

Si el oferente ha dispensado al destinatario de contestar expresamente o si se trata de un asunto en que no se acostumbra una aceptación expresa, el contrato se considera concluido no llegando a tiempo una retractación" (artículo 1084).

V. Lugar en que se forma el consentimiento.—De acuerdo con el artículo 1087, "el contrato se reputa celebrado en el lugar en que fué hecha la oferta" (429).

En realidad, la norma sobre el lugar debió haber sido otra que guardara relación con la del momento, es decir, debió ser la siguiente: "El contrato se reputa celebrado en el lugar en que se expidió la aceptación", ya que, de acuerdo con el artículo 1086, el principio general, en lo que respecta al momento, es la Teoría de la Expedición.

Pero, probablemente, el legislador ha considerado que la regla general está muy restringida por las excepciones que establece el mismo artículo 1086, a continuación en los números 1.º, 2.º y 3.º, excepciones en que se aplica la Teoría del Conocimiento y que, en realidad, son tan amplias, que podríamos decir, en cierto modo, que ellas constituyen el principio general.

Esta consideración podría justificar la norma del artículo 1087 y también la del artículo 1085, que se refiere a la retractación del aceptante y que ya estudiamos, ya que, según las reglas generales, la revocación de la aceptación sólo puede tener lugar en la Teoría del Conocimiento.

**106. Derecho Mexicano.**—I. Teoría de la Voluntad Unilateral (430).—El C. C. Mexicano, se refiere, a la formación del consentimiento en los contratos, en los artículos 1803 a 1811, disposiciones de las que se desprende que el principio general aceptado en ese Código es aquél según el cual "sólo el acuerdo de dos o más voluntades tiene fuerza obligatoria".

Sin embargo, esta regla general admite restricciones en varios casos que, necesariamente, deben resolverse de acuerdo con la Teoría de la Voluntad Unilateral.

Estas restricciones están contempladas en los artículos 1860 a 1881 y se refieren a las ofertas al público, a la promesa pública de recompensa, a la estipulación por otro y a los títulos al portador.

(429) Ver párrafos 93 y 94.

(430) Ver párrafos 15, 33, 34, 35 y 36.

Respecto a las ofertas al público, el artículo 1080 establece lo siguiente: "el hecho de ofrecer al público objetos de determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento".

En seguida, el Código se refiere a la promesa de recompensa en los artículos 1861 a 1867.

Según estas disposiciones, "el que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae obligación de cumplir lo prometido" (artículo 1861).

Por otra parte, el que ejecute el servicio pedido o llene la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida (artículo 1862).

Ahora, si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa:

1.º El que primero ejecutare la obra o cumpliera la condición;  
2.º Si la ejecución es simultánea o si varios individuos llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales;

3.º Si la recompensa no fuere divisible, se sorteará entre los interesados (artículo 1865).

El promitente, de acuerdo con el artículo 1863, inciso 1.º, puede revocar su oferta, siempre que lo haga antes que esté preparado el servicio o cumplida la condición y con la misma publicidad con que fué hecha la promesa.

En tal caso, "el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le reembolse (artículo 1863, inciso 2.º).

Pero, hay un caso en que el promitente no puede retractarse y es aquél en que se ha señalado plazo para la ejecución de la obra.

Dice el artículo 1864, al respecto: "Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras no esté vencido el plazo".

Por último, los artículos 1866 y 1867 se preocupan de la promesa de recompensa, en los concursos abiertos para los que llenen ciertas condiciones.

Según la primera de estas disposiciones recién citadas, es requi-

sito esencial en esta clase de promesas, "la fijación de un plazo" y según la segunda, "el promitente tiene derecho a designar la persona que debe decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa".

Después, el Código entra a tratar de la estipulación por otro y de los títulos al portador.

No analizaremos los artículos existentes sobre ambas instituciones, porque nos extenderíamos demasiado.

Bástenos sólo decir que tanto la estipulación por otro como los títulos al portador, han sido contemplados desde el punto de vista de la Teoría de la Voluntad Unilateral.

## II. Oferta.

a) Manifestación de la oferta.—El C. C. Mexicano, en este punto sigue la regla general de la libertad en la forma de manifestar la voluntad, al establecer en el artículo 1803, que se refiere tanto a la oferta como a la aceptación, lo siguiente: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso, cuando se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley o por convenio la voluntad debe manifestarse expresamente" (431).

b) Valor jurídico de la oferta.—En lo que a este punto respecta, los artículos 1804, 1805 y 1806—que a él se refieren—han adoptado el principio consagrado por la Teoría Moderna, que atribuye fuerza obligatoria a la oferta aun antes de la aceptación.

En efecto, de estos artículos se desprenden conclusiones que no son sino consecuencias de esa teoría:

1) El oferente no puede retractarse de la oferta, porque, como lo dice expresamente el Código, "queda obligado por ella", por el solo hecho de hacerla (432), a menos, dice el artículo 1808, que el destinatario reciba la revocación antes que la oferta misma.

Pero, en tal caso, no hay excepción porque la oferta todavía no es perfecta ya que, para serlo, debe ser conocida por el destinatario.

2) La obligación de mantener la oferta dura, solamente, un tiempo determinado, sea que se hubiere o no fijado plazo (433).

(431) Ver párrafo 21.

(432) Ver párrafo 50.

(433) Ver párrafos 51, 54, 55 y 56.

Si se ha establecido un plazo de aceptación, la oferta durará lo que el plazo (artículo 1804).

Si, por el contrario, el oferente no fijó plazo, hay que distinguir entre presentes y entre ausentes.

En el primer caso, esto es, "cuando la oferta se hace a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptar, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente".

La misma regla se aplicará a la "oferta hecha por teléfono" (artículo 1805).

Ahora, si la oferta se dirige a una persona ausente y sin fijación de plazo, el autor de ella, según el artículo 1806, "quedará ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones".

3) Nos queda por analizar un último punto referente al valor jurídico de la oferta, que es el de la muerte del oferente acaecida antes de la formación del contrato.

Dice el artículo 1809, sobre el particular: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato" (433).

En realidad, esta norma formulada por el artículo 1809, aun cuando es una consecuencia de la Teoría Moderna, puesto que impone obligaciones a los herederos del oferente, ha venido, en cierto modo, a modificar esa teoría.

En efecto, al estudiar nosotros, en la parte doctrinaria de nuestro trabajo, los principios sobre el valor jurídico de la oferta, según la Teoría Moderna, llegamos, entre otras, a la siguiente conclusión: "La muerte del oferente no afecta la existencia de la oferta", sin distinguir, para nada, entre si el aceptante conocía o no la muerte del autor.

En cambio, el C. C. Mexicano hace esta distinción y limita la aplicación del principio de la Teoría Moderna, solamente para el caso en que el aceptante dé la aceptación, ignorando la muerte del oferente.

Seguramente debe basarse en la equidad, esta disposición que, con la variante antedicha, ha venido a suavizar el rigor de la Teoría Moderna.

### III. Aceptación.

a) Formas de manifestarla (434).—Según el artículo 1803, que se refiere en general a la manifestación de voluntad, la aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación expresa, es aquélla que se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos, y tácita, la que resulta de hechos o de actos que la presuponen o autorizan a presumirla, salvo en los casos en que la ley exige aceptación expresa.

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple (435), para ser válida y para obligar, por lo tanto, al oferente y al aceptante.

En consecuencia, "el autor de la oferta quedará libre de ella, cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana sino que importe modificación de la oferta. En este caso la respuesta se considera como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores", dice el artículo 1810.

2) La aceptación debe llegar a su destino dentro del plazo fijado (artículo 1804) (436).

Si no se ha fijado plazo, deberá seguir inmediatamente a la oferta, en los contratos entre presentes y en los que se celebran por teléfono (artículo 1805).

En cuanto a los contratos entre ausentes, en que no se ha fijado plazo, hay que distinguir si existe o no correo público.

Si lo hay, la aceptación debe llegar dentro de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público y si, por el contrario, no hay correo, la aceptación deberá llegar entonces, dentro del plazo que se juzgue suficiente, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (artículo 1806).

IV. Momento en que se forma el consentimiento.—De acuerdo con la Teoría de la Recepción, que es la que adopta el C. C. Mexicano en el artículo 1807, "el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación" (437).

El artículo 1811 se refiere a los contratos celebrados por teléfono, que, como lo hemos estudiado, son una especie de contratos entre ausentes.

(434) Ver párrafos 74 y 75.

(435) Ver párrafos 78 y 79.

(436) Ver párrafo 82.

(437) Ver párrafo 89.

Según esta disposición, "la propuesta y la aceptación hechas por telégrafo, producen efecto si los contratantes, con anterioridad, habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos".

Este artículo, seguramente, obedece a la intención del legislador de tomar precauciones para evitar, en lo posible, los inconvenientes a que pueden dar lugar los telegramas, como medio de comunicación de voluntades, exigiendo ciertos requisitos para la validez de los contratos por telégrafo (438).

107. *Derecho Chileno* (439).—I. Para estudiar la formación del consentimiento en los contratos ante el Derecho Chileno, es necesario dirigirse al Código de Comercio, porque es el único que ha tratado dicha materia en los artículos 97 a 106, inclusive.

Por lo tanto, nuestro estudio se reducirá, en realidad, a un comentario de esos artículos, remitiéndonos, en lo que ellos no dispongan, a los principios analizados por nosotros en la Primera Parte de nuestro trabajo.

II. Pero, antes de comentar esas disposiciones, vamos a plantearnos y a resolver una dificultad, que proviene del hecho de que el Código Civil Chileno no se ha referido a la formación del consentimiento en los contratos, sino que solamente al consentimiento ya formado, y que es la siguiente: ¿Se aplicarán también, en materia civil los artículos 97 a 106 del Código de Comercio?

Y decimos que es una dificultad, porque ni el Código Civil ni el Código de Comercio contienen algún precepto que resuelva la cuestión.

En otras palabras, y hablando en términos más amplios, no hay en los Códigos citados disposición legal alguna que establezca que en el silencio del Código Civil, sobre una materia determinada, deben aplicarse las normas que existan al respecto en el Código de Comercio.

A falta de un artículo expreso que resuelva este punto o que nos ilustre sobre el particular, hay que buscar la solución que parezca

(438) Ver párrafo 39.

(439) Alessandri R., ver obra citada. Tomo I; apuntes tomados en clases de don Gabriel Palma y de don Enrique Munita,

más conforme con el espíritu de la legislación, con la equidad y con las necesidades prácticas, y que a nuestro juicio, es la siguiente:

"Los artículos 97 a 106 inclusive del Código de Comercio que se refieren a la formación del consentimiento en los contratos, deberán aplicarse también en materia civil".

Y esto, por varias razones:

1.º Porque si bien es verdad que el Código de Comercio es el único que ha reglamentado esta materia, ello ha sido seguramente porque se necesitan disposiciones especiales para reglamentar la formación de contratos mercantiles, mucho más frecuentes en la práctica que los civiles, y sin que esto quiera decir que no pueden aplicarse estas disposiciones en materia civil.

2.º Ya que, en virtud del argumento de analogía o a pari, la ley debe regir no solamente para los casos previstos por ella, sino que también para los análogos como, por ejemplo, la situación que nos preocupa.

3.º Además hay un artículo de la Ley Orgánica de Tribunales que obliga a los jueces a fallar todos los asuntos que se les presenten, aun cuando no haya ley, debiendo, en tal caso, atender a los principios de equidad.

Todas estas razones nos llevan a la conclusión antedicha, que, por lo demás, está muy de acuerdo con las necesidades prácticas.

Y, seguramente, así lo ha considerado, también, la jurisprudencia al dictar, en repetidas ocasiones, fallos en que se aplican los artículos 97 a 106 del Código de Comercio para casos de formación del consentimiento en contratos civiles.

III. A propósito de esta cuestión se nos presenta esta otra: ¿deberá acogerse un recurso de casación en el fondo interpuesto por infracción de alguna de las disposiciones citadas del Código de Comercio tratándose de un contrato civil?

Creemos que no, porque el recurso de casación en el fondo procede solamente cuando se infringe una ley determinada y concurriendo los demás requisitos legales, y no como en el caso propuesto, por infracción de la doctrina jurídica sustentada a propósito de unos preceptos legales.

IV. Pasamos, ahora, a comentar los artículos 97 a 106 del Código de Comercio, advirtiendo, de paso, que estos preceptos rigen tanto para los contratos consensuales como para los reales y solemnes, puesto que todos ellos, por igual, necesitan del consentimiento

como requisito indispensable para su existencia, consentimiento que se genera en la misma forma en esas tres clases de contratos, y que sólo presenta alguna diferencia, según que se trate de contratos consensuales, reales o solemnes, en lo que respecta a la manifestación.

V. El Código y la jurisprudencia chilenos han adoptado como regla general el principio de que sólo el consentimiento, esto es, la oferta seguida de aceptación, puede generar obligaciones.

Tal conclusión se desprende de la lectura de los artículos 97 a 106 del Código de Comercio y de diversas sentencias de los tribunales (Gaceta de 1885, sentencia N.º 2465, pág. 1478; Gaceta de 1879, sentencia N.º 2093, pág. 1466; Gaceta de 1886, sentencia N.º 1999, pág. 1429, etc.) (440).

Sin embargo, debemos anotar algunas excepciones a este principio general; entre otras, la del artículo 99 del C. de Comercio, y una, —que no se encuentra precisamente en el Código de Comercio, sino que en el Código Civil—referente a la promesa de recompensa y que está contenida en el inciso 2.º del artículo 632 del Código Civil.

Dice este inciso: "Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo, el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida". Es decir, en otras palabras, el denunciador tiene la facultad de optar entre el premio de salvamento al que tiene derecho en virtud del inciso 1.º del artículo 632, y la recompensa prometida por el dueño de la especie, promesa ésta que emana de su sola voluntad y que debe cumplir, si, como decíamos, lo exige el denunciador.

Y esta obligación de recompensa contraída por el dueño, solamente puede explicarse en virtud de la Teoría de la Voluntad Unilateral.

#### VI. Oferta.

a) Manifestación de la oferta (441).—Atendiendo a la forma en que se exterioriza, la oferta puede ser expresa o tácita.

Esto no lo dice el Código, pero podría deducirse del artículo 103 que se refiere a la aceptación tácita y sobre todo del principio de la libertad en la forma de manifestar la voluntad, que ha sido ampliamente adoptado en el Derecho Chileno.

Como consecuencia de este principio de la Libertad en la manifestación, podemos anotar lo siguiente: "Tanto la oferta expresa co-

(440) Alessandri R., ver obra citada. Tomo I, pág. 159.

(441) Ver párrafo 21.

mo la tácita tienen, por regla general, igual valor jurídico (artículo 103 establece este principio, a propósito de la aceptación), salvo los casos en que se exija que la oferta se manifieste en términos formales y explícitos.

La oferta expresa, a su vez, puede ser verbal o escrita (artículos 97 y 98).

La primera se emplea, ordinariamente, cuando el oferente y el destinatario se encuentran reunidos en un mismo lugar.

Y la oferta escrita, por el contrario, cuando las personas antedichas están en lugares diferentes.

b) Requisitos de la oferta.

1) La oferta debe ser completa (442), esto es, debe contener precisados y resueltos los puntos del contrato ofrecido.

De lo contrario, no es válida, ya que, como lo hemos dicho en páginas anteriores, "las proposiciones que hace una persona a otra sin precisar el contrato que pretende celebrar no son ofertas" (443).

Por lo demás, tal principio se desprende del artículo 105 que, al emplear la expresión "ofertas indeterminadas", se ha referido, sin duda alguna a las ofertas que se hacen sin especificar el contrato ofrecido.

Estas ofertas indeterminadas pueden ser de dos clases, según que se dirijan a un destinatario determinado o a uno indeterminado.

Y esta clasificación tiene su importancia, porque el Código atribuye distinto valor jurídico a una y otra clase de oferta.

En efecto, el artículo 105, inciso 1.º (444), dice lo siguiente, a propósito de las ofertas indeterminadas dirigidas a personas indeterminadas: "Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquier otra especie de anuncios impresos no son obligatorias para el que las hace".

En cuanto a las ofertas indeterminadas que se hacen a uno o varios destinatarios determinados, no son válidas, por regla general, según se desprende del inciso 1.º del artículo 105 que se refiere a las ofertas indeterminadas sin distinguir entre si han sido hechas a una persona determinada o indeterminada.

(442) Ver párrafo 22.

(443) Ver párrafo 20.

(444) Decimos que el art. 105, inc. 1.º se refiere a las ofertas indeterminadas a personas indeterminadas, porque no distingue y porque la regla especial para las ofertas indeterminadas a personas determinadas, ha sido establecida en el inciso 2.º del citado artículo.

Pero pueden tener valor jurídico, siempre que cumplan con los requisitos que exige el inciso 2.º del artículo 105.

Dice este inciso: "Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existen en el domicilio del oferente".

Pero basta leer esta disposición para darse cuenta que el valor jurídico, que se atribuye en las condiciones indicadas, a las ofertas indeterminadas hechas a personas determinadas, es meramente teórico.

Porque, en la realidad, estas ofertas no son válidas, ya que el oferente, en cualquier momento, podría desligarse de su oferta, sin responsabilidad de ninguna especie, no cumpliendo con alguna de las condiciones exigidas en el artículo 105, inciso 2.º, alterando los precios, por ejemplo, retirando los objetos de su domicilio, etc. (445).

2) El oferente debe dirigir la oferta a un destinatario que puede ser una persona determinada o indeterminada.

En uno y otro caso, la oferta es válida, siempre que cumpla con los demás requisitos que toda oferta debe reunir y que ya hemos estudiado.

A primera vista parece que hubiera una contradicción entre lo que acabamos de decir y el artículo 105 del Código de Comercio.

En efecto, de esta disposición parece desprenderse que las ofertas a personas indeterminadas no tienen valor jurídico. Sin embargo, nosotros acabamos de reconocer que son válidas.

Pero, en realidad, no hay tal contradicción, porque el artículo 105 se refiere únicamente a las "ofertas indeterminadas hechas a personas indeterminadas", es decir, a aquéllas que no cumplen con el requisito de la "especificación del contrato que se pretende celebrar" y no a las que reúnen todos los requisitos que debe cumplir la oferta para ser válida, entre los que, como decíamos, se cuenta el de la "determinación del contrato ofrecido" y no se cuenta, en cambio, el de la "determinación del destinatario".

Y decimos que no se cuenta entre los requisitos de la oferta el de la "determinación del destinatario", porque el Código de Comercio no lo exige en ninguna disposición, ya que sólo se refiere a él en el artículo 105, pero en relación con el requisito de la "especificación del contrato".

(445) Alessandri R., ver obra citada. Tomo I. pág. 200.

Y al no exigirlo el Código, hay que concluir, porque así lo imponen las necesidades prácticas, que "las ofertas a persona indeterminada tienen tanto valor jurídico como las que se hacen a una persona determinada, siempre que cumplan con los requisitos que debe reunir toda oferta".

En cuanto a las características de las ofertas a persona indeterminadas, a las dificultades que presentan en la práctica y a la manera de resolver estas dificultades, nos remitimos a lo ya dicho en el párrafo 33 de nuestro trabajo.

c) Valor jurídico de la oferta.—El Código de Comercio Chileno se refiere, a esta materia, en los artículos 99, 100 y 101 de los que se desprenden las siguientes consecuencias:

1) La oferta es revocable, por regla general (artículos 99 y 100) siempre, eso sí, que la revocación tenga lugar antes de la formación del contrato; en otras palabras, y empleando los términos del Código, "en el tiempo medio entre el envío de la oferta y la aceptación" y siempre que el oferente manifieste, en tal forma, la voluntad de retractarse, que no deje dudas acerca de su intención, porque, como lo dice expresamente el artículo 99 en su frase final, "el arrepentimiento no se presume".

Concurriendo estos requisitos, la revocación produce el efecto de hacer extinguirse la oferta (artículo 101, parte final).

Pero, al sentar el legislador el principio de la revocabilidad de la oferta, no ha adoptado, en ningún caso, el que formuló la Teoría Clásica, porque si así hubiera sido, no habría agregado, en el artículo 100, inciso 1.º, que el oferente, al retractarse, debe indemnizar los gastos hechos por el destinatario y los daños y perjuicios que hubiere sufrido (446).

En efecto, esta disposición, que en realidad no encierra otro principio que el que hemos denominado "de la Responsabilidad Precontractual" nos está demostrando que el Código de Comercio Chileno—en lo que respecta a la revocación de la oferta—ha seguido la Teoría intermedia.

Seguramente que el legislador al establecer el artículo 100, ha tenido en cuenta el concepto de seguridad social, que obliga al oferente a mantener su oferta una vez llegada ésta a conocimiento del destinatario, porque el solo hecho de que la voluntad sea conocida de ter-

---

(446) Ver párrafo 57.

ceros, da la seguridad de que se mantendrá (447). Y el concepto de confianza social, en virtud del cual la celebración de los contratos se basa en la confianza, que el destinatario tiene, en que el oferente no retirará su oferta (447).

El inciso 2.º del artículo 100 establece una excepción al principio de la responsabilidad precontractual, al disponer que "el oferente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".

En otras palabras, el Código de Comercio chileno concede al autor de la oferta que se retracta de ella, la facultad de optar entre la obligación de indemnizar al destinatario los perjuicios, o cumplir el contrato ofrecido.

Decíamos al empezar a hablar de la revocación, que el principio de la revocabilidad de la oferta es la regla general en el Derecho Chileno.

Al emplear estos términos, nosotros hemos querido significar que el principio no es absoluto, sino que admite excepciones.

En efecto, hay ciertos casos en que el oferente no puede retractarse de su oferta. Casos que están contemplados en el mismo artículo 99.

Dice esta disposición—después de enunciar la regla general de que el autor de la oferta puede retirarla antes de la formación del contrato:—"Salvo que al hacerlo se hubiere comprometido a esparar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechado o transcurrido un determinado plazo".

En estos casos, el oferente ha renunciado al derecho de retractarse, al comprometerse a mantener su oferta hasta que se cumplan los requisitos ya dichos.

Cabe preguntarse, ¿cuál es el fundamento de esta obligación?

Creemos que la única forma de explicarla, es recurriendo a la Teoría de la Voluntad Unilateral (448).

(447) Ver párrafo 62, opiniones de Demogue y de Lévy.

(448) La edición de Códigos Rojas Mery tiene un error, en el art. 100 del Código de Comercio, que puede dar origen a malos entendidos.

Dice el art. 100, textualmente: "La retractación intempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fué encaminada la propuesta hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido".

La expresión "retractación intempestiva" empleada por este artículo, quiere decir "retractación hecha fuera de tiempo", esto es, después que el contrato ya está formado.

Pues bien: de acuerdo con el art. 99 que establece para el oferente el

2) La muerte y la incapacidad legal del oferente, acaecidas antes de la aceptación, son causales de caducidad de la oferta.

Así lo establece expresamente el Código en la parte final del artículo 101, disposición que no hace sino repetir el principio formulado, a propósito de este punto, por la Teoría Clásica (449).

En cuanto a la quiebra, que no ha sido mencionada en el citado artículo 101, también es causal de caducidad de la oferta, por ser la del fallido una situación si no igual por lo menos muy parecida a la del incapaz, ya que, en virtud de la declaración de quiebra, se produce el desasimiento de sus bienes (artículo 61 de la Ley de Quiebras), y ya que el auto declaratorio de quiebra fija irrevocablemente el patrimonio del fallido, que ha de hacer frente a sus acreedores (artículo 63 de la Ley de Quiebras).

3) La oferta debe tener una duración limitada, sea que el oferente hubiere o no fijado plazo (450).

Si se ha fijado plazo, la oferta durará lo que el plazo.

Y si, por el contrario, no se ha establecido plazo de aceptación, hay que distinguir entre presentes y entre ausentes.

En el primer caso, esto es, tratándose de contratos entre presentes, "la oferta debe ser aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere y no mediando tal aceptación, queda el oferente libre de todo compromiso" (artículo 97; Gaceta de 1878, sentencia N.º 2464, pág. 1023; Gaceta de 1906, tomo II, página 574, sentencia N.º 1107; Gaceta de 1911, tomo I, pág. 407, sentencia N.º 225, considerando 2.º).

Ahora, si se trata de contratos entre ausentes, hay que distinguir entre si el oferente y el aceptante se encuentran en el mismo lugar o en lugares distintos.

---

derecho de retractarse "en el tiempo medio entre el envío de la oferta y la aceptación", la retractación intempestiva de aquélla, no producirá efecto alguno, puesto que tiene lugar cuando ya está formado el contrato que, de acuerdo con las reglas generales, no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad de una persona.

Sin embargo, el art. 100 atribuye valor a la retractación intempestiva, ya que da al oferente el derecho de optar entre la reparación de los perjuicios o el cumplimiento del contrato.

Este desacuerdo entre los arts. 99 y 100 se debe únicamente a un error de la edición Rojas Mery, que se subsana colocando en lugar de la palabra "intempestiva", la expresión "tempestiva", que quiere decir oportuna.

Entonces, el art. 100 quedaría así: "La retractación tempestiva impone al oferente . . . . .".

(449) Ver párrafos 44, 45 y 46.

(450) Ver párrafos 54, 55 y 56.

Si ambos están ausentes, pero en una misma localidad, el destinatario deberá aceptar la oferta dentro de las 24 horas (Gaceta de 1869, pág. 624, sentencia N.º 1414; Gaceta de 1883, pág. 910, sentencia N.º 1684, considerandos 3.º y 5.º).

Y si el oferente y el aceptante se encuentran en lugares diversos, la aceptación debe tener lugar "a vuelta de correo" (artículo 98, inciso 1.º) (451).

De lo contrario, esto es, "vencidos los plazos indicados, la oferta se tendrá por no hecha, aún cuando hubiere sido aceptada" (artículo 98, inciso 2.º; Gaceta 1880, pág. 1429, sentencia N.º 1999, considerando 2.º; Gaceta de 1883, pág. 910, sentencia 1684, considerando 3.º; Gaceta de 1900, tomo II, pág. 661, sentencia 6228, considerando 3.º; Gaceta de 1902, tomo I, pág. 522, sentencia N.º 502; Gaceta de 1914, 2.º semestre, pág. 1946, sentencia N.º 1677).

VII. Aceptación.—a) Formas de manifestarla (452).—La aceptación, atendiendo a la forma en que puede manifestarse, puede ser expresa o tácita.

Aceptación expresa es aquélla que se manifiesta en términos formales y explícitos y aceptación tácita, la que consiste en hechos de los que se deduce claramente la intención del autor.

Tanto una como otra clase de aceptación, producen, por regla general, los mismos efectos y están sujetas a las mismas normas (artículo 103; Gaceta de 1878, pág. 1718, sentencia 4098; Gaceta de 1878, pág. 1486, sentencia N.º 3574; Gaceta de 1929, tomo I, pág. 204, sentencia N.º 30).

b) Requisitos de la aceptación.

1) Debe ser pura y simple (artículo 101) (453), porque, de lo contrario será considerada como una nueva oferta (Gaceta de 1902, tomo I, pág. 522, sentencia N.º 502; Gaceta de 1908, tomo II, pág. 678, sentencia N.º 399; Gaceta de 1911, tomo I, pág. 407, sentencia N.º 225).

Tal es el caso, por ejemplo, de la aceptación condicional, contemplada expresamente por el artículo 102 (Gaceta de 1883, pág. 910, sentencia 1684, considerando 6.º).

(451) Los arts. 97 y 98 hablan de ofertas verbales y escritas, al referirse a las que se hacen entre presentes y entre ausentes, respectivamente, porque por regla general, se emplean las ofertas verbales cuando el oferente y el destinatario se encuentran uno en presencia del otro y las escritas, cuando están alejados.

(452) Ver párrafo 74.

(453) Ver párrafos 78 y 79.

2) Debe darse dentro del plazo de aceptación (454), esto es, inmediatamente, si se trata de un contrato entre presentes (artículo 97); dentro de las 24 horas, si el contrato es entre ausentes, pero el oferente y el destinatario viven en una misma localidad; y a vuelta de correo, si el contrato es entre ausentes y las futuras partes contratantes viven en lugares diferentes (artículo 98, inciso 1.º).

Si no se produce la aceptación dentro de los plazos indicados, la oferta se tendrá por no hecha, aún cuando hubiere sido aceptada (artículo 98, inciso 2.º), porque la aceptación tardía no es válida, por regla general.

Sin embargo, por equidad, el oferente deberá dar aviso al destinatario en caso de aceptación llegada con retardo, so pena de responder por daños y perjuicios.

Así lo establece el artículo 98, inciso final en los siguientes términos: "En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación", términos, por lo demás, erróneos, ya que no cabe hablar de retractación, en caso de aceptación extemporánea o tardía, sino que de expiración del plazo dentro del cual debe aceptar el destinatario.

VIII. Momento en que se forma el consentimiento.—El Proyecto de Código de Comercio estableció, al respecto, lo siguiente: "El contrato se entenderá formado una vez enviada la aceptación"; es decir, adoptó la Teoría de la Expedición.

Pero el Código modificó esta norma reemplazándola por el artículo 101, de acuerdo con el cual, "dada la contestación si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales (455).

Las expresiones "dada la aceptación" y "en el acto", nos están demostrando que el artículo recién enunciado, es una aplicación de la Teoría de la Declaración.

Para corroborar lo dicho, podemos citar, también, el artículo 99 que ha empleado la frase "el envío de la oferta y la aceptación" en vez de "el envío de la oferta y el envío de la aceptación", que es la que habría correspondido si el Código hubiera aceptado, como el Proyecto, la Teoría de la Expedición.

Por lo demás, la jurisprudencia ha fallado en repetidas ocasio-

(454) Ver párrafos 82 y 83.

(455) Ver párrafo 88, Alessandri R., ver obra citada. Tomo I, pág. 192.

nes, aplicando el artículo 101, que el contrato se entiende perfecto desde la aprobación pura y simple de la oferta.

En cuanto al artículo 106, es completamente innecesario porque no hace sino repetir la regla del artículo 101 para el caso especial de los contratos celebrados por medio de corredor, contratos que pueden ser entre presentes o entre ausentes, según que las partes que el corredor pone en relaciones de negocios, se encuentran una en presencia de la otra o alejadas (Gaceta de 1915, 2.º semestre, pág. 1295, sentencia N.º 483).

IX. Lugar en que se forma el consentimiento.—Si el Código de Comercio adoptó la Teoría de la Declaración en lo que respecta al momento en que se forma el consentimiento, es lógico que haya establecido, como consecuencia, la disposición del artículo 104.

Dice este precepto legal: "Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada" (456).

108. *Conclusión.*—El comentario de Legislación Comparada que hemos hecho en páginas anteriores, nos sugiere algunas observaciones sobre el estado en que se encuentra la materia referente a la Formación del Consentimiento en los contratos, en los diversos Códigos.

En efecto, se puede advertir que éstos han quedado muy atrás, en lo que respecta a nuestro tema, en comparación con la doctrina y la jurisprudencia.

Es verdad que hay algunos Códigos, como el C. C. Alemán, el C. Suizo de las Obligaciones, el C. Austríaco revisado, el C. Mexicano, que significan un progreso, ya que aplican los modernos principios que se han formulado sobre la materia, cuales son, por ejemplo: la Teoría de la Declaración de Voluntad, la Teoría de la Voluntad Unilateral, la Teoría de la Irrevocabilidad de la Oferta, la Teoría de la Responsabilidad Precontractual, etc.

Pero, esto no es suficiente, porque faltan, todavía, muchos principios por considerar y a los que es necesario dar importancia porque la tienen en la actualidad.

Así, por ejemplo, la cuestión de las ofertas a personas indeter-

---

(456) Ver párrafos 93 y 94.

minadas, de gran interés práctico y que casi no ha sido tomada en cuenta por los Códigos; la promesa de recompensa, estudiada solamente por algunos; la cuestión de la responsabilidad por negativa a contratar, basada en la Teoría del Abuso del Derecho; los puntos referentes a la preedacción de la oferta y a las cláusulas impresas, que necesitarían mención especial dada su importancia y los peligros que presentan, etc.

Y no solamente faltan principios por considerar, sino que, también, convendría modificar algunos de los que han sido tomados en cuenta, sea porque no responden a las necesidades actuales o porque son demasiado rígidos, etc.

Así, por ejemplo, la cuestión del momento y del lugar en que se forman los contratos, que ha sido resuelta por los diversos Códigos según cualquiera de las Teorías existentes sobre el particular, sin considerar que no se pueden señalar normas fijas en una materia que varía en la práctica, etc. (457).

Para estas reformas legislativas no es necesario que se dicten normas especiales sobre cada punto. Esto sería imposible, por lo demás, porque la ley no puede abarcar todas las situaciones que se presentan en la práctica.

Basta con establecer fórmulas amplias, elásticas, que servirán a los jueces de fundamento jurídico, para fallar cada caso particular.

---

(457) Pasamos por alto los errores de terminología, a pesar de que son muy frecuentes. Por ejemplo, a menudo se confunden las expresiones "oferta" con "propuesta o proposición", "oferente" con "proponente", "aceptante" con "destinatario", etc.

## TERCERA PARTE

### IDEAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESION (458)

SUMARIO: 109. Definición.—110. Características.—111. Naturaleza jurídica —112. Teoría Anticontractual.—113. Teoría Contractual.—114. Origen de la Teoría de los Contratos de adhesión.—115. Solución del problema de los contratos de adhesión.

109. *Definición.*—Saleilles, que es el autor de la Teoría de los contratos de adhesión, no los ha definido, ni tampoco los tratadistas que posteriormente se han preocupado de ellos.

Esto ha contribuído, por tratarse de una institución nueva, a hacerla vaga e imprecisa, y a darle un campo de acción demasiado amplio.

Solamente han citado, estos autores, algunos ejemplos, como casos de contratos de adhesión; entre otros, el contrato de trabajo, de seguro, de transporte, etc.

Y han señalado también algunas características que nos permitirán formarnos un concepto de estos contratos y a las que nos referiremos a continuación.

110. *Características.*—1) El objeto de los contratos de adhesión es la prestación de un servicio privado de utilidad pública (459), cuyo funcionamiento hay que asegurar, en primer lugar.

---

(458) Sallé, ver obra citada, págs. 35 y siguientes; Demogue; "Traité des obligations". Tomo II, págs. 310 y siguientes; Montagné, ver obra citada, págs. 41 y siguientes; Vallée, ver obra citada; Dereux, ver Rev. Trim. 1910, pág. 508.

(459) Demogue, "Traité des obligations". Tomo II, pág. 310.

2) La oferta es un verdadero contrato-tipo, un verdadero modelo de contrato redactado de antemano en forma impresa y que contiene todas las cláusulas y condiciones contractuales, faltándole solamente la adhesión en block—esto es, del conjunto de las cláusulas—por parte del destinatario, para que el contrato se reputa perfecto.

Se dirige a muchas personas a la vez, al igual que las ofertas al público, pero se diferencia de éstas en que siempre el que ofrece celebrar contrato de adhesión tiene la intención de celebrar muchos contratos, es decir, de que se produzcan muchas aceptaciones a su oferta, y no una sola.

De aquí se desprende otra característica: el carácter permanente de la oferta, permanencia que lógicamente deberá entenderse en sentido relativo. Así, por ejemplo, habrá que tener en cuenta el agotamiento del stock, la limitación de los servicios, etc.

3) En cuanto a la aceptación, debe ser absolutamente conforme con la oferta, sin modificarla ni siquiera en los puntos accidentales.

Por esto, se dice que el aceptante, en estos contratos, presta su "adhesión" más bien que su aceptación, porque la palabra "adhesión" encierra mejor el concepto de conformidad absoluta, total, con las cláusulas de la oferta.

4) Otra característica de los contratos de adhesión, es la falta de discusión de las condiciones del contrato.

Lo que no es sino consecuencia del hecho que la oferta no admite modificaciones; o, en otras palabras, del que la aceptación sea una adhesión total a las cláusulas ofrecidas.

5) Por último, y como resultado de todo lo anterior, se anota otra característica: la preponderancia de una voluntad sobre la otra.

En efecto, las partes en el contrato de adhesión se encuentran en absoluta desigualdad de condiciones: una, el oferente es el que en realidad impone el contrato, puesto que no admite discusión.

La otra, el adherente, no tiene sino que manifestar su conformidad, sin poder defender su punto de vista, por regla general, opuesto al del oferente.

Es claro que puede negarse. Pero esto no es tan fácil si se considera que los adherentes, en la mayoría de los casos, son personas de escasos recursos económicos que se ven obligados a contratar para satisfacer sus necesidades.

Estas son, en resumen, las características que se señalan para los contratos de adhesión.

Después de haberlas estudiado, pasamos a determinar la naturaleza jurídica de estos contratos.

111. *Naturaleza jurídica*.—Es ésta una cuestión muy discutida en doctrina, debido principalmente a la falta de definición, a las características de los contratos de adhesión y a algunas consideraciones de hecho.

Y todas las discusiones que se han suscitado sobre el particular, pueden agruparse en dos teorías.

Una, llamada "Teoría Contractual", que considera que el contrato de adhesión es una especie de contrato cuya formación y cuyos efectos se rigen por las reglas generales.

Y la otra, llamada "Teoría Anticontractual", que les niega el carácter de contratos.

Comenzaremos por analizar esta segunda teoría.

112. *Teoría Anticontractual*.—Según los partidarios de esta teoría, el contrato de adhesión es un acto unilateral y no un contrato (460), que necesita, es verdad, de la adhesión; pero, no como requisito indispensable para su existencia, sino que para fijar el momento en que el acto empezará a producir todos sus efectos, y que debe imponerse a los adherentes, porque ello es necesario para el objeto que persiguen estos actos, cual es la prestación de un servicio privado de utilidad pública (461).

Si los actos de adhesión tuvieran carácter contractual, dicen los partidarios de la Teoría Anticontractual, sería indispensable que, en cada caso particular, las partes hubieran consentido en celebrarlo.

Y el consentimiento no puede existir sin colaboración de los contratantes, sin discusión de las cláusulas y sin igualdad de condiciones de las partes.

¿Cómo podría hablarse de consentimiento en un contrato de se-

---

(460) Los partidarios de esta Teoría llaman "actos de adhesión" a los "contratos de adhesión", para indicar que no tienen carácter contractual.

(461) Vallée, ver obra citada, págs. 16 y siguiente. Esta Teoría se basa en la Teoría del Derecho Público de la Institución, formulada por Hauriou, según la cual, en toda institución legalmente formada, existen reglas jurídicas impuestas por las necesidades y que tienen fuerza de ley para los miembros que la componen.

Aplicada esta Teoría de la Institución al Derecho Civil, considera los contratos de adhesión como una institución ya formada o en vías de formación, que para cumplir con sus funciones necesita de autoridad.

guro o de transporte que se presenta al asegurado o al viajero redactado de antemano en términos oscuros, la mayoría de las veces para que presten su adhesión sin permitirseles que lo discutan y sin que alcancen, generalmente, a imponerse de su contenido?

O, más claro todavía, ¿en el contrato de trabajo, en que el obrero, al aceptar sin discusión el contrato, ignora que existe un reglamento que impone condiciones que deberán ser respetadas por todos los obreros y que, por no estar contenidas en el papel impreso que se le presenta para su adhesión, vendrá a conocer solamente cuando empiece a trabajar?

Todavía más, suponiendo que se permita a los adherentes discutir las condiciones del contrato, ¿podrían hacerlo con libertad, siendo que la mayoría de las veces se ven obligados a contratar para satisfacer sus necesidades, lo que no sucede, en cambio, con los que redactan estos contratos de adhesión?

Todas estas consideraciones constituyen, según la Teoría Anticontractual, motivos sobrados para negar a los contratos de adhesión el carácter contractual y para considerarlos, en cambio, como actos unilaterales que tienen fuerza obligatoria aun sin ser conocidos y en utilidad general (462).

113. *Teoría Contractual.*—Según esta teoría, el contrato de adhesión es una especie de contrato ordinario; lo que es efectivo, a nuestro juicio, porque ninguna de las características que ellos presentan son suficientes para negarles el carácter contractual.

Y no solamente por esto, sino que, además, porque la mayoría de los contratos ordinarios—por no decir la totalidad—presentan las mismas características que hemos señalado como distintivas de los contratos de adhesión y que han servido de fundamento a los que niegan a estos contratos el carácter de tales.

1) Así, por ejemplo, en muchos contratos ordinarios, la oferta se presenta redactada de antemano y en forma impresa y contiene todas las condiciones del contrato, porque, como ya lo hemos dicho anteriormente, debido a la interdependencia económica en que viven los hombres, la mayor parte de los contratos obedecen a necesidades semejantes y se celebran, por lo tanto, en las mismas condiciones.

(462) Deureux, ver Rev. Trim. 1910, pág. 525; París, 3-III-1898 (sobre seguros); Cass., 8-V-1907 (sobre transporte por ferrocarril).

Por lo demás, la redacción anticipada de la oferta reporta muchos beneficios, ya que significa rapidez en las negociaciones.

2) Tampoco la adhesión "en block" es característica especial de los contratos de adhesión, porque en los contratos ordinarios también se presenta, y muy a menudo, el caso de que la aceptación signifique, en realidad, una adhesión, esto es, la conformidad absoluta con la oferta.

3) Lo mismo podemos decir de la falta de discusión de las cláusulas del contrato, porque aquélla también se ha suprimido en muchos contratos ordinarios, pues significa un obstáculo a la rapidez con que deben efectuarse las transacciones comerciales.

4) Y aun el peligro que corre el adherente de aceptar cláusulas que no conoce, también suele presentarse en los contratos ordinarios.

Es verdad que es mucho más grave y más frecuente en los contratos de adhesión, pero, no por ello se les va a negar el carácter contractual, porque no puede deducirse un principio absoluto de situaciones que no se producen en todos los casos en que se presentan.

Por lo demás, pueden tomarse medidas para evitar o para reprimir el peligro (463).

Así, por ejemplo, podría publicarse el reglamento de trabajo, exponerse en lugares visibles, o se podría entregar una copia impresa de él a cada obrero, para que se imponga previamente de su contenido, etc. (463) (464).

---

(463) Un gran medio de defensa que tienen los obreros, por ejemplo, son los sindicatos, organismos que les permiten precaver los abusos y colaborar, en cierto modo, con los oferentes, en la formación del contrato.

La jurisprudencia, por su parte, ha resuelto en repetidas ocasiones, que el aceptante, en los contratos de adhesión, sólo se obliga por las cláusulas que conoció: Cass. Civ. 15-I-1906, citada por Deureux, ver Rev. Trim., pág. 512, año 1910; Cass., 19-III-1894; Trib. s. p. Cologne, 29-XII-1894; Trib. Seine, 16-VII-1908; Orleans, 14-VI-1893; París, 9-I-1890, etc, citada por Demogue, "Traité des obligations", tomo II, págs. 316 y 321.

(464) Deureux, en un trabajo publicado en la Revista Trimestral de 1910, pág. 503 y siguientes, ha formulado la Teoría que lleva su nombre y según la cual, puede evitarse el peligro de que el adherente acepte condiciones que no conoce, distinguiendo dos clases de cláusulas en los contratos de adhesión.

Las cláusulas esenciales, generalmente manuscritas, conocidas, discutidas y aceptadas, por lo tanto, por el adherente y las cláusulas accesorias, impresas y rara vez conocidas.

De estas dos clases de cláusulas, solamente las esenciales producen efectos jurídicos contra el adherente, porque han sido aceptadas por éste, previo conocimiento.

En cuanto a las cláusulas accesorias, sólo tienen valor jurídico cuando tratan de precisar o completar el sentido de las esenciales, pero no cuando pretenden, disimuladamente, hacerlas ineficaces.

5) Nos faltaría solamente referirnos a la característica que hemos llamado "preponderancia de una voluntad sobre otra", que es, en realidad, donde reside el verdadero peligro de los contratos de adhesión y el principal argumento de la Teoría Anticontractual.

Según esta teoría, es imposible hablar de consentimiento entre un patrón y un obrero, entre una compañía de seguros y un asegurado, etc., porque las voluntades de los contratantes no son iguales, sino que una de ellas es muy superior a la otra, por ser más fuerte económicamente. Y por lo mismo que es superior, impone sus condiciones a la voluntad más débil, la que no tiene otro recurso que acatarlas, porque necesita satisfacer sus necesidades.

Pero, nos preguntamos nosotros, ¿acaso en los contratos ordinarios no existe también desigualdad en los contratantes?

Es claro que sí, porque para que no la hubiera, sería necesario que las voluntades de los hombres fueran todas iguales y porque, también deberían ser iguales, las condiciones económicas de cada cual (465).

Vemos, pues, que la desigualdad existe, igualmente, en los contratos ordinarios y, sin embargo, nadie va a negar que hay consentimiento en ellos, porque nunca la existencia de este requisito se ha basado en la fuerza de las voluntades, sino en la existencia de ellas.

Es verdad que, en los contratos de adhesión, es mucho más visible la desigualdad de los contratantes, por ser, también, muy notoria la diferencia económica que existe entre ellos.

Pero esto no basta para privarles de su carácter contractual, fuera de que ello no tendría ninguna ventaja, ya que, de todas maneras, subsistiría el inconveniente de la desigualdad de las partes.

En otras palabras: no tiene importancia negar que el contrato de adhesión es una especie de contrato que nace y produce efecto como los demás, porque no por eso va a dejar de existir siempre, en ellos, el problema de la diferencia de condiciones de los contratantes, problema completamente independiente de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión y de una gran importancia, cuya solución buscaremos en el párrafo subsiguiente, previo estudio del origen de la Teoría de los Contratos de Adhesión, que nos reportará muchas luces sobre la cuestión.

(465) Demogué, "Traité des obligations". Tomo II, págs. 335 y 336; Colin et Capitant, ver obra citada. Tomo II, pág. 526; Ripert, ver obra citada, págs. 78 y 79.

114. *Origen de la Teoría de los Contratos de Adhesión.*—La vida moderna se caracteriza por su complejidad, esto es, por la existencia de numerosos factores de distinta naturaleza—políticos, religiosos, morales, jurídicos, económicos, etc.—que desempeñan cada uno un papel de importancia y que, a pesar de ser de índole muy diversa, están profundamente relacionados entre sí.

Y es tan íntima esta relación, o más bien dicho, esta interdependencia que existe entre los factores que caracterizan a la vida moderna, que muchas veces se confunden entre sí.

Tal es lo que ha sucedido, por ejemplo, con el Derecho y la Moral, que después de haber estado largo tiempo confundidos, sólo desde hace poco, han venido a separarse.

Tal es lo que sucede, en la actualidad, con los fenómenos económicos y jurídicos, que, aun cuando son distintos en su naturaleza, se han confundido en muchas ocasiones, entre otras, cuando se formuló la Teoría de los Contratos de Adhesión.

En efecto, Saleilles, autor de la teoría y otros tratadistas, que la aceptan, se hicieron, más o menos, el siguiente razonamiento, al enunciarla, que corrobora la verdad de lo que acabamos de decir:

“En los contratos de trabajo, de seguro, etc., los contratantes se encuentran en condiciones muy diferentes.

Diferencia que proviene del hecho de que una parte es muy fuerte en recursos económicos, en circunstancias que la otra carece casi por completo de ellos (el patrón frente al obrero, la compañía de seguro frente al asegurado), que hace muy difícil la colaboración de las partes en la formación del contrato y la discusión de las cláusulas contractuales y que se traduce, en la práctica, en la preponderancia de una voluntad sobre otra. (La del patrón sobre el obrero, la de la compañía de seguros sobre el asegurado, etc.).

Por estas consideraciones, los contratos mencionados y en general, aquéllos que presentan las características antedichas, forman una rama aparte de los contratos ordinarios—que se caracterizan porque, en su formación, intervienen las voluntades libres de dos o más personas que discuten, en igualdad de condiciones, las cláusulas del contrato—y han sido denominados “contratos de adhesión”.

115. *Solución del problema de los contratos de adhesión.*—Como hemos visto, toda la Teoría—que nació a raíz de una confusión entre los factores económicos y los jurídicos—descansa en el fenóme-

no económico de la desigualdad de condiciones de los contratantes, fenómeno que, si bien es cierto, es de trascendental importancia, no puede, sin embargo, servir de fundamento a una teoría jurídica.

Por lo tanto, no hay que buscar soluciones de derecho, para resolverlo, sino que tomar medidas políticas.

Y es el Estado, como organismo político, el que debe buscar estas soluciones (466).

Pero ésta es una cuestión que está al margen de nuestro trabajo.

Por ello, sólo la dejaremos planteada para quien quiera profundizarla.

---

(466) Sallé, ver obra citada, págs. 61 y siguientes; Ripert, ver obra citada, págs. 78 y 79; Vallée, ver obra citada.

## CONCLUSIONES

Como punto final a nuestro trabajo sobre la "Formación del Consentimiento en los Contratos", vamos a enunciar las conclusiones más importantes a que hemos llegado:

Primera.—"El acuerdo de dos o más voluntades es, por regla general, el único capaz de generar obligaciones", salvo algunos casos excepcionales, como la promesa de recompensa, los títulos al portador, etc., en que hay que admitir que la voluntad unilateral tiene fuerza obligatoria.

Segunda.—"Cuando hay un conflicto inconciliable entre la voluntad interna y la declarada, prevalece ésta sobre aquélla"; porque así lo requiere el interés general.

Tercera.—"La oferta puede redactarse de antemano y en forma impresa y, en tal caso, debe contener todas las cláusulas del contrato, de manera que sólo falte el sí del destinatario".

Cuarta.—"Las cláusulas impresas tienen, generalmente, el mismo valor jurídico que las manuscritas, siempre que el aceptante haya podido conocerlas antes de dar su aceptación".

Quinta.—"Las ofertas a persona indeterminada son válidas, siempre que reunan los requisitos que debe tener toda oferta".

En cuanto a las dificultades que ellas presenten, deberán resolverse, por los jueces, con un criterio práctico.

Sexta.—"Hay responsabilidad en el caso de ruptura de conversaciones preliminares y en el de negativa a contratar de parte del oferente o del destinatario", salvo que el motivo de la ruptura o de la negativa haya sido justificado.

Séptima.—"La oferta es revocable, a menos que se haya estipulado lo contrario; pero el oferente será responsable de los perjuicios que hubiere causado, al destinatario, con su retractación".

Octava.—“También responde el oferente—o el heredero, en su caso—si ha omitido dar aviso al destinatario de la caducidad de la oferta por incapacidad, quiebra o muerte del oferente”.

La misma responsabilidad se extiende al destinatario, en su caso.

Novena.—“Toda oferta contiene un plazo que puede ser estipulado o voluntario, legal y moral”.

Décima.—“La determinación del momento y lugar en que se forma el contrato, debe ser una cuestión de hecho y quedar entregada a los tribunales”.

Undécima.—“Las reglas sobre Formación del Consentimiento en los Contratos se aplican, también, a los Contratos de Adhesión, por tener, éstos, carácter contractual.

Duodécima.—“El problema de desigualdad de condiciones de los contratantes, que afecta a algunos contratos más que a otros, es de índole económica. Y necesita, por lo tanto, soluciones políticas y no jurídicas”.

Décimatercera.—“El papel del legislador, en estas materias, es dictar normas amplias que dejen entregada, a los jueces, la solución de cada caso particular”, porque las leyes no pueden abarcar todas las situaciones que se presentan en la práctica, sobre todo en una materia tan compleja como es esta de la “Formación del Consentimiento en los Contratos”.

---

## BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI R., Arturo.—"De la compraventa y promesa de venta". Tomo I. Santiago de Chile, 1917.
- AUBRY ET RAU.—"Cours de Droit Civil Français". Tomo IV. Quinta edición. Año 1902.
- AULAGNON, M. Lucien.—"De la situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnement à l'égard des compagnies concessionnaires d'un service public". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1924, págs. 5 y siguientes.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE.—"Des obligations". Tomo I. Tercera edición. Año 1906.
- BONNECASE, Julien.—"Traité théorique et pratique de Droit Civil", par G. Baudry-Lacantinerie. Supplément. Tomo II. Paris, 1924.
- BRUN, André.—"Rapports et domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle". Tomo II. Año 1931.
- BULNES, Carlos.—"Formación del Consentimiento". Tesis. Santiago de Chile, 1927.
- CAPITANT, Henri.—"Introduction à l'étude du Droit Civil". Quinta edición. Paris s. a.
- CAPITANT, Henri.—"Les transformations du Droit Civil Français depuis cinquante ans".
- CAPITANT, H. et CUCHE, P.—"Cours de Législation Industrielle". Duodécima edición. Año 1921.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe.—"Curso elemental de Derecho Civil Español Común y Foral". Tomo V. Madrid, 1927.
- CODIGOS.—Civil y de Comercio Español, Civil Inglés, de Comercio Italiano, Civil Alemán, Suizo de las Obligaciones, Civil Austríaco (revisado), Civil y de Comercio Argentino, Civil Brasileño, Civil Mexicano, de Comercio Chileno y Anteproyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927.
- COFRE MEZA, Carlos.—"La estipulación por otro". Tesis. Santiago de Chile.
- COHIN, Marcos.—"L'abstention fautive en Droit Civil et Pénal". Etude sur la responsabilité. Tesis. Paris, 1929.

- COLIN, A. et CAPITANT, H.—"Cours élémentaire de Droit Civil Français". Tomo II. Año 1928.
- DAVIS, A. y CALDERON, C.—"Jurisprudencia del Código de Comercio de Chile. Año 1931.
- DELVINCOURT.—"Cours de Code Civil". Tomo II. Año 1834.
- DEMOGUE, René.—"Les notions fondamentales du Droit Privé". París, 1911.
- DEMOGUE, René.—"Traité des Obligations". Tomos I y II. París, 1923-1925.
- DEMOLOMBE.—"Cours de Code Napeleon". Tomo XXIV. Tercera edición.
- DEREUX, Georges.—"De la nature juridique des contrats d'adhésion". Revue Trimestrielle de 1910, pág. 503 y siguientes.
- DUMOULIN.—"Traité de Droit Civil". Quinta Edición.
- DURANTON.—"Cours de Droit Civil Français suivant le Code Civil". Tomo X. Cuarta edición. París, 1844.
- GABBA, C. F.—"Cuestiones prácticas de Derecho Civil moderno". Tomo III. Madrid s. a.
- GACETA DE LOS TRIBUNALES CHILENOS.—Años 1878, 1879, 1880, 1883, 1885, 1886, 1900, tomo II, 1902, tomo I, 1908, tomo II, 1911, tomo I, 1914, segundo semestre, 1915 segundo semestre y 1929 tomo I.
- GALLAIX DE, Marcel.—"La réforme du Code Civil Autrichien". Año 1925.
- GASCA.—"Compraventa civil y comercial". Año 1931.
- GIORGI, G.—"Teoría de las obligaciones en Derecho Civil Moderno". Tomo III. Madrid, 1910.
- HEPP, Edgar.—"De la correspondance privée postale ou télégraphique dans ses rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit administratif et le droit penal". París, 1864.
- HUC, Théophile.—"Commentaire théorique et pratique du Code Civil". Tomo VII. Año 1894.
- JENKS, Edward.—"Digest de Droit Civil Anglais". Tomo II, Año 1923.
- JOSSERAND, Louis.—"Cours de Droit Civil Positif Français". Tomo II. Año 1930.
- LACOUR, Léon et BOUTERON, Jacques.—"Précis de Droit Commercial". Tomo I. Tercera edición. París, 1925.
- LAROMBIERE, L.—"Théorie et pratique des obligations". Tomo I. París, 1885.
- LAURENT, F.—"Principes de Droit Civil Français". Tomo XV. Año 1875.
- LEHR, Ernest.—"Elements de Droit Civil Anglais". París, 1885.
- LEVY, Emmanuel.—"Essai sur la confiance dans la Vision Socialiste du Droit". París, 1926.
- LYON-CAEN, Ch. et RENAULT, L.—"Traité de Droit Commercial". Tomo III. Quinta edición. Año 1923.
- MANRESA Y NAVARRO, José María.—"Comentarios del Código Civil Español". Tomo VIII. Madrid, 1901.
- MARCADE.—"Explication théorique et pratique du Code Civil". Tomo IV, Séptima edición. Año 1873.
- MAZBAUD, Henri et León.—"Traité théorique et pratique de la Responsabilité Civil Délictuelle et Contractuelle". Tomo I. Año 1931.
- MEYNIAL, Ed.—"Déclaration de volonté". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1902, pág. 545.

- MONTAGNE, H.—"El contrato de adhesión". Revista de la Universidad Nacional de Córdoba. Julio a agosto de 1931.
- MOREL, René Lucien.—"Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1908, pág. 289.
- MUNDT, G.—"Contribution à l'étude comparative du Code Civil Allemand et du Code Civil Français". París, 1903.
- NOVOA S., C. Alberto.—"Contratos por correspondencia". Tesis. Santiago de Chile, 1902.
- MUNITA, Enrique.—"Apuntes tomados en las clases del año 1933". Santiago de Chile.
- PALMA R., Gabriel.—"Apuntes tomados en las clases del año 1928". Santiago de Chile.
- PERITCHE, Jivoín.—"La volonté des particuliers comme créatrice de droit privé. Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1929, pág. 5.
- PERREAU, E. H.—"Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1914, pág. 481.
- PERREAU, E. H.—"Clauses manuscrites et clauses imprimées". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1927, pág. 303.
- PLANIOL, M.—"Traité élémentaire de Droit Civil". Año 1926.
- PLANIOL, M. et RIPERT, G.—"Traité pratique de Droit Civil Français". Tomo VI. Año 1930.
- POPESCO RAMNISCEANO, René.—"Le silence créature d'obligations et l'Abus du Droit". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1930, pág. 999.
- FOTHIER.—"Tratado de las obligaciones". Barcelona 1839.
- REVISTA CRITICA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA de 1933.
- REVISTA DE DERECHO PRIVADO de 1927.
- REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL. Años 1904, 1906, 1911, 1915, 1921, 1925, 1926, 1927 y 1930.
- RICCI, Fco.—"Derecho Civil teórico y práctico". Tomo XIII. Madrid s. a. Traducción de Eduardo Ovejero.
- RIPERT, G.—"La regle morale dans les obligations civiles". Décimaquinta edición. París, 1927.
- RISUEÑO FERRARO, Manuel.—"De las obligaciones precontractuales". Santiago de Chile, 1933.
- SALEILLES, Raimond.—"Introduction à l'étude du Droit Civil Allemand".
- SALEILLES, Raimond.—"Déclaration de volonté".
- SALEILLES, Raimond.—"De la responsabilité précontractuelle". Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1907, pág. 697.
- SALLE, Edmond.—"L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques". Tesis. París, 1930.
- SANCHEZ ROMAN.—"Estudios de Derecho Civil". Tomo IV. Año 1899.
- SUPINO, David.—"Derecho Mercantil". Tomo I. Cuarta edición. Madrid. Traducción de Lorenzo Benito.
- TROPLONG, M.—"De la vente". Tomo I. Quinta edición. Año 1856.
- VALERY, Jules.—"Des contrats par correspondence". París, 1895.
- VALLEE, Aline.—"Le consentement dans le contrat de travail". Tesis. París, 1930.

- VALVERDE Y VALVERDE.—"Derecho Civil Español". Tomo III. Año 1913.
- VICENTE Y GELLA, Agustín.—"Introducción al Derecho Mercantil Comparado". Año 1930.
- VIVANTE, C.—"Tratado de Derecho Mercantil". Tomo IV.
- WETTSTEIN, Jorge y TORRALVA, Eduardo.—"Código Civil Suizo de las Obligaciones", complementado con la indicación de las modificaciones introducidas en él con motivo de su adaptación como ley en Turquía.
-

# INDICE

Págs.

Introducción .....	5
--------------------	---

## PRIMERA PARTE

### TEORIA DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

#### TITULO PRIMERO

##### Del contrato y de la voluntad jurídica

#### CAPITULO I

##### Ideas generales sobre el contrato

1. Importancia del estudio de la formación del consentimiento en los contratos .....	7
2. Evolución del concepto de contrato .....	8
3. Contrato clásico .....	8
4. Contrato moderno .....	9

#### CAPITULO II

##### Nociones generales sobre la voluntad jurídica

5. Concepto .....	10
6. Elementos de la voluntad jurídica .....	10
7. Intención .....	11
8. Manifestación de la voluntad interna .....	12
9. Libertad en la forma de manifestar la voluntad .....	12

10. Formas de manifestar la voluntad .....	13
11. Elemento determinante de la voluntad jurídica .....	14
12. Teoría de la voluntad .....	14
13. Teoría de la declaración de voluntad .....	14
14. Crítica de estas dos teorías y conclusión .....	15
15. Teoría de la voluntad unilateral .....	18

## TITULO SEGUNDO

### Teoría de la formación del consentimiento en los contratos

16. Ideas generales .....	22
---------------------------	----

## CAPITULO I

### De la oferta y de la aceptación

#### Sección Primera: Generalidades sobre la oferta

17. Concepto .....	22
18. Naturaleza jurídica .....	23
19. Elementos de la oferta .....	23
20. Intención .....	23
21. Manifestación de la oferta .....	25

#### Sección Segunda: Requisitos de la oferta.

22. Primer Requisito: "La oferta debe ser completa" .....	27
23. Contratos tipos .....	28
24. Cláusulas redactadas de antemano y con posterioridad .....	29
25. Cláusulas manuscritas e impresas .....	29
26. Ofertas únicas y múltiples .....	31
27. Cláusulas tácitas o subentendidas .....	32
28. Segundo Requisito: "La oferta debe emanar de la voluntad del oferente" .....	32
29. Ofertas forzadas .....	32
30. Negativa de contratar de parte del oferente .....	33
31. Tercer Requisito: "El oferente debe dirigir la oferta a un destinatario" .....	35
32. Ofertas a personas determinadas .....	35
33. Ofertas a persona indeterminada .....	36
34. Títulos al portador .....	39
35. Promesa de recompensa .....	39
36. La estipulación por otro .....	43

37. Cuarto Requisito: "La oferta debe llegar a conocimiento del destinatario". Conocimiento y recepción .....	44
38. La oferta debe ser enviada al destinatario o a su representante .....	45
39. Medios de que puede valerse el oferente para hacer llegar la oferta al destinatario .....	46

### Sección Tercera: Valor jurídico de la oferta.

40. Generalidades: Teorías Clásica, Moderna e Intermedia .....	48
--	----

#### I. Teoría clásica sobre el valor jurídico de la oferta:

41. A. Principio clásico: "La oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación" .....	48
42. B. Consecuencias del principio clásico .....	49
43. La oferta no aceptada es revocable .....	49
44. La muerte del oferente o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación, hace desaparecer la oferta .....	52
45. También se extingue la oferta por incapacidad del autor o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación .....	52
46. La quiebra del oferente o del destinatario, acaecida antes de la aceptación, es otra causal de extinción de la oferta .....	53
47. La oferta dura indefinidamente o solo un plazo, según sea la voluntad del oferente .....	53

#### II. Teoría moderna sobre el valor jurídico de la oferta.

48. A. Principio moderno: "La oferta obliga al oferente aun antes de que sea aceptada por el destinatario" .....	54
49. B. Consecuencias del principio moderno .....	56
50. La oferta es irrevocable .....	56
51. La muerte del oferente o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación, no afecta la existencia de la oferta .....	57
52. Tampoco se extingue la oferta por incapacidad, del autor o del destinatario, sobrevenida antes de la aceptación .....	57
53. La quiebra del oferente o del destinatario, acaecida antes de la aceptación, no es causal de extinción de la oferta .....	57
54. La oferta debe tener una duración limitada .....	58
55. Plazos voluntario, legal y moral .....	59
56. Expiración del plazo .....	60

#### III. Teoría intermedia sobre el valor jurídico de la oferta.

57. A. Principio formulado por la Teoría intermedia: "La oferta no aceptada, no impone obligación alguna al oferente; pero, en ciertos casos, éste es responsable aun antes de la aceptación" .....	61
---	----

	Págs.
B. Teoría de la responsabilidad precontractual.	
58. Casos en que hay lugar a responsabilidad antes de la aceptación	63
59. Requisitos para que haya lugar a responsabilidad antes de la aceptación	63
60. Fundamento de la responsabilidad en los casos de revocación de la oferta y de muerte, incapacidad o quiebra del oferente	64
61. Naturaleza jurídica de esta responsabilidad	65
62. Teorías acerca del fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual	66
63. Obligación de indemnizar los perjuicios	68
 <b>Sección Cuarta: De las negociaciones preliminares.</b>	
64. Ideas generales y diferencias con la oferta	69
65. Responsabilidad por ruptura de las negociaciones	71
66. Naturaleza jurídica de esta responsabilidad	71
67. Fundamento jurídico de esta responsabilidad	71
68. Requisitos para que tenga lugar la responsabilidad por ruptura de las negociaciones	72
69. Teoría de Faggella	73
 <b>Sección Quinta: Generalidades sobre la aceptación.</b>	
70. Concepto e importancia	75
71. Negativa de contratar de parte del destinatario	75
72. Naturaleza jurídica y elementos de aceptación	77
73. Intención de aceptar	77
74. Formas de manifestar la aceptación	77
75. El silencio no es forma de aceptación; pero, en ciertos casos, cuando va acompañado de algunas circunstancias, puede obligar al destinatario	78
 <b>Sección Sexta: Requisitos de la aceptación.</b>	
76. Primer Requisito: "La aceptación debe emanar del destinatario o de su representante"	82
77. Segundo Requisito: "Es necesario que el destinatario dé su aceptación previo conocimiento de la oferta"	83
78. Tercer Requisito: "La aceptación debe ser pura y simple"	84
79. Contraoferta	86
80. Ofertas que se cruzan	87
81. Cuarto Requisito: "La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente"	89
82. La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo de aceptación	90

	Págs.
83. Aceptación tardía .....	93
84. Aceptación que se cruza con la revocación de la oferta .....	97

## CAPITULO II

### Momento en que se forma el consentimiento

85. Importancia de la cuestión .....	98
86. Contratos entre presentes y entre ausentes .....	99
87. Problemas de la determinación del momento en que se forma el consentimiento .....	102
88. Teoría de la Declaración y Teoría de la Expedición .....	103
89. Teoría del Conocimiento o de la Información y Teoría de la Recepción .....	104
90. Ofertas que se cruzan .....	107
91. Conclusión .....	107

## CAPITULO III

### Lugar en que se forma el consentimiento

92. Importancia de la cuestión .....	110
93. Problema de la determinación del lugar en que se forma el consentimiento .....	110
94. Conclusión .....	111

## SEGUNDA PARTE

### DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ANTE LA LEGISLACION COMPARADA

95. Generalidades .....	113
-------------------------	-----

## CAPITULO I

### Comentario de algunos Códigos europeos

96. Derecho Español .....	113
97. Derecho Portugués .....	114
98. Derecho Inglés .....	116
99. Derecho Italiano .....	118
100. Derecho Alemán .....	121
101. Derecho Suizo .....	125

	Págs.
102. Derecho Austriaco .....	130
103. Anteproyecto francoitaliano de las obligaciones y contratos .....	134

## CAPITULO II

## Comentario de algunos Códigos americanos y especialmente del Código de Comercio Chileno

104. Derecho Argentino .....	138
105. Derecho Brasileño .....	143
106. Derecho Mexicano .....	146
107. Derecho Chileno .....	151
108. Conclusión .....	161

## TERCERA PARTE

## IDEAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESION

109. Definición .....	163
110. Características .....	163
111. Naturaleza jurídica .....	165
112. Teoría anticontractual .....	165
113. Teoría contractual .....	166
114. Origen de la Teoría de los contratos de adhesión .....	169
115. Solución del problema de los contratos de adhesión .....	169
Conclusiones .....	171



UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15900 6083