

# ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES EN TORNO A LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

*Francisco Segura Riveiro*

## RESUMEN

Atendida la escasa atención que ha prestado la dogmática civil chilena a la etapa de la formación del consentimiento, las siguientes líneas constituyen una revisión a la luz de modernos estudios, de los conceptos clásicos de oferta y aceptación y su consecuencia: la formación del contrato. Con ese objetivo se examinan las tratativas anteriores a la oferta, la aceptación y el momento, y lugar en que se entiende formado el consentimiento.

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto clásico de contrato del Derecho Romano continental, cuyo esplendor se alcanzó junto al *Código Civil* francés, y los que en su época lo siguieron, lo conciben como el resultado de la unión libre de las voluntades. Se consolida, así, el principio de autonomía de la voluntad y la posibilidad de contratar se convierte en una auténtica extensión de la libertad humana. El contrato es el medio o continente de las voluntades que, dirigidas a la satisfacción de necesidades, se unen en un sentir común o consentimiento.

La celebración del contrato supone, en esta idea clásica, la igualdad entre contratantes, a dos individuos considerados en abstracto, uno de los cuales dirige una proposición de contrato al otro, a los efectos de que éste acepte la propuesta, ojalá pura y simplemente, naciendo el contrato. Esta igualdad, por cierto, es sólo abstracta o formal, pues se desentiende de la realidad económica de cada contratante<sup>1</sup>.

Tal es la fuerza de la voluntad en esta concepción, que los contratantes pueden, incluso, derogar el Derecho Dispositivo contenido en las reglas legales o tipificaciones de negocios jurídicos particulares<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vide sobre el particular, Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLVEZ, "La predisposición del contenido contractual", en *Revista de Derecho Privado*, N° III, Madrid, 1979, p. 666.

<sup>2</sup> La idea clásica de que el Derecho Dispositivo contractual es derogable por las partes no es aceptada universalmente, al menos, en toda su extensión. En especial entre la doctrina

Fiel reflejo de esta concepción es, en Chile, el art. 1.545 del *Código Civil*. El citado texto dispone, que el contrato es una ley para los contratantes y no puede ser dejado sin efecto, sino por los contratantes o por causas legales. Esta idea ha mantenido vigencia en el tiempo<sup>3</sup>. Incluso, se ha extendido hasta crear un principio que ha tomado fisonomía propia –que en realidad no es mucho más que la expresión máxima de la autonomía de la voluntad–, denominado libertad contractual<sup>4</sup>. Para muchos, abocados al análisis de los principios, en el marco del liberalismo económico triunfante en nuestra época, concluyen que ellos, autonomía y libertad contractual, son reglas fundamentales de la estructura política-económica, y son pilares sustanciales de una sociedad eficiente.

Por tal razón es sostenible que la unión entre el éxito casi ya legendario del *Código Civil* francés, del año 1804, que contempla el principio con vigor<sup>5</sup>, y el liberalismo económico, afirmado en la Inglaterra victoriana y en la revolución industrial, surgida años más tarde, crearon una fuerza que absorbió a gran parte de las legislaciones del siglo XIX y, por cierto, se ha mantenido vigoroso luego de la afirmación política y social de los modelos liberales del siglo XX<sup>6</sup>.

Los esquemas contractuales tradicionales suponían un contrato personalizado en que ambas partes, ubicadas en un plano de relativa igualdad, convenían las cláusulas que regularían sus relaciones. Este esquema, que subsiste hoy en pocos casos, ha sido reemplazada por la contratación masiva, por el imperio del mercadeo y la publicidad, siendo reemplazada –desde el punto de vista económico– por el consumo y la adhesión. En palabras de un

alemana pueden encontrarse interesantes opiniones que postulan que el Derecho Dispositivo tiene una función ordenadora que no puede ser desplazada por la voluntad sin una razón suficiente, de forma que es posible que, no obstante, la declaración derogatoria de las partes el Derecho se aplique igualmente si esa derogación no ha obedecido a una razón fundada. *Vid.* ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, Kollh, Bosch, 1977, p. 172. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y de la eficacia de las leyes*, Madrid, Univrsidad, 1975, p. 12

<sup>3</sup> Así aparece vigorosamente reconocido en el proyecto de ley uniforme europea de contratos. *Vide.* GABRIEL GARCÍA CANTERO, “¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía?”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 3, Madrid, 2004, pp. 51-90, en especial p. 67, n. 7.

<sup>4</sup> En Argentina Atilio ALTERINI, Roberto LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, UNR, 1989. En Chile Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, parte general, en especial pp. 15-94.

<sup>5</sup> Hermosamente expresado por Jean CARBONNIERE, “Code Civil”, en *Livre du Bicentenaire*, Paris, Daloz, 2004, p. 21, discurso leído por una de sus nietas, dado su fallecimiento poco tiempo antes con ocasión del ducentésimo aniversario del *Código Civil* francés.

<sup>6</sup> Tal vez sí, dentro de los sistemas jurídicos más conocidos, sea el Derecho alemán el que mantuvo siempre cierta independencia de la intensidad del fenómeno descrito.

destacado profesor argentino: “la economía moderna consiste en un permanente estado de tentación”<sup>7</sup> y como consecuencia de ellos, y adoptando una frase celebre: “el derecho de los contratos ha de ser la reglamentación contra las tentaciones”. Valga una advertencia sobre la función de esta reglamentación, que hemos tomado de la opinión de un celebre jurista y economista<sup>8</sup>, las correcciones (jurídicas) del sistema de economía moderna, no hacen más que reafirmar el modelo liberal. Se trata de despertar en el consumidor o el contratante más débil la ilusión que existe un instrumento para su tutela, lo cual le inhibe de plantearse el problema de la transformación estructural del sistema económico: el Poder Legislativo al regular y el Jurisdiccional al aplicar criterios de protección, aceptan, implícitamente, las reglas del liberalismo y el mercado, facilitando su funcionamiento.

Sin embargo, no ha de creerse que la concepción clásica haya estado libre de críticas, algunas ya desde antiguo<sup>9</sup>, otras manifestadas con mayor vigor durante la primera mitad del siglo XX. Es más, con todas las virtudes que pueden referirse respecto de la autonomía de la voluntad, pocos discuten hoy que sin regulaciones<sup>10</sup> es frecuente la existencia de abusos y distorsiones contractuales.

La principal crítica formulada es producto o consecuencia del fenómeno de la adhesión o contratos por adhesión<sup>11</sup>, nacidos por efecto de la producción en masa de bienes y servicios; por cierto, que también existen autores que destacan los aspectos positivos de ella, de alguna forma “desdramatizando” el problema de la adhesión<sup>12</sup> considerándolo como un hecho consustancial a la economía de empresa.

<sup>7</sup> La hemos tomado del profesor Ciuro Caldani, concretamente de sus clases de la maestría de Derecho Privado la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>8</sup> Aunque no literalmente, JAON HART, en HART-MUCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo. Monopolio y cultura jurídica*, Madrid, Bosch, 1977, p. 124.

<sup>9</sup> Raymond SALEILLES, *La declaración de voluntad*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1901. La expresión contrato de adhesión utilizada hoy universalmente, incluso, en el mundo jurídico anglosajón, suele atribuirse a este jurista ilustre, como pocos, y relativamente desconocido en el medio chileno.

<sup>10</sup> La gran cuestión y debate se centra en cuáles deben ser estas regulaciones, sus alcances y los grados de intervención que en las relaciones privadas puede permitirse al juez.

<sup>11</sup> OSORIO, “Crisis en la dogmática del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° II, Madrid, 1952, p. 1.183, señala: “es consustancial con tales negocios un cierto vicio del consentimiento que, sin embargo, no los invalida”.

<sup>12</sup> Para algunos, adhesión y condiciones generales de la contratación son términos sinónimos, por ejemplo, FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, Europa América, 1968, tomo I: “Trattato di diritto civile e commerciale”, pp. 428 y 429. Para otros, la adhesión es un fenómeno más amplio que comprende dentro de sí las condiciones generales o predisposición contractual como también se le llama, por ejemplo, CLAVERÍA GOSÁLVEZ (n. 1), p. 669 y BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1973, p. 13.

Cabe destacar que cada vez es más frecuente la adhesión mediante las condiciones generales de contratación preestablecidas o contratos formularios, aun en contratos entre empresarios que recurren, ya sea a las condiciones generales; o la adhesión a formularios preimpresos; o a contratos tipo, para facilitar el comercio en masa; o por razón de tiempo; o por la adaptación a usos de la tecnología de información en tiempo real; etcétera.

Entre los problemas que las reflexiones anteriores pueden desencadenar, podemos mencionar el que hemos elegido como objeto de estas líneas: la cuestión de la formación del contrato<sup>13</sup>. Su estudio ha sido siempre parte secundaria dentro de la teoría general del contrato. Es más, normalmente en Chile se estudia sólo a propósito del acto jurídico y en ribetes muy elementales. El tema ha cobrado alguna notoriedad en los últimos años, con ocasión de la llamada cuestión de la responsabilidad precontractual.

Dentro del extenso desarrollo que estas cuestiones permiten, trataremos una revisión a la luz de modernos estudios, de los conceptos clásicos de oferta y aceptación y su consecuencia: la formación del contrato.

## 2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La doctrina distingue dos actos unilaterales diversos –pronto se discutirá ese carácter–<sup>14</sup>, la oferta y la aceptación, cuando ellas coinciden en el sentir, es decir, cuando la aceptación es el reflejo de la oferta, en términos que ambas coinciden nace el contrato. Esta tesis es conocida como la regla del espejo<sup>15</sup>.

El criterio tradicional supone una igualdad entre los negociantes, la cual como ya advertía Ripert: “es puramente jurídica”<sup>16</sup>.

La determinación conceptual de lo que ha de entenderse por oferta y aceptación y la naturaleza que se le atribuya, produce importantes consecuencias, en especial en lo que se refiere a la revocabilidad de la oferta o, aun, de la aceptación en lo sistemas que sólo la consideran tal desde que llega a conocimiento del oferente, pudiendo, entonces, revocarse antes.

<sup>13</sup> Ya explicaremos con que alcance es que será analizada la etapa previa al contrato y sus efectos, que supera la normal concepción estricta de “formación” del negocio.

<sup>14</sup> En España: Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil*, homenaje al profesor Roca, Murcia, Reus, 1989, p. 408.

<sup>15</sup> Salvador DURANY, “Sobre la necesidad que la oferta coincida en todo con la aceptación: el espejo roto”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 11, Madrid, 1992, pp. 1.012-1.095.

<sup>16</sup> George RIPERT, *La règle morale dans les obligations civile*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1949, n. 22, 31.

Se puede afirmar que, en general, las cuestiones relativas al momento del nacimiento del contrato, fueron olvidadas por el legislador y, ciertamente, por la doctrina y la jurisprudencia.

Ello tiene explicaciones de alcance general y universal. Como señala una autora: por años las hipótesis de conflicto ventiladas en los tribunales de justicia no fueron muchas, por no decir ninguna y los efectos prácticos de su análisis no parecían justificar mayores explicaciones<sup>17</sup>. Por otro lado, el modelo de legislación que fue, para gran parte de la doctrina clásica el *Código Civil* francés, no contenía regla alguna sobre la formación del contrato. Esta falta de tratamiento fue imitada en su gran mayoría por los códigos redactados bajo su inspiración.

En el caso puntual de la doctrina chilena, existen, además de las ya anotadas causas generales, razones particulares que explican esa omisión o descuido de los autores, aun, en tratados y manuales. En primer término, el *Código Civil* inspirado en el francés, no tenía regla alguna sobre la formación, omisión que fue corregida –al menos parcialmente– por la entrada en vigencia del *Código de Comercio*. En segundo término, el artículo 1.546 del *Código Civil*, que dispone que los contratos “deben ejecutarse de buena fe”, fue regla tomada del artículo 1.134 del *Código Civil* francés, que disponía, a su vez, un tenor similar, en cuanto establece que los contratos deben “exécuteés de bonne foi”. Al no contener la norma chilena una referencia en el texto finalmente vigente a la expresión ‘celebración’, la doctrina y jurisprudencia chilena<sup>18</sup>, especialmente exegética, dejó en el olvido la etapa previa al contrato, bastándose con algunos comentarios a partir del dolo y el error, más la referencia a las clásicas normas del *Código de Comercio* que, como veremos, sólo se entienden aplicables a los actos y contratos consensuales y, aun, por alguna jurisprudencia, sólo a los actos de comercio.

No obstante, la fuerza de los acontecimientos, por un lado –en particular las transformaciones del comercio–, y la doctrina extranjera que termina por reconocer, tímidamente en un comienzo y con autoridad pronto, a la etapa formativa como un capítulo especial del Derecho de Contratos y en su caso de la responsabilidad civil; han llevado por fin a toda una revisión de la materia y a la adopción tanto de nuevos como de renovados conceptos.

<sup>17</sup> Noemi NICOLAU, *La responsabilidad precontractual*. Trabajo inédito, adscripción a la cátedra de Derecho Civil dirigida por el profesor Roberto Brebbia, 1983, p. 2, en actualización del comentario antiguo de Saleilles.

<sup>18</sup> Una reciente sentencia chilena afirmó que no es posible fundar la responsabilidad precontractual en el art. 1.546, pues éste se refiere sólo a la ejecución y no a la celebración del contrato. Corte Suprema, 12 de julio de 2004, publicación de jurisprudencia de Lexis Nexis.

### 3. REGLAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

#### 3.1. La técnica y la práctica de la creación del contrato

El primer problema que presenta la etapa precontractual, y el que abordaremos en estas líneas, es la elección de la técnica que permite tener por celebrado el contrato, y fijar, también, el momento y lugar de su celebración. Esto es, como se dijo, lo que generalmente es estudiado dentro del tema de “formación del consentimiento” en la cátedras de Derecho Civil<sup>19</sup>, que hemos de llamar formación en sentido estricto, para distinguirlo de estudios más extensos que alcanzan otros aspectos de lo precontractual, en especial la responsabilidad.

Respecto de la elección de la técnica para determinar la existencia del contrato, prácticamente no hay legislaciones que no recurran a la clásica idea de una oferta, seguida de una aceptación, cuya identificación crea el contrato. Esta regla básica, fundada en la unión de voluntades libres como fuente del contrato, subsiste y, aunque con importantes variaciones, es sobre su base que se construyen los diversos sistemas de formación del negocio. Sin duda que aquí, como en todo el Derecho de los Contratos, la profunda variación de su tratamiento en los últimos años se explica, expresándolo en términos muy simples, por el cambio de concepción sobre la teoría general del contrato: desde la consideración de la creación del negocio, desde una voluntad libre, pero abstracta o teórica, al reconocimiento de la creación por una voluntad, también libre, pero real o concreta<sup>20</sup> y, por ello, sujeto a la necesidad de prever y, en su caso, corregir los abusos a los que puede conducir el negar la diversidad de cultura, educación, poder económico y otras tantas que existen entre las personas que contratan<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> En Chile Antonio Vodanovic, sobre las clases de Arturo ALESSANDRI y Manuel SOMARRIVA, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1942, tomo IV, p 77, n. 97.

<sup>20</sup> Sobre el punto *vide* en España CLAVERÍA (n. 1); en Argentina VVAA, *La contratación contemporánea; autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, La Ley, 1989 y también el ciclo de mesas redondas del año 1989, “La contratación contemporánea”, en *Revista del Notariado*, N° 822, Buenos Aires, 1988, p. 632 y ss.

<sup>21</sup> Tomando las palabras del profesor Atilio Alteneri: “...Las grandes empresas, en este festival de la autonomía de la voluntad, actúan como si quisieran ratificar, mediante la convención escrita y puntual, que es la voluntad de ellas, y no la voluntad tácita que les asigna la ley con las normas supletorias no derogadas por las partes, la que funda la celebración del negocio”, en “La contratación...”, *op. cit.* (n. 20), p. 637. Igual planteamiento hace el venezolano Luis CORSI, “El consentimiento en la contratación estandarizada”, en *Revista de Derecho*, N° 10, Caracas, 2001, p. 15. Sobre el abuso de la posición dominante en un contrato puede verse Julio PASCAL Y VICENTE, “Abuso de la posición dominante”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 245, 2002.

#### 3.2. Ámbito de aplicación de las reglas clásicas de oferta y aceptación

Antes de ingresar al estudio detallado de las reglas de formación y sus modernas adaptaciones, es necesario definir, mas no sea brevemente y para efectos de orden, cuál es su campo de aplicación, tanto dentro de la teoría del negocio jurídico como dentro de la teoría general del contrato.

##### 3.2.1. Respecto de la teoría del negocio jurídico

Claramente se refieren sólo a los negocios o actos jurídicos bilaterales, también llamados contratos o convenciones. La nomenclatura suele variar entre los diversos sistemas, adoptamos aquí la usual en el sistema chileno.

Es así que, la formación de los actos unilaterales y, en general, el problema de la voluntad unilateral como fuente de derechos y obligaciones, se somete a sus propias y controvertidas reglas. Ello, sin perjuicio que, tanto para la naturaleza de la oferta de contrato como para justificar la responsabilidad que eventualmente surge por su retractación, se ha recurrido a la explicación de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones<sup>22</sup>.

##### 3.2.2. Respecto de la teoría general del contrato

En principio, las reglas que rigen la conducta precontractual y sus efectos son aplicables a todo contrato. En efecto, todos tienen necesariamente un proceso de formación y, por cierto, están sujeto a la lógica de identificación de la oferta y la aceptación. La conducta desplegada por las partes en la etapa de su elaboración merece la misma atención y, aun, con matices propios de cada uno en particular, refieren, en general, a los mismos efectos en el contrato celebrado. Sin embargo, conviene recordar que algunos no basta el solo acuerdo de voluntades, sino que se requiere, para su perfección, el cumplimiento de alguna solemnidad o la entrega –a veces tradición– de una cosa.

Esta advertencia es necesaria, pues ha originado que la doctrina olvide, en su afán por agotar los problemas de la formación del contrato consensual, las particularidades propias de los contratos solemnes y reales. En el sistema chileno<sup>23</sup> esta aclaración es especialmente necesaria, pues parte de la jurisprudencia

<sup>22</sup> Aunque luego veremos más detalles, puede citarse en Argentina a Atilio ALTERNI, “Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual”, en *Revista Jurídica San Isidro*, Córdoba, 1967, tomo I, pp. 41-51.

<sup>23</sup> Hugo ROSENDE, *De la responsabilidad precontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Destina un capítulo, el IV, a analizar aspectos de la formación en estos contratos. En Chile, fuera de ella, no se encuentran tratamientos doctrinarios especiales sobre el tema. En la doctrina

dencia<sup>24</sup> y la doctrina sostienen que las reglas de formación del consentimiento que contiene el *Código de Comercio* chileno son sólo aplicables a los contratos consensuales y, por lo mismo, en Chile, para esta tesis, los contratos reales y solemnes carecen de reglas legisladas, obligando a construir unas que le sean propias.

### 3.2.2.1 Referencia a los contratos solemnes

En todo contrato es posible reconocer, en general, una fase previa de negociaciones, la oferta de contrato y la conclusión del mismo.

Sin embargo, lo que la doctrina, al menos en general, no ha tratado adecuadamente es la relación entre solemnidad y consentimiento en la etapa precontractual, en especial cuando la solemnidad exigida –como suele ser la regla generalísima hoy– es la escrituración del contrato. En efecto, los problemas de la conducta en la etapa de elaboración y la interpretación e integración del negocio posteriormente celebrado son referidos como problemas propios de los consensuales. Rara vez se desarrollan en torno a los solemnes, pues en ellos el consentimiento queda determinado al momento de cumplirse la solemnidad y su contenido es el que ha quedado abarcado por la formalidad respectiva exigida para la validez, sin ella no hay contrato, aunque exista acuerdo y lo que no conste en la respectiva solemnidad –normalmente la escritura, tratándose de actos patrimoniales– no está dentro de lo pactado y, por lo mismo, no integra el negocio. Insistimos en que el problema es patente al ser la escritura la solemnidad, pues en caso de ser otra como, por ejemplo, la presencia de testigos

comparada, si bien se ha tratado, tampoco se compadece en cantidad con los estudios dedicados a los consensuales. Es más, muchos de estos estudios ni siquiera efectúan la advertencia, tal vez por estimarla obvia, de que se están refiriendo sólo a los consensuales.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 1951, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIV, segunda parte, sec. 2, Santiago, 1951, p. 28; Corte de Apelaciones de Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, sec. 2, Santiago, 1962, p. 48. Sin embargo, ello no es uniforme desde que una sentencia ha señalado que: “es procedente aplicar las reglas de la responsabilidad precontractual a los contratos solemnes, aun a falta de regla especial para ellos, (porque se excluye la aplicación del *Código de Comercio*) pues estas reglas derivan del respeto a la buena fe y a la lealtad, que ha de regir siempre las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración del contrato, buena fe cuya violación acarrea a sus autor la obligación de indemnizar perjuicios”. Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1999, *Gaceta*, N° 357, Santiago, 1999, p. 56, n. 5, aunque luego anulada por otras razones por la Corte Suprema. Igualmente se ha resuelto: “El vendedor de un bien raíz no puede válidamente retractarse de la celebración del contrato, aunque la escritura no se haya autorizado, si ya firmaron el y su contratante, pues en el momento en que así lo hicieron se produjo el respectivo acuerdo de voluntades”, Corte Suprema, *Fallos del Mes*, N° 209, Santiago, 1976, sent. 5, abril de 1976; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVIII, sec. 2, Santiago, 1971, p. 244; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVII, Santiago, 1970, p. 523; tomo LXVI, sec. 1, Santiago, 1969, p. 523.

o la realización de ciertas formas sacramentales –todas hoy generalmente en desuso– el problema precontractual es claramente asimilable a los consensuales, pues la dificultades para determinar el contenido del contrato es la misma.

En resumen, los contratos solemnes se han considerado separadamente o de manera especial, pues la perfección del consentimiento se obtiene mediante la ejecución, por las partes, de la respectiva forma de validez establecida en la ley para el valor del acto. Empero, como en tantas otras ocasiones, la fuerza de la realidad nos obliga a cuestionar los conceptos que parecen solidamente establecidos. Ninguna duda cabe que la solemnidad es imprescindible para la validez del acto; pero, cuestión diversa es preguntarnos, si ha de entenderse que todo su contenido debe estar comprendido en ella, de tal forma que lo conversado y acordado, en la etapa de elaboración del acto, respecto de cuestiones accesorias, no son consideradas y, por tanto, quedan fuera del ámbito del contrato. En otros términos nos preguntamos, ¿realmente es indiferente a estos contratos la etapa previa al cumplimiento de la solemnidad?; el carácter solemne, ¿implica desligarlos absolutamente de lo acordado, pero no reflejado en la forma de validez?

El problema rememora una clásica sentencia de la jurisprudencia española del 27 de enero de 1977<sup>25</sup>, la cual provocó en la doctrina interesantes reflexiones. Fundada en razones de buena fe y equidad, la referida sentencia señaló: que los compromisos de las partes no declarados en la solemnidad integran la voluntad contractual y su incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios como incumplimiento de contrato, aun cuando aquellos compromisos no consten formalizados en la respectiva solemnidad. Luego de algunos años esta solución, celebrada por gran parte de la doctrina, fue recogida en la legislación española en la ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988.

En Chile, la situación se da frecuentemente y ha sido objeto de denuncias permanentes de las nacientes asociaciones de consumidores. Es habitual la existencia de diferencias entre lo ofrecido y lo vendido en materia habitacional, quedando el comprador desamparado, pues el contrato de compraventa “pactado” –normalmente predispuerto por el vendedor o el financista– es decir, el que se lee en la respectiva escritura, nada dice de aquello que ha servido para convencer al adquirente. La falta de reacción de la jurisprudencia, muy habitual en la realidad chilena, obligó a la intervención del legislador respecto del punto preciso de la venta de viviendas. Al efecto se dictó la llamada “ley de calidad de la construcción”, número 19.472, cuyo contenido hoy se ha sistematizado e incorporado a la ley General de Urbanismo y Construcción,

<sup>25</sup> Carlos LASARO, “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. Sentencia de 27 de enero de 1977”, en *Revista de Derecho Privado*, N° III, Madrid, 1980.

en su artículo 18, que creemos necesario transcribir en lo pertinente: “Las condiciones ofrecidas en la publicidad se entenderá incorporadas al contrato de compraventa”.

Se aprecia, pues, un consentimiento que ha recaído sobre aspectos que no integran la solemnidad. En Chile, esta cuestión pudo haber sido resuelta también a la luz del artículo 1.546 del *Código Civil*, que recoge el principio de la buena fe, pero, como ya hemos explicado, la falta de referencia expresa de la norma a la etapa de celebración ha dado lugar a la jurisprudencia para estimar la imposibilidad de aplicarla a la etapa de elaboración contractual, en un exceso de exégesis difícil de comprender. Sin embargo, existe jurisprudencia nacional que ha señalado que es procedente la responsabilidad precontractual igualmente frente a un contrato solemne que no se ha suscrito y pese a que no existía formalmente un contrato de promesa que obligaba a celebrarlo.

### 3.2.2.2. Referencia a los contratos reales

Otro tanto ocurre con los contratos reales. En ellos, mientras la entrega no se realiza el contrato no se forma, aunque exista consentimiento –coincidencia oferta-aceptación–. Los problemas y advertencias señaladas en el párrafo anterior son aplicables aquí, aun cuando la situación de estos contratos es más fácilmente asimilable a los consensuales, pues el hecho de la entrega de la cosa no importa tener por establecida todas las condiciones del negocio, mas si éste no se ha escriturado.

### 3.3. Contratos patrimoniales y contratos de familia

El Derecho de Familia es campo fértil para encontrar casos de análisis sobre efectos de la conducta anterior al contrato, la promesa de celebrar un matrimonio, el noviazgo, las capitulaciones matrimoniales o contratos prenupciales, son todas claras conductas precontractuales. Cabe preguntarse, entonces, y dudar, por cierto, si le son aplicables las mismas reglas que a los contratos patrimoniales.

La cuestión es discutible. Supone una previa querrela nunca totalmente superada en la ciencia jurídica, cual es si en Derecho de Familia es aplicable el concepto de contrato o, al menos, el mismo concepto que en los actos de contenido patrimonial principal. Si se toma partido por la afirmativa, surgirán los mismos aspectos de controversia doctrinal referidos a la creación de los negocios patrimoniales y la conducta precontractual. Por el contrario, si se postula negativamente, deberá elaborarse una noción propia de instituciones para el Derecho de Familia y, en consecuencia, se deberán elaborar reglas propias, también para la formación de aquellas instituciones.

En la doctrina francesa se ha estudiado con especial interés esta cuestión<sup>26</sup>. En principio, se afirma que los códigos clásicos, entre ellos el chileno, contienen, generalmente, reglas que, de manera expresa, excluyen la violación de la promesa de matrimonio, como un hecho antijurídico y, por lo mismo, su incumplimiento no genera responsabilidad. En el caso chileno, el art. 98 del *Código Civil* no deja dudas al respecto, al señalar que los esponsales son un hecho privado que queda entregado al honor de las personas y no da derecho a pedir el cumplimiento de la promesa ni a demandar indemnización de perjuicios. En virtud de tales reglas, sería sostenible la opción de negar toda trascendencia de la etapa precontractual en negocios de familia. Sin embargo, como se destaca, por la citada doctrina francesa, ésta conclusión no parece terminante, sobre todo luego de las leyes contemporáneas de divorcio que han ampliado el alcance de los vicios del consentimiento, en especial el error en las cualidades personales de los contrayentes, que permiten concluir que la etapa previa no puede ser indiferente al acto de familia. Se afirma que los negocios de familia no están ajenos a las reglas de la formación progresiva. En particular, el matrimonio es un acto que se forma gradualmente y la ceremonia que lo consagra no es más que un momento, el cúlmine, de esa formación. Si durante esa formación las partes actúan con dolo o culpa, no hay razón para excluir la posibilidad de que la víctima sea resarcida. Por lo demás, así es admitido en otros sistemas jurídicos<sup>27</sup>.

Por su parte, Louis Josserand admitía que en la ruptura de las promesas de actos de familia podía originarse responsabilidad civil –que sería entonces precontractual–, la cual fundaba en el abuso del Derecho<sup>28</sup>. Para el maestro francés, las promesas de matrimonio tienen valor de ofertas de contratos sinalagmáticos y, por ello, están sujetos al control del abuso del derecho a retractarse.

## 4. LOS CONTRATOS PREVIOS ANTERIORES A LA OFERTA

Los contratos negociados, salvo excepción, inician su etapa de gestación con aproximaciones entre los interesados, cuyo origen puede ser del más variado, incluso, accidental. Se trata de un proceso más o menos prolongado que, al menos en abstracto, concluye con la formulación de una oferta y la espera de

<sup>26</sup> Jean HAUSER y Danièle, HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La famille*, dir. Jacques Ghestin, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993, pp. 28-36.

<sup>27</sup> El caso del Derecho alemán, arts. 1.297-1.302 del BGB.

<sup>28</sup> Louis JOSSERAND, “Le problème juridique de la rupture des fiançailles”, en *DH*, N° 24, Paris, 1927.

la aceptación. Se les conoce indistintamente como tratativas previas, tratos preliminares u otras denominaciones similares.

Se ha definido a estas tratativas como: “los actos que los interesados o sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato”<sup>29</sup> o: “las destinadas a la formulación de un reglamento contractual que satisfaga las exigencias de ambas partes”<sup>30</sup>.

#### 4.1. Utilidad de la distinción entre tratos previos y oferta propiamente tal<sup>31</sup>

Varias pueden enunciarse: por una parte, contribuyen a esclarecer las diferencias que existen entre meras aproximaciones y tratativas y una oferta o propuesta propiamente tal. Ello tiene particular importancia en tiempos, como los actuales, en que se advierte un lento progresar hacia la regla de la oferta irrevocable, al menos, entre comerciantes o profesionales. En estos casos, de oferta vinculante e irrevocable, distinguir cuándo ha existido propiamente propuesta y cuándo estamos aún en fases de negociación es de máxima y apreciable importancia.

Por otro lado, está la cuestión de la responsabilidad civil. Mientras no hay oferta y todavía nos encontramos en la o las fases previas –en ello no hay dos opiniones–, no hay vínculo jurídico obligatorio alguno, de manera que es lícito a las partes volver sobre lo acordado, desdecirse, cambiar de opinión o plantear nuevos términos; se trata del supremo ejercicio de la autonomía y la libertad superior del individuo. Sin embargo, no significa que quede exento de toda consecuencia de derecho. Por cierto, no hay aún vínculo jurídico determinado, pero su conducta dirigida a uno futuro ya es, en algún sentido, un comportamiento que ingresa en el mundo de lo jurídico, no se trata de simples hechos sociales o culturales indiferentes al Derecho, si es que en verdad existen. Por el contrario, se trata de conductas que están próximas a generar un contrato y que comprometen también el comportamiento de otros sujetos, de manera que no puede ser indiferente al Derecho. Es imposible pensar, al menos en el estado actual de las cosas, en una regulación legal de la fase de tratativas, su riqueza y variedad hace imposible una regulación agotada, sin contar, además, con los inconvenientes que serían denunciados, frente a ese intento, ferozmente por el comercio y sus profesionales. No obstante, la doctrina, y tímidamente aún en Chile, la jurisprudencia y, luego, los textos legales han consagrado la

regla general que ha de guiar esta etapa: que los contratos deben celebrarse de buena fe. Quien viola este principio, si bien no podrá ser obligado a contratar, pues no ha existido contrato sin voluntad, bien puede ser condenado a indemnizar los daños que ha causado por el retiro de sus tratativas.

Esa posibilidad de desdecirse termina en los sistemas de irrevocabilidad, con la formulación de la oferta. En los sistemas o doctrinas que sostienen la revocabilidad, formulada la propuesta, aún puede ser dejada sin efecto, y en tal caso el arrepentido será responsable de los perjuicios que cause. La cuestión a resolver es si esta responsabilidad es de la misma naturaleza, abarca los mismos daños reparables que la responsabilidad por el retiro de la oferta propiamente tal o ambas<sup>32</sup>.

## 5. LA OFERTA DE CELEBRAR UN CONTRATO

Siguiendo las ideas clásicas, la oferta es entendida como “una manifestación unilateral de voluntad”. Ha de ser seria, completa y dirigida a persona determinada. Algunos autores agregan como variaciones del concepto de seriedad, que debe ser precisa.

Entendida de esta forma, es siempre revocable, pues siendo un acto unilateral, mientras no intervenga la voluntad de otro –aceptante de la oferta– la misma voluntad permite dejarla sin efecto. La posibilidad de revocación es objeto de antigua discusión.

Destacamos que todos los tratos previos a una oferta que reúnan las características reseñadas, no producen, en principio, obligación alguna y por muchos años fueron derechamente ignorados por la doctrina<sup>33</sup>.

Los conceptos brevemente expuestos fueron por años los pilares de la idea de oferta, y continúan presentes pese a las profundas alteraciones que han sufrido por impulso del comercio internacional. Aclaremos, que, si bien suele atribuirse a la contratación electrónica particular relevancia en los cambios conceptuales en la materia, en verdad estos cambios son muy anteriores a la explosión tecnológica y, además, en verdad, no ha exigido tanto más que algunas adecuaciones menores a los conceptos y no son comparables a los efectos que en su día y hora produjo sobre en la materia, la adhesión y la contratación masiva<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Vid. *supra* N° 5.2.2, capítulo 4, N° 2.

<sup>33</sup> Si bien en 1896 Nicolás COVIELLO, *Dei contratti preliminari*, Roma, Universal, 1896 puede apreciarse comentarios sobre la existencia de tratos previos o anteriores a la oferta, aunque sin analizarlos más que para descartar en ellos toda consecuencia jurídica.

<sup>34</sup> Vide sobre formación y contratación electrónica, Iñigo DE LA MAZA, *Contratos por adhesión en plataforma electrónicas una mirada al caso chileno*, en [www.low.ed.oc.uk](http://www.low.ed.oc.uk), visitado en noviembre de 2005.

<sup>29</sup> Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Editorial, 1996, tomo I, p. 200.

<sup>30</sup> Enzo ROPPO, *Il Contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 97.

<sup>31</sup> En Argentina, Alberto BUERES (dir.), “Responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas, los pourparlers”, en *Responsabilidad Civil*, N° 14, Buenos Aires, 1990, p. 151.

### 5.1. El concepto y su naturaleza<sup>35</sup>

Pese a ser un concepto clásico del Derecho Civil, no existe plena claridad sobre su alcance y naturaleza. Los conceptos más usuales son los que consideran a la oferta como una declaración de voluntad unilateral o como un acto o negocio jurídico unilateral<sup>36</sup>. La doctrina más moderna se inclina por sostener que se trata de una declaración de voluntad recepticia, pues, como todo acto de tal carácter, precisa, para producir su efecto, que sea dirigida a otra persona, siendo necesario que se dé a conocer a sus destinatarios<sup>37</sup>.

Como vemos, la naturaleza del citado concepto ha sido discutida. Para algunos es un acto jurídico unilateral, es la voluntad unilateral, la del oferente, la que produce un efecto jurídico: la creación de una propuesta de contrato, pero en ningún caso crea una obligación, ésta nace sólo cuando hay consorcio de voluntades. Pero se ha llegado a sostener que igualmente se crea una obligación, pero condicional. Dicha condición sería la eventual aceptación del destinatario de la oferta de celebrar el contrato<sup>38</sup>.

En cambio, otros han sostenido que la propuesta contractual no es un acto o negocio jurídico unilateral, pues ella en sí misma no crea ningún efecto jurídico ni menos una obligación, sólo en caso de aceptación se produce la formación del negocio bilateral. Se señala, por quienes defienden esta última tesis, que la dependencia que existe entre oferta y aceptación no permite concebir a estos actos por sí solos como negocios jurídicos propios, sino como etapas destinadas a producir el nacimiento de un contrato. En general, los autores que niegan todo valor obligacional a las declaraciones unilaterales de

voluntad, se adscriben a esta postura. Así entendida, se la define, entonces, como una simple declaración, que no crea obligación alguna en el proponente y lo limitan al campo de los hechos jurídicos, por lo tanto, no es tampoco un acto jurídico. Es, pues, el simple hecho jurídico de enviar o dirigir a otro una propuesta para la celebración de un contrato<sup>39</sup>. En palabras de Francesco Messineo: “se trata de dos declaraciones de voluntad, oferta y aceptación, que se combinan, constituyendo el consentimiento y el contrato negocio bilateral. Sin aceptación no hay acto alguno, solo una tentativa de contrato”.

Es dentro de la doctrina más moderna en que ha hecho escuela el reconocimiento de la declaración de voluntad unilateral como suficiente fuente de las obligaciones, donde existe la tendencia a considerar a la oferta como declaración unilateral de voluntad que crea una obligación en el oferente. Normalmente, se le considera recepticia desde que sólo existe como tal, desde que llega a conocimiento del aceptante y, por cierto, crea un derecho en el aceptante –tomar o desechar la propuesta–<sup>40</sup>. Valga la advertencia que la calificación de recepticia o no recepticia, no aparece como una cuestión de principio y depende, en gran medida, del tratamiento legal de la oferta en cada ordenamiento particular.

En todo caso, el criterio más común, por ejemplo, el seguido en la CV, artículo 15, N° 1, es el de considerarla recepticia. Tal concepción es la que convive mejor con la moderna doctrina: de reconocer valor, como fuente de las obligaciones, a la declaración unilateral de voluntad.

En Chile, se ha aceptado, sin discusión, el carácter de negocio jurídico unilateral<sup>41</sup>. En España –con autorizadas opiniones en sentido diverso– la tesis de la naturaleza de la propuesta como negocio unilateral es la dominante<sup>42</sup>. En Argentina, la cuestión es debatida sobre la base de los artículos 946 y 1.137 del *Código Civil*, existiendo quienes sostienen la tesis de la naturaleza como acto jurídico unilateral<sup>43</sup> y quienes abogan por la tesis del consentimiento bilateral, creador de la obligación como resultado de la coincidencia de oferta y aceptación, de manera que la propuesta no tiene en sí misma contenido

<sup>35</sup> La naturaleza que quiera darse a la oferta depende, en gran medida, de la aceptación tanto legal como doctrinaria de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Quienes la acepten como tal, declaran normalmente a la oferta como de esa naturaleza. Quienes no aceptan su valor como fuente de las obligaciones, la consideran una simple declaración sin contenido obligatorio propio. Es bueno tener presente la diferencia entre acto jurídico unilateral, que consiste en la voluntad unilateral como creadora de consecuencias de derecho –reconocimiento de un hijo, el testamento, etc.– y el problema de determinar si una declaración unilateral de voluntad es suficiente fuente generadora de obligaciones con independencia de la voluntad de otro. En Chile puede verse claramente expuesto en Daniel PEÑAILILLO, *De las obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, 2001, tomo I, p. 182.

<sup>36</sup> Según los que nos refiere MESSINEO (n. 12), p. 312, n. 9, incluso, se llegó a sostener, sin éxito, que la oferta irrevocable es un “negocio jurídico temporal”, cita en ese sentido la opinión de Hasenöhrli.

<sup>37</sup> Sobre el concepto de acto jurídico recepticio, Gabriel FERRANDEZ, “Perfección, sustanciación y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, en *RJC*, N° 30, Madrid, 1986.

<sup>38</sup> En Chile, Manuel RISUENO, *Responsabilidad precontractual*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1936, p. 94. Parece ser, aunque no parece definitivo que ha sido la posición adoptada en su época por SALELLES (n. 9), p. 131.

<sup>39</sup> Vide, en este sentido, Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Europa América, 1952, tomo I, p. 312; Manuel ALBARADEJO, *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1997, tomo II, vol. I, p. 385.

<sup>40</sup> DIEZ-PICAZO (n. 29), tomo I, p. 283, n. 13.

<sup>41</sup> Antonio VODANOVIC, *Tratado de Derecho Civil* (sobre las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva), Santiago, Editorial Jurídica, 1960, p. 78; RISUENO (n. 38), pp. 94-95; Sara EILER, *De la formación del consentimiento en los contratos*, memoria de prueba, Santiago Universidad de Chile, 1935, n. 18, p. 23.

<sup>42</sup> Por todos Jorge MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, Editorial Pamplona, 1998, p. 79, n. 147.

<sup>43</sup> Roberto BREBBIA y Roberto FONTANARROSA, en NICOLAU (n. 17), p. 5.

obligatorio<sup>44</sup>. Igualmente, otros sostienen que se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia<sup>45</sup>.

En el Derecho anglosajón se postula que la oferta crea la facultad de aceptación en la persona a quien se hace, facultad que puede crearse respecto de personas determinadas e indeterminadas, ello resulta de la lectura del artículo 24 del *Restatement of Contracts*. Como ocurre habitualmente en ese Derecho, se adopta un concepto basado en el efecto práctico del instituto, en este caso, de la oferta.

La resolución de lo anterior no es un simple ejercicio abstracto. Por el contrario, postular una u otra solución es determinante para resolver en concreto varios problemas centrales, tales como: la revocabilidad de la oferta, su transmisibilidad por causa de muerte o su valor como fundamento de ciertas hipótesis de responsabilidad por retiro de la propuesta entre otros, que se mencionaran. Si se postula que la oferta es una mera declaración unilateral sin contenido sustancial propio o un negocio jurídico unilateral, será lógico concluir que puede ser retirada o retractada libremente sin que suponga responsabilidad alguna para el proponente, pues en ambos casos mientras no intervenga la aceptación no habrá surgido obligación alguna. Igualmente, será lógico en ese concepto que la oferta caduque con la muerte o incapacidad sobreviviente del proponente.

En cambio, considerada como una declaración unilateral de voluntad, entendida como fuente de las obligaciones, su retiro o retractación podrá ser limitada y, en todo caso, siempre existirá el deber de reparar los daños causados a quien actuó de buena fe, confiado en la vigencia de lo ofrecido; por fin será complejo justificar que caduque con la muerte o la incapacidad sobreviviente.

Entendida como recepticia, sólo será tal desde que llega a conocimiento del aceptante y antes de ello podrá ser retirada libremente y sin responsabilidad alguna para el oferente. Se distingue, entonces, entre retiro y retractación. Si es considerada no recepticia, la solución es más simple: habrá oferta desde que se formula sin posibilidad de retiro o en otros términos; todo retiro será una retractación.

En otro orden de ideas, alguna posición doctrinaria distingue el concepto de oferta, propiamente tal, del concepto de propuesta por la cual entienden, en general, comprendida a la publicidad, las invitaciones a hacer ofertas, las cartas sin compromiso y otras formas no vinculantes o que no significan

ofertas propiamente tales. Incluso, se ha querido interpretar en el texto de la CV esa diferencia, en cuanto señala: “la propuesta de celebrar un contrato ...constituirá oferta cuando...” (art. 14). No compartimos este criterio, en cuanto lo consideramos un exceso de abstracción que no aporta gran utilidad.

En conclusión, la naturaleza de la oferta es difusa y, por cierto, en este tema están siempre muy próximas las profundas y peligrosas aguas de la Filosofía.

Para finalizar, tomamos como nuestra la precisa observación del profesor Roberto Brebbia<sup>46</sup> respecto a que, en realidad, toda oferta genera alguna fuerza vinculante desde que el proponente está obligado a cumplir en caso de aceptación oportuna, a lo que llama “efecto vinculante relativo”. Otra cosa es que si en el intervalo puede retractarse libremente de lo ofrecido o queda vinculado en forma definitiva con su declaración, a la que llama efecto vinculante absoluto.

## 5.2. Requisitos de la oferta<sup>47</sup>

### 5.2.1. La oferta debe ser seria. Seriedad de la oferta.

#### Intención de obligarse

El oferente debe tener el propósito de vincularse contractualmente con carácter definitivo<sup>48</sup>. Por lo demás, y aceptado que, entendida como negocio unilateral o como simple declaración, es siempre recepticia, esta característica supone necesariamente que la propuesta debe estar dirigida a ser conocida, en principio, por otra persona determinada, y sólo cuando sea recepcionada por su destinatario podrá entenderse que ha existido propiamente oferta. Antes de ser recepcionada, lo que ocurra con ella resulta indiferente, se tratará simplemente de una interrupción de la fase de formación, pero ni siquiera es posible hablar de retractación de la oferta propiamente tal. Su recepción por las personas a las que está destinada es condición de su eficacia.

De considerarla recepticia, es forzoso concluir que el proponente puede retirarla mientras no haya llegado a destinatario. A este retiro se le distingue

<sup>46</sup> Roberto BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, p. 73.

<sup>47</sup> En general, estos requisitos son exigidos tanto para la oferta a persona determinada como la indeterminada al público, cuando, como veremos, se aceptan éstas en calidad de tal. Jacques GESTHIN, *Traité de Droit Civil, La Formation du Contrat*, 3ª ed., Paris, Biblioteca de Derecho y Jurisprudencia, 1993, pp. 261-166.

<sup>48</sup> Santos CASTILLO, “Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° III, Madrid, 1949, p. 565; B.E. AMORY y Marcus SCHAUS, “Formación de contratos: comunicación de la oferta y de la aceptación al oferente”, en *Validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos*, Madrid, Bosch, 1988, p. 31.

<sup>44</sup> Raimundo SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica, 1950, pp. 50-80; Jorge MOSSET ITURRASPE, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995 p. 660 y ss.

<sup>45</sup> Edgardo DALL'AGLIO, *Responsabilidad precontractual en las relaciones informáticas*, Argentina, Jurisprudencia 1987, tomo III, p. 673.

de la revocación propiamente tal. El retiro no será un caso de revocación, pues aún no hay oferta propiamente tal. Por el contrario, al estimarla no recepticia, una vez que la propuesta ha salido de manos del oferente, si la deja sin efecto, habrá siempre retractación.

Estos criterios nos presentan, al menos, tres problemas que deben ser abordados:

#### 5.2.1.1. ¿Significa qué si la oferta está dirigida a persona indeterminada, no es tal?<sup>49</sup>

De acuerdo con la definición tradicional, la declaración recepticia debe ser dirigida a persona determinada para ser catalogada de tal. Por ello, es normal que las legislaciones antiguas no consideren ofertas a las dirigidas a personas indeterminadas. En este sentido, y todavía actualmente, hay doctrina que niega el carácter de oferta a las propuestas dirigidas a sujetos indeterminadas o al “público en general”<sup>50</sup>, ésta no parece ser la opinión dominante<sup>51</sup>, sino, por el contrario, y en opinión que compartimos, la propuesta dirigida a persona indeterminada puede ser catalogada de oferta —ello obviamente si cumple los demás requisitos que le son propios—. En las leyes recientes de protección al consumidor es posible apreciar sin excepción la regla de la validez de las ofertas hechas por un comerciante, al público en general, y como veremos, incluso, no solamente son válidas sino que obligan al comerciante a cumplir lo prometido<sup>52</sup>.

Por su parte, la CV de 1980 (artículo 14) dispone que la propuesta hecha a persona indeterminada se considera una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta manifieste claramente lo contrario. Como se aprecia, se adscribe al criterio restringido, levemente atenuando.

<sup>49</sup> Vide Eva, MARTÍNEZ GALLEGO, “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”, Madrid-Barcelona Marcial Pons, 2000; JOSÉ ARRIALLAGA, “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, en *Revista Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1952, p. 12.

<sup>50</sup> En este sentido; Fernando PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, Madrid, Reus, 1976, p. 286.

<sup>51</sup> En España vide MARTÍNEZ GALLEGO (n. 49), p. 36 y la doctrina citada en n. 30-31. En Francia, claramente es lo que sostiene la doctrina autorizada, Marcel PLANIOL y George RIPERT, *Derecho Civil francés*, Habana, Bosch, 1946, p. 130, n. 106; AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1902, tomo IV p. 479; LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Paris, 1878, tomo XV, n. 474; VALÉRY, *Des contract par correspondance*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1890, pp. 208-220.

<sup>52</sup> En el caso de la ley chilena de protección al consumidor, 19.496, su artículo 12 no deja dudas en cuanto dispone que: “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar lo términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

En Chile, hasta la reciente vigencia de la ley de Protección al Consumidor, se sostuvo que la determinación es requisito de la oferta<sup>53</sup>; en la actualidad, producto de las disposiciones de la citada ley, la cuestión es discutida<sup>54</sup>. Es nuestra opinión que, aun, sin necesidad de recurrir a las reglas modernas, es posible sostener que en Chile no es requisito de la oferta que se destine a sujeto determinado. Para esta conclusión nos fundamos en la detenida lectura del art. 105 del *Código de Comercio*, podrá verse que esta regla sólo decreta que las ofertas a persona indeterminada: “no son obligatorias para el disponente”, es decir, reconoce que son ofertas, aunque no vinculantes.

#### 5.2.1.2. ¿Qué ha de entenderse por que la oferta haya sido recibida o recepcionada por el aceptante?

La respuesta se relaciona directamente con la cuestión del momento en que queda formado el acto, sobre lo cual, como veremos, existen varias teorías diversas e irreconciliables. Sin embargo, el problema no es el mismo. No se trata de determinar cuándo queda formado el negocio jurídico-bilateral, sino cuándo queda perfecta la oferta, como acto recepticio que ha de llegar a poder del aceptante. En efecto, para entender que la condición de eficacia de la oferta se cumple, la cuestión es si será necesario que el aceptante haya tomado conocimiento de su contenido o basta que la haya recibido y, aun, en este último extremo, si debe haberla recibido directamente o basta que esté a su disposición o dentro de su círculo de su control. Esta última, es la posición adoptada por la doctrina más autorizada<sup>55</sup> y la compartimos. Para que haya oferta basta que el proponente haya hecho todo lo que razonablemente podía para ponerla a disposición de sus destinatarios. Es el criterio propuesto en los *Principios de Unidroit* (artículo 2.3).

El tema, que puede parecer exageradamente abstracto, tiene importancia práctica. Imaginemos, por ejemplo, que una persona llega a tener conocimiento de la oferta y aceptándola reclama el cumplimiento del contrato; el supuesto oferente, para evitar tener que defenderse con las reglas de la revocación, hoy muy discutidas, y exponerse a la condena de perjuicios, se defiende, señalando que en verdad no hay oferta, pues no ejecutó conducta alguna para que ésta fuera conocida de ninguna persona y que si llegó a poder del demandante fue por un hecho ajeno a su voluntad. Siguiendo los criterios

<sup>53</sup> VODANOVIC (n. 19 y 41), p. 80, n. 102.

<sup>54</sup> Ramón DOMÍNGUEZ, *El negocio jurídico*, 2ª ed. (en trabajos previos).

<sup>55</sup> Si bien hay opiniones sobre el punto, esta última variante es la aceptada por destacados maestros, tales como Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 153-154; Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF, *Tratado de Derecho Civil alemán*, Barcelona, Bosch, tomo I, parte general, vol. II, primera parte, p. 234.

expuestos, en el caso no hay oferta o, al menos, no se cumplió una condición de su exigibilidad y la demanda deberá ser rechazada.

### 5.2.1.3. ¿Cómo distinguir una propuesta seria y dirigida a obligarse de los demás tratos previos?

El mundo actual de los negocios reconoce una larga lista que día a día crece, de lo que llamaremos *aproximaciones para contratar*. Se trata de declaraciones efectuadas con el propósito de informarse sobre eventuales negocios, o de reservar un lugar de privilegio en futuras negociaciones, o de reservar lugar ante la llegada de futuros productos, o de invitar a otros a hacer ofertas, como en la subasta o licitación, etcétera.

No existe duda sobre la no admisión de la posibilidad del oferente de desvincularse de su propuesta, con la simple afirmación de que no ha tenido voluntad de obligarse. La dificultad surge, como se ha referido ya, con ocasión de describir criterios objetivos que diferencien la oferta propiamente tal, de otros tratos preliminares. Recordando lo expuesto en el párrafo respectivo diremos que existen criterios de orden general como, por ejemplo, los enunciados en la CV, que señala que la oferta debe ser “suficientemente completa”. La doctrina plantea también los suyos<sup>56</sup>.

### 5.2.2. La oferta debe ser precisa y completa<sup>57</sup>

El principio se enuncia muy simple. La oferta debe contener todos los elementos propios del acto que se propone celebrar, de tal forma que baste su aceptación pura y simple para que el negocio quede perfecto. Concretada en la práctica, las dificultades que la regla origina son extensamente conocidas y se relaciona fundamentalmente con el problema de la aceptación condicionada. En lo abstracto o puramente teórico, se han formulado múltiples reglas que buscan dar certeza, estableciendo, a priori, cuando una oferta es completa y cuando no<sup>58</sup>, para distinguirla de los tratos previos. Por ejemplo, lo tradicional ha sido decir que debe contener todos los elementos del futuro contrato de tal manera que basta su aceptación pura y simple. Los excesos a que puede conducir la regla son evidentes y, por lo mismo, se le atemperó, señalando que debía contener los elementos esenciales del contrato.

<sup>56</sup> Humberto GÓMEZ LAPLAZA, *Comentario al art. 1262 (Código Civil español)*, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 64; MENÉNDEZ MATO (n. 42), p. 132.

<sup>57</sup> Algunos autores argentinos se refieren a este requisito como la completividad o autosuficiencia de la oferta.

<sup>58</sup> En España por todos BERNARDO MORENO QUEZADA, “La oferta de contrato cuarenta años después”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid, 1996, p. 148.

La CV parte por señalar que ha de ser “suficientemente precisa”, claramente un concepto fáctico. Luego, en su artículo 14, trata de precisar la regla, señalando que se considera tal si estipula las mercaderías y explicita o tácitamente su cantidad y precio o prevé medios de determinación futura.

Los problemas principales presentes para determinar la suficiencia de la oferta, en la práctica comercial, pueden ser divididos de la siguiente forma:

- a). Que ocurre con los términos secundarios o accesorios que normalmente están presentes en todo contrato, pero que están ausentes de la oferta. Como sería, por ejemplo, quien asume el costo de un flete interno. No debe confundirse con el problema de la aceptación, que luego veremos. Se trata de determinar que tan detallada ha de ser la oferta para estimarla suficiente.
- b). El problema de los precios implícitos. Por su importancia práctica ha merecido –y parece preferible– un tratamiento separado<sup>59</sup>. Lo cierto es que el precio es elemento esencial y debe estar contenido en la oferta. Sin embargo, es posible preguntarse si una propuesta será considerada oferta, aunque no figure un precio, por estar éste implícito de acuerdo con el negocio ofrecido. Se advierte, por la doctrina, que no resulta fácil calificar de oferta a una propuesta que carece de precio determinado, sin precio, se dice; mas parece que estamos en la fase de tratos previos. Pero, aplicada esta solución en extremo, puede dejar a un buen número de intercambios comerciales, sin el soporte jurídico contractual. La regla ha debido atenuarse.

Entre las atenuaciones más usuales está el aceptar como suficiente determinación de precio la referencia de la oferta a catálogos, o notas de pedidos. Incluso, se ha aceptado que la determinación puede quedar al arbitrio de un tercero o de una circunstancia objetiva, como si en la oferta se indica que el precio será el que disponga el aceptante de acuerdo con sus usos y prácticas o el que tenga determinado el mercado, fórmula conocida como “precio corriente en plaza”, etc. En todos estos casos, y siguiendo a Luis Díez-Picazo: “Quiere decir con ello que se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio boni viri, con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector”.

Es la solución que contiene el *Código Suizo de las Obligaciones* (art. 212) que dispone, que puede hacerse un pedido en firme sin incluir precio y en este caso se presume que la venta se concluye por los precios medios del día y lugar de la ejecución del contrato<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Para detalles *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1996, tomo I, p. 286.

<sup>60</sup> En la misma línea el *Código de Comercio Uniforme* de Estados Unidos. Si bien el art. 14 de la CV, parece no aceptar estos criterios, sino exigir determinación de precio, aunque

## 5.2.3. La vigencia de la oferta.

## Caducidad. Revocación. La cuestión de la transmisibilidad

## 5.2.3.1. Respecto del plazo de vigencia de la oferta

Como declaración recepticia, está dirigida a ser aceptada o rechazada por otro, por lo que intrínsecamente se supone un plazo para que el destinatario tome conocimiento y responda. Ese plazo puede estar establecido en la propia oferta, ya sea mediante un lapso determinado —una fecha precisa o un número de días— o, como es frecuente en las relaciones de consumo, mediante algún indicador cierto, pero indeterminado en su momento exacto —la popular fórmula “hasta agotar stock”—.

Si nada se ha dicho por el oferente, la doctrina en general distingue si se trata de una oferta entre presentes o entre ausentes. En el primer caso, la oferta no tiene plazo, pues comunicada directamente debe ser aceptada o rechazada en el acto. Tratándose de propuestas entre ausentes, existe uniformidad en cuanto a entender o suponer una vigencia tácita de la oferta por el tiempo que corresponde al que de acuerdo con el caso, resulte ser un lapso “razonable” o “prudente”. Es la solución que puede verse en la CV, artículo 18, N° 2 y en el artículo 2:206 de *Los Principios Europeos de Derecho de Contratos*.

Para determinar la prudencia del término debe ser considerando su contenido, básicamente su mayor o menor complejidad, la envergadura del negocio propuesto y la forma en que ha sido comunicada.

Algunas legislaciones contienen indicaciones expresas del plazo de su vigencia, obviamente supletorias de la voluntad del oferente. Suelen señalarse, entonces, plazos de vigencia de la propuesta, dentro de los cuales ha de ser comunicada la aceptación. El problema principal, en estos casos, es si la existencia de un plazo de vigencia de la oferta, convencional o legal supletorio, supone la irrevocabilidad de la misma mientras el término está vigente.

En caso del plazo convencional, la doctrina dominante señala que mientras está vigente, la oferta es irrevocable y obliga al oferente, aun cuando hay autores que opinan en contrario. Por su parte, si el plazo es legal hay uniformidad en la doctrina, dentro de quienes aceptan la revocabilidad como regla, en estimar que el plazo legal no obliga al oferente, sin perjuicio de su obligación de reparar el daño si corresponde en el caso. Volveremos pronto sobre ello.

El *Código de Comercio* chileno ha regulado expresamente el punto, art. 98. Si la oferta se hace entre personas presentes físicamente, dura un instante,

sea éste implícito, ello debe entenderse en relación con el art. 55 del mismo cuerpo, que no sin aparente contradicción, dispone que si el contrato se ha celebrado sin señalar precio, ni expreso ni tácito, se considerará que las partes han hecho referencia al precio generalmente admitido para contratos similares por las mismas mercaderías y en circunstancias semejantes al trato respectivo.

pues debe ser aceptada de inmediato. Si es hecha entre personas ausentes, pero que pueden comunicarse directamente el plazo de vigencia es de veinticuatro horas; por fin, si se trata de personas ausentes, el plazo corresponde a la fórmula “a vuelta de correos”. Esta última expresión requiere de una evidente actualización desde que el correo ha dejado de ser la forma por excelencia del comercio a distancia y ha venido a ser reemplazado por la llamada tecnologías en tiempo real, como veremos, al tratar la formación del contrato entre ausentes.

## 5.2.3.2. La regla de la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad sobreviviente

Clásicamente se afirmó que la muerte o incapacidad sobreviviente del oferente extingue la oferta. Sigue siendo hoy la regla general y está contenida en varias leyes y códigos, pero existen excepciones.

La doctrina moderna discute ampliamente lo que denomina el problema de la “transmisibilidad de la oferta”<sup>61</sup>. En esta discusión cobra especial importancia el debate sobre la naturaleza de la oferta y su eventual autonomía una vez emitida.

- a. Para quienes la conciben como un acto jurídico unilateral o un simple hecho de la voluntad, antes de ser aceptada y, por tanto, formado el contrato, está dentro del poder de disposición del oferente y sigue la suerte de éste, de tal forma que si el declarante muere o se incapacita legalmente la oferta se extingue. Como con la sola oferta no ha nacido derecho ni obligación alguna, no existe, en realidad, nada que transmitir a los herederos. Ésta es la solución clásica en doctrina<sup>62</sup> y la normalmente recogida en los textos legales<sup>63</sup>. Dentro de quienes sostienen su caducidad, algunos advierten, no obstante, que los herederos o el devenido a incapaz, deberán indemnizar los gastos en que haya incurrido el destinatario de la propuesta caducada. Se fundan para ello en razones de

<sup>61</sup> Para un desarrollo extenso de la cuestión MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), pp. 52-60.

<sup>62</sup> Sostenida entre otros por LOUIS JOSSELAND, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Europa América, 1950, tomo II-1; PLANIOL Y RIPERT (n. 51), tomo 6, p. 190; COLIN y HENRI CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, Civitas, 1924, tomo III, p. 555; ALBAJADEJO (n. 39), p. 390.

<sup>63</sup> *Código Civil* argentino 1.149 (relacionada con los arts. 1.147 y 1.154); *Código de Comercio* chileno art. 101; *Código Civil* italiano art. 1.329. En España, si bien la cuestión es ampliamente discutida, pues se carece de texto claro, así lo ha resuelto el Tribunal Supremo, sentencia de 23 de marzo de 1988. Por fin, en Estados Unidos es la solución adoptada por el art. 48 del *Restatement of Contracts*. En Chile una sentencia ha señalado: “La aceptación producida después de la muerte del oferente es extemporánea aunque se ignore ese hecho”, Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de agosto de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 34, Santiago, sec. 2, p. 28.

equidad y equilibrio justo de las prestaciones. Esta última es la solución adoptada, por ejemplo, en el art. 1.156 del *Código Civil* argentino.

Por su parte, el *Código de Comercio* chileno art. 101, que sigue el criterio clásico, nada dice sobre la indemnización de perjuicios. Luego, veremos si es posible aceptar su procedencia de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil.

- b. Para otros, normalmente quienes ven en la oferta una declaración unilateral de voluntad vinculante, la oferta es transmisible. Dado que se entiende que la propuesta hace nacer una obligación, la cual es, como en general toda obligación, transmisible de acuerdo con los principios del Derecho Sucesorio. Por lo demás, no aparece razón alguna para que no sea considerada transmisible, siendo, además, útil por las necesidades de la seguridad del tráfico. Es la solución normalmente adoptada por la doctrina y legislación alemana<sup>64</sup>. Y pese a que sus textos, afirma lo contrario, es la reclamada intensamente por la doctrina anglosajona.
- c. El criterio mixto. Si bien no es planteado generalmente, nos inclinamos por un criterio mixto, siguiendo la regla del art. 1.330 del *Código Civil* italiano. De acuerdo con esta regla, que hace excepción a la general de la intransmisibilidad de la oferta del art. 1.329, la oferta será transmisible cuando el declarante sea un empresario y actúa dentro del ejercicio de su empresa. Se trata de una regla aplicable entre comerciantes, y también al caso de los contratos de consumo<sup>65</sup>, claramente de utilidad para la seguridad del tráfico.

Esta solución, regla general de intransmisibilidad, con la excepción entre comerciantes y respecto de los contratos de consumo, nos parece la más adecuada y la que mejor responde a las necesidades de la economía actual. En todo caso, vale apreciar que no parece haber ninguna razón jurídica poderosa, más allá de la tradición dogmática, para negar la transmisión<sup>66</sup>.

### 5.2.3.3. La revocación de la oferta.

#### El dogma de la revocabilidad de la oferta

Entendido el contrato como acuerdo de voluntades individuales libremente manifestadas, mientras ese acuerdo no se produce, la voluntad individual

es libre para volver sobre sus pasos y revocar la oferta, cualquier otra regla implica constreñir la voluntad libre y es contraria a la esencia de la tesis del contrato como creación de la voluntad. Esta tesis, que consagra a la revocación como derecho del oferente, ha sido objeto de críticas, en especial desde el Derecho de Comercio Internacional, que ve en ello un riesgo de los negocios y un atentado al deber de lealtad entre profesionales del comercio<sup>67</sup>.

La revocabilidad de la oferta fue elevada a la categoría de dogma, en especial, por los grandes juristas franceses del siglo XIX<sup>68</sup>. En palabras de Roberto J. Pothier:

“No puede haber obligación, sin haber un derecho que en contra del obligado adquiera la persona hacia la cual esta obligación se ha contraído. Del mismo modo que yo no puedo por mi sola voluntad transferir a alguien un derecho sobre mis bienes, si su voluntad no concurre para adquirirlo, no puedo tampoco por mi promesa otorgar a alguien un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concurre para adquirirlo, por la aceptación que ella haga de mi promesa”<sup>69</sup>.

No obstante las críticas, sigue siendo el principio dominante el que postula la revocabilidad de la oferta<sup>70</sup>. Incluso, es el principio que consagra el art. 16 de la CV, siempre y cuando, como resulta obvio, no haya sido el propio oferente el que estableció un plazo de vigencia de su oferta, hipótesis que ya había recogido parte de la doctrina clásica citada.

<sup>67</sup> En Chile *vide* Guillermo ACUÑA, “El contrato internacional, problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, vol. 6, Santiago, Universidad de los Andes, 2002, p. 179.

<sup>68</sup> Por todos, Roberto José LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1878, tomo xv, p. 540, n. 469.

<sup>69</sup> POTHIER, *Traité de la Vente*, Paris, 1835, pp. 14-15, n. 32.

<sup>70</sup> En Chile, Arturo ALESSANDRI, *De la compraventa y la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 82. Avelino LEÓN, *De la voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica, 1942, p. 109, n. 69. En Argentina, es la regla aceptada por la doctrina y tiene consagración en arts. 1.150, 1.154 y 1.156 del *Código Civil*, de acuerdo con ellos se señala que la retractación debe efectuarse antes que el aceptante haya expedido, a su vez, su propia aceptación, pues expedida ésta el contrato está perfecto (1.154). En caso que la retractación es expedida antes de la expedición de la aceptación, pero aquella es recibida luego de que éste ha despachado su aceptación, por aplicación del art. 1.156, el aceptante que ha incurrido en gastos o sufrido pérdidas tiene derecho a reclamar pérdidas e intereses. En España es la solución aceptada por la doctrina autorizada, DIEZ-PICAZO (n. 59), cit. p. 295. Igual regla en los clásicos, COLIN y CAPITANT (n. 62), p. 555 y Marcel PLANIOL y George RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, Buenos Aires, La Ley, 1951, tomo 6, p. 177, n. 131. Respecto de la situación actual en Francia, *vide* GHESTIN (n. 47), p. 274.

<sup>64</sup> BGB, párrafo 130; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF (n. 55), p. 244. En Estados Unidos por todos Fuller citado por Fernando PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1978, tomo II, p. 223.

<sup>65</sup> *Vide* G. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni nell'esercizio dell'impresa*, Padova, Silloge in onore di Gioglio, 1992, vol. II, pp. 1-20; Renato SCOGNAMIGLIO, *Comentario art. 1330 Codice Civile*, Roma, Editorial Roma, 1990.

<sup>66</sup> Compartimos la opinión de MARTÍNEZ GALLEGU (n. 49), p. 56.

Cosa diversa es la opinión que se adopte acerca de la eventual responsabilidad civil en que pueda incurrir quien se retracta. Ponemos atención en esta diferencia, pues suele ser referida en forma confusa por la doctrina, al menos chilena<sup>71</sup>. Revocabilidad y responsabilidad, aunque relacionados son temas distintos. La primera se refiere exclusivamente a reconocer, o no, la posibilidad del proponente de desdecirse, lo cual significa que el oferente no tiene obligación alguna de mantener su propuesta, ni, aun, algún tiempo, esto hasta que se haya formado el contrato. La segunda, es el problema de determinar si surge, para el oferente, el deber de reparar los perjuicios causados por su retractación. Así, por ejemplo, entre los autores que sostienen el dogma de la revocabilidad de la oferta hay quienes, acto seguido, advierten que ello es sin perjuicio de la responsabilidad del oferente por los daños causados a los destinatarios de la oferta<sup>72</sup>. Otros, en cambio, llevaron el principio hasta sus extremos de manera tal que no aceptan la responsabilidad del oferente en caso de revocación ni consideraban posible calificar de culpable al retiro de la propuesta<sup>73</sup>. Por otro lado, cualquiera sea la posición que se adopte sobre la revocabilidad, es independiente del problema de la responsabilidad civil que pueda reconocerse en la ruptura de los tratos anteriores a la oferta. En tal caso, nadie discute que es posible retirarse de las tratativas previas a la oferta en libertad, quedando por definir, según veremos, si existe la posibilidad de calificar esas rupturas de injustas y derivar de ello el deber de reparar los daños causados.

La regla usual señala que es posible hasta que esté perfeccionado el contrato—por ejemplo, y por todos el art. 16 de la CV—. La regla, en apariencia simple, se complica y genera problema, porque las reglas que se aplican para tener por perfeccionado el contrato varían en doctrina y derecho comparado. Siendo diverso el criterio para determinar cuando ha nacido el contrato, necesariamente se condiciona la decisión del momento hasta el cual tiene valor la retractación.

Otra cuestión relacionada a lo que venimos desarrollando es la situación en que el propio oferente ha renunciado a su derecho a revocar sea indefinidamente o por el tiempo o en las condiciones que indica. Se ha sostenido, y no parece objetable, que ello es perfectamente posible, pues se trata de una libre disposición del declarante<sup>74</sup>. En este aspecto hay quienes sostienen que la fijación

de un plazo no impide la revocación de la oferta, sino sólo da derecho a solicitar la indemnización de perjuicios<sup>75</sup>. Dentro de quienes defienden esta postura, algunos señalan como excepción el caso en que pueda ser posible desprender, de la forma en que ha sido efectuada la oferta, que sería categóricamente irrevocable. La doctrina mayoritaria adscribe a la tesis contraria, la oferta a plazo obliga al oferente y no puede ser revocada<sup>76</sup>. Por tanto, si interviene aceptación válida el contrato se forma, aun, contra la revocación del proponente. Es la solución adoptada en la CV y los principios de *Unidroit* (art. 2.4).

#### 5.2.3.4. Distinción entre oferta propiamente tal e invitaciones a hacer ofertas

Un estudio de la práctica de los negocios releva la existencia de una serie de actos destinados a generar e, incluso, proponer futuros contratos, sin que puedan ser catalogados de auténticas ofertas<sup>77</sup>, al menos en el sentido técnico-jurídico que hemos referido. Por cierto, que no deben ser confundidos con los tratados en general bajo el nombre de tratos previos. Nos referimos a actos que se presentan normalmente como ofertas, pero que en realidad no lo son pese a que con frecuencia se les confunde, incluso, existiendo tesis, a nuestro juicio, equivocadas, que las consideran derechamente ofertas<sup>78</sup>. En la actualidad, se les conoce como “invitaciones a hacer ofertas”. Las más conocidas son la subasta y la licitación, pero, aun, se ha estimado como tal a la publicidad comercial.

No son exactamente tratos previos, pues no buscan explorar posibles futuros contratos, sino celebrarlos. Tampoco son ofertas, pues ellas no contienen las condiciones completas del acto tales como: precio, plazos de ejecución, etc., es decir, no son autosuficientes. Lo que pretende el proponente es atraer a los interesados para que le hagan ofertas con la finalidad de celebrar el negocio que, en general, ha descrito, pero al cual le faltan elementos tales como el precio u otras circunstancias sustantivas.

Esta categoría, que podríamos situar entre los tratos previos y la oferta propiamente, como se dijo, es conocida entre los juristas bajo la categoría

<sup>75</sup> Joanna SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, en *Revue Trimestrielle de droit civil*, N° 1, Paris, 1974, p. 46 y cita en el mismo sentido a F. Chabas. Desde el año 1978 por leyes especiales se ha establecido la irrevocabilidad de la oferta durante cierto plazo.

<sup>76</sup> En Francia ya Pothier lo sostenía. Por todos Henri y León MAZEAUD y André TUNC, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960, p. 155. En Argentina por todos BREBBIA (n. 46), p. 62. En Chile está expresamente resuelto en el *Código de Comercio* que la oferta sujeta a plazo obliga al oferente art. 99.

<sup>77</sup> Ya Marcel Planiol y George Ripert formulaban una serie prevenciones sobre actos que no constituyen ofertas, como las que llama oferta sin compromiso y meras negociaciones *Traité pratique de Droit Civil Français*, edición en español, Cuba, Bosch, 1958, tomo VI, n. 127-130.

<sup>78</sup> Alonso Gete, citado por MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), p. 32 n. 18.

<sup>71</sup> Por ejemplo, en Francisco GALLEGUILLOS, *Teoría del consentimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 278. VODANOVIC (n. 19), tomo IV, pp. 81-84; HORACIO VARELA ESPEJO, *Formación del consentimiento en los contratos consensuales en el Derecho chileno e italiano*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1961, p. 29.

<sup>72</sup> Por todos POTHIER (n. 69).

<sup>73</sup> Por todos LAURENT (n. 68), pp. 553-555, n. 481.

<sup>74</sup> El *Código Civil* italiano reconoce un caso de oferta irrevocable por ley. Artículo 1.333, que dispone, en resumen, que es irrevocable la oferta de un contrato en que sólo surgen obligaciones para el oferente.

de invitaciones a ofrecer, tomando la nomenclatura del Derecho alemán<sup>79</sup>. No son, pues, ofertas. Éstas provendrán de los interesados que acerquen sus propuestas a quien invita, el cual elegirá la mejor proposición y aceptándola se tendrá por formado el contrato.

Es más, parte de la doctrina ha creado toda una interpretación doctrinal para la publicidad comercial entendida como una de las invitaciones a hacer ofertas o *invitatio ad offerendum*<sup>80</sup>.

## 6. LA ACEPTACIÓN<sup>81</sup>

Se entiende por la declaración o acto del destinatario de la propuesta en que manifiesta su conformidad con ella. Si bien se ha sostenido lo contrario<sup>82</sup> estimamos que la aceptación no puede ser catalogada de acto recepticio sin antes pronunciarse por alguna de las tesis propuestas para determinar el momento en que se forma el contrato. Si se acepta que el contrato se forma cuando el oferente ha tomado conocimiento de la aceptación o ésta ha llegado a su poder de disposición, podremos afirmar que la aceptación es recepticia. Por su parte, si se siguen las tesis de la aceptación o la expedición o envío, las que normalmente no son seguidas en la moderna doctrina, ni en el Derecho Comparado, necesariamente ello se contradice con estimar al acto como recepticio, pues el contrato se entiende formado con independencia absoluta de si la conformidad ha llegado a poder del oferente.

La aceptación ha de ser pura y simple y debe ser oportuna, es decir, ha de hacerse mientras la oferta está vigente. La cuestión más discutida en relación con ella es desde cuándo se entiende formado el contrato, siendo sus extremos las concepciones que sostienen que basta que la aceptación se formule, por un lado y, por el otro, lo que exigen que la aceptación sea conocida por el oferente.

### 6.1. La aceptación puede ser expresa o tácita<sup>83</sup>

Como toda manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se comunique por medios claros y precisos destinados a dicho fin,

<sup>79</sup> Vide Francesco MESSINEO, *Doctrina general del Derecho*, Buenos Aires, Europa-América, 1952, p. 220. ENNECERUS, KIPP y WOLFF (n. 55).

<sup>80</sup> DIEZ-PICAZO (n. 59), tomo I "Introducción Teoría del Contrato", p. 327, párrafo 8, n. 54.

<sup>81</sup> Vide detalladamente en el Derecho español, MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), p. 73.

<sup>82</sup> Fernando LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Universidad, 1997.

<sup>83</sup> Incluso, se ha llegado a reconocer como aceptación a las declaraciones negligentes de voluntad. Es decir, a quien despliega conducta descuidada que hace creer legítimamente en otro que ha aceptado lo propuesto.

aunque no requiere de formas especiales, salvo que en la oferta o en actos preparatorios o tratativas previas se hubiere dispuesto u acordado una forma especial en que la aceptación ha debido ser dada o comunicada. Por su parte, la aceptación tácita supone que el aceptante realice actos que, calificados objetivamente, signifiquen conformidad con la oferta.

En la jurisprudencia española se ha desarrollado la diferencia entre declaración, para referirse a la manifestación expresa y comportamiento para referirse a la tácita. También se ha llamado, en doctrina, a la expresa como la aceptación por palabras<sup>84</sup> y la tácita aquiescencia por "hechos o actos". Lo cierto, que es indudable que la calificación de actos, hechos o comportamientos como manifestaciones tácitas de aceptación —y por qué no de expresas— es una cuestión que dependerá de la casuística propia de cada sistema<sup>85</sup>.

### 6.2. La aceptación debe ser pura y simple<sup>86</sup>.

#### *Criterio tradicional*

Como ya hemos expresado, se trata de que debe existir una coincidencia entre la aceptación y la propuesta, sin esta coincidencia absoluta de voluntades el contrato no nace. Esta regla, tal vez la más discutida de todas las clásicas, si bien resulta teóricamente irreprochable, se ha mostrado insuficiente en la realidad y práctica comercial y en su aplicación estricta se corre el riesgo de dejar sin soporte contractual a gran número de operaciones de comercio. Al estudiar el momento de formación del contrato profundizaremos el problema y sus modernas soluciones.

### 6.3. La aceptación debe ser oportuna.

#### *Ha de hacerse mientras la oferta esté vigente*

En ciertos casos, cuando ha sido regulado, la aceptación debe ser dentro de los plazos señalados en la ley

<sup>84</sup> El *Código Civil* de México, art. 1.803, luego de reciente reforma, incluye en la forma de expresión de las palabras a las verbales, las escritas o las formuladas por medios electrónicos.

<sup>85</sup> Por ejemplo, vide el art. 1.327 del *Código Civil* italiano y los criterios que contiene para calificar la manifestación de voluntad. También los comentarios de Francesco GALGANO, *Negocio jurídico*, Valencia, Ciudad de Valencia, 1992, p. 85 y ss.

<sup>86</sup> Sobre de la necesidad de coincidencia de las voluntades como fundamento del contrato vid. en España, fuera de las obras generales de Derecho Civil; Blas Pérez y José Alguer en ENNECERUS, KIPP y WOLF (n. 55), p. 242; Eduardo DANZ, "La interpretación de los negocios jurídicos", en *Revista de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1955; Sastre ROCA, "Estudios de Derecho Privado", en *Revista de Derecho Privado*, tomo I, 1948, pp. 1-48. En Argentina, Jorge ZAGO, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, p. 17; en Chile DOMÍNGUEZ (n. 54), p. 46; Avelino LEÓN, *De la voluntad y la capacidad en el Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 84.

La oferta debe ser aceptada mientras esté vigente. El *Código de Comercio* chileno contiene aquí una regla particular que fija el momento en que la aceptación ha de ser dada. En sus arts. 98 y 99 dispone que la propuesta hecha en forma verbal, requiere la aceptación, en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige. Si la propuesta se ha dirigido por escrito, deberá ser aceptada o desechada dentro del plazo de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente o a vuelta de correo si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos la propuesta se tendrá por no hecha aun cuando fuere aceptada.

Por el contrario, en algunas legislaciones de protección al consumidor se plantea que la aceptación respecto de ofertas contenidas en eventos masivos de ventas, publicidades dirigidas por medios electrónicos y otros similares no pueden ser emitidas de inmediato. La aceptación inmediata en tales casos vicia la voluntad. Se trata de evitar que el consumidor sea sorprendido por el despliegue de medios técnicos y de seducción y manifieste una voluntad irreflexiva. Es el mismo criterio protector del consumidor el que ha permitido el establecimiento de reglas que permiten la retractación, incluso, luego de que el contrato se reputa ya legalmente formado. Es lo que ocurre en Chile con los nuevos artículos 3 y 3 bis de la ley 19.496 de protección al consumidor.

#### 6.4. La aceptación puede retirarse<sup>87</sup>

Salvo que se acepte la tesis de que el contrato queda formado en el instante mismo que la aceptación es dada —que, por cierto, no conocemos legislaciones modernas que así lo dispongan—, ésta puede ser retirada por el aceptante hasta el momento en que se entienda formado el contrato. Si se acepta la tesis más usual en la legislación comparada, de que el contrato queda formado cuando el asentimiento llega a poder del oferente —doctrina llamada de la recepción—, hasta ese momento es posible el retiro. Es la opción, por ejemplo, de la CV, art. 22.

## 7. CUANDO SE ENTIENDE FORMADO EL CONTRATO. MOMENTO Y LUGAR. LAS NUEVAS CONCEPCIONES

### 7.1. Momento de la formación del contrato

#### 7.1.1. Teoría de la declaración<sup>88</sup>

Consiste en que el contrato se entiende formado en el momento mismo en que se presta la aceptación, aunque el oferente lo ignore y el aceptante no haya aún comunicado o siquiera intentado comunicar su decisión. Esta alternativa, en principio sólida desde lo abstracto, presenta inconvenientes evidentes para la seguridad del comercio. Por cierto, que, además, significa que la aceptación ha de ser entendida como declaración de voluntad no recepticia, privando por su efecto al aceptante, de toda posibilidad de retractarse de su decisión, pues existe un contrato que ha quedado perfecto. De no ser así, ello significaría aceptar una hipótesis de desistimiento del contrato.

#### 7.1.2. Teoría de la emisión o de expedición<sup>89</sup>

Aquí se señala que el contrato queda formado en el momento que el aceptante expide con destino al oferente su aceptación. Concretamente se trata del momento en que el aceptante pierde la disposición libre del documento en que va contenida su aceptación. En ese instante se dice, se adquiere la certeza mínima conveniente a la seguridad del tráfico.

#### 7.1.3. Teoría de la recepción<sup>90</sup>

Para quienes la proponen no basta con la expedición de la aceptación, sino que debe haber llegado a destino. Se trata de que sea recepcionada por el oferente o sus agentes y que éste quede en condiciones de conocerla con normal diligencia. No es necesario que el oferente realmente esté informado, ni de su arribo ni de su contenido. Por el contrario, basta con que esté dentro del ámbito de su disposición. Ésta es la tesis que impera hoy en la mayoría de los textos internacionales; CV art. 18 en relación con el 23; *Principios de*

<sup>88</sup> VALVERDE Y VALVERDE, "La obligación del contrato como fuente de las obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, tomo III, Madrid, 1914, p. 24; JOSERRAND (n. 62), tomo II, p. 46. Seguida por el *Código Civil* portugués. Igualmente es la tesis que acoge el *Código de Comercio* chileno, art. 101, norma que ha sido largamente criticada en la doctrina.

<sup>89</sup> Por todos LALAGUNA DOMÍNGUEZ (n. 14), p. 1.071. Seguida por el *Código Suizo de las Obligaciones*.

<sup>90</sup> Por todos ALBALADEJO (n. 38), p. 398. Solución aceptada por el *BGB*, art. 130 ap. 1 y por el nuevo *Código Civil* brasileño art. 434.

<sup>87</sup> En España existen opiniones en sentido contrario: Italo MANRESA, "Comentario al art. 1262 del Código Civil", en *Código Civil español*, Madrid, 1950, número 8 vol. II, p. 373.

*Unidroit* que, si bien no contienen reglas directas, se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 2.3. Es más, los citados principios de *Unidroit* disponen de una definición expresa de lo que debe entenderse porque la aceptación "llegue" a poder del oferente. Indica que ha de entenderse por "llegar", cuando se encuentra dentro del poder de disposición del proponente.

#### 7.1.4. Teoría de la información o conocimiento<sup>91</sup>

Es éste el extremo opuesto a la tesis de la simple aceptación. En esta doctrina, para que exista contrato, debe el oferente haberse informado del contenido de la respuesta, debe, pues, tomar conocimiento de la decisión del destinatario de su propuesta. Sin duda que, como suele serlo con todos los extremos, nos parece que es susceptible de las mismas críticas que se hacen para la tesis de la emisión. Como muy bien señala un autor: al oferente le bastaría con dejar el sobre cerrado sin abrirlo sobre su mesa para que el contrato no estuviere nunca formado. No negamos, como indican sus defensores, que tal conducta, contraria a la buena fe, seguramente generará responsabilidad en su ejecutante, y ello obstará a que sea de común ocurrencia. Sin embargo, la incertidumbre se mantiene igual y la responsabilidad no es solución, pues lo que se pretende no es su determinación, sino un criterio que sirva a las necesidades sociales reales de la contratación.

#### 7.1.5. Los actos concluyentes. ¿Una nueva tesis?

El *Código Europeo de Contratos*, señala en su artículo 24 bajo el epígrafe "Actos concluyentes", lo siguiente:

"Salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres".

Al parecer, estamos en presencia de un criterio nuevo para determinar el momento de perfección del contrato. Su tenor no deja dudas, el momento de la perfección del contrato se considera una situación de hecho, que sólo puede calificarse caso a caso, según la conducta de las partes y la naturaleza del negocio.

<sup>91</sup> Tesis recogida en el *Código Civil* español según refiere MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), n. 40.

En todo caso lo que exponemos es ampliamente discutible, y puede arribarse a otra conclusión, pues su artículo 16 dispone, en lo pertinente, que la aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma. Es decir, parece adscribir a la teoría de la información. Incluso, el art. 15 puede llevar a otra conclusión diferente de las anteriores.

#### 7.2. El lugar de formación del contrato

No es usual encontrar normas precisas sobre el punto. Ello es lógico, pues el lugar donde se entiende celebrado el contrato será aquél en que éste ha quedado perfecto. Describiendo las opciones teóricas para precisar el momento de formarse el consentimiento, queda también determinado el lugar de su formación. Debe recordarse la utilidad de la determinación del punto geográfico en que se entiende celebrado el contrato, ya que dicho lugar será, en muchos casos, el punto de conexión para la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado.

El *Código de Comercio* chileno, como pocos otros consultados civiles o comerciales, señala expresamente cuál es el lugar en que entiende formado el contrato, que como lógica consecuencia de la teoría recogida en su texto respecto de la celebración, no es otro que el lugar en que se ha prestado la aceptación (art. 104). Esta regla, que es la general, no se aplica al contrato de donación, en que existe norma especial, que fija como lugar el domicilio del donante.

Pese a la lógica de lo expuesto, hay algunas soluciones legislativas diversas. Se conocen leyes que han aceptado una teoría respecto del momento de formación y, sin embargo, ha fijado un lugar distinto para tener por punto de celebración. Tal es el caso del art. 1.086 que contenía el primer *Código Civil* de Brasil.

#### 7.3. Nuevos criterios, la ruptura de la tesis clásica. La aceptación condicionada

Se ha dicho que el contrato se entenderá formado, en la tesis clásica, sólo cuando haya identificación total entre propuesta y adhesión, de acuerdo con la regla magníficamente bautizada por los estadounidenses como *the mirror-image rule* o la regla del espejo. Es la esencia del concepto de formación instantánea.

Este criterio clásico está hoy en evidente crisis y no responde a las exigencias más modernas, en particular, del Derecho Mercantil Internacional en que se reconoce el proceso de creación de un negocio como complejo o "gradual", en cuyo curso pueden distinguirse, según cada caso, diversas etapas

previas a cualquier oferta concreta y final en los términos reconocidos en la doctrina clásica.

El criterio o regla del espejo propone, para que exista el contrato, que debe haber identificación absoluta entre oferta y aceptación, sólo en ese momento habrá negocio, cualquier disparidad, por menor que sea, significa que el contrato no está formado.

Esta regla, entendida en forma tan rigurosa, ha mostrado ser injusta e insuficiente frente a la realidad comercial moderna. Es así que es posible actualmente distinguir un progreso de la doctrina y la legislación internacional hacia una versión claramente atenuada de la idea del espejo. Dicho progreso ha sido solidamente descrito por el español Salvador Duchy, en un trabajo de excepcionales méritos y que ha de ser lectura obligada para quien quiera profundizar la cuestión<sup>92</sup>.

Lo cierto es que, analizando el estado actual de la doctrina y los textos legislativos de fuente interna o internacional, el estado actual de este desarrollo hacia la definitiva flexibilización de la regla del espejo, puede ser reseñada de la siguiente manera.

Desde sus propios inicios, de la regla del espejo, se apreció insuficiente para cubrir la necesidad de determinar cuáles eran los puntos en que debía haber concordancia entre los negociantes. Inicialmente se postulaba una concordancia absoluta<sup>93</sup>, criterio que en la práctica revela clara insuficiencia, pues lo normal es que entre los contratantes surjan diferencias menores sobre el contenido del contrato y, sin embargo, las prestaciones se cumplen. Pronto se ha avanzado, primero hacia la idea de que la oferta se bastaba con contener los elementos esenciales del acto que se quiere celebrar y sobre ellos debía recaer la aceptación; luego, al concepto seguido por la CV, que se refiere a que la oferta, debe ser suficientemente precisa y que la aceptación, si bien en principio debe ser pura y simple, puede ser calificada de tal, aunque contenga elementos adicionales o diferentes siempre que no alteren “sustancialmente” la oferta (art. 19).

Este progreso ha sido lento. La primera tesis que se alzó contra la regla del espejo, es la que la doctrina del *common law* ha llamado *last-shot rule* o regla de la última palabra. Ya se explicó algo sobre ella. Se trata de que la aceptación con cambios efectuados sobre la oferta original no necesariamente implica que el contrato no se forme. La idea de que la aceptación con cambios es una contraoferta ya era conocida en la idea clásica del espejo, pero en esta

nueva concepción, a diferencia de la indicada, la existencia de una contraoferta –salvo en el caso de haberse manifestado expresamente lo contrario el primitivo oferente– puede permitir, aun, tener por formado el contrato.

La última palabra significa, entonces, que puede tenerse por celebrado el contrato por el hecho del intercambio de ofertas y contraofertas o condiciones, si en concreto las partes han actuado como contratantes, han exteriorizado su voluntad como si hubiere contrato, por ejemplo, entregando mercaderías o pagando parte del precio; aun cuando entre ellos subsistan diferencias no abarcadas por el consentimiento exacto, o no pueda reconocerse, en el caso, una aceptación pura y simple. Por ejemplo, se ha sostenido que los términos agregados a una oferta no impiden el surgimiento del contrato, cuando son favorables al propio oferente, o no tienen un contenido sustantivo, como serían las peticiones de mayor información o agregados de decoro, cambios de redacción menores, etcétera.

Claramente no debe confundirse con la idea tradicional de contraoferta, en la cual es considerada como una nueva oferta y a ella debe aplicarse entonces la idea del espejo, es decir, debemos esperar una aceptación pura y simple, sin ella jamás habrá contrato. Esta concepción tradicional de la contraoferta es la que puede verse en el art. 102 del *Código de Comercio* chileno<sup>94</sup>. Es evidente el contenido diverso del concepto de *last shot*.

Por cierto que en este orden de ideas, será difícil determinar el momento exacto que ha surgido el contrato, quedando fundamentalmente como una cuestión de hecho a fijar por el juez. La idea abstracta de un “momento de formación” pierde, en realidad, vigor, transformándose en una cuestión del caso concreto; habrá contrato desde que las partes han revelado, por su conducta, sentirse ligadas entre sí por un negocio en que puede reconocerse como debidamente concordado los elementos centrales del mismo. De alguna forma esta tesis puede verse reflejada en el *Código Europeo de Contratos*, art.º 1.2 en cuanto reconoce la formación del contrato por “actos concluyentes”. Similar es la regla aceptada por los principios de *Unidroit*, art. 2.11. Por cierto, que este criterio supone dos elementos que han de tenerse muy presentes:

- Que el que envía la aceptación con adiciones o cambios secundarios, pretenda ser aceptante. Si lo que envía, expresa o tácitamente, es claramente una contraoferta, no podrá tenerse por formado el contrato. Tampoco será aceptación la que expresa un mero conocimiento de la oferta o recepción de la misma, por ejemplo la usual cláusula de cortesía: “recibí conforme”.

<sup>94</sup> El *Código de Comercio* chileno señala que la aceptación condicionada es una nueva oferta, pero claramente no basta ello para tener por formado el contrato en caso alguno, pues se exige a su vez una nueva aceptación para la nueva oferta.

<sup>92</sup> Salvador DURANY PICH, “Sobre la necesidad que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 1.011-1.096.

<sup>93</sup> Y es la regla que figura, aun, en códigos civiles modernos, como en el art. 431 del nuevo *Código Civil* brasileño.

- Que el oferente, que ha recibido la aceptación modificada no objeta los términos secundarios alterados por el que pretende aceptar, pues de ser así tampoco habrá contrato. Normalmente se le da legal o doctrinariamente un breve plazo o plazo razonable para manifestar esta negativa.

Estos criterios de la *last shot rule*, y alguno aún más extensivos, son los que figuran receptados con mayor o menor intensidad en la convenciones internacionales, esfuerzos privados de unificación del derecho y algunas legislaciones comparadas. Veamos algunos ejemplos:

### 7.3.1. El Derecho estadounidense

Sin perjuicio de las novedosas soluciones jurisprudenciales que serán referidas pronto. En los primeros textos coordinados sobre contratos, se recogió la regla del espejo. Así figura en el art. 59 del *Restatement of Contracts*, en cuanto señala que la aceptación condicionada es una nueva oferta. Sin embargo, otro texto, más reciente, el *Uniform Commercial Code*<sup>95</sup>, contiene regla diversa. El art. 2-207 señala, en resumen, que la aceptación con términos adicionales, salvo que se haya expresamente adicionado bajo la condición de ser aceptados, a su vez, por el oferente, constituye suficiente aceptación y permite tener por formado el contrato. Igualmente, la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de un contrato es suficiente para establecer el negocio, aunque de sus escritos previos no aparezca un contrato completo. En este último caso, los elementos del contrato serán aquellos en que las partes coincidan y a falta de coincidencia los supletorios que ofrece el mismo cuerpo legal o el juez.

Ahora bien, desde la experiencia judicial estadounidense es posible recoger algunos otros criterios para determinar la existencia de negocio y el momento de su formación. Ellos son soluciones propias de la realidad jurídica anglosajona. De las soluciones más citadas, suele mencionarse como *living case* la doctrina de Lord Denning del año 1977, formulada en el caso "Butter Machina con Ex - Cell Corporation", de acuerdo con lo expuesto la formación se entiende satisfecha, es decir, se entiende que hay contrato cuando se puede determinar la existencia de acuerdo en los elementos esenciales del acto, aunque difieran elementos secundarios, los cuales deberán integrarse, en caso de discusión entre las partes, por el contenido de sus negociaciones previas y de no poder armonizarse los términos diversos, deberán ser sustituidos por los más razonables. En tal caso, para esta doctrina nos enfrentamos

<sup>95</sup> Se trata de trabajos privados, normalmente confeccionados al amparo de universidades, que a partir del año 1957 fueron siendo adoptados, total o parcialmente, como reglas uniformes de contratos por los estados de la Unión.

a un problema de integración del contrato y no a uno de formación, pues se entiende que contrato existe, pero por decirlo así *incompleto*.

Por su parte, y siguiendo lo dispuesto en el *Uniform Commercial Code*, la jurisprudencia estadounidense ha construido una serie de reglas para el caso, dependiendo del tipo y contenido de la aceptación. Básicamente se distingue el caso de la aceptación con alteraciones o discrepancias que no alteran de manera sustancial a la oferta, en que hay de todas formas contrato; y los casos de la aceptación condicionada expresamente a una aceptación a su vez de la contraparte de los elementos discrepantes o adicionales o en que existe un cambio sustancial del contenido de la oferta. En ambos, existe una contraoferta y, por ello, no hay contrato. Luego, se formulan reglas que tratan de determinar qué elementos son los esenciales o sustanciales, dependiendo del tipo de contrato y la conducta de las partes. Es, pues, una solución que podríamos denominar de "catalogo", que es renegada por la doctrina europea tradicional<sup>96</sup>.

Cabe tener presente que el *Uniform Commercial Code* distingue entre lo que es un término adicional –uno que no fue considerado por el oferente– y un término diferente –se altera lo originalmente señalado en la oferta–. En la doctrina y jurisprudencia estadounidense, existe variedad para enfrentar el problema de cual será el contenido del contrato en caso de términos diferentes<sup>97</sup>.

### 7.3.2 CV y los principios de *Unidroit*.

Tratamiento conjunto, sus soluciones son similares

Ambos postulan que la aceptación con adiciones es suficiente aceptación sino altera materialmente (Viena) o sustancialmente (*Unidroit*) el contenido de la oferta. Los comentaristas de estos textos suelen estimar normalmente como condiciones "sustantivas" las reglas del precio y su determinación, el objeto preciso del negocio, sus plazos de entrega, entre otros similares. En todo caso son simples referencias, pues la cuestión necesariamente es de hecho y debe ser resuelta en el caso concreto.

Estos textos no distinguen entre términos adicionales o diferentes. Para ambos si el oferente, en breve tiempo, no manifiesta su disconformidad con los términos adicionados, el contrato se considerará perfecto y su contenido será el de la aceptación modificada.

<sup>96</sup> Sobre este enfrentamiento de culturas jurídicas es muy reveladora la lectura de las actas de discusiones del proyecto de *Código de Contratos* para Europa. Con ello es posible comprender el debate sobre el "modelo" final de contrato a seguir y sus consideraciones accesorias.

<sup>97</sup> Vid. DURANY PICH (n. 92), p. 1.050 y la n. 75, que hace referencia a la doctrina llamada muy descriptivamente del *knock out*. Es decir, los términos diferentes se cancelan mutuamente y queda una laguna en el contrato que el juez debe integrar.

El art. 19 de la CV, señala, en enumeración no taxativa, que se consideran que alteran materialmente la oferta los términos adicionales que se refieren al precio, el pago, la cantidad y calidad de las mercaderías, al lugar y fecha de entrega y al grado de responsabilidad de las partes. Entendido de tal manera, queda poco margen para la discrepancia significativa de los términos.

Por conclusión, diremos que hemos intentado, en apretada síntesis, dar una visión actualizada de la situación doctrinal respecto de la oferta y aceptación y su conclusión en la formación del contrato, entendido como un proceso gradual. Como en tantos otros temas apreciamos la necesidad de actualizar los contenidos de la enseñanza en nuestras cátedras de Derecho Civil y fomentar los mecanismos para que la moderna ciencia del Derecho penetre definitivamente en la conciencia de los operadores del Derecho, reflejándose en mejores sentencias y una resplandeciente justicia.

## LA OFERTA EN CHILE: UN ORDENAMIENTO, TRES REGÍMENES

Juan Andrés Varas Braun  
Rodrigo Momberg Uribe

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo revisar, de modo comparativo y crítico, la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad revisar de modo comparativo y crítico la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada a aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos<sup>1</sup>.

Como se sabe, es parte de lo que se ha llamado el "núcleo común esencial" a todos los ordenamientos jurídicos el hecho de que los contratos se formen por la concurrencia de dos actos jurídicos (negocios, para algunos autores) denominados oferta (también, propuesta o policitud) y aceptación. Esta necesaria cúpula de oferta y aceptación, que materializa jurídicamente el intercambio de consentimientos, es constante, salvo algunos casos anómalos de contratos forzosos, en todos los sistemas.

<sup>1</sup> Para una referencia más extensa a la regulación de la oferta en esa normativa, puede consultarse Juan Andrés VARAS BRAUN, "La oferta en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho*, vol. x, Universidad Austral de Chile, diciembre de 1999, pp. 135 a 152; cuya estructura seguiremos en este trabajo.