

Los efectos de la oferta contractual

Hugo Forno Flórez

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. LA LEGITIMACIÓN DEL DESTINATARIO Y EL EFECTO VINCULANTE DE LA OFERTA.

La oferta de contrato es aquella declaración de voluntad que el proponente dirige a otro u otros, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato en términos tales que para que éste se celebre es suficiente -pero necesaria- la aceptación del destinatario, sin que sea menester una nueva declaración del oferente. Así pues, la oferta debe ser apreciada como una fase esencial dentro del procedimiento de formación del contrato. En ella, el proponente fija el contenido preceptivo del eventual futuro contrato y se somete a la decisión que adopte el destinatario -a quien dirige la oferta- en torno a la celebración del mismo⁽¹⁾. Dentro de este orden de ideas, conviene puntualizar que la formulación de una oferta constituye el ejercicio de un poder jurídico en sentido técnico -el poder negocial-, es decir de aquella situación jurídica subjetiva de ventaja (activa) que permite a su titular realizar actos -obrar- que modifican la realidad jurídica⁽²⁾. Estas apreciaciones nos permiten inferir que el efecto esencial de la oferta es legitimar a su destinatario para que éste, actuando su autonomía

privada, pueda ejercer también su poder negocial bajo la forma de una aceptación dando lugar a la celebración de un contrato, y por tanto a un reglamento de intereses jurídicamente relevante.

No nos parece pues inoportuno poner de relieve que a estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, la figura del poder ha adquirido nítidos contornos que permiten su neta distinción respecto del derecho subjetivo en general y del derecho potestativo en particular⁽³⁾. Es verdad que, de un lado, el contenido del poder jurídico consiste en una facultad de obrar para la realización de un interés de su titular -lo que lo asemeja al derecho subjetivo en general-; es verdad también, que se trata de una situación jurídica subjetiva de ventaja que puede calificar como autosuficiente en el sentido que el titular del poder consigue la realización de su interés ejerciendo directamente el poder⁽⁴⁾; y, en fin, es verdad que, como ya se dejó dicho, el poder opera modificando la realidad jurídica -características, las dos últimas, que lo asemejan al derecho potestativo, típica especie de derecho subjetivo-. No obstante ello, el objeto del poder jurídico es abstracto y no concreto como lo es el objeto del derecho subjetivo en general y del derecho

(1) RAVAZZONI, Alberto. *La Formazione del contratto*. Tomo I: *Le Fasi del procedimento*. Milano: Giuffrè, 1973. p.105.

(2) FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.284. ZATTI, Paolo y COLUZZI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 1989. p.66. *Voz Potere Giuridico*. En: *Lessico di Diritto Civile*. BIANCA, Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Milano: Giuffrè, 1995. p.597.

(3) Con razón FERRI (Op.cit.; p.280) ha afirmado enfáticamente que la noción de poder jurídico surge claramente sólo de su más neta distinción de la figura del derecho subjetivo.

(4) El poder jurídico, como todas las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja autosuficientes (como el derecho de propiedad, por ejemplo) no requiere de la actuación de ninguna situación jurídica subjetiva de desventaja correlativa, para la realización del interés que le sirve de presupuesto; está correlativa y funcionalmente coordinado a una situación jurídica subjetiva de desventaja (como también es el caso del derecho potestativo), sólo que ésta es sólo es una situación inactiva -denominada sujeción- que no requiere actuación alguna de su titular, y que permite nada más someter a dicho titular a la modificación de la realidad jurídica provocada como consecuencia del ejercicio del poder.

potestativo en particular. Esta característica de la abstracción (o generalidad) es de tanta trascendencia que provoca la distinción anotada y le da al poder jurídico una identidad y configuración propias. Por lo demás, el poder jurídico, que es inherente a todo sujeto de derechos, es vitalicio; no puede ser enajenado o gravado; no se extingue por prescripción o por caducidad⁽⁵⁾.

Conviene puntualizar también, que la oferta no provoca la creación de un poder jurídico en el destinatario -cuyo ejercicio estaría constituido por la declaración de aceptación-, como se ha afirmado por alguno⁽⁶⁾. La declaración de aceptación, en efecto, constituye el ejercicio del poder negocial perteneciente al propio aceptante.

Ocurre que la misma concepción del sistema jurídico y por tanto de la autonomía privada determina que, frecuentemente, la alteración de la realidad jurídica mediante la creación de preceptos o reglas sólo puede ser obra de más de un sujeto y, por lo tanto, se requiere del ejercicio conjunto de dos o más poderes negociales. Este es el caso del contrato⁽⁷⁾. En tal hipótesis, la oferta constituye el ejercicio del poder negocial del oferente que a la vez legitima al destinatario de la oferta para que ejerza su poder negocial -mediante la aceptación- dando lugar a la modificación de la realidad jurídica en virtud de la celebración del contrato poniendo con él en existencia un reglamento de intereses. La legitimación en este caso viene a significar que la aceptación como manifestación concreta del poder negocial que en abstracto tiene todo sujeto, sólo puede ser actuada por el destinatario de la oferta pues es a éste a quien el proponente autoriza a provocar efectos negociales en su esfera jurídica, efectos que consisten en el sometimiento conjunto a un reglamento de intereses. En tal sentido, si la oferta de Ticio ha sido dirigida a Mevio, la aceptación que formule Sempronio

no puede provocar el efecto de formar el contrato entre éste y Ticio⁽⁸⁾. Ahora bien, la oferta con ser conocida por el destinatario y legitimarlo para aceptarla provoca que el proponente quede sometido durante un plazo determinado -o determinable- a la decisión del destinatario en torno a la celebración del contrato, sometimiento que se configura como una situación de sujeción que grava sobre el proponente y que es correlativa del poder de aceptación del destinatario. En resumen, al formular una propuesta el oferente ejerce su poder negocial y queda sujeto a la decisión del destinatario de celebrar el contrato, a quien legitima para que ejerza su poder negocial bajo la forma de aceptación.

No es difícil advertir cuán interesante resulta y cómo es que adquiere innegable relevancia práctica el establecer si quien ha formulado una propuesta con los efectos esenciales que hemos puesto ya de manifiesto, no tiene la posibilidad de dejarla sin efecto o si, por el contrario, puede retractarse de ella -y al hacerlo eliminar la legitimación conferida al destinatario-, evitando que éste pueda ejercer eficazmente su poder de aceptación frente al oferente; en este último caso la duda por despejar consiste en determinar hasta qué momento puede el proponente revocar su oferta⁽⁹⁾. Es pertinente anticipar que la cuestión relativa a la revocabilidad o no de la oferta involucra dos tipos de problema sustancialmente diferentes entre sí; el primero relativo a una cuestión de política legislativa concerniente a la conveniencia o no de admitir la posibilidad de revocación de la oferta; y, el otro, de carácter más bien dogmático, referente al mecanismo jurídico (naturaleza) mediante el cual se instrumenta la decisión de política legislativa que se haya adoptado.

En cuanto al primer problema, es claro que para el legislador se presenta, en abstracto, un conflicto de

- (5) El poder negocial del que la oferta (y también la aceptación) es una manifestación, así como el poder de disposición y el poder de adquisición, son algunos ejemplos de este tipo de situación jurídica subjetiva de ventaja.
- (6) Lo afirma BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol.III. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1984. pp.226-227, y aunque lo distingue del derecho potestativo, no resulta clara en el contexto del texto citado la concepción del autor acerca del poder.
- (7) En los casos de negocios jurídicos unilaterales, es claro que basta el ejercicio del poder negocial de un sujeto para provocar la alteración de la realidad jurídica.
- (8) No puede dejar de advertirse que la legitimación como concepto jurídico no está todavía nítida y unívocamente perfilado en la doctrina. A veces se le usa como sinónimo de poder de obrar o de poder de disponer; otras veces se le emplea para indicar el límite de la actividad negocial de los particulares, refiriéndose entonces al poder negocial. Para un análisis interesante y sintético de los diversos enfoques que se ha dado a la legitimación, ver: RESCIGNO, Pietro. *Voz: Legitimazione*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*. Vol.X. Torino: UTET, 1993. pp.518 y ss.
- (9) PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano. Parte Seconda*. Vol.II. *Dei contratti in generale*. Padova: CEDAM, 1939. p.120.

intereses entre el proponente y el destinatario pues el primero aspirará a no quedar atado por su oferta para poder cambiar de opinión y arrepentirse después de haberla formulado; mientras que el destinatario aspirará a disponer de un plazo durante el cual el oferente no pueda arrepentirse de modo tal que el destinatario tenga la posibilidad de ponderar la oferta que ha recibido y, eventualmente, aceptarla dentro del referido plazo. El legislador, antes de disponer la norma, evalúa, valora los intereses en conflicto puesto que el acogimiento de uno importará el sacrificio del otro y viceversa⁽¹⁰⁾. Después de tomar su decisión -y este es el segundo problema- debe instrumentar la realización del interés acogido -interés que servirá de presupuesto-, atribuyendo a su titular una situación jurídica subjetiva de ventaja, y asignando una de desventaja al sujeto del interés sacrificado. Del análisis de estos dos tipos de problemas nos ocuparemos en lo que sigue.

Con relación al primero, la doctrina moderna, para la que el tema no ha sido ajeno, plantea como casi siempre, dos soluciones contrarias. Para presentarlas en orden a su antigüedad, la primera mantiene que el proponente puede cancelar su oferta en todo momento antes de que sea aceptada. Esta solución que parece tener raíces romanas⁽¹¹⁾ es de origen francés. Inicialmente tenía una explicación más bien de índole técnica, que respondía a un estudio todavía poco desarrollado de ciertos institutos jurídicos. En efecto, en los albores del *Code*, que por lo demás no contempla solución alguna al problema, se entendía que la oferta

formulada sin indicación del plazo se otorgaba indefinidamente, de manera que para evitar su perpetuidad la forma natural de eliminarla era mediante la posibilidad de revocación por parte del proponente⁽¹²⁾. Se consideraba por lo demás, que mientras el contrato no se hubiera formado no surgía vínculo alguno de suerte que no podía admitirse que el proponente estuviera vinculado a su oferta. La segunda teoría, por el contrario, afirma que la oferta debe ser irrevocable pues es atendible el interés del destinatario en tener la posibilidad de meditar sobre la conveniencia de aceptarla o no, contando con la seguridad de que al menos dentro de un lapso la oferta se mantendrá vigente. Se trata, como es evidente de un argumento práctico de seguridad jurídica⁽¹³⁾ que persigue aliviar la inseguridad que padece el destinatario de la oferta y otorgar así mayor estabilidad al tráfico jurídico. Ahora bien, el legislador alemán sufrió en alguna medida la influencia de la corriente francesa y atemperó su posición acercándola en vía de excepción a la tesis de la revocabilidad de la oferta. Así, el parágrafo 145 del BGB ha sancionado la vinculación del oferente a su propuesta, pero permite la posibilidad de que el propio oferente excluya la vinculación en cuyo caso la propuesta es revocable⁽¹⁴⁾. A su turno, la tesis acogida por el legislador alemán ha removido en alguna medida la posición francesa que, según Josserand, admite jurisprudencialmente dos atemperaciones que la aproximan al derecho alemán. En virtud de la primera, la oferta pura y simple no es vinculante, pero si se emite por un plazo debe ser mantenida por su

(10) A estos intereses en conflicto y a su valoración es a lo que Betti se refiere cuando señala en texto magistral que la investigación científica debe puntualizarse sobre el problema práctico que el derecho positivo, entendido cual disciplina de la vida de relación, ha resuelto mediante la disposición de normas que representan la solución de un conflicto de intereses considerados contrapuestos y comparativamente valorados en su típica entidad social, pues el derecho objetivo no es un conjunto de normas abstractas arrancadas de la vida social a la cual se sobreponen casi como un orden que la trasciende y que se le impone desde arriba: más bien, el derecho encuentra su fundamento, la razón de su existencia en la misma vida humana de relación, en aquel conjunto de relaciones que vinculan a los hombres en el desarrollo de la actividad de cada uno, relaciones que conciernen a intereses típicos frecuentemente en conflicto, algunas veces paralelos, pero recíprocamente limitados, siempre intereses como quiera que sea, de los cuales el intérprete no puede prescindir en el estudio de los institutos jurídicos y de las normas justamente porque en éstas están reflejados aquéllos como entidades sociales históricamente determinadas (*Teoria Generale Delle Obligationi*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1953. pp.9-10).

(11) DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato Privado*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, 1983. p.185; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol.I. Barcelona: Bosch, 1978. p.190.

(12) SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Privato*. Vol.10. *Obligationi e contratti*. Tomo II. Diretto da Pietro Rescigno. Torino: UTET, 1983. p.82.

(13) ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Vol.II. Primera parte. Trad. Pérez González y Alguer. Barcelona: Bosch, 1981. p.258. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Traducido por W. Roces. Madrid: REUS, 1934. p.137.

(14) El parágrafo 145 del BGB, expresa que "quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación".

autor durante todo ese plazo. Por la segunda atemperación, si la propuesta no vinculante se cancela injustificadamente, puede comprometer la responsabilidad -precontractual- del proponente⁽¹⁵⁾ (culpa *in contrahendo*).

El derecho italiano contemporáneo no ha sido un actor pasivo en la evolución del pensamiento jurídico en este aspecto y aunque no puede decirse que la cuestión ha estado libre de polémica, el *Codice* de 1942 ha reafirmado -como regla general- el principio de la revocabilidad de la propuesta incluso cuando se concede un plazo para la aceptación, desechando el principio alemán según el cual debe haber un término durante el cual el oferente está vinculado a la propuesta, para permitir al destinatario la seguridad de que podrá considerar el emitir su aceptación sin temor a ver desaparecer la oferta en el intento⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, las razones de política legislativa que sustentan la orientación del legislador italiano no son las mismas que manejaba la doctrina francesa. En efecto, la libertad de revocación de la oferta encuentra sustento en la configuración de la autonomía privada y en la propia esencia del contrato. El ordenamiento jurídico establece un sistema de regulación de los intereses privados individuales, que permite a los particulares establecer (y someterse) a sus propios reglamentos, para lo cual proporciona los instrumentos que posibilitan la creación de los referidos reglamentos⁽¹⁷⁾. El acuerdo -de declaraciones- de dos o más partes, es en opinión de la más autorizada doctrina y de nuestro propio código, elemento esencial de todo contrato (que es, a su turno, el instrumento de actuación de la autonomía privada por antonomasia). Entonces la tesis de la revocabilidad de la oferta se apoya en que la decisión de las partes de celebrar el contrato debe ser una decisión continuada, actual, vigente al momento de la formación del vínculo negocial, de manera que

cuando la decisión expresada bajo la forma de aceptación se perfeccione debe encontrar una concorde declaración vigente del otro sujeto, es decir, que corresponda a una decisión actual de él⁽¹⁸⁾. Negar la posibilidad de revocar la propuesta importa admitir que el contrato deja de ser el resultado de una común decisión de establecer el reglamento contractual cuando el proponente, antes de que el contrato se forme, no está ya de acuerdo en celebrar el contrato, y no obstante, éste se forma mediante la aceptación.

Se ha sostenido que la revocabilidad de la propuesta no puede deducirse del principio expuesto según el cual para que el contrato se forme debe persistir la decisión de las partes en torno a su celebración⁽¹⁹⁾. Similar objeción se formula por quienes sostienen que el problema de la vinculación del oferente depende de la posición que se adopte en torno a la discusión entre la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración. De la Puente se pregunta si entre el momento en que se ofrece y el momento en que se declara la aceptación cambia la voluntad del oferente, puede decirse que el contrato continúa siendo la expresión de un acuerdo de voluntades⁽²⁰⁾ y agrega que para quienes sostienen la teoría de la declaración, la respuesta debe ser indudablemente afirmativa; en cambio para quienes son prosélitos de la teoría de la voluntad se presenta una situación más difícil.

El problema de la fuerza vinculante de la propuesta no debe observarse desde este ángulo. Además, las teorías de la voluntad y de la declaración nada aportan al dilema entre revocabilidad e irrevocabilidad, y adquieren relevancia más bien a propósito de una divergencia entre la voluntad interna de un sujeto y la declaración o exteriorización de esa misma voluntad interna, de manera que el problema se plantearía si entre la voluntad de no contratar (posterior a la formulación de la oferta) y la exteriorización de esa voluntad de no contratar existe

(15) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol.I. Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: EJEA-Bosch, 1950. pp.42-43; GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil*. Tomo II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. pp.228-229.

(16) SACCO, Rodolfo. *Op.cit.*; p.83.

(17) La síntesis de los elementos esenciales de estos mecanismos constituye el negocio jurídico, que desde este punto de vista es considerado como el acto de actuación de la autonomía privada.

(18) Cfr. ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol.I. Barcelona: Bosch, 1983. p.398; MICCIO, Renato. *I Diritti di Credito*. Vol.II. Parte II. *Il Contratto*. Torino: UTET, 1977. p.142; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario de Codice Civile. Dei Contratti in Generale*. A cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Soc. Bologna-Roma: Foro Italiano. p.122.

(19) FERRI, Luigi. *Lezioni sul Contratto*. Bologna: Zanichelli, 1987. p.71.

(20) DE LA PUENTE, Manuel. *Op.cit.*; Tomo. I. p.195.

una discrepancia⁽²¹⁾. La cuestión relativa a si una voluntad de no contratar, interna, no declarada debe tomarse en cuenta o no a los efectos de determinar si el contrato continúa siendo un acuerdo relevante a los efectos de la formación del contrato, no se resuelve ni depende de la posición que se adopte frente a las teorías de la voluntad o de la declaración pues la voluntad no declarada se denomina reserva mental y carece de relevancia jurídica. Si por ejemplo el destinatario de una oferta, dentro del plazo de eficacia de ésta, tiene la voluntad de aceptar pero nada declara, nada aportan aquí las teorías de la voluntad y de la declaración y nadie -ni los más acérrimos defensores de la teoría de la voluntad- podría sostener que se ha formado el contrato. Si la voluntad de aceptar se hubiera declarado y hubiese discrepancia entre lo declarado y lo querido, sólo entonces cobrarían importancia las mencionadas teorías.

Consecuentemente, la discusión debe situarse en el ámbito de las voluntades declaradas y preguntarse si es admisible que un sujeto, antes que se forme el contrato, puede, mediante una declaración de voluntad (recepticia o no, según corresponda), privar de eficacia a la oferta que ha formulado. Entonces, planteada la cuestión correctamente, la revocabilidad de la propuesta se sustenta en la posibilidad de que, por las razones ya anotadas, el oferente emita una declaración de no estar de acuerdo en celebrar el contrato, lo que determinaría que no exista un acuerdo de declaraciones que configura el consentimiento, que es elemento esencial del contrato⁽²²⁾.

Nuestro Código civil vigente, siguiendo al de 1936, que a su vez adoptó la tesis alemana plasmada en el BGB, toma un derrotero opuesto en su artículo 1382 y priva a los sujetos, por regla general, de la posibilidad de arrepentirse. Hubiera sido aconsejable que se adoptara la solución italiana, o sea la natural revocabilidad de la propuesta con la posibilidad otorgada a su autor de renunciar a ese derecho de revocación formulando la oferta en términos irrevocables. Esta, por lo demás, fue la tesis sugerida por de la Puente⁽²³⁾ y la que en nuestra

opinión se conjuga mejor con los principios que informan la contratación privada; pero no se siguió en esto al maestro y se ha consagrado una regla inconveniente pero sobre todo confusa.

En efecto, el artículo 1382 contiene un precepto de carácter general y una excepción con tres variantes; su texto es el siguiente: “La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso”. La norma de carácter general es que la oferta es irrevocable⁽²⁴⁾. La excepción es que la oferta no es vinculante si ello resulta de sus propios términos (primera variante), de la naturaleza de la operación (segunda variante) o de las circunstancias del caso (tercera variante).

Adviértase desde luego que no es posible compartir el comentario que, con la colaboración de Cárdenas, formula Arias-Schreiber al respecto, quien interpreta que la excepción a la regla general es que la declaración no tenga el carácter de oferta. “Puede suceder -indica Arias-Schreiber-⁽²⁵⁾ que quien ofrece algo a un destinatario, le manifiesta que ello no significa una propuesta o que y según lo dicho, de la naturaleza de la expresión (entendemos que decir operación) o de las circunstancias concretas, no ofrezca ese carácter. Así lo dispone la parte final del artículo 1382” (el énfasis es agregado).

La parte final del artículo 1382 no establece que la declaración del proponente no tiene naturaleza de una verdadera oferta, aun en cualquiera de las tres variantes excepcionales. La parte final del citado dispositivo dispone que sí hay oferta pero que ésta no es vinculante en cualquiera de los tres casos contemplados. Entonces, una sana interpretación de la parte final de la norma permite afirmar que hay oferta pero no vincula al proponente cuando así se infiere de su tenor o de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

Es entonces importante que esta disposición se interprete no sólo en forma correcta sino, además, del modo más flexible que se pueda.

Ahora bien, detengámonos por un momento en el segundo problema que poníamos de relieve líneas atrás,

(21) ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958. p.152; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p.131.

(22) Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol.I. Barcelona: Bosch, 1983. p.398; FERRI, Luigi. *Lezioni ...* Op.cit.; p.71.

(23) DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios ...* Op. cit.; Tomo I. p.196.

(24) Ya veremos porqué el término “oferta obligatoria” resulta impropio.

(25) ARIAS SCHEREIBER, Max. *Exégesis*. Tomo I. Lima: Studium, 1986. p. 134.

esto es en el análisis del instrumento jurídico mediante el cual el legislador regula la cuestión relativa a la fuerza vinculante de la oferta. En una primera etapa de la evolución del problema de la vinculación del oferente, ante la insuficiencia del desarrollo de los diferentes tipos de situaciones jurídicas subjetivas, se pensó que la irrevocabilidad de la oferta se instrumentaba mediante el recurso a la obligación, de modo que siendo la oferta una declaración unilateral de voluntad, la discusión se centró en la capacidad de la voluntad unilateral para engendrar obligaciones⁽²⁶⁾. Los antiguos tratadistas franceses e italianos negaban que la voluntad de un individuo fuera por sí sola fuente de obligaciones y deducían de allí que tampoco podía ser obligatoria la oferta, desde que ésta era tan sólo una declaración unilateral de voluntad⁽²⁷⁾. Por eso, el efecto de la irrevocabilidad natural de propuesta quiso ser explicado afirmando que toda propuesta contiene en realidad dos ofertas; la primera se refiere al contrato que se propone y la segunda a una oferta de mantener la propuesta por un plazo. Se sostuvo que esta segunda propuesta era de tal naturaleza que se reputaba aceptada por el destinatario tan pronto como tomaba conocimiento de ella⁽²⁸⁾. De inmediato se aprecia que esta explicación no es más que una ficción jurídica que no responde a los dictados de la realidad y que pretendía elaborar toscamente y de cualquier manera una fórmula convencional de donde emanara el efecto irrevocable de la oferta para superar el obstáculo que representaba la impotencia de la declaración unilateral para servir como fuente de compromisos vinculantes. Pero el problema de la validez de las promesas unilaterales y el de la vinculación del oferente son temas que se mueven en planos conceptuales distintos así que de la solución del primero no se podía extraer la solución del segundo.

La explicación es otra. Como hemos ya advertido, la formulación de una oferta legítima al destinatario para que ejerza su poder negocial mediante la aceptación, y somete al proponente a la decisión del primero en torno a la celebración del contrato, lo que

se configura como una situación de sujeción. Ahora bien, cuando la ley decide en base a las consideraciones de política ya esbozadas, que es atendible el interés del proponente consistente en permitirle que se arrepienta de su oferta antes de que se forme el contrato, entonces le atribuye una situación jurídica subjetiva de ventaja que le procure la realización de tal interés. Esta situación jurídica subjetiva de ventaja constituye un verdadero derecho potestativo, pues permite al proponente directamente la extinción de la oferta y de los efectos jurídicos con ella provocados, con el solo ejercicio de su derecho. A su turno, se crea correlativamente en el destinatario una situación jurídica subjetiva de desventaja, que lo sujeta sin remedio a la decisión del oferente en torno a la revocación.

Por el contrario, cuando el ordenamiento jurídico sustentado en los postulados -reales o incluso ilusorios como en este caso- de la seguridad del tráfico jurídico prefiere vincular al declarante a su propuesta, no le asigna el derecho de revocar la oferta y lo mantiene irremediamente sometido, salvo los casos de excepción ya vistos, al poder de aceptación del destinatario. En este caso, como es evidente, el oferente carece de un derecho que le permita provocar la extinción de la oferta, derecho que sería indispensable si se considera que la extinción de la oferta comportaría una alteración en la esfera jurídica del destinatario.

Como puede observarse, la imposibilidad de revocar una oferta no configura una obligación en sentido técnico aunque así se sostenga por algunos tratadistas, y por eso es impropio hablar de "oferta obligatoria"⁽²⁹⁾. En rigor, la posibilidad de revocar la oferta se sustenta en un derecho potestativo del oferente -y en una correlativa situación de sujeción del destinatario-, y entonces la hipótesis contraria, es decir la de la irrevocabilidad de la misma se explica por la ausencia de tal derecho. En efecto, en los casos en que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de que el oferente revoque la oferta formulada al destinatario, está permitiendo que aquél pueda alterar la esfera

(26) DE LA PUENTE, Manuel. *Op.cit.*; Tomo I. p.193. Esta tesis es todavía sostenida por algunos, especialmente dentro del contexto del derecho francés; ver las referencias en GHESTIN, Jacques. *Op.cit.*, p.230.

(27) PACCHIONI, Giovanni. *Op.cit.*; p.120.

(28) CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol.II. Trad. Zorrilla. Barcelona: Bosch, 1971. p.84; COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo III. Madrid: Reus, 1960. p.598.

(29) Cfr. GRAZIANI, Carlo Alberto. *Trattato di Diritto Privato*. Diretto da Pietro Rescigno. Vol.9. *Obbligazioni e Contratti*. Tomo Primo. Torino: UTET, 1986. p.644; FERRI, Luigi. *Lezioni ... Op.cit.*; p.74.

jurídica de éste para lo cual le asigna un derecho subjetivo denominado derecho potestativo y grava al destinatario con una situación de sujeción. En los casos en que el ordenamiento no permite la revocación de la oferta, no asigna al oferente y al destinatario las indicadas situaciones jurídicas subjetivas.

No se puede continuar sosteniendo pues que la irrevocabilidad de la oferta consiste en una obligación -de mantener la oferta durante cierto tiempo o de no revocarla- a cargo del proponente, porque a parte del hecho que no cabe el incumplimiento de la "obligación" de no revocar la oferta ya que la revocación de una propuesta irrevocable carece de trascendencia jurídica⁽³⁰⁾, tal supuesta obligación ningún deber de conducta o prestación le impone al proponente, quien más bien se encuentra en un supuesto de no poder revocar. Apreciando los fenómenos en su exacta dimensión, resulta claro que la irrevocabilidad de la oferta o su fuerza vinculante significa que el proponente no tiene la facultad (*rectius* el derecho) de revocar la oferta, pero en ningún modo convierte al proponente en deudor ni crea un derecho de crédito en el patrimonio del destinatario. Aunque no es materia de estas líneas, acaso sea aconsejable mencionar muy de paso que la doctrina moderna se ha encargado de esbozar con suficiente nitidez la diferencia entre la deuda o deber como situación jurídica subjetiva de desventaja y el correlativo derecho de crédito como situación jurídica subjetiva de ventaja, de un lado; y,

del otro, la sujeción, que es otro tipo de situación jurídica subjetiva de desventaja y el derecho potestativo⁽³¹⁾ que es la correlativa situación jurídica subjetiva de ventaja⁽³²⁾. En efecto, el derecho de crédito -que es a su vez un tipo de derecho subjetivo, pero no el único- es una situación jurídica subjetiva de ventaja porque está concebido para procurar a su titular la satisfacción de un interés considerado jurídicamente relevante y que le sirve de presupuesto. Como todo derecho subjetivo, el crédito es una situación de ventaja activa porque confiere a su titular una facultad de obrar en los términos que más adelante esbozaremos. Sin embargo, el tipo de interés de que se trata no permite ser realizado con el puro obrar del titular del derecho, puesto que tal realización requiere necesariamente de la cooperación de la conducta de otro sujeto; por eso, el derecho de crédito no es una situación de ventaja autosuficiente. En consecuencia el ordenamiento prevé la creación de una situación jurídica subjetiva en aquel otro sujeto, situación que es de desventaja en tanto que coloca a su titular en una situación de necesidad consistente en realizar la conducta (prestación) que satisfará el interés del acreedor; en tanto que consiste en una necesidad de obrar, se trata de una situación subjetiva de desventaja activa. La facultad de obrar que el crédito le confiere al acreedor consiste en pretender y por tanto en exigir al deudor la realización de la conducta que satisfará el interés de aquél. La coordinación de estas dos situaciones jurídicas

(30) GRAZIANI, Carlo Alberto. Op.cit.; p.644; FERRI, Luigi. *Lezioni ...* Op.cit.; p.74.

(31) Por ello, no puede en modo alguno ser compartida la temeraria afirmación de Monroy según, la cual el derecho potestativo se perdió en el panorama de la doctrina sin dejar huella de su paso, y por ello, hoy es sólo un exquisito dato teórico (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy, 1996. p.261). Lo cierto es que el derecho potestativo es una alta conquista alcanzada sobre la base de una brillante elaboración de los pensadores civilistas alemanes de fines del siglo pasado, que no sólo ha hecho fortuna y se ha extendido a toda la doctrina europea y latina, sino que puede hoy ser considerado como uno de los tipos más conocidos de derecho subjetivo. La literatura que puede consultarse es vastísima; véase a modo de ejemplo MESSINA, Giuseppe. *Sui Cosidetti Diritti Potestativi. Studi in Onore di Carlo Fadda*. Vol.VI. Napoli, 1906. pp.279 y ss.; también en *Scritti Giuridici*. Vol.V. Milano: Giuffrè, 1948. pp.3 y ss. TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. p.60. TORRENTE y SCHLESINGER. *Manuale di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 1994. p.62; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 1983. p.63; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Trad. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964. p.71; GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. Padova: Cedam, 1983. p.22; ZATTI y COLUSSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 1989. p.75; GUARNERI, Attilio. *Voz: Diritti Soggettivi (categorie di)*. *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*. Vol.V. Torino: UTET, 1989. p.452; BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol.I. Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p.416; RESCIGNO, Pietro. *Voz Obbligazioni (nozioni)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol.XXIX. Milano: Giuffrè, 1979. pp.139 y 144.

(32) El derecho subjetivo y la relación jurídica han dejado de ser considerados (primero aquél y luego ésta) los fenómenos centrales en base a los cuales se estructura el derecho privado. Sin desconocer su manifiesta relevancia dentro de tal estructura, han cedido ese rol protagónico a las situaciones jurídicas subjetivas dentro de las cuales se cuenta como uno de sus tipos al derecho subjetivo. Para una visión sintética pero profunda de la situación jurídica subjetiva ver: BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco Donato. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol.I. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. pp.329 y ss.

subjetivas configura la relación obligatoria.

Por su parte, el derecho potestativo es también una situación jurídica subjetiva de ventaja en tanto que confiere a su titular una facultad en procura de la realización de un interés propio jurídicamente relevante. Tal facultad consiste en la posibilidad de obrar de manera que también se trata de un derecho subjetivo. Pero como el interés que sirve de presupuesto al derecho potestativo se realiza mediante la alteración de la realidad jurídica de otro sujeto, el ordenamiento reconoce dicha alteración como consecuencia del obrar del titular del derecho, de manera que éste puede satisfacer su propio interés directamente mediante el ejercicio de su propio derecho; por eso se dice que el derecho potestativo es autosuficiente. En este orden de ideas, no se requiere que otro sujeto desarrolle un comportamiento para satisfacer el interés del primero, sólo se requiere el reconocimiento por parte del ordenamiento de la alteración de su esfera jurídica como consecuencia del ejercicio del derecho por parte de su titular. En consecuencia la situación jurídica subjetiva de desventaja que se crea en el sujeto pasivo, no le impone deber alguno sino que lo somete inexorablemente a sufrir dicha alteración en el caso en que el titular del derecho decida ejercerlo y efectivamente lo haga; por esta razón esa situación se denomina de sujeción⁽³³⁾.

Nuestro legislador no meditó sobre este aspecto y utiliza promiscuamente ambas expresiones; los artículos 1382, 1384, 1388 del Código civil se refieren a la oferta obligatoria y el artículo 1383 habla de la fuerza vinculante de la oferta.

Ahora bien, también es posible, de acuerdo a nuestro código (artículo 1384), que la propuesta emitida con carácter vinculante pueda ser convertida en revocable. Para ello se requiere que antes o al menos simultáneamente a la recepción de la propuesta, el oferente ponga en conocimiento del destinatario su declaración por medio de la cual se reserva el derecho de revocar la propuesta. El artículo 1384, que contempla esta posibilidad, exige que tal declaración llegue a conocimiento del destinatario de la oferta (antes o contemporáneamente a la recepción de la oferta), pero es evidente que para esta declaración, que por lo mismo es de carácter recepticio, es de aplicación la presunción que prevé el artículo 1374, así es que se

presume que el destinatario ha tomado conocimiento de ella tan pronto como llega a su dirección y deberá probar, si fuera el caso, que no ha podido conocer la declaración por causa que no le es imputable.

La imposibilidad de revocar una oferta no configura una obligación en sentido técnico aunque así se sostenga por algunos tratadistas, y por eso es impropio hablar de "oferta obligatoria". En rigor, la posibilidad de revocar la oferta se sustenta en un derecho potestativo del oferente -y en una correlativa situación de sujeción del destinatario-, y entonces la hipótesis contraria, es decir la de la irrevocabilidad de la misma se explica por la ausencia de tal derecho

La razón que explica la disposición del artículo 1384 es consecuente con el carácter recepticio de la oferta, de acuerdo con el cual la oferta no produce efectos mientras no sea conocida por el destinatario. En este sentido, aun cuando la oferta se haya emitido como vinculante, si la declaración que elimina ese rasgo - porque crea el derecho potestativo de revocación- llega antes o simultáneamente, la oferta nunca produjo los efectos vinculatorios.

Ahora bien, si de su propio texto, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso puede deducirse que la propuesta válida y perfectamente formulada no tiene fuerza vinculante o si llega a tiempo la declaración a que se refiere el artículo 1384 ya comentado, el proponente puede impedir la formación del contrato mediante una declaración -que constituye el ejercicio de su derecho potestativo- de revocación de la oferta. Lamentablemente nuestro código no ha regulado de una manera clara la revocación de la oferta aunque algunas disposiciones hay que pueden arrojar

algo de luz sobre el particular.

Antes de revisarlas, sin embargo, cabe advertir que la doctrina no es pacífica en cuanto a si la declaración de voluntad mediante la cual el proponente priva de eficacia a la oferta es desde un punto de vista técnico una revocación o una figura distinta. En primer término debe distinguirse el caso en el que la declaración del oferente cancelando la oferta llega al destinatario antes que ésta (o simultáneamente). Aquí, dado el carácter recepticio de la oferta, ésta no ha provocado todavía efectos jurídicos y por ello más que de una revocación se trata en realidad de un retiro⁽³⁴⁾. De este supuesto debe distinguirse aquel que se presenta cuando la oferta pretende cancelarse después de haber llegado a conocimiento del destinatario. Se observa que algunos autores propugnan una noción lata del concepto revocación, entendiendo por tal el retiro facultativo de un acto jurídico efectuado o provocado por el autor del acto, con el objeto de impedir el surgimiento de una nueva situación jurídica o de restablecer aquella previamente existente⁽³⁵⁾. Pero una noción de tal amplitud es, al parecer de otros autores, producto de una confusión de dos fenómenos diversos, confusión a la que se ha llegado en razón de la semejanza de efecto de tales fenómenos y que consiste en el aniquilamiento de un acto de autonomía privada⁽³⁶⁾. Según estos doctrinarios la revocación verdadera y propia extingue un negocio jurídico ya surgido, por declaración del sujeto o de los sujetos que le han dado existencia⁽³⁷⁾. La revocación en este sentido incide y extingue un negocio jurídico existente. No puede dejar de advertirse que según una atenta doctrina y del propio Mirabelli⁽³⁸⁾ “la teoría de la revocación en el derecho privado adolece hasta ahora de una suficiente sistematización⁽³⁹⁾”.

Íntima vinculación con el aspecto que se acaba de tratar tiene el concerniente a la naturaleza negocial o no de la revocación de la propuesta. Miccio entiende

que el carácter negocial de la retractación de la propuesta está suficientemente probado por el hecho que ella consiste en una declaración de voluntad con la cual se disuelve lo querido⁽⁴⁰⁾. En opinión del jurista italiano, no es suficiente para quitar a la revocación su contenido negocial la circunstancia que la propuesta ya emitida y dirigida al destinatario no haya producido todavía el efecto querido, vale decir, la conclusión del contrato. De la misma opinión es Mirabelli, quien indica que revocándose la propuesta se imposibilita definitivamente la formación del contrato de modo que aunque la propuesta no sea un negocio jurídico, sí lo es su retractación⁽⁴¹⁾.

En cambio, según Scognamiglio, debe excluirse la naturaleza negocial de la retractación de la oferta. Para llegar a esta conclusión se basa en lo que él denomina el criterio de la economía de los medios jurídicos (y en la lógica) según el cual la retractación de la propuesta constituye un acto jurídico de la misma naturaleza que ésta, aunque de signo contrario de manera que si la propuesta no constituye un negocio jurídico no puede revestir un valor distinto y mayor el acto destinado a eliminarla⁽⁴²⁾. Sin entrar a examinar la validez general del llamado “criterio de economía de los medios jurídicos”, y sin estar convencidos del todo que la proposición según la cual cada acto debe ser de naturaleza idéntica que su acto contrario pueda ser elevada a la jerarquía de principio general de derecho, creemos que el enfoque desde donde debe resolverse a la cuestión es distinto. La noción más autorizada entre los especialistas acerca del negocio jurídico es aquella que lo entiende como un supuesto de hecho por virtud del cual su autor o autores disponen un reglamento de intereses jurídicamente relevante. Por consiguiente, si la cancelación de la propuesta es producto de la regla establecida por el oferente mediante la declaración de revocación, no parece que pueda descartarse la naturaleza negocial de este acto.

(34) RAVAZZONI, Alberto. Op.cit.; Tomo I. pp.190 y ss.

(35) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.66; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario ...* Op.cit.; p.122.

(36) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario ...* Op.cit.; p.122.

(37) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.67. Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario ...* Op.cit.; p.123.

(38) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.66.

(39) RAVAZZONI, Alberto. Op.cit.; Tomo I. pp.185 y ss, describe con bastante detalle los distintos casos para los que se utiliza el concepto de revocación.

(40) MICCIO, Renato. Op.cit.; Vol.II. Parte II. p.143.

(41) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; pp.67-68.

(42) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario ...* Op.cit.; p.124.

Ahora bien, la primera duda que enfrenta la doctrina consiste en establecer hasta qué momento puede revocar la oferta el proponente y cómo funciona la revocación. A pesar de que, como ya se ha dicho, nuestro legislador no se ocupó de una manera directa del problema, la solución puede deducirse de la interpretación de varios dispositivos.

En primer término el artículo 1374 del Código civil nos permite interpretar⁽⁴³⁾ que la declaración de revocación es de carácter recepticio, o sea que en tanto que es dirigida a una persona determinada -el destinatario de la oferta- sólo produce el efecto que le es propio desde que es conocida por éste. En fin, se considera conocida desde que llega a destino, salvo que el destinatario pueda acreditar que no estuvo en aptitud de conocerla por causa que no le es imputable.

De consiguiente, no basta emitir e incluso despachar la declaración de revocación, la oferta queda cancelada sólo en el momento en que el destinatario de ella ha tomado conocimiento (real o presunto).

La revocación puede hacerse en todo momento antes que la oferta sea aceptada. Esto se colige claramente de la parte final del artículo 1384. Pero qué significado tiene la expresión: "antes que la oferta sea aceptada". Ante todo no significa que baste sólo la emisión de una declaración de aceptación; ni siquiera significa que la declaración de aceptación sea despachada al oferente. Según el artículo 1373 la aceptación perfecciona el contrato cuando es conocida por el oferente, regla que encuentra sentido en el carácter recepticio que en general tiene la aceptación y del cual sólo por excepción prescinde la ley (artículos 1380 y 1381). Ese carácter recepticio es el que nos permite determinar con precisión el momento final de la revocación, o sea que ésta puede realizarse hasta el instante anterior a aquel en que el oferente conoce (real o presuntamente) la aceptación. En conclusión, la oferta

queda revocada cuando el destinatario de ella toma conocimiento de la revocación antes que el oferente tome conocimiento de la aceptación.

Puede ocurrir que el aceptante de una oferta emprenda de buena fe la ejecución del contrato luego de haber expedido su aceptación, pero antes que la aceptación llegue a noticia del oferente el aceptante toma conocimiento de la retractación de aquél. Cuando hablamos de buena fe queremos referirnos a la suposición (errónea) en el aceptante que el oferente ya conoció la aceptación y ya se formó el contrato, es decir a la llamada buena fe subjetiva. Parece que el aceptante debería gozar de alguna protección frente a este peligro que sin embargo nuestro código no le concede, a diferencia del legislador italiano que reservó para ello la segunda parte del primer párrafo del artículo 1382 que obliga al oferente, en tal hipótesis, a indemnizar al aceptante en los gastos y las pérdidas sufridas por éste al haber iniciado la ejecución del contrato. Es cierto que en el código italiano tiene mayor sentido una disposición como la citada pues por un lado, en la ley italiana la oferta es naturalmente revocable y, por otro lado, la revocación de la oferta surte sus efectos desde que se ha enviado al destinatario de la oferta, opinión que comparte casi unánimemente la doctrina a pesar del texto del artículo 1334 del código italiano⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, estas razones que parecerían reforzar tal norma en el código italiano, son un espejismo que se desvanece cuando nos aproximamos a ellas en busca de una diferencia que en este aspecto pudiera aconsejar un trato disímil. Por lo que se refiere al primer punto, estamos en la hipótesis de una oferta que por excepción se ha emitido con el carácter de revocable, de manera que ninguna diferencia concreta existe. En cuando al segundo aspecto tampoco es trascendente para estos efectos pues el fundamento de la responsabilidad⁽⁴⁵⁾ se

(43) Al artículo 1374 del Código civil le falta un complemento en lo que concierne a las declaraciones que menciona, con excepción de la de aceptación cuyo complemento es el artículo 1373 del Código civil.

(44) Cfr. MIRABELLI, Giuseppe. *Op.cit.*; p.68; SACCO, Rodolfo. *Obbligazioni e Contratti*. *Op.cit.*; p.86; FERRI, Luigi. *Lezioni*. *Op.cit.*; p.71; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario ... Op.cit.*; p.126; BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale Delle Obbligazioni*. Vol.II. *Le Fonti*. Milano: Giuffrè, 1964. p.104. Cfr. incluso bajo el imperio de los códigos italianos abrogados, PACCHIONI, Giovanni. *Op.cit.*; p.123. Ravazzoni, apartándose de la orientación mayoritaria en Italia, comparte la opinión expresada en el texto en el sentido que la revocación no surte efecto desde que se envía al destinatario de la oferta, y más bien sólo produce efecto si es conocida por el aceptante antes que la aceptación sea conocida por el oferente (*Op.cit.*; Tomo I. pp.204 y ss.).

(45) Somos conscientes de que se trataría de un supuesto -pero ciertamente no el único- de responsabilidad por un daño causado por un acto (la revocación) autorizado por el ordenamiento jurídico; ni siquiera se trata de un supuesto ordinario de responsabilidad precontractual desde que no se exige que el oferente revoque la propuesta de mala fe (caso en el cual sería evidente su responsabilidad a la luz de la norma que contiene el artículo 1362 del Código civil). Se trataría de una norma que vendría así a valorar el interés del destinatario de la oferta que ha sido sacrificado al haberse prestado reconocimiento al interés del oferente en la revocación.

encuentra en proteger al aceptante de un perjuicio que pueda ocasionar la ejecución de buena fe de un contrato no concluido todavía, antes de conocer la revocación de la oferta, situación que puede presentarse por igual también en nuestro derecho.

Un comentario aparte merecen los casos ciertamente excepcionales, en que la aceptación no se configura como una declaración recepticia. El primer supuesto viene dado por el artículo 1380 del Código civil según el cual la aceptación consiste en una mera conducta, en el inicio de la ejecución de la prestación a cargo del aceptante, cuando ello obedece a la propia voluntad del proponente, o a la naturaleza de la operación o a los usos. En esta hipótesis es evidente que la eventual revocación de la oferta debe llegar a noticia del destinatario antes que haya emprendido la ejecución de su prestación. Puede presentarse aquí con mayor facilidad que en los casos normales, alguna duda sobre si la revocación fue o no oportuna. Por ello algunos maestros sugieren la conveniencia de que la revocación llegue antes o simultáneamente a la propuesta, como si en estos casos la llegada de las declaraciones tuviera, en todo caso, fecha indubitable.

El segundo caso de excepción está representado por el artículo 1381 del código que atribuye al silencio el valor y significado de una declaración de aceptación siempre que así lo siguiera la costumbre o si ha habido como antecedente una invitación a ofrecer. Aquí debe predicarse como regla general que como el contrato se forma no con el arribo de la propuesta sino después de un instante que permite al destinatario, si quisiera, rechazar la propuesta -recuérdese que la norma mentada indica que se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación-, la revocación puede tener lugar después del arribo de la propuesta y antes que transcurra ese lapso.

Por lo que toca a la forma que ha de adoptar la revocación, el código no exige ninguna especial, por lo que rige para esta declaración la libertad de forma incluso cuando la revocación concierna a una propuesta de contrato solemne⁽⁴⁶⁾ a menos que las partes hayan previsto una formalidad determinada para el acto de revocación⁽⁴⁷⁾.

La revocación produce sus efectos, como ya se ha

observado, al momento en que la declaración llega a conocimiento del destinatario de la propuesta. Estos efectos, que se traducen en la extinción de la propuesta, se verifican de manera instantánea e irreversible lo cual significa que a partir de entonces no puede revivir la oferta mediante una revocación de la revocación y sólo podrá concebirse, aun en tal supuesto, una nueva propuesta en similares términos que la propuesta revocada. En cambio, es perfectamente configurable el retiro de la revocación entendiéndose por tal la declaración de cancelación de la revocación que llega al destinatario antes o conjuntamente con la declaración de revocación.

Antes de concluir esta parte de la exposición, tenemos que manifestar nuestra disidencia con respecto a las conclusiones que, con la colaboración de Cárdenas y otros, manifiesta Arias-Schreiber en materia de la fuerza vinculante de la oferta en nuestro código. A propósito del inciso 3 del artículo 1385⁽⁴⁸⁾, Arias-Schreiber comenta que el inciso citado “consagra el principio de la libertad de revocación”. Luego agrega que “de acuerdo con este inciso, la oferta, en tanto no haya sido aceptada puede quedar sin efecto, desde que por sí misma no consiste sino en una manifestación de voluntad y no genera por su naturaleza, un vínculo de derecho inmutable, salvo el caso excepcional de que haya sido formulada con carácter irrevocable”.

En primer lugar debe replicarse que el inciso 3 del artículo 1385 no consagra el principio de la libertad de revocación sino la posibilidad de retirar la oferta. Consecuentemente, no es que la oferta pueda quedar sin efecto en “tanto no haya sido aceptada” sino que puede ser retirada si esta declaración llega a conocimiento del destinatario “antes o simultáneamente a la recepción de la oferta”.

En segundo lugar, el caso excepcional no consiste en que la oferta pueda formularse con carácter irrevocable sino, al contrario, que siendo por regla general irrevocable, excepcionalmente puede formularse con carácter revocable.

Finalmente no alcanzamos a comprender cómo Arias-Schreiber y sus colaboradores pueden afirmar que el código ha descartado la teoría de la irrevocabilidad de la oferta; que ha primado en el legislador el criterio de

(46) Cfr. MICCIO, Renato. Op.cit.; Vol.II. Parte II. p.144; FERRI, Luigi. *Lezioni* Op.cit.; p.72; SACCO, Rodolfo. *Obbligazioni e Contratti*. Op.cit.; p.87; MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; pp.69-70.

(47) Cfr. MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.70.

(48) ARIAS SCHREIBER, Max. Op.cit.; p.138.

que para formar el contrato se requiere una voluntad continuada, que debe ser constante hasta el momento mismo de la aceptación; y, que se ha mantenido así la tradición del código anterior y de otros más antiguos, basada en el principio de la libertad de la oferta⁽⁴⁹⁾.

Arias-Schreiber, autor original del artículo, parece haber olvidado el artículo 1383 del nuevo código y el artículo 1330 del código de 1936.

2. DIFERENCIA ENTRE OFERTA IRREVOCABLE Y OPCIÓN.

La diferencia más evidente entre la oferta irrevocable y la opción ciertamente se encuentra ubicada en su estructura. Hoy es pacíficamente admitido que la opción tiene naturaleza de contrato simple y autónomo⁽⁵⁰⁾ o sea, es un negocio jurídico de estructura bilateral; la oferta irrevocable, en cambio, es un acto negocial constituido por una declaración unilateral de voluntad. Sin embargo, esta diferencia de orden estructural no origina a su turno una diferencia de contenido entre los efectos provocados por ambos institutos⁽⁵¹⁾. El contenido de la opción es, en efecto, una oferta cuya aceptación se somete al optante. Así, mientras en la oferta la irrevocabilidad se produce por la renuncia del oferente a la facultad de revocar (en aquellas legislaciones en que la propuesta es naturalmente revocable) o en virtud de la ley que no confiere tal derecho, salvo que el declarante se lo reserve en el caso concreto (en legislaciones como la nuestra en que la propuesta es naturalmente irrevocable), en la opción en cambio la fuente de la legitimación para el ejercicio del poder negocial y la situación de sujeción mediante los que se instrumenta la irrevocabilidad se producen precisamente en virtud del contrato.

No puede señalarse como diferencia, al amparo de

la norma que contiene el artículo 1402 del código, que la opción por ser un contrato genera una obligación (de mantener o no retirar la opción), obligación que no surgiría para el proponente por cuanto la propuesta, como declaración unilateral, no genera obligaciones. En el contrato de opción ninguna obligación surge para quien otorga la opción pues el objeto del contrato consiste en vincular a un sujeto a su declaración (oferta), o sea que se configura para éste una situación de sujeción y para la otra parte un correlativo poder negocial en los términos que ya hemos expuesto en el rubro anterior a propósito de la fuerza vinculante de la oferta⁽⁵²⁾. Que el contenido del contrato de opción sea una propuesta, queda suficientemente demostrado por el hecho que no se requiere para la formación del contrato definitivo una nueva declaración de quien confiere la opción sino que tan sólo basta la declaración de aceptación del optante. Opinar diversamente comportaría desconocer la individualidad propia del contrato de opción que por contener el íntegro del contenido del contrato definitivo se confundiría con éste. También implicaría mantener que en el caso de la opción, el contrato definitivo no se forma mediante una oferta y una aceptación sino que existe una nueva forma de contratar constituida de un lado por una declaración bilateral (la opción) unida a una declaración unilateral (el ejercicio de la opción), lo cual no puede admitirse⁽⁵³⁾. Resulta significativo que el código italiano haya regulado la opción entre las disposiciones relativas a la oferta de contrato.

No puede pues apreciarse una diferencia en cuanto a los efectos de ambos institutos⁽⁵⁴⁾ desde que persiguen la misma finalidad. Es fácil comprender entonces cómo entre las dos hipótesis que analizamos sólo puede encontrarse las diferencias que derivan de su estructura, más no de su contenido o efectos⁽⁵⁵⁾. Pero estas

(49) Loc.cit.

(50) Hasta no hace mucho, se dudaba que la opción fuese un contrato autónomo y simple. Para unos, como Giovanni Pacchioni, se trataba de un contrato perfecto pero sometido a la condición suspensiva (mixta) de que se produjera la aceptación por parte del beneficiario. Para otros no se trataba de un contrato perfecto sino en etapa de formación que requería, como *condicio iuris* la aceptación del beneficiario. Hoy se han superado estas viejas concepciones y se admite que la opción es un contrato perfecto, puro y autónomo, lo cual no quiere decir que accidentalmente no pueda ser sometido a condición por las partes contratantes (MIRABELLI, G. Op.cit.; pp.81 y ss). Su naturaleza contractual, por otro lado, se deduce para nosotros de los artículos 1419 y siguientes del Código civil.

(51) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.82.

(52) FERRI, Luigi. *Lezioni...* Op.cit.; p.101; BIANCA, Massimo. *La Vendita e la Permuta*. En: *Trattato di Diritto Civile Italiano*. A cura di Filippo Vasalli. Vol.VII.. Tomo I. Torino: UTET, 1972. p.146.

(53) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Commentario...* Op.cit.; p.145.

(54) FERRI, Luigi. *Lezioni...* Op.cit.; p.101.

(55) MICCIO, Renato. Op.cit.; Vol.II. Tomo I. p.153.

diferencias son de indudable relevancia jurídica y utilidad práctica de manera que no puede pensarse como corolario de cuanto hemos expuesto hasta ahora que carece de sentido haber legislado en materia de opción si en su contenido o efectos la figura puede del todo ser reemplazada por la propuesta irrevocable.

a) La primera diferencia de importancia que encontramos en orden a la diferente estructura de las instituciones es que mientras la irrevocabilidad de la propuesta se consolida apenas es conocida por el destinatario de ésta, en la opción el efecto se produce cuando llega la aceptación del destinatario a conocimiento del proponente del contrato de opción⁽⁵⁶⁾.

b) La segunda distinción consiste en que es perfectamente posible pactar una prestación recíproca a la concesión de la opción, reciprocidad que no puede existir en el caso de la propuesta irrevocable⁽⁵⁷⁾.

c) Una ulterior diferencia se observa en que mientras una modificación de la oferta irrevocable por parte del destinatario originaría la extinción de aquella y el surgimiento de una nueva propuesta, dada la naturaleza contractual de la opción en nada quedaría ésta afectada por una declaración de modificación de la misma, pues la opción permanecería vigente durante el plazo por el cual se confirió (siempre que no supere el plazo legal, artículo 1423) a menos que se produzca de otro modo la extinción de la relación jurídica o la renuncia del optante a su derecho⁽⁵⁸⁾.

d) Finalmente puede apuntarse también como una distinción entre la opción y la propuesta irrevocable que la primera y no la segunda puede ser materia de cesión⁽⁵⁹⁾.

3. PLAZO DE LA OFERTA.

Se ha repetido ya en varias ocasiones que la oferta legítima al destinatario para que ejerza su poder de aceptación, lo cual significa que el destinatario puede formar el contrato mediante su declaración de voluntad (unida a la oferta). Se ha explicado también

que la regla general es que la oferta produce efectos irrevocables. Parece entonces indispensable que el destinatario disponga de un plazo dentro del cual pueda él ejercer tal poder, lo cual significa que la oferta debe contener un plazo dentro del cual pueda el destinatario aceptarla y al término del cual la oferta deja de tener existencia.

El plazo de la oferta puede ser establecido por el propio oferente según se deduce sin dificultad del tenor del artículo 1375 del código. Cuando el plazo ha sido establecido por el oferente se habla del plazo fijo el cual puede ser determinado o determinable. Manuel de la Puente⁽⁶⁰⁾ explica que el plazo es determinado si se indica el instante en que produce su expiración ya sea porque se señale el año, mes, día y hora ya sea porque se exprese el tiempo que debe transcurrir para que el vencimiento se produzca. Lo primero ocurre si se expresa, por ejemplo, que el plazo expira a las 8:00 a.m. del día 7 de diciembre de 1997; lo segundo si se señala que el plazo concluye dentro de 72 horas contadas a partir de este instante. El plazo es determinable, en cambio, cuando aun sin haberse expresado la oportunidad de su vencimiento se proporciona un índice referencial cuya aplicación permite establecer con precisión el momento del vencimiento o cuando se deja librada la fijación del plazo a un tercero⁽⁶¹⁾.

Debe agregarse que el plazo establecido por el proponente no tiene que ser congruente con la naturaleza del negocio que se ofrece, si no lo es la oferta caduca igualmente a su vencimiento, sin que el destinatario pueda impugnarlo; la aceptación emitida dentro de un plazo razonable, acorde con las circunstancias, pero vencido el plazo otorgado por el proponente, es ineficaz. Lo mismo ocurre cuando el plazo no es posible como sucedería si se expresa que la oferta debe ser aceptada no más tarde que ayer. En tal caso debe considerarse que la propuesta carece de eficacia jurídica⁽⁶²⁾ pero en ningún caso creemos que pueda pretenderse que la oferta es eficaz y se transforma en una de plazo indeterminado.

(56) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.83.

(57) MIRABELLI, Giuseppe. Op.cit.; p.83; GALGANO, Francesco. Op.cit.; p.220.

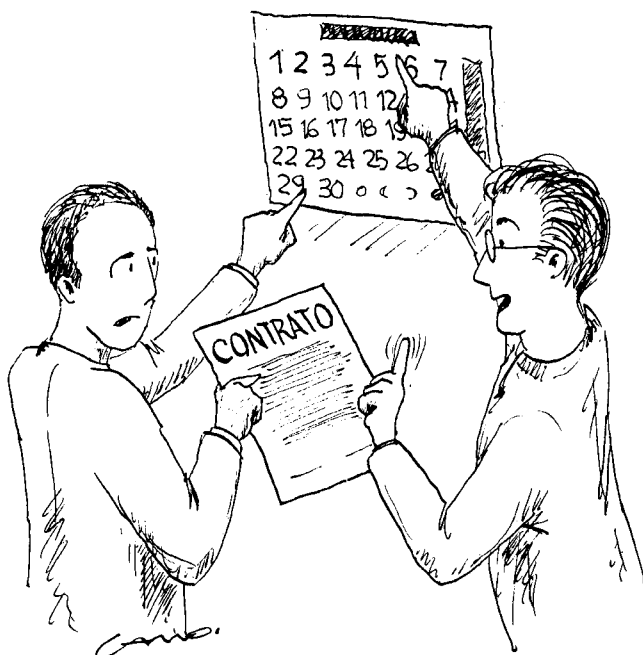
(58) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol.III. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1984. p.269; PEREGO, Enrico. *I Vincoli Preliminari e Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. p.152.

(59) GALGANO, Francesco. Op.cit.; p.220; BIANCA, Massimo. *Il Contratto...*Op.cit.; p.271.

(60) DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios*_Op.cit.; Tomo I. p.183.

(61) Loc.cit.

(62) Ibid.; Tomo I. p.184.



Finalmente, el cómputo de los plazos debe realizarse con arreglo a las normas que proporciona el artículo 183 del Código civil.

El plazo de la oferta es indeterminado cuando no ha sido establecido por el proponente o cuando el que ha establecido no es determinado o determinable. En estos casos, la ley se encarga de proporcionarnos las reglas que permiten llenar la omisión o el defecto de la oferta. El inciso 1 del artículo 1385 del Código civil, prevé el caso de la oferta formulada entre presentes. Según dicha disposición, la oferta caduca si no contiene plazo fijo y no es “seguidamente aceptada”. Este precepto nos parece acertado si se interpreta de una manera coherente y flexible. Lo primero que hay que indicar con respecto a él es que no establece un plazo determinado; ni siquiera un plazo objetivamente determinable en el sentido ya explicado. Y no puede ser de otra manera porque es imposible establecer una regla objetiva, rígida, que haría inaplicable la solución a todos los casos concretos que pueden presentarse.

“Seguidamente” significa inmediatamente, al momento, en el instante. Sin embargo, esta expresión no debe interpretarse literalmente en todos los casos. Debe entenderse que la norma contempla un plazo acorde con las circunstancias en que se hallan el

proponente y el destinatario, y en atención a la naturaleza, magnitud y complejidad del contrato que se ofrece, de tal manera que el destinatario disponga de un plazo no menor pero tampoco mayor que aquel que razonablemente le permita evaluar la conveniencia o inconveniencia de contratar en los términos ofrecidos. Es evidente que todo requiere de una apreciación razonable que, en el caso de discrepancia deberá ser hecha por el juez.

El inciso 2 del artículo 1385 se ocupa de la oferta hecha entre ausentes. La oferta caduca en este caso cuando transcurre infructuosamente el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente. Este plazo al igual que el referido por el inciso 1 del que ya hemos hablado, es determinable por el juez, en caso de discrepancia pero en todo caso con recurso al criterio establecido por la norma.

El precepto señala, en efecto, que el tiempo que ha de considerarse a los efectos de la comunicación es aquel que tome el medio utilizado por el proponente al remitir su oferta. Consideramos que esta solución no es del todo adecuada pues peca de incompleta. Obsérvese que el artículo 1378 fulmina con ineficacia la aceptación que no observe la forma exigida por el proponente, así que podría ocurrir que la forma exigida por el oferente para la aceptación demandara un mayor tiempo que el medio utilizado por éste, lo cual significaría que de no seguirse esa forma la aceptación sería ineficaz por disposición del artículo 1378; pero de seguir las instrucciones del proponente, la oferta caducaría por ser extemporánea. Imagínese que Ticio envía a Cayo un fax formulándole una propuesta que no contiene plazo determinado o determinable pero exigiendo que la aceptación se haga por correo certificado. Si Cayo acepta la oferta mediante fax, de conformidad con el artículo 1378 la aceptación no tiene efectos. Si la aceptación se produce por carta, la oferta caduca por aplicación del inciso 2 del artículo 1385, considerando que el correo es un medio muchísimo más lento que el utilizado por Ticio (fax). Consecuentemente para sortear este eventual inconveniente, debe interpretarse, en armonía con el artículo 1378, que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la

respuesta a conocimiento del oferente por el medio de comunicación exigido en la oferta o en su defecto por el mismo medio utilizado por éste. Podría también interpretarse para llegar al mismo resultado que cuando el oferente exige una forma específica para despachar la aceptación y no indica plazo, el oferente está concediendo tácitamente un plazo mínimo determinable consistente en el que se requiera para cumplir con tal exigencia.

Dentro del mismo orden de ideas, si el proponente utiliza un medio de comunicación para formular su oferta cuya duración no permite la aceptación dentro de ese plazo, debe entenderse que el plazo del que

dispone el destinatario es el mínimo razonable para considerarla y responder por el mismo medio de comunicación. Por ejemplo, si el proponente comunica su oferta por fax (medio que produce la transmisión de la comunicación, digamos en tres minutos), el tiempo que toma ese medio de comunicación es tan breve que nunca podría aceptar el destinatario pues de aplicar literalmente la norma el plazo debería entenderse vencido con sólo leer la oferta. En supuestos como éste debe entenderse que el plazo de que dispone el destinatario es el mínimo razonable para que se entere de la propuesta y proceda a transmitir su aceptación de inmediato. 𐄂