

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

# EL CONTRATO EN GENERAL

COMENTARIOS A LA SECCION PRIMERA  
DEL LIBRO VII DEL CODIGO CIVIL



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XI  
PRIMERA PARTE-TOMO II



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1991

El autor, Manuel de la Puente y Lavalle, escribió en marzo de 1979 su libro titulado "Estudios sobre el contrato privado", cuya finalidad fue proponer las modificaciones que, en su opinión, era aconsejable introducir en la Sección Cuarta del Libro Quinto del Código civil peruano de 1936, referente a los contratos en general.

La presente obra, si bien cubre el mismo campo, tiene una finalidad distinta pues está orientada a comentar, uno a uno, los artículos comprendidos en la Sección Primera del Libro VII del Código civil peruano de 1984, que versa también sobre los contratos en general.

Esto determina que la técnica de ambos libros sea completamente diferente, aun cuando no es posible desconocer la vinculación entre ellos. Podría decirse que el primero marca los pasos del segundo y que éste analiza los frutos de aquél.

El autor es Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código civil de 1936.

## EL CONTRATO EN GENERAL



Manuel de la Puente y Lavalle

## EL CONTRATO EN GENERAL

### Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil

PRIMERA PARTE  
(Artículos 1351 a 1413)

Tomo II

BIBLIOTECA  
PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1991

Primera edición, agosto de 1991. 2,500 ejemplares

*Cubierta:* Grabado de Honoré Daumier

El Contrato en General  
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo II)

Copyright © 1991 por Fondo Editorial de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel. Lima, Perú. Tlfs: 626390, 622540, Anexo 220

*Derechos reservados*

Prohibida su reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú — Printed in Peru

# INDICE SUMARIO

## TOMO II

*Págs.*

### *Artículo 1362.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	19
2).- Sentido del artículo 1362 .....	21
3).- La buena fe.....	23
- Concepto .....	27
- Buena fe subjetiva .....	30
- Buena fe objetiva .....	34
- ¿Es la buena fe una concepción unitaria? .....	34
- ¿Es la buena fe un principio jurídico? .....	39
- Buena fe y mala fe .....	40
- Normatividad.....	42
- Irrenunciabilidad .....	43
- Prueba de la buena fe.....	43
- Sanción por no actuar con buena fe.....	44
- Figuras similares.....	46
4).- La común intención .....	47
5).- La negociación .....	48
- Campo de las negociaciones.....	48
- Inobligatoriedad de las tratativas .....	53
- Clase de buena fe .....	54
- Deberes de los tratantes.....	58
- a).- Deber de información .....	59
- b).- Deber de claridad.....	60
- c).- Deber de secreto .....	60
- d).- Deber de custodia.....	60

– Rotura injustificada de las tratativas .....	61
– Causa de la responsabilidad .....	62
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual .....	64
– a).- Tesis de IHERING.....	64
– b).- Tesis de FAGELLA .....	65
– c).- Tesis de SALEILLES .....	67
– 1).- Posición contractualista .....	68
– 2).- Posición extracontractualista .....	69
– 3).- Posición personal .....	71
– Medida del daño .....	76
– Efectos de la conclusión del contrato .....	78
6).- La celebración .....	79
– Campo de la celebración .....	79
– Clase de buena fe .....	80
– Deberes de los contratantes .....	82
– a).- Deber de exactitud .....	82
– b).- Deber de claridad .....	82
– c).- Deber de investigación.....	83
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad contractual .....	83
7).- La ejecución .....	84
– Clase de buena fe .....	85
– Efectos de la buena fe.....	88
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad postcontractual.....	89
Bibliografía del artículo 1362.....	91

### *Artículo 1363.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	101
2).- Fundamento de la relatividad del contrato .....	102
3).- Efectos del contrato .....	106
4).- Partes del contrato.....	109
5).- Los herederos de las partes.....	111
– Excepciones .....	115
– a).- Derechos y obligaciones no transmisibles.....	117
– b).- Derechos y obligaciones inherentes a la persona .....	118

- c).- Mandato de la ley .....	120
- d).- Estipulación contractual .....	120
6).- Los terceros.....	121
7).- La oponibilidad del contrato.....	122
Bibliografía del artículo 1363.....	126

#### *Artículo 1364.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	131
2).- Contenido del artículo 1364.....	131

#### *Artículo 1365.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	135
2).- Contratos de ejecución continuada.....	136
3).- Falta de plazo determinado .....	138
4).- Finalización del contrato unilateralmente .....	139
- Naturaleza .....	140
- Inderogabilidad .....	141
- Irretroactividad .....	142
5).- El preaviso .....	143
6).- Resolución de pleno derecho .....	144
Bibliografía del artículo 1365.....	145

#### *Artículo 1366.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	148
2).- Breve glosa al artículo 1366.....	149
3).- Adquisición de derechos reales .....	149

4).- Prohibiciones .....	150
– Presidente de la República, etc. ....	150
– Los Prefectos y demás autoridades políticas .....	151
– Los funcionarios y servidores del Sector Público .....	151
– Magistrados judiciales, etc.....	152
– Los miembros del Ministerio Público.....	154
– Los abogados .....	154
– Los albaceas .....	155
– Administradores de bienes ajenos.....	156
– Los agentes mediadores de comercio, etc.....	157
5).- Persona interpuesta .....	158
6).- Falta de legitimación .....	158
7).- Efectos de la prohibición .....	159
Bibliografía del artículo 1366.....	161

*Artículo 1367.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	163
2).- Alcances de la prohibición .....	163
Bibliografía del artículo 1367.....	165

*Artículo 1368.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	167
2).- Vigencia de las prohibiciones .....	167

*Artículo 1369.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	169
2).- Excepciones a las prohibiciones.....	169

### *Artículo 1370.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	171
2).- Razón de ser de los artículos 1370, 1371 y 1372 .....	172
- Rescisión .....	172
- Resolución.....	173
- Diferencias de rescisión y resolución .....	174
3).- Concepto de rescisión .....	175
4).- Diferencia entre la rescisión y la anulación .....	177
5).- Efectos de la rescisión .....	180
6).- El carácter de la acción rescisoria .....	183
Bibliografía del artículo 1370.....	184

### *Artículo 1371.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	187
2).- Concepto de resolución .....	187
3).- Efectos de la resolución .....	190
4).- Mutuo disenso .....	194
5).- Carácter de la acción resolutoria .....	195
Bibliografía del artículo 1371.....	196

### *Artículo 1372.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	197
2).- Retroactividad de la rescisión .....	197
3).- Irretroactividad de la resolución .....	198
4).- Disposición o pacto en contrario.....	200

5).- Derechos de terceros.....	200
Bibliografía del artículo 1372.....	202

## TITULO II

### *El consentimiento*

Preliminar.....	205
Bibliografía de El consentimiento.....	209

#### *Artículo 1373.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	211
2).- La oferta .....	212
- Requisitos de la oferta.....	213
a).- Que sea completa.....	213
b).- Que contenga la intención de contratar.....	214
c).- Que sea conocida por el destinatario.....	215
d).- Que contenga la determinación del oferente .....	215
e).- Forma de la oferta.....	216
- Naturaleza jurídica de la oferta .....	217
a).- Opinión en favor de que es acto jurídico .....	217
b).- Opiniones respecto a que no es acto jurídico .....	218
c).- Posición personal .....	220
- Carácter recepticio de la oferta .....	223
- Momento de perfeccionamiento de la oferta.....	227
- Oferta con término inicial.....	228
- Oferta condicionada .....	229
- Manifestación de la oferta .....	230
- Oferta con pluralidad subjetiva .....	232
- Cesión de la oferta .....	233
- Oferta "sin compromiso" .....	234
3).- La aceptación.....	234
- Requisitos de la aceptación .....	235
a).- Que sea congruente con la oferta .....	235

– b).- Que sea oportuna .....	236
– c).- Que sea dirigida al oferente.....	236
– d).- Que contenga la intención de contratar.....	237
– e).- Que guarde la forma requerida .....	237
– Naturaleza jurídica de la aceptación.....	237
– Carácter recepticio de la aceptación.....	238
– La aceptación en los contratos solemnes.....	240
– Carácter individual de la aceptación .....	240
– La aceptación "en general".....	240
– Aceptación condicional .....	241
– Manifestación de la aceptación .....	243
– Existencia de la aceptación .....	244
– El silencio .....	244
– Rol de la aceptación .....	247
4).- Los llamados contratos entre presentes .....	249
5).- Los llamados contratos entre ausentes .....	250
– Teoría de la cognición .....	252
– Teoría de la recepción .....	255
– Posición del Código civil .....	256
6).- Momento de formación del contrato .....	260
7).- Lugar de formación del contrato .....	263
8).- Carácter del artículo 1373 .....	265
Bibliografía del artículo 1373.....	266

#### *Artículo 1374.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	275
2).- Declaraciones contractuales .....	276
3).- Dirección del destinatario.....	278
4).- Carácter de la consideración de conocimiento.....	279
5).- Imposibilidad de conocer sin culpa del destinatario.....	284
Bibliografía del artículo 1374.....	286

### *Artículo 1375.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	289
2).- Plazo de la aceptación .....	290
Bibliografía del artículo 1375.....	292

### *Artículo 1376.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	293
2).- Cuestionamiento del artículo 1376.....	294
3).- Declaración tardía .....	298
4).- Declaración no conforme a la oferta .....	299
5).- Rechazo de la oferta.....	299
6).- La contraoferta .....	301
7).- El aviso de eficacia .....	303
8).- Aceptación parcial .....	305
Bibliografía del artículo 1376.....	307

### *Artículo 1377.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	309
2).- Ofertas alternativas .....	309
Bibliografía del artículo 1377.....	312

### *Artículo 1378.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	313
---	-----

2).- Atingencia al artículo 1378 .....	314
3).- Forma requerida por el oferente .....	314
4).- Consecuencia de la inobservancia de la forma .....	316
5).- Liberación por el oferente.....	317
Bibliografía del artículo 1378.....	319

*Artículo 1379.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	321
2).- Ofertas cruzadas.....	321
Bibliografía del artículo 1379.....	326

*Artículo 1380.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	327
2).- Inicio de ejecución.....	328
3).- Supuestos de aplicación del artículo 1380 .....	333
- Solicitud del oferente .....	334
- Naturaleza de la operación.....	335
- Los usos.....	336
4).- Efectos del inicio de ejecución.....	336
5).- Momento y lugar de formación del contrato .....	337
6).- El aviso del inicio de ejecución .....	338
Bibliografía del artículo 1380.....	340

*Artículo 1381.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	343
---	-----

2).- El silencio circunstanciado .....	344
3).- La dispensa del oferente .....	346
4).- Costumbre de no aceptar expresamente .....	348
5).- La invitación a ofrecer .....	349
6).- El aviso de rehusamiento.....	351
7).- La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer .....	351
Bibliografía del artículo 1381.....	353

### *Artículo 1382.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	355
2).- Sistema adoptado por el Código civil.....	356
3).- Obligatoriedad de la oferta.....	357
– Policitación y oferta .....	358
– Efectos de la obligatoriedad .....	359
– Plazo de la oferta .....	361
4).- Excepciones a la obligatoriedad .....	363
– Términos de la oferta .....	363
– Naturaleza de la operación.....	364
– Circunstancias del caso .....	364
– Efectos de las excepciones .....	365
Bibliografía del artículo 1382 .....	368

### *Artículo 1383.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	371
2).- Autonomía de la oferta .....	372
– Naturaleza de la autonomía de la oferta .....	375
– Fundamento de la autonomía de la oferta .....	375
3).- Muerte o incapacidad sobreviniente del oferente.....	376

4).- Obligación de los herederos o representantes legales .....	378
- Actitud del destinatario de la oferta .....	380
5).- Intransmisibilidad de la oferta .....	381
Bibliografía del artículo 1383.....	382

*Artículo 1384.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	383
2).- Revocación de la oferta.....	383

*Artículo 1385.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	385
2).- Caducidad de la oferta .....	386
3).- Comunicación inmediata .....	388
4).- Falta de comunicación inmediata.....	391
5).- Retracción del oferente .....	394
Bibliografía del artículo 1385.....	398

*Artículo 1386.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	401
2).- Retracción del aceptante .....	401
Bibliografía del artículo 1386.....	404

*Artículo 1387.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	405
---	-----

2).- Muerte o incapacidad del destinatario .....	406
3).- Muerte o incapacidad del aceptante .....	408
4).- Retracción de la aceptación por los herederos o representantes legales del aceptante.....	409

### *Artículo 1388.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	411
2).- La oferta al público .....	412
- Maneras de la oferta al público .....	415
- Naturaleza de la oferta al público .....	415
- Perfeccionamiento de la oferta al público .....	420
- Efectos de la oferta al público .....	422
- Retracción de la oferta al público .....	423
- Irrevocabilidad de la oferta al público .....	424
3).- La invitación a ofrecer .....	425
- Modalidades de la invitación a ofrecer .....	425
- Caso de la oferta al público .....	426
- Revocación de la invitación a ofrecer.....	427
4).- La promesa al público .....	428
Bibliografía del artículo 1388.....	430

### *Artículo 1389.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	433
2).- La subasta .....	434
- Clases de subasta .....	436
- Naturaleza de la subasta .....	436
- Carácter de las declaraciones .....	443
- Irrevocabilidad de las posturas .....	443
- Vicisitudes de las posturas .....	444
3).- La celebración del contrato .....	444
Bibliografía del artículo 1389.....	447

**Artículo 1362.-** *Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Sentido del artículo 1362.
- 3.- La buena fe.
- 4.- La común intención.
- 5.- La negociación.
- 6.- La celebración.
- 7.- La ejecución.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Los artículos 5 y 10 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:

**Artículo 5.-** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

**Artículo 10.-** En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe.

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a

satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada.

Por las razones expuestas en el comentario al artículo 1361, la primera Ponencia sustitutoria dio un tratamiento distinto al tema de la obligatoriedad del contrato, lo cual determinó que se modificara el artículo 5 de la Ponencia original, agregándose un nuevo artículo vinculado exclusivamente a la buena fe. La consecuencia de estos cambios fue que los artículos 6 y 14 de esta Ponencia y de la segunda Ponencia sustitutoria tuvieran el tenor siguiente:

**Artículo 6.-** Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

**Artículo 14.-** La ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.

En la tercera Ponencia sustitutoria se introdujeron algunos cambios, con el siguiente resultado:

**Artículo 10.-** En el desarrollo de las negociaciones previas a la celebración del contrato las partes deben comportarse de buena fe.

**Artículo 11.-** La ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.

**Artículo 15.-** Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

En la cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y en el Anteproyecto se unificaron los artículos 10 y 11, quedando un solo artículo con la siguiente redacción:

**Artículo 11.-** En el desarrollo de las negociaciones previas a la celebración del contrato las partes deben comportarse de buena fe.

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.

El artículo 15 quedó igual.

En el primer Proyecto, el citado artículo 11 conservó su tenor, siendo signado con el número 1380, y en el artículo 15, que llevó el número 1384, se agregó la frase "con salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho", con evidente alusión al inciso 12 del artículo 2º de la Constitución.

En el artículo 1380 del Anteproyecto de la Comisión Revisora se modificó el artículo 1380 del primer Proyecto, dándole la siguiente redacción:

**Artículo 1380.-** Quien de mala fe rompe las negociaciones previas a un contrato está obligado a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.

El artículo 1384 conservó el tenor del artículo 1384 del primer Proyecto.

El segundo Proyecto, como se ha visto en el comentario al artículo 1361, volvió en su artículo 1327 al texto del artículo 5 de la Ponencia original. Se suprimió el artículo 1380 del Anteproyecto de la Comisión Revisora.

El artículo 1362 del Código civil agregó al texto del artículo 1384 la palabra "negociarse" y suprimió la frase final que decía "con salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho".

## 2).- SENTIDO DEL ARTICULO 1362.-

Las tribulaciones de este artículo, que se reflejan en la recapitulación hecha en el rubro anterior, están referidas, no tanto al tema de la buena fe, que ha sido tratado con cierta uniformidad

en todos los textos citados, sino a la problemática de la responsabilidad por ruptura de las negociaciones.

De lo expuesto en las respectivas Exposiciones de Motivos de la Ponencia original, de la cuarta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto trasciende que su autor, Max ARIAS SCHREIBER, quiso regular legislativamente la etapa previa al contrato en la cual los interesados están negociando sin oferta ni compromiso de voluntad y los alcances de la responsabilidad precontractual.

Entiendo, por lo que recuerdo, que la Comisión Revisora miró con recelo la introducción de una responsabilidad de esta naturaleza por considerar que iba a entorpecer la libertad que debe existir en el periodo de las negociaciones.

Finalmente, dicha Comisión aceptó incorporar dentro de las fases contractuales en las que se aplica el principio de la buena fe a las negociaciones, adoptando una fórmula similar a la del artículo 1337 del Código civil italiano, según el cual "las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe".

Hay que dar, pues, al artículo 1362 del Código civil el sentido de una solución de compromiso, que sin admitir abiertamente que la ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resulten, permita indirectamente, y con mayor flexibilidad, sancionar a quien negocia de mala fe.

Esta solución, si bien constituye un gran paso adelante en la admisión de la responsabilidad precontractual, no resuelve el problema (como tampoco lo resuelve el Código civil italiano) de la naturaleza de esta responsabilidad.

Trataré en el presente comentario analizar dicho problema, a la vez que estudiar la manera en que el concepto de la buena fe juega su rol en las tres etapas de *iter* contractual, o sea en la negociación, en la celebración y en la ejecución del contrato.

Para ello, considero que el sistema más adecuado es estudiar primero el concepto de la buena fe y sus distintas manifestaciones, para luego aplicar la manifestación que corresponda a cada etapa de la formación del contrato y al cumplimiento de la relación jurídica creada por éste.

### 3).- LA BUENA FE.-

Creí candorosamente al preparar este comentario que el tratamiento de la buena fe no me iba a plantear mayores problemas. La buena fe es un concepto que manejamos con tanta facilidad y lo aplicamos a tantas situaciones dispares entre sí, que, quizá por lo mismo, presumía su sencillez. ¡Qué equivocado estaba!

En su muy útil "Índice Alfabético de Materias del Código civil"<sup>(1)</sup> SCHULZ nos señala que hay 34 artículos del Código civil en los cuales se menciona la buena fe, distribuidos a lo largo de los Libros relativos a los Derechos de acto jurídico, de familia, de sucesiones, reales, de obligaciones y contratos y de registros públicos. ¿Pero se están refiriendo todos estos artículos a lo mismo? ¿Es igual la buena fe del segundo cónyuge del bigamo, a la del poseedor que hace suyos los frutos y a la del que hace un pago indebido? Aun en un mismo tema, ¿tiene el mismo carácter la buena fe del que negocia un contrato de la del que lo celebra?

No puedo, en este momento del comentario, dar respuesta a tales preguntas. Considero que debemos conocer previamente muchos aspectos de la buena fe que quizá nos han pasado desapercibidos.

#### *Concepto.-*

No es fácil ordenar la presentación del tema porque, de un lado, todavía no sabemos si es que hay una concepción unitaria de buena fe, con diversos matices o versiones, o si hay varias clases de buena fe, de naturaleza diferente y unidas simplemente por un nombre común y, de otro lado, necesitamos definir si se trata de un principio jurídico o simplemente de un standard jurídico.

Pienso que, aun a riesgo de tropezar con dificultades conceptuales, posiblemente la mejor aproximación es revisar el concepto que tiene la doctrina sobre la buena fe para, de allí, orientarnos sobre el camino a seguir.

Quizá donde existe consenso es que la buena fe, como dice FERREIRA<sup>(2)</sup>, es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT<sup>(3)</sup>, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que "la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo".

Este origen de la buena fe determina que su definición jurídica adolezca de cierta imprecisión.

Se dice, así, que buena fe es la "ausencia de dolo o mala fe" (BONFANTE)<sup>(4)</sup>, la "honesta convicción" (WINDSCHEID)<sup>(5)</sup>, la "honradez" (TUHR)<sup>(6)</sup>, la "voluntad sincera, leal y fiel" (GORPHE)<sup>(7)</sup>, la "sinceridad y lealtad" (GHESTIN)<sup>(8)</sup>, el "deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad" (CORNU)<sup>(9)</sup>, "la ausencia de fines ulteriores ocultados a la contraparte y que le son dañinos" (MICCIO)<sup>(10)</sup>, la "obligación de obrar como hombre honrado y consciente" (PLANIOL y RIPERT)<sup>(11)</sup>.

Por otro lado, la remisión a los antecedentes romanísticos nos permite conocer que la *fides* y la *bona fides* llevan consigo la idea de "fidelidad" <sup>(12)</sup>. Posteriormente, el pensamiento cristiano aportó la idea de la "veracidad", que fue matizada por la de la "caridad". Finalmente, el comercio jurídico de nuestro tiempo agregó el ingrediente de los "usos sociales", con un fuerte énfasis en el solidarismo económico.

Vemos, pues, que si bien en todas estas definiciones y antecedentes hay un denominador común de que la buena fe es algo loable, con raigambre ética, no llega a saberse su verdadero contenido, ya que nos estamos perdiendo en una vaguedad de nociones, en el "cielo de conceptos jurídicos" de que nos habla IHERING. Pienso que si, como se ha visto anteriormente, la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana, sino a través de la manera como se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo, tangible.

En este sentido la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo (ya estudiaremos posteriormente si estos dos sentidos obedecen a que hay dos clases de buena fe o solamente dos vertientes de una concepción unitaria de buena fe): en sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen (adquirente, poseedor, cónyuge del bígamo), por lo cual se le llama buena fe creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él), lo que determina que se le denomine buena fe-lealtad.

Es cierto que existen otras clasificaciones, como la de DIEZ-PICAZO ("idea de buena fe" y "principio general de la buena fe"), GORPHE (buena fe "legítima", "leal" e "inocente"), BETTI ("ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el Derecho", "creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima a la contraparte", "lealtad en las gestiones para la conclusión del contrato y también como conducta correcta una vez concluido" y "activa cooperación en interés ajeno"), de los MOZOS ("ob-causante" y "sub-legitimante"), TUHR ("fe en el derecho del enajenante", "fe del deudor en el derecho del acreedor", "fe en la posición jurídica de la contraparte", "fe en la validez del negocio jurídico" y "fe en el derecho propio") y otras más, pero todas ellas pueden conducirse, en el fondo, con más o menos elaboración, a los sentidos de buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta<sup>(13)</sup>, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, o sea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió (\*).

Determinar si este elemento común a los dos sentidos de buena fe es suficiente para sustentar una concepción unitaria de la buena fe o si se trata de una coincidencia accidental que no priva la independencia conceptual de ambos, sólo podrá efectuarse, creo, después de haber analizado más detenidamente las características de cada uno de ellos.

Empero, de poco nos ha valido saber como el ordenamiento jurídico positivo ha recibido y regulado el elemento de la vida de relación humana que constituye la buena fe para establecer el concepto de ésta. Sigue la duda respecto a qué es realmente el principio de la buena fe ¿es ausencia de dolo o culpa? ¿es honradez? ¿es sinceridad? ¿es colaboración? ¿es fidelidad? ¿es veracidad? ¿es moralidad? Realmente parece ser todo ello junto, tan es así que, con diversos matices, se presentan tanto en la buena fe objetiva como en la buena fe subjetiva, pero quizá podamos alcanzar una precisión mayor después de haber hecho el análisis propuesto en el párrafo anterior.

---

(\*) Obsérvese que el concepto de honradez juega un rol, aunque distinto, en ambos sentidos de la buena fe. Esto puede determinar que exista otro elemento de acercamiento entre ellos, tan es así que TUHR<sup>(14)</sup> sostiene que la buena fe-creencia representa "honradez subjetiva" y la buena fe-lealtad representa las "reglas objetivas de honradez", para agregar "así, del concepto moral de honradez brotan ... dos diversos conceptos jurídicos".

### **Buena fe subjetiva.-**

Posiblemente lo mejor para formarse un concepto de buena fe-creencia es revisar algunas definiciones dadas por la más especializada doctrina sobre el tema. Comprendo que esta revisión va a alargar considerablemente el desarrollo del tema, desnaturalizando quizá el carácter exegético de este trabajo, pero creo que es indispensable para conocer el tema que estoy analizando.

GHESTIN<sup>(15)</sup> nos dice que "es un simple *estado psicológico*, una creencia (ésta es la buena fe) o, a la inversa, el conocimiento de un hecho (ésta es la mala fe)".

En sentido similar, MORELLO<sup>(16)</sup> habla de "un estado psicológico que el marco jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir, para lo cual se verificará la determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención del participante".

Por su parte, LOI y TESSITORE<sup>(17)</sup> consideran que en la acepción subjetiva, poniéndose el acento sobre el estado psicológico del sujeto agente, "la buena fe viene generalmente individuada en la convicción o persuasión de actuar de manera conforme a la ley y de no vulnerar cualquier otro derecho".

Puede observarse que este grupo de definiciones tiene el común denominador de entender la buena fe simplemente como un "estado psicológico" que determina una creencia. Dicha posición se inspira en el pensamiento de WACHTER, pandectista alemán del siglo XIX, para quien la buena fe es un hecho psicológico consistente siempre en una opinión, basada en una creencia errónea, sea de la naturaleza que fuere<sup>(18)</sup>.

Otro pandectista alemán del mismo siglo, BRUNS, piensa, en cambio, que la buena fe responde a un contenido ético que se materializa en que ha de descansar en una creencia no culposa<sup>(19)</sup>. No todo error provoca la buena fe, pues para que ésta exista el error debe ser excusable<sup>(20)</sup>.

BONFANTE<sup>(21)</sup> avanzó algo más en el camino de fundamen-

tar el contenido ético de la buena fe al considerar que ésta lleva consigo una ausencia de dolo o mala fe.

Hay que tener presente que no debe considerarse, como algunos lo hacen, que el planteamiento de WACHTER es aplicable a la buena fe subjetiva y los de BRUNS y BONFANTE a la buena fe objetiva, pues todos ellos parten del elemento psicológico de la creencia que es propio de la buena fe subjetiva, añadiéndole los segundos simplemente un ingrediente ético.

Recogiendo esta línea de pensamiento, FERREIRA<sup>(22)</sup> señala que la "buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma", agregando que esta buena fe "resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica".

Asimismo, PUIG BRUTAU<sup>(23)</sup> estima que "la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico", añadiendo enseguida que "se trata de un estado psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. La norma aplicable será elegida a través de la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención personal del sujeto".

De los MOZOS<sup>(24)</sup> aporta un nuevo elemento sumamente atractivo pues, citando a ALAS, de BUEN y RAMOS, precisa el campo de actuación de la buena fe diciendo que "en el derecho la buena fe es también creencia, como en la moral; más aquella creencia distínguese de ésta en la norma que preside; mientras la buena fe en la moral se funda en la obediencia al precepto que nos manda ser buenos y puros; en el derecho se funda en la

convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas, de no haber realizado una injusticia”.

Otro aspecto de gran interés es si la buena fe subjetiva debe referirse a la creencia del sujeto sobre su propia situación o si cabe también respecto a la persona con la que se relaciona.

Al respecto, dice de los MOZOS<sup>(25)</sup> que “la buena fe subjetiva se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o efectos de la relación misma.... Refiriéndose a la conciencia del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho... El otro campo de actuación de la buena fe se funda en la *apariencia* jurídica, es decir, la creencia o error no se refiere a la situación propia, sino a aquella persona con la que el sujeto que se beneficia de la buena fe se relaciona”.

Por último, debe tenerse presente que la buena fe subjetiva es la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia<sup>(26)</sup>. Como dice BETTI<sup>(27)</sup>, “la buena fe debe ser ignorancia, pero, también, ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal”.

Pese a que la opinión mayoritaria de la doctrina se orienta a que, en el caso de la buena fe subjetiva, la creencia del sujeto debe ser producto de un error, no llego a compartir este parecer pues pienso que ello es irrelevante, desde que lo que interesa es la existencia de la creencia y no del error. Si yo, confiando en que la declaración del oferente corresponde a su voluntad, celebro el contrato, es indiferente si hay o no dicha correspondencia, pues el contrato se habrá celebrado, según la teoría de la confianza, porque yo creí en la declaración del oferente, cualquiera que, en realidad, haya sido la correspondencia de esta declaración con su voluntad. En otras palabras, no interesa si la declaración del oferente corresponde o no a su voluntad sino que yo haya creído en la declaración. Lo mismo ocurre en el caso del poseedor, quien hace suyos los frutos exclusivamente por serlo de buena fe, cualquiera que fuere la bondad de su título.

Conjugando todas estas ideas, puede decirse que la buena fe subjetiva tiene las siguientes características:

- a).- Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.
- b).- Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.
- c).- La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.
- d).- En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.
- e).- La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.
- f).- La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.
- g).- El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

### ***Buena fe objetiva.-***

Para llegar al concepto de esta buena fe voy a adoptar el mismo procedimiento seguido en el caso de la buena fe subjetiva, o sea formarnos un juicio de situación a base de las definiciones de la doctrina especializada. Repito que soy consciente de los peligros de este camino.

FERREIRA<sup>(28)</sup> dice que "buena fe probidad es la conducta en el obrar, proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarlo y sin pretender hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor".

GHESTIN agrega que en su aspecto objetivo "la buena fe expresa una referencia a un valor exterior y superior a la psicología de un contratante".

Por su parte, TRABUCCHI<sup>(29)</sup> considera que la corrección es un estilo moral de la persona que implica un espíritu de lealtad, hábito viril de firmeza, claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales. Tal corrección corresponde al deber de comportarse de manera tal que no se perjudique los intereses ajenos fuera de los límites establecidos por la tutela legítima de los intereses propios.

MESSINEO<sup>(30)</sup> nos habla de que la "observancia de la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato".

Vemos, pues, que la buena fe objetiva tiene un marcado sabor ético, que justifica la lealtad.

Otro aspecto muy interesante del problema es el referente al criterio que debe adoptarse para juzgar la conducta del sujeto.

Sobre el particular, nos dice PUIG BRUTAU<sup>(31)</sup> que en sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto, agregando que "en este caso se trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio objetivo de valoración, un standard o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales".

En sentido parecido, SPOTA<sup>(32)</sup> recuerda que en el derecho alemán se dice que "el concepto de la culpa debe darse sobre la base de lo que no har a el comerciante honesto y cumplidor, es

decir aquél que se conduce con buena fe, con lealtad, con probidad. No queremos con ello decir que se trata del hombre excelso. Se trata del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquel que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosímilmente ha entendido o pudo entender”.

DIEZ-PICAZO y GULLON<sup>(33)</sup>, por su parte, consideran que “la buena fe es lo que se ha llamado un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”. Es interesante destacar que estos autores se refieren a la buena fe según la cual deben ejercitarse los derechos y cumplirse las obligaciones, que es, generalmente, una buena fe objetiva, tan es así que a continuación manifiestan que el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico, con lo que están aludiendo, sin duda, a la buena fe-lealtad<sup>(\*)</sup>.

El ya citado GHESTIN<sup>(34)</sup> expresa que la buena fe objetiva traduce una exigencia de comportamiento que hace pensar en los “buenos y leales usos” del comercio, o en las “buenas costumbres comerciales”.

Sin embargo, FERREIRA<sup>(35)</sup> piensa que la buena fe es un principio general y no un mero standard jurídico, encontrando la diferencia esencial en la normatividad propia del primero, de la que

---

(\*) Comentando el artículo 7 del nuevo Título Preliminar del Código civil español, según el cual los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (que es la norma que juzgan DIEZ-PICAZO y GULLON en el texto), BATLLE<sup>(36)</sup>, después de referirse a los dos sentidos que la expresión buena fe tiene en el orden jurídico, o sea a la buena fe subjetiva y a la buena fe objetiva, dice que es a esta segunda acepción de regla de conducta exigible, según los criterios sociales y morales dominantes, a la que sin duda se refiere el precepto que comenta, relativo al ejercicio de los derechos.

carece el segundo. "Tomemos, dice, un standard jurídico indiscutible como es el del *hombre medio*. ¿Surgen de este concepto obligaciones concretas? Obviamente no. ¿Puede generar normas? No. Simplemente indica el molde en el que han de volverse las conductas concretas. Tomemos ahora un principio general, la buena fe o el enriquecimiento sin causa. ¿Generan normas? Sí, y no sólo eso sino también que en sí mismos son ya normas".

Me parece que un concepto no va necesariamente en contra del otro. La buena fe puede ser perfectamente un principio general, cuya aplicación, en el caso de la buena fe objetiva, se hace mediante la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico. Lo mismo ocurre, en el fondo, con el principio general de la protección a las buenas costumbres.

La buena fe objetiva, a semejanza de la buena fe subjetiva, se traduce en una conducta, pero en el caso de la buena fe objetiva es una conducta que se impone al sujeto y no el fruto de su creencia. Por eso, dicen LOI y TESSITORE<sup>(37)</sup> que la buena fe objetiva es una "regla de conducta" o un "criterio de evaluación de una conducta", como modelo abstracto. Esto no impide, continúan diciendo dichas autoras, que cuando se trata de analizar concretamente el comportamiento del sujeto se especifique la regla misma en una serie de obligaciones determinadas y determinables.

Por otro lado, a diferencia de la buena fe subjetiva, que generalmente se traduce en una atribución de derechos, la buena fe objetiva se caracteriza por la imposición de deberes<sup>(38)</sup>. Agrega MOSSET que "si la culpa es la falta de diligencia impuesta por el ordenamiento jurídico, sin que para otros sea la falta de previsión del evento, vemos que la buena fe excluye la posibilidad del actuar culposo".

Como en el caso de la buena fe subjetiva, voy a conjugar las ideas anteriormente expuestas sobre la buena fe objetiva para determinar las características de ésta.

- a).- Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

- b).- Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
- c).- Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.
- d).- Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.
- e).- El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.
- f).- El *standard* jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

### ***¿Es la buena fe una concepción unitaria?.-***

El análisis que se acaba de efectuar de los conceptos de buena fe subjetiva y de buena fe objetiva pone de manifiesto que se trata, en el primer caso, de una creencia subjetiva que induce a la persona a actuar de determinada manera y, en el segundo caso, de una regla objetiva que le impide actuar de una manera distinta a la prescrita por esta regla.

Resulta así difícil encontrar un criterio que permita afirmar que se trata de dos aspectos de un mismo principio. La razón parece llevarnos a abandonar la concepción unitaria de la buena fe <sup>(\*)</sup>.

Sin embargo, ¿por qué el legislador peruano unifica bajo una misma denominación dos conceptos tan diferentes? Esta pregunta tiene tanto mayor contenido cuanto que todos los ordenamien-

---

(\*) Después de analizar la problemática de la buena fe, esto es la posibilidad de aplicar un sistema orientador uniforme para resolver to-

tos jurídicos neolatinos siguen, con ligeras variantes, este criterio. ¿Obedece ello a una cómoda tradición de la idea rectora de la *fides* romana o hay algo más en el fondo?

Más por intuición que por lógica pienso que la denominación unitaria de la buena fe no obedece a un capricho, o a una simple inercia mental, sino que responde a un deliberado propósito.

Hemos visto que la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas. Mucho ha influído RIPERT<sup>(39)</sup> en mi convicción de que ese elemento de la vida humana es la moral, la cual, al ser recogida por el Derecho, tuvo que ser materia de un tratamiento especial a través de varios principios jurídicos, como los de las buenas costumbres y de la buena fe.

Respecto a las primeras, se ha examinado (supra, Tomo I, pág. 287) que ellas representan la moralidad referida a circunstancias de tiempo y de lugar. Sin embargo, la acción de la moral en el Derecho no se agota en las buenas costumbres, sino que encuentra un nuevo campo, quizá más fructífero, en la buena fe.

Cuando el legislador se vio en la necesidad de regular las situaciones jurídicas percibió que existía un imperativo que requería

---

dos los problemas que suscita, dice de los MOZOS<sup>(40)</sup>: "La conclusión de todo ello es que no sólo es imposible, por la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de la buena fe, ni siquiera, como hacen algunos autores distinguiendo la diversa función de la misma; porque a pesar de esas distinciones, no cabe esclarecer conceptos generales de los que, por vía de deducción, vayan a establecerse consecuencias particulares, sino una serie de criterios de orientación que requieren, en cada caso, una precisión distinta, según el contenido a que respondan y la posición que ocupen en relación con el ordenamiento, sensiblemente diferente, conforme a los tipos de organización técnica de la buena fe, y a su colocación en relación con las normas y las instituciones". Esto lleva a pensar a dicho autor que el concepto de buen fe tiene un carácter esencialmente tópico.

plasmar normativamente dos órdenes de ideas. La primera es que quien cree razonablemente actuar conforme al Derecho debe recibir una protección de éste; la segunda es que la conducta de los individuos debe ajustarse a determinadas reglas en el cumplimiento de sus deberes.

Creo que este imperativo es la moral, que cumple maravillosamente bien ambos roles. Al tratar sobre la buena fe subjetiva, hemos llegado a la conclusión que ella debe tener un sustento ético, o sea de carácter moral. La buena fe objetiva descansa, por su parte, también en valores éticos.

Vista esta raíz común, supongo que el legislador decidió utilizarla para regular ambos casos y la llamó "buena fe".

Pero ¿justifica esta raíz común que exista una concepción unitaria de la buena fe? Pienso que no. Si el análisis de los dos sentidos de la buena fe, el subjetivo y el objetivo, nos demuestra que no se trata de una misma institución, con dos variantes partícipes de una igual substancia, sino de dos instituciones de naturaleza diferente, que buscan proteger intereses distintos y que utilizan para ello sistemas diversos ¿por qué tratar de encontrar una identificación irreal?(\*).

La existencia de la raíz común no es razón suficiente. Ya hemos visto que el principio de las buenas costumbres descansa también en la moral, o sea en la misma raíz común, no obstante lo cual, como se verá más adelante, ambas actúan en campos distintos. La moral tiene un radio de acción bastante más grande que la buena fe, y se manifiesta también de otras maneras distintas en el área del Derecho, tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento indebido, las buenas costumbres, lo que impide sostener

---

(\*) GALGANO<sup>(41)</sup> nos dice que la buena fe de que trata el artículo 1337 del Código civil italiano (buena fe en la negociación y formación del contrato) no significa sino corrección y lealtad, que tiene un significado del todo diverso de la buena fe de la que se habla en materia de posesión y en las muchas normas que dejan a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

que la incorporación de la moral al Derecho debe llamarse necesariamente "buena fe".

FERREIRA<sup>(42)</sup> hace una riquísima exposición de las razones que la llevan a pensar, siguiendo la huella de HERNANDEZ GIL, que existe un concepto unitario de buena fe, desde que no hay entre las dos "clases" de buena fe diferencia ontológica. Nos dice allí que la llamada buena fe "subjetiva" es la consideración de un comportamiento concreto a la luz del comportamiento exigido en abstracto por la buena fe llamada "objetiva". Agrega que la relación creencia/conducta es muy íntima, a pesar de que la mayoría de los autores no lo advierta. Termina recomendando que no perdamos, en aras de clasificaciones más o menos acertadas, la visión de aquello que tipificamos.

El tema es sumamente debatible. Se tiene, por un lado, que la buena fe objetiva es una regla de conducta aplicable a todos, que les impone el deber de lealtad; por otro lado, la buena fe subjetiva es una situación de una persona respecto a una circunstancia determinada, que la induce a creer algo.

Podría argumentarse que el deber de lealtad que recae en una persona tiene como correlato la creencia de otra persona despertada por la existencia de ese deber. Se diría: yo creo en lo que tú haces o dices porque tú tienes que hacer o decir lealmente. Simplemente la buena fe subjetiva de una persona proviene de la buena fe objetiva de otra persona. Por lo tanto, la buena fe subjetiva no es sino la otra cara de la buena fe objetiva.

Sin embargo, el problema no es tan sencillo. La buena fe subjetiva no proviene necesariamente de la conducta de otra persona, sino también de la propia apreciación del sujeto. El poseedor de buena fe no cree en la bondad de su título porque otra persona se lo ha dicho sino porque las circunstancias le han permitido tener esa creencia. Por otro lado, la buena fe objetiva es un deber que recae sobre el sujeto solamente por encontrarse en una situación y se materializa frente a todos los que se relacionan con él.

El obligado por la buena fe objetiva debe actuar con lealtad

independientemente de la confianza que su actuar despierte. Quien tiene buena fe subjetiva cree porque su discernimiento lo induce a creer. La buena fe del primero le impone un deber; la buena fe del segundo, en cambio, le concede un derecho. Pero no existe, en gran número de casos, correlación entre ese deber y este derecho.

No se trata, pues, de las dos caras de una misma moneda, sino de dos conceptos sustancialmente distintos, que pueden funcionar independientemente, sin descansar el uno en el otro.

Por otro lado, francamente no pienso que la creencia en la existencia de un derecho determine necesariamente la lealtad en el cumplimiento de una obligación. Puedo ser completamente honesto en creer que he adquirido contractualmente el derecho a la propiedad de un bien, con lo cual soy un poseedor de buena fe, y no ser igualmente honesto en la ejecución de la contraprestación, con lo cual no habré cumplido el contrato de buena fe. Es cierto que tanto la buena fe subjetiva como la objetiva se materializan mediante sendas conductas, pero estas conductas no son necesariamente de la misma naturaleza.

Lo que sí creo, influido por LOI y TESSITORE<sup>(43)</sup>, es que la buena fe, tanto en su sentido objetivo como en el subjetivo, juega un rol de "conferir elasticidad a la rígida estructura de la codificación y permitir un mejor adecuamiento de la norma a la nueva y siempre mutante realidad que esté destinada a disciplinar". En efecto, el concepto de buena fe, tal como lo entendemos todos, monistas y dualistas, esto es como una conducta honrada, permite suavizar los límites de los derechos y obligaciones, que el ordenamiento jurídico frecuentemente señala con mucha precisión, a fin de hacerlos más permeables a la influencia de la moral. Podríamos decir que ilumina de bondad y rectitud la aplicación del Derecho.

Sin embargo, pienso que este rol no determina que la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad tengan igual naturaleza. Ambas buscan lo mismo, como también lo hacen las instituciones del respeto a las buenas costumbres y la condena del enriquecimiento indebido y del abuso del derecho, pero por caminos jurídicos distintos, utilizando conceptos diferentes y aplicándose a situacio-

nes disímiles. El concepto de buena fe no es el único que explica dicho rol, por lo cual bien pudo llamarse con nombre propio a una y otra.

En realidad, nada impidió al legislador, tomando esto en consideración, utilizar dos denominaciones desiguales, como, por ejemplo, "honestidad" en el caso de la buena fe subjetiva y "lealtad" o "corrección" en el de la buena fe objetiva que, en buena cuenta, explican mejor la función de cada una.

A título ilustrativo, el artículo 1175 del Código civil italiano, al regular las relaciones entre el deudor y el acreedor, que es generalmente el campo de actuación de la buena fe objetiva, señala que deben comportarse, no de acuerdo a la buena fe, sino según las reglas de la corrección<sup>(\*)</sup>. Sin embargo, con visible inconsecuencia, al tratar sobre otro caso de buena fe objetiva, como es la ejecución del contrato, donde hay también relaciones entre deudor y acreedor, menciona la buena fe (artículo 1375).

Debo reconocer, no obstante, que el concepto de buena fe está tan imbuído en todos nosotros (es inmediatamente inteligible), que sabemos perfectamente bien lo que el legislador nos quiere decir al hablar de buena fe, aunque nos esté diciendo dos cosas distintas.

### *¿Es la buena fe un principio jurídico?.-*

El tema ha sido tratado tangencialmente al estudiar la buena fe objetiva, cuando se hizo referencia al *standard jurídico*.

Los principios jurídicos son las ideas rectoras que inspiran el ordenamiento legal. Tal como dice MESSINEO<sup>(44)</sup>, "las normas sin-

---

(\*) De los MOZOS<sup>(45)</sup> traduce la expresión italiana "correttezza" como "lealtad". GALGANO, por su parte, afirma que la buena fe tiene el mismo significado que aquel general deber de corrección que el Código impone al deudor y al acreedor (art. 1175).

gulares, aun cuando sean formuladas con carácter de hipótesis que toman en consideración situaciones particulares, derivan todas ellas de principios de más amplio alcance, que son como el 'tejido conjunto' del entero ordenamiento jurídico".

Tanto a través del concepto de creencia como al de lealtad, la buena fe constituye una manifestación de la ética en el Derecho, que se traduce en una serie de normas imbuidas en esta idea. La buena fe cobra así, pues, la categoría de principio jurídico, aunque funciona, en realidad, como dos principios jurídicos (buena fe objetiva y buena fe subjetiva).

"Todo conduce, afirma RISOLIA<sup>(46)</sup>, a sostener que estamos frente a un principio cardinal, consubstanciado con el concepto mismo de derecho... El derecho se baña íntegramente en el agua lustral de la buena fe. La noción tiene una alta categoría ética, que extiende su valor más allá de la apreciación jurídica".

LARENZ<sup>(47)</sup> se pregunta si el # 242 del BGB, que dispone que el deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico, es solamente una norma o si representa un principio supremo del Derecho de las relaciones obligatorias, de forma que todas las demás normas han de medirse por él, inclinándose por la segunda posición.

### ***Buena fe y mala fe.-***

¿La falta de buena fe determina necesariamente la mala fe, o existe un campo intermedio neutro?

Objetivamente es posible que se dé fe de algo, sin que ésta tenga que ser necesariamente buena o mala. Así, el notario da fe de determinado acto; el documento auténtico hace fe de su contenido. Este es el significado originario de la palabra latina *fides*<sup>(48)</sup>.

La dificultad surge en el campo subjetivo, esto es si una persona sólo puede actuar de buena o de mala fe, o si es posible que actúe sin verse colocada en uno de esos extremos.

De los MOZOS<sup>(49)</sup> piensa que la mala fe es un concepto puramente negativo, que denota ausencia de buena fe. Para él, si no se cree actuar de buena fe se está actuando de mala fe.

MESSINEO<sup>(50)</sup>, por su parte, considera que la buena fe —como es obvio— tiene por su contrario a la mala fe, sin llegar a negar el campo intermedio. En cambio MICCIO<sup>(51)</sup>, pese a afirmar que el concepto recíprocamente opuesto a la buena fe es el de mala fe, considera que esta última está caracterizada por el componente de la *deslealtad*, que no puede ser confundida con la conducta que se inspira solamente en el conseguimiento del propio interés.

Pienso que en el terreno de la buena fe subjetiva, la persona, sin actuar con dolo o culpa, puede tener dudas sobre la bondad de su derecho, sin llegar a pensar que éste no existe. En este caso, creo que ella no actúa de buena fe —porque no cree que tiene derecho— ni tampoco de mala fe —porque no sabe que no tiene derecho—.

El Código civil peruano, a diferencia de algunos Códigos extranjeros, tiene varias referencias expresas a la mala fe, en los Libros de acto jurídico (artículos 176 y 229), de familia (artículos 274 y 284), de sucesiones (artículos 665 y 666), de derechos reales (artículos 909, 910, 942, 943, 944, 945 y 951) y de obligaciones (artículos 1269 y 1270). En todos los casos se trata de mala fe subjetiva, porque las personas afectadas pierden derechos.

Esto determina que en el caso de la buena o mala fe subjetiva, la persona sólo adquiere derechos si actúa de buena fe y sólo los pierde cuando actúa de mala fe. En los casos en que no actúe de buena ni de mala fe no adquirirá derechos ni los perderá.

Algo distinto ocurre en el campo de la buena fe objetiva, pues en el cumplimiento de las obligaciones no hay zonas grises. Si se actúa con la diligencia ordinaria requerida se actúa de buena fe, aun cuando se ineficace la obligación. Si no se actúa con dicha diligencia, se incurre en dolo o culpa (aunque ésta sea leve, que es la

omisión de la diligencia ordinaria) y, por lo tanto, se procede de mala fe<sup>(\*)</sup>. Al menos, eso ocurre en el Código civil peruano.

Si no fuera así, o sea si la diligencia ordinaria no se asimilara a la buena fe, se presentaría la anomalía que el deudor, como debe actuar de buena fe, tendría que cumplir la obligación pese a que la inejecución de la prestación contenida en ella no le fuese imputable y, por ello, tal obligación se habría extinguido.

### **Normatividad.-**

No hay discrepancia entre los autores respecto a la característica normativa de la buena fe objetiva, porque en tal caso la ley dice que los sujetos deben actuar de buena fe. La duda surge respecto a la buena fe subjetiva, porque la ley usa simplemente giros como "el que de buena fe edifica... adquiere lo construído...", "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos", "el objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice". Por ello, parte de la doctrina opina que en estos casos no hay una norma, sino la descripción de una realidad.

FERREIRA<sup>(52)</sup> entiende que la buena fe tiene siempre un contenido y una función ordenadora de la conducta y, citando a HERMANDEZ GIL, agrega que "a pesar de los distintos modos de actuar de la buena fe no es descartable en ningún caso la dimensión objetiva, ordenadora de la buena fe, por cuanto se acude a ella como norma de conducta... para calificar un comportamiento y hacer depender los efectos jurídicos de la acomodación o no del comportamiento a lo establecido por o con la buena fe".

---

(\*) De los Mozos <sup>(53)</sup> afirma que un sentido lato de dolo o de culpa equivale a la mala fe. Recuérdese la opinión de MOSSET expuesta en la página 14 del texto.

Refiriéndose a la buena fe objetiva, MIRABELLI <sup>(54)</sup> dice que "mala fe no es sino el contrapuesto de buena fe y, si buena fe es usada en lugar de corrección, mala fe no es otra cosa que incorrección, esto es inobservancia, aunque sea debida a negligencia, de la regla de corrección.

En el caso de la buena fe subjetiva, cree la misma autora que siendo los giros utilizados por la ley "nada más que una forma de manifestación o funcionamiento del principio general, tiene en sí misma una carga ordenadora, porque hay previamente a cada una de las normas que hacen referencia a la buena fe de un sujeto, una norma que exige una conducta de buena fe".

### ***Irrenunciabilidad.-***

El artículo materia de este comentario establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe. Impone una obligación.

Se trata, pues, de una norma imperativa, que no es simplemente supletoria de la voluntad de las partes sino de aplicación obligatoria, según lo hemos visto en el comentario del artículo 1356 del Código civil.

Esto determina que el principio de la buena fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos sea *irrenunciable*<sup>(55)</sup>, esto es que no se trata de una norma susceptible de derogación por los particulares.

No sería posible, pues, que las partes estipularan, al celebrar un contrato, que éste no estaría regido por las reglas de la buena fe, ni que la relación jurídica creada por un contrato no sería ejecutada de acuerdo con dichas reglas. La estipulación, en caso de existir, sería ineficaz, esto es no produciría efecto alguno.

### ***Prueba de la buena fe.-***

El Código civil establece algunas presunciones de la buena fe, como es la del adquirente de bienes registrados (artículo 665), la del poseedor (artículo 914), la del adquirente de un derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo (artículo 2014), pero no contiene una presunción general de la buena fe.

FERREIRA<sup>(56)</sup> sostiene que la buena fe es un estado individual, y para ser juzgada como creencia en la legitimidad o conducta en el obrar, es acreedora de una presunción favorable por las leyes.

MOSSET<sup>(57)</sup>, en cambio, considera que no cabe presumir en el ámbito de las relaciones contractuales o de las adquisiciones que de ella se derivan, la buena o mala fe, salvo algunas hipótesis particulares que pueden hacer presumir la buena fe y en otras la mala fe.

Participo plenamente de esta segunda opinión, pues nada induce a pensar que en el régimen legal peruano debe presumirse, como regla general, la conducta de buena fe.

Esto lleva a la necesidad de que, en cada caso, con excepción de los tres artículos antes mencionados, en que alguien invoque su actuación de buena fe, deberá probarlo. Asimismo, si se imputa a alguien el conducirse de mala fe, corresponde al imputador acreditar ésta.

### ***Sanción por no actuar con buena fe.-***

Tratándose de la buena fe objetiva, ¿si el sujeto no actúa según las reglas de la buena fe, cuáles son las consecuencias?

MESSINEO<sup>(58)</sup> y MICCIO<sup>(59)</sup>, refiriéndose al ordenamiento jurídico italiano, consideran que faltando una sanción específica para el caso que un deudor no se atenga a la buena fe en la ejecución de su obligación, la ley no hace derivar de la mala fe la ilicitud del comportamiento del sujeto. Agrega LIPARI<sup>(60)</sup> que en dicho ordenamiento no parece que la violación de la buena fe implique la invalidez del acto, aunque reconoce que se ha sostenido lo contrario en doctrina reciente.

Con su acuciosidad acostumbrada, FERREIRA<sup>(61)</sup> analiza el tema, citando las opiniones de MONTS, DIEZ-PICAZO y GALLOPPINI en el sentido que los comportamientos contrarios a la buena fe son antijurídicos y que obligan al resarcimiento del daño, y las

de GORPHE, STOLFI y DI MAJO que, sin pronunciarse sobre la antijuridicidad, afirman que hay obligación de resarcir el daño. Considera la autora que producido el acto contrario a la buena fe, pueden aplicarse, a título explicativo, las siguientes sanciones: a) la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trate; y c) el nacimiento de la responsabilidad civil, con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta, pero que el derecho no desaparece y es susceptible de nuevo ejercicio.

Hemos visto que el artículo 1362 del Código civil peruano es una norma de carácter imperativo, de tal manera que negociar, celebrar y ejecutar el contrato sin ceñirse a las reglas de la buena fe constituye la violación de una norma imperativa. Al comentar el artículo 1354 del Código he opinado que la contrariedad a una norma legal de carácter imperativo (que no obedezca a principios de orden público) constituye una causal de ineficacia del contenido del contrato, por lo cual pienso que apartarse de las reglas de la buena fe produciría un efecto similar pero aplicado a la conducta del sujeto, o sea la ineficacia de los actos en los que ocurre ese apartamiento.

En lo que se refiere al resarcimiento del daño, pienso que si la buena fe objetiva se asimila al standard *jurídico* de la diligencia ordinaria, la falta de dicha diligencia, o sea la actuación con dolo, culpa inexcusable o culpa leve (que hemos visto son casos de mala fe), determina que el sujeto quede obligado a la indemnización de daños y perjuicios, en aplicación del artículo 1321 del Código civil.

En el caso de la buena fe subjetiva, la ineficacia recaería en los efectos de la buena fe, lo que determinaría la pérdida de los beneficios que ella concede, sin perjuicio de la reparación del daño causado.

### *Figuras similares.-*

Dado que la buena fe se inspira en la moral, existe cierta similitud con otras figuras que tienen el mismo fundamento.

Así ocurre con la *equidad*. MOSSET<sup>(62)</sup> nos dice que buena fe y equidad son ideas confluyentes, que se complementan la una a la otra, constituyendo el "paquete" de ideas que el derecho solidarista incorpora. LEON BARANDIARAN<sup>(63)</sup>, por su parte, afirma que son "hermanas siamesas".

De los MOZOS<sup>(64)</sup>, citando a ESSER, sostiene que la equidad no es ya un principio jurídico moralizante de naturaleza propia, sino sólo como una necesaria perspectiva de justicia social dentro del mismo sistema del ordenamiento; y es precisamente por esto que se diferencia de la buena fe.

En cuanto a las *buenas costumbres*, considera LARENZ<sup>(65)</sup> que allí donde no exista una vinculación jurídica especial, la conducta de los sujetos no ha de medirse por el patrón de la "buena fe", sino sólo de acuerdo con la conducta que esté socialmente ajustada a las buenas costumbres, agregando que "la relación entre estos dos criterios de la buena fe y las buenas costumbres, es que las últimas se refieren únicamente a las *exigencias mínimas* que se derivan naturalmente de la condición social del hombre y exigen su observancia en cualquier situación, mientras los requisitos de la buena fe sobrepasan esa medida, precisamente porque presuponen una *vinculación especial* y una *determinada confianza* en las personas que intervienen. No toda infracción de la buena fe es contraria además a las buenas costumbres, mientras que una conducta inmoral con motivo de una vinculación especial existente, representará siempre una infracción especialmente grave de la buena fe".

En una nota a pie de página el mismo autor cita a HUECK, para quien "las buenas costumbres dan la medida de la conducta a observar frente al completamente extraño; la buena fe es de observar frente a todo el que interviene en una relación jurídica concreta, conectado a ella mediante la iniciación de negociaciones contractuales o a través del ejercicio de un derecho".

El orden público, por su parte, representa, según de los MOZOS<sup>(66)</sup>, un límite externo a la aplicación de la buena fe, pues únicamente cuando se trata de normas que actúen el *orden público*, ha de detenerse la aplicación de la buena fe. LARENZ<sup>(67)</sup> matiza este planteamiento, pues piensa que no todo interés público merece la primacía sobre los principios tan importantes para la vida de la comunidad como la buena fe, sino solamente un interés público específico para la seguridad del tráfico jurídico y de la administración de justicia puede justificar no ser modificado por el principio de la buena fe.

Pienso que en el sistema peruano, el límite del orden público funciona estrictamente, pues basta que un acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público para que sea nulo, aún cuando los sujetos actúen de buena fe. Es cierto que el orden público no se identifica siempre con el interés público, ya que pueden darse casos concretos en los que el interés del Estado no presente necesariamente los de la comunidad.

#### 4).- LA COMUN INTENCION.-

Se ha visto que en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, que la referencia a *la común intención de las partes* sólo estuvo presente en el artículo 5 de la Ponencia original, que fue suprimida en todas las Ponencias siguientes, en el Anteproyecto y en el primer Proyecto y que recién reapareció, sin explicación divulgada alguna, en el segundo Proyecto, de donde pasó al Código civil.

Como se sabe, dicha referencia figuraba en el artículo 1328 del Código civil de 1936.

Entre los comentaristas de este Código, el que trata mejor el tema de la común intención es CORNEJO<sup>(68)</sup>, quien dice que "la intención representa la dirección teleológica de la voluntad, es la voluntad dirigida a un fin", agregando que la intención común "consiste en la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica, en lo que los alemanes llaman la

'voluntad del negocio', atingente al contenido jurídico del contrato y no a los fines prácticos".

Resulta así que la "común intención" de que habla el artículo 1362 del Código civil de 1984 debe ser entendida como la "voluntad común" mencionada en el artículo 1361 del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes con relación al objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial<sup>(69)</sup>.

En estas condiciones, resulta adecuado que el artículo 1362 del Código civil haga referencia a la *común intención* en cuanto a la celebración y la ejecución del contrato, que son dos etapas del *iter* contractual para las que se requiere la existencia de una voluntad común. Podría objetarse que no es explicable, en cambio, que la negociación del contrato deba hacerse según la común intención de las partes, desde que en esta etapa no existe voluntad común, sino que ella recién se está formando en el lento juego de las tratativas. Sin embargo, como se verá más adelante, la iniciación de las tratativas requiere un previo o simultáneo acuerdo de voluntades para llevarlas adelante, existiendo, por lo tanto, una voluntad común que esté detrás de ese acuerdo de voluntades. Lo que ocurre es que esta voluntad común esté orientada a *tratar* y no todavía a *contratar*.

## 5).- LA NEGOCIACION.-

Estudiados los dos conceptos de buena fe, o sea el objetivo y el subjetivo, estamos en aptitud de determinar como deben aplicarse a los tres casos contemplados en el artículo 1362 del Código civil, que son la negociación, la celebración y la ejecución del contrato.

Empezaré por el primer caso.

### ***Campo de las negociaciones.-***

Quisiera referirme en primer lugar a la denominación que

conviene utilizar. La expresión "negociación", utilizada por el artículo 1362 del Código, significa, según el "Diccionario de la Lengua Española", la acción o efecto de tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal. Vemos que es un concepto muy amplio, pues comprende no sólo los tratos previos al contrato sino también la celebración del mismo.

Los diccionarios jurídicos especializados ("Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" de Manuel OSSORIO y el "Diccionario de Derecho usual" de Guillermo CABANELLAS) le dan la acepción de trato comercial, que es bastante más adecuada ya que la negociación, en el sentido que le da el artículo 1362, es el trato previo a la celebración del contrato.

Sin embargo, el "Diccionario de la Lengua Española" admite el término "tratativa" con el significado de negociación. Voy a utilizarlo por cuanto el Derecho italiano ha dado a la expresión "tratativa" un contenido que creo es el que realmente le corresponde.

Por tal motivo, denominaré "tratantes" a los que intervienen en las tratativas, para diferenciarlos de los contratantes.

El *iter* formativo de muchos contratos se inicia con la formulación de la oferta, a la cual sigue la aceptación (con lo que se celebra el contrato) o la negativa (que termina la relación). Existe una tendencia cada vez mayor a la contratación masiva, en la cual los contratos se celebran de esta manera, pues la rapidez de las transacciones no permite la fase previa de las tratativas.

Al lado de esta contratación veloz existe, sin embargo, otra en la que las partes necesitan obtener una mayor información que la contenida en la proposición para resolverse a contratar, con cuyo fin inician conversaciones o tratos preliminares. En estos tratos los tratantes hacen cálculos, valoran posibilidades, plantean problemas, sondean puntos de diferencia, sugieren variantes, en fin van formándose un criterio sobre la verdadera naturaleza y alcances del negocio, que les permita tomar una decisión sobre llevarlo adelante o no.

PINTO<sup>(70)</sup> define las tratativas como "las propuestas o invitaciones a negociar que preceden a la convención, con las cuales las partes, sin manifestar su intención de obligarse, se comunican recíprocamente la intención de contratar".

No hay uniformidad en el criterio para ubicar estos tratos o tratativas. Algunos, como ALBALADEJO<sup>(71)</sup>, consideran que, en sentido amplio, pueden comprender no sólo los tratos previos a la emisión de la oferta sino también la discusión, entre las partes, sobre la oferta de una de ellas, la contraoferta de la otra, y así sucesivamente, hasta llegar a la celebración del contrato o la ruptura de las conversaciones.

La opinión más difundida<sup>(72)</sup> es, sin embargo, que las tratativas terminan en el momento en que se formula la oferta.

Comparto esta posición desde que creo que las tratativas son los tanteos preliminares en que los tratantes, sin haber llegado a tomar la decisión de contratar, tienen la intención de hacerlo si es que el negocio sobre el cual recaen conviene a sus intereses. Pero precisamente como no existe aún decisión de contratar, los tratantes desean estar en situación de libertad para adoptar su posición definitiva. La formulación de la oferta y el conocimiento de ésta por el destinatario dan lugar a que esta libertad se pierda, pues con la aceptación de la misma se dará lugar a la celebración del contrato.

Empero, puede ocurrir que una de las partes formule una oferta a la otra, y que ésta, sin aceptarla ni formular una contraoferta, plantee al oferente tratar más a fondo el negocio propuesto para conocer sus particularidades<sup>(73)</sup>. En este caso, al no haber sido aceptada la oferta ni formulado una contraoferta, la oferta ha caducado y las partes se encuentran en igual situación como si no hubiera existido oferta.

En acertada expresión de MICCIO<sup>(74)</sup>, en las tratativas la voluntad no va dirigida a *contratar* sino a *tratar*.

Puede existir una fase previa a las tratativas, en la cual es sólo una de las partes la que manifiesta su intención de contratar,

proporcionando información mediante publicación de anuncios, envío de catálogos, exhibición de mercaderías o invitaciones a ofrecer. Esta fase previa, formada por declaraciones unilaterales, no constituye tratativa, pues lo que caracteriza a ésta es precisamente el *trato*, o sea la comunicación recíproca entre los tratantes. Las tratativas son esencialmente plurilaterales.

En efecto, las tratativas no se inician involuntariamente. Se requiere un acuerdo de voluntades para abrir esta etapa del *iter* de formación del contrato. Las tratativas verdaderamente empiezan cuando las partes del futuro contrato entran en relación, adquiriendo así la calidad de tratantes. Pero esta relación no es de cualquier clase, sino que tiene que estar dirigida, como dice MOSSET, a dar vida a un contrato. Los tratantes deben estar conscientes que los tratos tienen por finalidad adquirir elementos de juicio que les permitan decidir si concluyen o no el contrato proyectado. A este efecto, los tribunales franceses no han vacilado en hablar de "contratos de tratativas", con la finalidad de reconocer que el objeto de estos contratos es dar valor jurídico a las negociaciones<sup>(75)</sup>.

Es posible que, cuando se trate de negocios complejos, los tratantes dejen constancia escrita del desarrollo de las tratativas, puntualizando las declaraciones que se han hecho en el curso de ellas. Estas llamadas "minutas" tienen, según dice FERRI<sup>(76)</sup>, sólo función probatoria sobre la marcha y sobre el tenor de la tratativa, no equivaliendo a acuerdos parciales sobre el contenido del contrato. No se olvide que durante la etapa de las tratativas los tratantes desean conservar su libertad de contratar en las condiciones que más les acomoden cuando se decidan a hacerlo<sup>(7)</sup>.

LOPEZ DE ZAVALIA<sup>(77)</sup> dice con acierto que las tratativas son manifestaciones inidóneas para concluir un contrato pero que, sin embargo, tienen por fin llegar a un contrato.

---

(\*) Debe distinguirse el contenido de las "minutas" a que se refiere el texto de aquellos acuerdos parciales de los que se trató al comentar el artículo 1360 del Código civil, pues estos últimos son verdaderos contratos, con sus respectivas ofertas y aceptaciones.

En efecto, no se conciben las tratativas que no están orientadas a la celebración de un contrato, como serían las manifestaciones recíprocas hechas con fines didácticos, científicos, en broma, etc. Empero, pese a que son un camino para llegar al contrato, las tratativas son inidóneas para celebrar éste pues no llegan a constituir ofertas que, después veremos, son las únicas declaraciones que permiten alcanzar esa finalidad.

Por ello, en el momento en que la declaración de uno de los tratantes reúne los requisitos necesarios para constituir una oferta, o sea contiene todos los elementos necesarios para que, con su sola aceptación, se dé lugar a la formación del contrato, si la finalidad de tal declaración es concluir éste, esa declaración habrá dejado de ser inidónea y se habrá convertido en idónea para dicho fin.

La etapa de las tratativas termina, pues, con la formulación de la oferta y el conocimiento de ella por el destinatario, ya que desde este momento los tratantes habrán dejado de serlo para convertirse, uno de ellos, en oferente, y el otro, en destinatario de la oferta. Se habrá pasado de la etapa de la negociación a la etapa de formación del contrato.

Debe tenerse presente que, según el régimen peruano, la oferta es obligatoria (artículo 1382 del Código civil), de tal manera que con la formulación de la oferta el oferente ha perdido su libertad de tratar para asumir la obligación de contratar, si su oferta es aceptada.

Es verdad que el oferente puede establecer que su oferta no es obligatoria, con lo cual podrá revocarla en cualquier momento, pero no es menos cierto que mientras no haga esto, o sea en tanto no la revoque, su oferta sigue obligándolo a celebrar el contrato. Si revoca la oferta, el contrato se habrá frustrado, pero ello no significa que continúe la etapa inicial de las tratativas, pues ellas estaban orientadas a la celebración del contrato frustrado. Podrán iniciarse nuevas tratativas, pero no continuar las anteriores, pues ellas terminaron con la formulación de la oferta.

### ***Inobligatoriedad de las tratativas.-***

La esencia y razón de ser de las tratativas es la absoluta libertad de los tratantes para intercambiar ideas, proyectos y perspectivas, pues de esta manera pueden ellos plasmar autónomamente su intención de contratar.

Esta libertad determina que las tratativas, en primer lugar, no obliguen a la celebración del contrato, aun cuando los tratantes tengan ya toda la información necesaria para tomar una decisión. "Es obvio, dice ALBALADEJO<sup>(78)</sup>, que los tratos no constriñen a celebrar el contrato y puede ponerseles fin sin haberlo concluído". Las tratativas pueden, pues, ser interrumpidas en cualquier momento.

Por otro lado, las tratativas tampoco obligan a respetar los puntos respecto de los cuales no existen discrepancias porque, como indica SANTOS BRIZ<sup>(79)</sup>, "el periodo preparatorio del contrato no crea por sí solo vinculación jurídica alguna en tanto no se llegue a la perfección del contrato".

MESSINEO<sup>(80)</sup> expone magistralmente estos dos extremos, diciendo: "*Las negociaciones no son vinculatorias*, en el sentido que el resultado de ellas no es todavía el contrato sino un esquema, meramente *hipotético* que llegará a ser contrato, en caso de que y en cuanto sobre él, esto es, sobre cada una de sus cláusulas, se produzca el consentimiento de las partes (*condicio iuris*); por lo tanto las negociaciones no *obligan*; tampoco el contenido de los puntos sobre los que la discusión se ha agotado, es todavía vinculatorio para las partes".

Estas dos clases de inobligatoriedad garantizan que las tratativas cumplan verdaderamente su rol. En efecto, el contrato es, como se ha visto un acuerdo de declaraciones de voluntad que corresponde al ejercicio de dos libertades: la de conclusión y la de configuración interna del contrato, de tal manera que las partes no deben verse constreñidas a concluir y a configurar el contrato. En la medida que para tomar la decisión de contratar sea necesario que las partes intercambien información de la que carecen, debe

garantizárseles que estos tratos son simples tanteos para formar su voluntad, y que, en tal sentido, no las obligan a celebrar el contrato ni a respetar los puntos sobre los que, en ese momento, no hay desacuerdo.

Sin embargo, la inobligatoriedad de las tratativas no es absoluta pues, como se verá más adelante, se discute en doctrina si es que los tratantes quedan sujetos a determinados deberes.

### **Clase de buena fe.-**

La parte pertinente del artículo 1362 del Código dispone que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe. Mediante esta norma se ha ampliado a las negociaciones la exigencia de buena fe, con su fuerte dosis de ética, que el artículo 1328 del Código derogado limitaba a la etapa de ejecución de los contratos. Pero surge la duda ¿a qué concepto de buena fe, el subjetivo o el objetivo, se refiere la citada norma, o se refiere a ambos?

Un importante sector de la doctrina considera que la buena fe que debe observarse en las tratativas tiene carácter objetivo, o sea la buena fe-lealtad. En ese sentido LOI y TESSITORE<sup>(81)</sup>, BIANCA<sup>(82)</sup> y FERRI<sup>(83)</sup>.

Comentando el artículo 1337 del Código civil italiano que, como se ha visto, prescribe que las partes, en el desarrollo de las negociaciones, deben comportarse de acuerdo con la buena fe, dice MESSINEO<sup>(84)</sup>: "La fórmula conduce a pensar que esté en juego *la buena fe en sentido objetivo*, quedando excluida la referencia al estado de ignorancia de una situación, en que consiste la buena fe en el significado más corriente, o sea la buena fe en sentido subjetivo. Se presenta, pues, conforme a la noción de buena fe objetiva, *la observancia de la lealtad de conducta* hacia la contraparte; lealtad que se concreta en una *obligación legal* (no una mera carga), tan es así que la inobservancia de ella expone al sujeto a responsabilidad, por el daño causado a la contraparte".

Contrariamente, otro sector doctrinal piensa que se trata de una buena fe subjetiva. MENGONI<sup>(85)</sup> expresa que "en la hipótesis del art. 1337 Cód. civ. la buena fe deberá entenderse en sentido subjetivo como cualificación subjetiva de la violación de los deberes de conducta que cada una de las partes tiene respecto de la otra, no en cuanto tal parte, sino en cuanto tercero titular de derechos absolutos que, a través de la relación instaurada con los actos precontractuales, vienen de hecho supeditados a la posibilidad concreta de ser lesionados por obra de la contraparte". SPOTA<sup>(86)</sup>, por su parte, sostiene que es "la buena fe-creencia la que está en juego, directiva ésta que no sólo ha de referirse a la concertación del contrato, sino aun a sus etapas preliminares, se llegue o no a esa relación contractual".

Finalmente, algunos autores, entre los que cabe citar a BREB-BIA<sup>(87)</sup>, opinan que siendo la buena fe-creencia la convicción razonada y diligente que debe orientar la conducta de los precontractantes y la buena fe-lealtad la obligación a observar la conducta que la probidad impone, el principio de la buena fe prenegocial exige forzosamente la concurrencia de esas dos nociones.

Para tomar posición frente a los tres planteamientos se requiere analizar en qué consiste la buena fe en las tratativas.

Si se ha llegado en el sub-rubro "Inobligatoriedad de las tratativas" que precede a la conclusión que éstas no obligan a los tratantes a celebrar el contrato materia de las tratativas ni a respetar los puntos tratados respecto de los cuales no hay discrepancia, es evidente que el deber de negociar según las reglas de la buena fe tiene un contenido distinto al de imponer estas obligaciones.

Para descubrir este contenido es necesario tomar en consideración que si la buena fe es, como se ha visto anteriormente, una de las maneras de incorporar la moral al Derecho, cuando el legislador establece que los contratos deben negociarse de buena fe "ha querido disciplinar, moralizándola, la tratativa contractual"<sup>(88)</sup>. Ahora bien, ¿en qué consiste esta moralización? ¿qué deberes impone?

Antes de contestar a estas preguntas debe tomarse en consideración que, de acuerdo con el sistema adoptado por el Código civil peruano, las obligaciones patrimoniales sólo surgen de las fuentes taxativamente enumeradas en el Libro VII de dicho Código, entre las cuales, si bien se encuentra el contrato, no están comprendidas las tratativas. Estas son sólo una etapa del *iter* formativo del contrato, que pueden conducir o no a la celebración del mismo, de tal manera que las tratativas, de por sí, constituyen únicamente un camino hacia la constitución de una fuente de las obligaciones. Ello determina que, en sentido estricto, el iniciar las tratativas no crea un vínculo obligacional entre los tratantes.

Con esta premisa conviene responder las preguntas anteriormente formuladas y, para ello, no tengo mejores palabras que las de BETTI<sup>(89)</sup>, quien dice: "Si nos preguntamos en qué consiste la 'buena fe' a que se refiere el art. 1.337 (del Código civil italiano), resulta evidente que no es la buena fe exigida en el activo cumplimiento de la expectativa ajena, una vez que la obligación ha quedado establecida. Aquí todavía no ha nacido la obligación, el contrato no se ha concluído aún y, no obstante, ya antes de que tenga existencia una relación de obligación, las partes —que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo— se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actitud que se exige aquí podrá calificarse como lealtad en el de las cosas, desengañándola de eventuales errores que sean trato, como hábito de hablar claro, que impone poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte".

Establecido así que de las tratativas no surge una obligación, en el sentido técnico del concepto, sino un deber de lealtad, se plantea un nuevo interrogante ¿qué exige este deber de lealtad?

Plantean algunos<sup>(90)</sup> que dicho deber impone uno de diligencia y de prudencia, del cual se derivaría la configuración de una mala fe culposa. Al comportamiento correcto se le adicionaría

una conducta cauta y diligente, para velar por los intereses del contratante.

LOI y TESSITORE<sup>(91)</sup> piensan que "la obligación de corrección (lealtad) y buena fe en la tratativa debe ser entendida en sentido objetivo; no ocurre aquí buscar y averiguar un particular comportamiento subjetivo de mala fe, determinado por la intención de un contratante en perjuicio del otro; sino que es suficiente que el comportamiento en sí mismo, independientemente de los motivos que lo han determinado, no resulte conforme a la obligación general de corrección y buena fe prescrita por el artículo 1.377".

La realidad de la vida pone de manifiesto que si es necesario que la celebración de un contrato sea precedida por una etapa de tratativas, ello ocurre porque los tratantes desean asegurar sus respectivas posiciones y colocarse en las mejores condiciones para contratar. Como alguien ha dicho agudamente, los tratantes se asemejan a los esgrimistas que tantean sus respectivas fuerzas. Si bien es conforme al sustento ético de la buena fe, que la conducta de los tratantes se ajuste a un criterio de lealtad y corrección, que excluya toda posibilidad de engaño o abuso de cualquier índole, resulta irreal que cada uno de los tratantes deba velar, además, por los intereses del otro, que pueden ser contrarios o, al menos, diferentes de los suyos<sup>(\*)</sup>. No se olvide que la voluntad común de contratar sólo es exigible en el momento de celebrar el contrato, no en el periodo previo de las tratativas.

Pienso, por ello, que la conducta exigible a los tratantes para llevar a cabo las tratativas según las reglas de la buena fe debe juzgarse según el *standard jurídico* del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponda a las cir-

---

(\*) Al respecto, MICCIO<sup>(92)</sup> insiste en que la conducta de los tratantes "no puede ser aquella abstracta de un hombre que no tiene cuidado alguno de sus propios intereses y que se preocupa solamente de "colaborar" con la contraparte, sino más realísticamente aquélla de quien por tutelar su propio interés no instrumentaliza la fase precontractual engañando a la contraparte con la disimulada intención de perseguir fines diversos y ulteriores".

cunstancias del tiempo y del lugar (lo que excluye necesariamente la intención de causar daño), con el propósito razonable de llegar a celebrar el contrato que se proponen, pero sin llegar a pedírsele que proteja los intereses de su, podemos llamarlo así, adversario<sup>(\*)</sup>. En suma, considero que la buena fe exigida por el artículo 1362 para la etapa de la negociación es la buena fe-lealtad, o sea en sentido objetivo.

Sin embargo, no puedo dejar de admitir que, como se verá en el sub-rubro " Rotura injustificada de las tratativas", la lealtad de uno de los tratantes en la conducción de las tratativas tiene como correlato la generación en el otro de una razonable confianza, de tal manera que no falta una dosis de buena fe-creencia. Es cierto, empero, que esta última no es sino una consecuencia de la buena fe-lealtad, que es la que juega el rol protagónico.

#### ***Deberes de los contratantes.-***

Hemos visto que, si bien las tratativas no imponen a los tratantes la obligación de celebrar el contrato ni sobre los puntos respecto de los cuales no hay desacuerdo, el hecho de que el artículo 1362 les imponga el deber de negociar según las reglas de la buena fe determina que han de comportarse con lealtad y corrección en la etapa de las tratativas, lo que, a su vez, representa una conducta arreglada a estos criterios.

Entre los deberes que este respeto a la lealtad y a la corrección impone a los tratantes, la doctrina considera que los más importantes son los siguientes:

---

(\*) Sobre el particular dice FERRI<sup>(93)</sup> "En la fase precontractual, a través del deber de corrección se tiende a contemporizar la libertad de acción de las partes, con la exigencia de imponer a los contratantes una cierta línea de conducta, suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con la intención señalada de evitar que las tratativas pasen a transformarse en fuente de daños".

a).- *Deber de información.*

Siendo las tratativas el camino hacia la formación del contrato, los tratantes deben estar en aptitud de recorrerlo con la mayor seguridad posible.

En tal sentido, los tratantes, para actuar de buena fe, tienen el deber de tenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio materia de las tratativas, para contar con los mayores elementos de juicio que les permitan tomar una decisión acertada en el momento de optar o no por la celebración del contrato. La violación del deber de información en las tratativas se califica como reticencia<sup>(94)</sup>.

Esto no significa, como dice BIANCA<sup>(95)</sup>, que el deber de información comprenda la conveniencia del negocio porque la mayor o menor conveniencia, o sea el mayor o menor beneficio del negocio, entra en el juego normal de la contratación.

Por otro lado, el deber de información no llega al extremo que uno de los tratantes debe necesariamente poner en conocimiento del otro datos relativos a su propia condición económica, que lo pueden hacer perder o debilitar su poder de negociación.

En consecuencia, el deber de información de un tratante hacia el otro ha de versar sobre aquellos aspectos relacionados con la verdadera representación del negocio, que no puedan ser conocidos por la contraparte, tales como las causas de incumplimiento del contrato (vicios de la mercadería); peligrosidad de la prestación o del bien; inutilidad de la prestación (error sobre la cualidad del bien o servicio); conocimiento de una causa de invalidez del contrato. Desde luego, si la contraparte se encuentra en estado de conocer por sí misma estos aspectos, cesa el deber de información sobre ellos.

b).- *Deber de claridad.*

Intimamente ligado al deber de información se encuentra el deber de claridad, entendido en el sentido que los tratantes deben preocuparse de que las informaciones que intercambian sean perfectamente inteligibles y no se presten a una mala interpretación.

c).- *Deber de secreto.*

Como dice MOSSET<sup>(96)</sup>, este deber se concreta en la obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos a causa, y no simplemente con ocasión, de las tratativas, y cuya difusión puede ser perjudicial para la contraparte.

Por ejemplo, en el curso de las tratativas uno de los tratantes informa confidencialmente al otro sobre su situación patrimonial, lo cual puede resultar en su perjuicio si es conocido en forma general.

Por otro lado, es posible que, también con motivo de las tratativas, uno de los tratantes sea informado sobre características del negocio que pueden perjudicar a la otra parte si son conocidas por la competencia.

Es preciso destacar, como lo hace LOPEZ de ZAVALLIA<sup>(97)</sup>, que las tratativas no obligan a los tratantes a revelar sus secretos personales sino únicamente los que pueden permitir conocer las características del negocio entre manos.

El deber de secreto tampoco obliga, como dice MICCIO<sup>(98)</sup>, a no revelar el contenido y desenvolvimiento de las tratativas, en la medida que con ello no se engañe a la contraparte ni retrase los tratos.

d).- *Deber de custodia.*

Ocurre con alguna frecuencia que en el curso de las tratativas uno de los tratantes confía al otro el cuidado de deter-

minados bienes que son materia de las tratativas. Pues bien, el tratante que recibe el bien debe custodiarlo con diligencia similar a la del depositario, a fin de evitar que el bien pueda sufrir daño alguno.

Como regla general aplicable a todos los deberes que se acaba de mencionar, hay que tomar en consideración que, según advierte agudamente MOSSET<sup>(99)</sup>, el ámbito de las tratativas es, a la vez, al mismo tiempo, campo de colaboración y de competición; que la primera es garantía de orden y la segunda alimenta aspectos vitales del sistema. En consecuencia, los deberes de los tratantes deben adecuarse a estos dos campos, en el sentido de favorecer la prudente colaboración pero sin llegar a perjudicar la sana competencia.

### ***Rotura injustificada de las tratativas.-***

Parecería que si las tratativas no obligan a la celebración del contrato, cada tratante debe estar en absoluta libertad de romper en cualquier momento los tratos.

Sin embargo, parte importante de la doctrina considera que esta libertad no existe cuando se trata de una rotura *injustificada*.

Es necesario, sin embargo, precisar qué es lo que se quiere decir con la palabra "injustificada" para no incurrir en error, pues como acertadamente dice MICCIO<sup>(100)</sup> es equivocado reconocer una responsabilidad del tratante por el solo hecho que sin *justo motivo* interrumpe la tratativa, desde que la voluntad de los tratantes es libre hasta el momento en que se concluye el contrato. Agrega MICCIO que la responsabilidad por la rotura de la tratativa sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro, entendiendo que lo reprobable no está en la rotura de la tratativa sino del modo cómo ésta ha sido conducida, despertando la confianza de la víctima del daño.

Debe entenderse, pues, por ruptura injustificada cuando uno

de los tratantes recede sin justificación válida tratativas que han sido conducidas de manera tal que han inducido al otro tratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato<sup>(101)</sup>. En otras palabras, se califica de "injustificada" la ausencia de *justa causa* o *motivo apreciable* para el sujeto que recede, en concomitancia con una *razonable confianza*, creada al sujeto contrapuesto.

Se considera que en estos casos la responsabilidad surge, no de romper inesperadamente las tratativas, sino de haber inducido dolosa o culposamente a la otra parte a tener esa confianza.

Nos dice BIANCA<sup>(102)</sup> que el comportamiento doloso existe cuando el sujeto inicia o prosigue las tratativas teniendo la intención oculta de no concluir el contrato. Existe culpa cuando el sujeto no se atiene a la normal prudencia al inducir a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, esto es llevar adelante las tratativas sin verificar la propia posibilidad o sin tener una suficiente determinación de hacerlo.

### ***Causa de la responsabilidad.-***

Se ha visto que el artículo 1362 del Código civil dispone que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe. También se ha visto los deberes a que esta exigencia de buena fe da lugar.

Indudablemente si existe un deber jurídico, el Derecho no puede permanecer impasible ante la violación de tal deber y, de allí, cabe preguntarse ¿la violación de este deber jurídico es causa de la responsabilidad?

Pienso que el concepto de responsabilidad, cualquiera que ésta sea, descansa en dos fundamentos: la culpa en sentido amplio<sup>(\*)</sup> (salvo el caso de la responsabilidad por riesgo en el campo extracontractual) y el daño.

---

(\*) Sobre el particular, dice BREBBIA<sup>(103)</sup> lo siguiente:

En consecuencia, si la violación de los deberes jurídicos es imputable a culpa del violador, tendremos el primer elemento de la responsabilidad.

Sin embargo, no basta que se haya producido una violación por uno de los tratantes del deber de negociar de buena fe para que exista responsabilidad. Se requiere, además, que esa violación haya acarreado un daño al otro tratante, que es el segundo elemento de la responsabilidad.

Producidos estos dos elementos, la violación culposa del deber de negociar de buena fe y la existencia del daño por razón de esa violación, surgen los supuestos de hecho para poner en marcha el aparato de la responsabilidad. Empero, nos encontramos frente a un nuevo problema, que es el relacionado con la naturaleza de la responsabilidad a que la violación da lugar.

Sobre el particular, DIEZ-PICAZO<sup>(104)</sup> dice: "la existencia de una serie de casos en los cuales el comportamiento adoptado durante la fase de preparación o durante la fase de tratos previos, puede dar lugar a una responsabilidad, parece clara. La cuestión estriba en encontrar un fundamento jurídico a esta responsabilidad".

BETTI<sup>(105)</sup> se pregunta ¿la inobservancia de la buena fe se encuadra en una relación jurídica entre una y otra parte, o por el contrario ha de reconducirse al deber genérico del *alterum non laedere* (no dañar a otro), que se especifica en una obligación de respeto? Para contestar esta pregunta es necesario estudiar la

---

"Sostenemos que el fundamento general de la responsabilidad nacida en el periodo precontractual de la culpa; afirmación ésta que, por cierto, no puede causar extrañeza, toda vez que tal principio constituye, según se ha visto, el fundamento general —aunque no exclusivo— de todo el sistema de responsabilidad civil considerado como instituto único y autónomo. El término culpa está empleado en un sentido amplio, comprensivo del dolo que existe cuando ha habido intención de causar el daño, y de la culpa, en sentido específico (imprudencia o negligencia)..., que en la hipótesis que tratamos, son las circunstancias relacionadas con las tratativas celebradas por los precontractantes en vista del contrato que se pretendió celebrar".

naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada de la inobservancia de la buena fe en la negociación del contrato, lo que será materia del siguiente sub-rubro.

### ***Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.-***

Empleo por primera vez la denominación "responsabilidad precontractual", no por considerar que se trata de una responsabilidad distinta a las categorías tradicionalmente aceptadas de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, sino para ubicarla cronológicamente en el *iter* de formación de la relación jurídica contractual, en el que cabría distinguir tres clases de responsabilidad correspondientes, cada una de ellas, a una etapa de dicho *iter*: la responsabilidad precontractual (etapa de las negociaciones o tratativas), la responsabilidad contractual en sentido estricto (etapa de celebración del contrato) y la responsabilidad postcontractual (etapa de la ejecución de la relación jurídica creada por el contrato). Es en este sentido que debe considerarse mi referencia a la responsabilidad precontractual.

La doctrina más autorizada<sup>(106)</sup> considera que depende del concepto que se tenga de las tratativas, la responsabilidad derivada de ellas tendrá carácter contractual o extracontractual. Lo primero ocurrirá si se entiende que la iniciación de las tratativas crea una relación jurídicamente relevante entre los tratantes, y lo segundo si tal relación no existe. Antes de analizar las razones en pro y en contra de cada una de estas dos posiciones, conviene estudiar, aunque sea en forma escueta dado el carácter exegético de este trabajo, cómo surgió el problema.

#### **a).- Tesis de IHERING.**

Este autor, considerado con razón como el precursor de la responsabilidad precontractual, planteó el tema de la culpa *in contrahendo*, entendiendo como tal aquélla en que incurren las partes en el periodo de formación del consentimiento contractual. Este periodo lo ubica él a partir de la formulación de la oferta.

Inspirándose en las fuentes romanas, Rudolf von IHERING desarrolla su tesis —para lo cual utiliza como ejemplo un contrato de compraventa que se anula por razón de error esencial, originado por un defecto de la oferta, que determinó que el destinatario incurriera en ciertos gastos— a través de los tres capítulos de su obra publicada en 1860 que versan, respectivamente, sobre el contenido de las fuentes, la justificación de su teoría y la casuística de la culpa *in contrahendo*<sup>(107)</sup>, llegando a las siguientes conclusiones<sup>(\*)</sup>:

1. La culpa *in contrahendo* es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato).

2. El mismo grado de diligencia se debe prestar en el periodo de formación del contrato que en el periodo de ejecución.

3. Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.

4. Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa *in contrahendo*.

5. La acción fundada en la culpa *in contrahendo* se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.

6. Para que pueda haber culpa *in contrahendo* tiene que haber existido oferta; las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en esta especie de culpa.

b) *Tesis de FAGGELLA.*

La tesis de IHERING, aunque no recibió acogida legislativa, fue considerada en su momento como un descubrimiento jurídico<sup>(108)</sup> hasta la aparición de la obra de Gabriel FAGGE-

---

(\*) Tomadas de la obra de BREBBIA <sup>(109)</sup>.

LLA en 1906, quien rechaza la tesis de la culpa *in contrahendo* y sostiene que la responsabilidad precontractual comprende todo el periodo previo a la conclusión del contrato, que divide en dos etapas: una que comprende las tratativas realizadas antes de emitirse la oferta; y otra que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones<sup>(110)</sup>.

"La incorporación, dice BREBBIA<sup>(111)</sup>, de la primera etapa –ignorada por IHERING– a la teoría de la responsabilidad precontractual constituye el verdadero aporte de la tesis de FAGGELLA al estudio del tema que exponemos. En esa primera etapa anterior a la oferta, durante la cual '... las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolos y sintetizándolos...', y en la que, por ende, pueden incurrir en responsabilidad, corresponde distinguir dos diferentes momentos: 1°) el de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas; 2°) el que tiene por objeto concretar la oferta definitiva".

Las conclusiones del trabajo de FAGGELLA<sup>(\*)</sup> son las siguientes:

1. Es posible responsabilizar jurídicamente al que se retira en los primeros períodos antecontractuales.
2. Tal responsabilidad se funda en el consentimiento para las tratativas o al concurso de ellas, y, sobre todo, en el hecho de la existencia de un perjuicio al otro tratante, representado por los gastos y por el trabajo realmente empleado en la elaboración del proyecto contractual.
3. Este consentimiento contiene en su esencia la obligación tácita de resarcir al tratante de los gastos efectivos y del costo de trabajo preparatorio contractual.

---

(\*) Tomadas de la obra de ARIAS <sup>(112)</sup>

4. Los límites del resarcimiento están señalados por la necesidad de los gastos y del trabajo preparatorio pertinente; y los caracteres del consentimiento para tratar de la otra parte.

5. La responsabilidad no tiene su raíz ni en el vínculo contractual, ni en la culpa *in contrahendo*, ni en una asunción de garantía, ni en un mandato, ni en una *negotiorum gestio*.

6. El consentimiento, que se mantiene en un estado psicológico y jurídico de pasividad, excluye la existencia del primer elemento.

7. Para integrar la responsabilidad debe también concurrir el aniquilamiento de la posibilidad o de las posibilidades de surgir un derecho esperado, fundado sobre el consentimiento para tratar.

8. La voluntad de las partes puede extender, restringir o eliminar esta responsabilidad.

c).- *Tesis de SALEILLES*

En un estudio aparecido en 1907, Raymond SALEILLES acepta el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual propiciado por FAGGELLA, agregando que las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato deben actuar en la medida de la equidad comercial.

"Las partes, dice, tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe; por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial, siendo esta violación, este ataque al uso el hecho principal que debe dar su característica a la responsabilidad a la cual servirá de fundamento jurídico. Será esa violación y no la idea de culpa la que determinará las condiciones y la extensión del resarcimiento"<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Tomado de la obra de BREBBIA <sup>(113)</sup>

Con posterioridad a los trabajos de IHERING, FAGGELLA y SALEILLES e inspirándose en ellos, la doctrina mundial se ha dividido, inclinándose unos autores por la posición que considera que la responsabilidad precontractual tiene carácter contractual, siguiendo –aunque, en algunos casos, con considerables variantes– la tesis de IHERING, mientras que otros otorgan carácter extracontractual a dicha responsabilidad, compartiendo al parecer –muchas veces sin identificarse necesariamente con sus fundamentos– de las tesis de FAGGELLA y SALEILLES.

Recordemos la pregunta de BETTI planteada en el último párrafo del sub-rubro que precede. El mismo autor responde dicha pregunta diciendo<sup>(114)</sup>: "resolviendo la cuestión en el primer sentido (relación jurídica entre una y otra parte), se llegaría a calificar la inobservancia de la buena fe en cuestión como culpa contractual, encuadrable en una relación que en sentido lato podría calificarse como relación de obligación. Resolviéndola, en cambio, en el segundo sentido la inobservancia (del deber genérico del *alterum non laedere*), debería calificarse como culpa extracontractual). Agrega el autor –aunque no llego a identificarme con su parecer– que: "En el fondo se reduce a una decisión o preferencia de gusto optar por una u otra solución".

Voy a analizar a continuación ambas posiciones, la contractualista y la extracontractualista, para, a la luz de este análisis, contar con los elementos de juicio necesarios para decidir cuál debe ser –sólo en mi opinión, desde luego–, la posición más adecuada.

#### 1).- *Posición contractualista.*-

El planteamiento de IHERING de otorgar carácter contractual a la responsabilidad precontractual, basado en el surgimiento de una culpa *in contrahendo* incurrida en el período de formación del contrato, que él ubica a partir de la formulación de la oferta, resulta de poca utilidad para encontrar el fundamento moderno de la responsabilidad precontractual que, precisamente, es la que puede tener lugar durante o con razón de las tratativas, las cuales constituyen una etapa previa a la formulación de la oferta.

El otorgamiento de carácter contractual a la responsabilidad precontractual propiamente dicha, o sea la susceptible de existir por razón de las tratativas, se basa fundamentalmente en la tesis del *contrato tácito*, de carácter *social*, según la cual la iniciación de las tratativas supone un acuerdo entre los tratantes para ingresar a esta etapa. Recuérdese que las simples propuestas unilaterales hechas por una de las partes, sin que haya existido un correlativo asentimiento de la otra de explorar las posibilidades de llegar a celebrar un contrato, no constituyen tratativas, para cuya existencia se requiere la voluntad común de vincularse contractualmente, si ello conviene a los intereses de las partes. De este contrato tácito surgen los deberes de corrección, de información y de colaboración, cuyo quebrantamiento da lugar a la responsabilidad, independientemente de que el contrato para cuya realización se llevan adelante las tratativas llegue a concluirse o no. Estos deberes, que pueden ser reconducidos a los conceptos de probidad y lealtad, constituyen los fundamentos para generar responsabilidad si no son observados.

Conviene relevar que la tesis del contrato tácito parte de la premisa de que el acuerdo de voluntades recae sobre la asunción por los tratantes de los deberes de probidad y lealtad, de tal manera que el quebrantamiento de estos deberes determina el incumplimiento contractual.

Se agrega que si el ordenamiento legal exige que las tratativas deben llevarse a cabo según las reglas de la buena fe, es porque considera que ellas establecen, de por sí, un vínculo entre los tratantes, de carácter voluntario, desde que la buena fe-lealtad sólo es exigible a quienes buscan libremente de establecer relaciones entre ellos.

## 2) *Posición extracontractualista.*-

Esta posición parte de un razonamiento muy sencillo. Afirma que, si es generalmente aceptado que para que surja responsabilidad contractual se requiere necesariamente la existencia previa de un contrato, cuando no se da este presupues-

to la responsabilidad tiene carácter extracontractual. Dentro de este planteamiento, como la tratativa es una etapa previa a la conclusión del contrato y no forma parte de éste, la responsabilidad emergente de ella no puede ser contractual y, como no existe un campo intermedio o neutro, ha de ser incuestionablemente extracontractual.

Refiriéndose al planteamiento de que la aplicación legal de las reglas de la buena fe al desenvolvimiento de las tratativas otorga a la responsabilidad emergente de ellas carácter contractual, MICCIO<sup>(115)</sup> afirma que "es errado decir que con el sujetamiento de una relación social al imperativo de la buena fe, la relación se transforma automáticamente en un vínculo obligatorio. A parte de la consideración de que una relación es o no obligatoria y no es susceptible de transformarse milagrosamente, en virtud de una norma de conducta que la ley pone como límite entre lo jurídico y lo antijurídico, es ciertamente arbitrario pensar que la buena fe, especialmente en sentido objetivo, sea monopolio de la materia contractual".

Si la ley establece que los tratantes deben negociar según las reglas de la buena fe, el incumplimiento de este deber constituye un comportamiento sustancialmente ilícito, que da lugar a una responsabilidad extracontractual, propia de los actos ilícitos.

Es cierto que la ley quiere elevar a un nivel de corrección y lealtad la etapa negocial, pero ello no significa que, por este solo hecho, convierta las negociaciones en relaciones contractuales<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Afirma COSSIO<sup>(116)</sup> que "es indudable, desde luego, que el solo hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato; sin embargo, atribuir carácter contractual a esa relación parece un tanto excesivo; decir que por ese sólo hecho nace una relación contractual, en cuanto ambas partes convienen entre sí, previamente a la perfección del contrato a que sus conversaciones se dirigen, otro contrato preliminar, por el que recíprocamente se obligan a guardarse buena fe y la lealtad

### 3).- *Posición personal.*

Las posiciones contractualista y extracontractualista que se acaban de exponer, parten, al parecer, del presupuesto que la responsabilidad, en general, está dividida en dos campos netos, con carácter excluyente. La responsabilidad que no es propiamente contractual es necesariamente extracontractual.

Tengo la impresión de que el sistema peruano no se inspira en este criterio, sino que sigue un camino nuevo, cuyo trazado no es muy preciso, al menos para mí.

El Libro VI del Código civil trata de las obligaciones, cuyo Título IX versa sobre la inexecución de las obligaciones.

Por su parte, el Libro VII del mismo cuerpo de leyes se ocupa de las fuentes de las obligaciones, entre las cuales enumera los contratos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual.

Resulta así que, ateniéndonos a esta sistemática, la responsabilidad extracontractual genera obligaciones y que el incumplimiento de las obligaciones así nacidas debe regularse por las normas del Título IX de Libro VI.

Esto no resulta explicable, porque las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual están reguladas por el propio Código con arreglo a criterios distintos de los que informan la responsabilidad por inexecución de las obligaciones.

Si nos atuviéramos estrictamente a la letra del Código, el daño causado por el ejercicio de una actividad riesgosa de-

---

debidas, está muy lejos de ajustarse a la realidad de los hechos. Ciertamente que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido entre las partes, cuya voluntad no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan sólo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas".

pararía a quien lo causó la obligación de repararlo, prescindiendo del dolo o culpa del autor (con excepción del caso fortuito o fuerza mayor), no obstante lo cual el incumplimiento de esa obligación de reparación estaría sujeto al sistema del Título IX del Libro VI, dominado por el principio de la culpabilidad en sentido amplio.

En realidad, si nuestro Código no ha adoptado un sistema único de responsabilidad (con las variantes que resultaren necesarias según el origen del daño), como lo aconseja un sector importante de la doctrina, ha debido regular claramente dos sistemas separados de responsabilidad, con reglas propias para cada uno, evitándose así la incertidumbre sobre una posible superposición de normas. Aun cuando no puedo negar que la responsabilidad llamada extracontractual<sup>(\*)</sup> genera técnicamente obligaciones, por lo cual no es incorrecto ubicarla entre las fuentes de las obligaciones, considero que la inejecución de estas obligaciones ha debido estar expresamente excluída, por razones prácticas, del Título IX del Libro VI del Código Civil.

Pienso, siguiendo este orden de ideas, que interpretando el sistema de nuestro Código civil en materia de responsabilidad a la luz de la lógica, deben considerarse dos clases de responsabilidad: la derivada de la inejecución de las obligaciones creadas por los actos a que se refieren las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Libro VII; y la derivada de la ejecución de actos ilícitos, que corresponde a la que regula la Sección Sexta del mismo Libro. La primera clase de responsabilidad está sometida a las reglas del Capítulo Primero del Título IX del Libro VI y la segunda a las de la Sección Sexta del Libro VII.

---

(\*) Debo aclarar que cuando participé en la elaboración del Proyecto del Código civil no fui partidario de la denominación "responsabilidad extracontractual", pues tan extracontractual es esta responsabilidad (por acto ilícito) como la derivada de la inejecución de las obligaciones que surgen de la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral, que tampoco son contratos.

Para desarrollar mi opinión sobre la responsabilidad precontractual voy a seguir esta clasificación, por considerar que es la verdadera posición del Código civil.

No se presenta, pues, una antinomia entre responsabilidad contractual, entendida en el sentido que toda la que no tiene carácter contractual es necesariamente extracontractual, sino que, por el contrario, la responsabilidad que no es extracontractual, o mejor dicho que no proviene de acto ilícito, bien entra en el campo de la originada por la inejecución de las obligaciones o bien queda en una situación incierta, respecto a su exigibilidad, que es necesario analizar en cada caso de acuerdo con las reglas de la crítica y la interpretación.

Se ha visto que al establecer el Código civil que los contratos deben negociarse según las reglas de la buena fe está creando el deber de los tratantes de ceñirse a estas reglas, lo que se materializa, a su vez, en los deberes de información, de claridad, de secreto y de no romper injustificadamente las tratativas.

Comprendo que estos deberes no surgen directamente de alguna de las fuentes de las obligaciones enumeradas en el Libro VII del Código civil, razón por la cual no pueden recibir técnicamente el nombre de "obligaciones" en sentido estricto, pero ello no me lleva a admitir que el incumplimiento de estos deberes no esté sujeto a sanción civil alguna, o sea a responsabilidad.

Pienso, por ello, que es necesario encontrar la naturaleza de esta responsabilidad y, para ello, voy a seguir una especie de procedimiento de descarte.

En primer lugar, el deber de proceder según las reglas de la buena fe se impone a los tratantes, o sea a quienes han decidido establecer cierto vínculo entre sí para explorar juntos las posibilidades de celebrar un contrato. No cabe, pues, ubicar la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber

en el campo de la responsabilidad por acto ilícito, desde que no se trata de la violación de un deber genérico de no dañar<sup>(17)</sup>, que es el fundamento de esta responsabilidad, sino de la violación de un deber específico del uno frente al otro asumido voluntariamente por los tratantes al dar inicio a las tratativas.

Excluido el campo de la responsabilidad por acto ilícito, debemos explorar, en segundo lugar, la posibilidad de situar la responsabilidad derivada del deber de actuar con buena fe en el campo de la inejecución de las obligaciones creadas por los actos regulados por las Secciones Primera a Quinta, inclusive, del Libro VII.

Pienso que hay que descartar necesariamente las Secciones Tercera, Cuarta y Quinta, pues las tratativas se desarrollan, por su esencia, exclusivamente en el ámbito contractual (hay una posible excepción en el caso de la promesa unilateral, cuya obligatoriedad puede provenir de un acuerdo previo entre las partes interesadas, pero que no vale la pena examinar por cuanto las reglas del contrato se le aplicarían *mutatis mutandis*).

Siguiendo un criterio muy estricto, como las tratativas son previas a la celebración del contrato, que es el acto que genera realmente obligaciones, los deberes resultantes de las tratativas no están comprendidos en las obligaciones creadas por el contrato y, por lo tanto, habría que llegar a la conclusión que la responsabilidad generada por las tratativas no queda enmarcada dentro del campo de la responsabilidad por inejecución de una obligación contractual.

Sin embargo, pienso, a título muy personal, que la responsabilidad contractual (entendida como la proveniente de esa fuente de las obligaciones) no debe tener su esencia en la inejecución de una obligación de origen contractual (desde que la obligación nacida de un contrato –de dar, de hacer o de no hacer– puede ser igual, por ejemplo, a la derivada de una promesa unilateral), sino en el provenir de la violación de un

deber asumido voluntariamente por las partes con ocasión de la celebración de un contrato.

En otras palabras, el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inexecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generador de consecuencias jurídicas.

Supongamos el caso de una convención destinada a la constitución de un derecho real, que no es una obligación. ¿Podría sostenerse que la inexecución de esta convención no dará lugar a una responsabilidad asimilable a la responsabilidad contractual? Pienso que no.

De la misma manera, la inexecución de un deber emanado de un acuerdo de voluntades destinado a iniciar tratativas orientadas a la celebración de un contrato ¿no genera también una responsabilidad análoga a la contractual, que debe sujetarse a las reglas de esta última? Recuérdese que si ese acuerdo de voluntades no existiera las partes no estarían obligadas a actuar de buena fe y, por lo tanto, no asumirían deberes.

Considero que en todos estos casos la razón es la misma, o sea que la violación generadora de la responsabilidad recae en un vínculo jurídico entre dos partes que produce efecto por tener carácter voluntario.

Razonar de otro modo llevaría necesariamente a clasificar la responsabilidad proveniente de la violación de los deberes que impone las tratativas como responsabilidad por acto ilícito, que —aparte de los casos de la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral que no son aplicables— es la única otra alternativa posible, lo que me parece inaceptable.

Por razón de estas consideraciones, opino que la responsabilidad derivada de la violación del deber de actuar según las reglas de la buena fe que impone a los tratantes el ar-

título 1362 del Código civil, está regulada por las normas relativas a la inejecución de las obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código civil<sup>(\*)</sup>.

Esta solución, por lo demás, está de acuerdo con la naturaleza de la responsabilidad precontractual pues, como se ha visto en el sub-rubro "Clase de buena fe", la buena fe a que se refiere el párrafo anterior tiene sentido objetivo, cuya inobservancia está regulada por el principio de la culpa en sentido amplio (dolo, culpa inexcusable y culpa leve), que es precisamente el que informa el sistema de responsabilidad contemplado por el citado Título IX.

### **Medida del daño.-**

Para poder determinar el monto del daño que debe ser indemnizado por razón del incumplimiento de los deberes que impone la buena fe para la negociación de los contratos, es necesario tomar

---

(\*) Mi opinión se asemeja, sólo en este último sentido, a la de CUPIS<sup>(119)</sup>, quien dice: "El art. 1.337 del Código civil establece que las partes en el desarrollo de los tratos deben comportarse con arreglo a la buena fe lo que equivale a afirmar que en las fases que median entre la iniciación de los tratos y la conclusión del contrato, están recíprocamente obligadas a mantener un comportamiento que responda a la buena fe. A nuestro entender se está en presencia de una relación obligacional —precedente a la que será establecida en el contrato—, en cuanto el vínculo jurídico referido por el art. 1.337 es un vínculo jurídico que liga a una parte y a la otra por el hecho de haber principiado los tratos. Como es sabido, la obligación crea un vínculo jurídico entre sujetos determinados; antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de los tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe. Esta obligación no surge de un pacto tácito, que de ser admitido chocaría contra las dificultades expuestas: Su fuente es distinta al contrato, por cuanto radica precisamente en el hecho del inicio de los tratos, que hay que encuadrar en la serie de aquellos actos o hechos idóneos, junto a los contratos y a los hechos ilícitos, para producir obligaciones con arreglo al ordenamiento jurídico. El daño producido por el incumplimiento de tal obligación es un daño que recibe la denominación de contractual en tanto y cuanto tal expresión se aplica extensivamente a todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación, bien se derive de un contrato o de otra fuente".

en consideración que el acuerdo de voluntades sobre iniciación de las tratativas es distinto del acuerdo de voluntades para la celebración del contrato.

La responsabilidad precontractual sólo cubre el resarcimiento del daño proveniente del incumplimiento del primer acuerdo, no así del segundo.

Para comprender debidamente esta diferencia, la doctrina distingue entre el "interés contractual positivo" y el "interés contractual negativo".

Se entiende por interés contractual positivo el que tiene el contratante en el cumplimiento del contrato<sup>(119)</sup>, de tal manera que el resarcimiento de este interés comprende todo el daño sufrido por él en razón de la inexecución de las obligaciones sobre las que versa el contrato.

Interés contractual negativo es, en cambio, el que tienen los tratantes de no ser lesionados por la realización de las tratativas, en razón de haber confiado en la lealtad con que éstas han sido conducidas. La indemnización por la frustración de este interés cubre los daños sufridos por el tratante, tales como los gastos que no hubiera hecho si hubiera podido prever que el contrato no se celebraría, o el perjuicio que le depara haber perdido oportunidades o rehusado ofertas de otras personas<sup>(120)</sup>. Como dicen LOI y TESSITORE<sup>(121)</sup>, el interés negativo "está limitado a los gastos que la contraparte ha incurrido en previsión de la conclusión del contrato y a la pérdida sufrida por otras ocasiones que ha rechazado, siempre que, naturalmente, los unos y la otra sean dependientes de las tratativas que no han tenido éxito". Respecto de este último punto, SCHMIDT<sup>(122)</sup> considera que la ruptura de las tratativas causa simplemente la pérdida de la "chance" de concluir el contrato proyectado o la pérdida de la "chance" de concluir otros más ventajosos.

Estando la responsabilidad precontractual sujeta, como se ha visto, a las reglas propias de la inexecución de las obligaciones, el resarcimiento del interés contractual negativo debe medirse de acuerdo con estas reglas. En tal sentido, la actuación del tratante

a quien es imputable la frustración de las tratativas determina la extensión de la reparación, aplicándose los criterios del dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve.

Así, si el tratante ha procedido con dolo o culpa inexcusable, la indemnización del interés negativo comprende tanto el daño emergente (el perjuicio efectivo sufrido por la no celebración del contrato al que se refieren las tratativas) como el lucro cesante (las ventajas que se habrían podido obtener si, en la confianza que las tratativas estaban encaminadas a la celebración del contrato, no se hubieran desechado otras oportunidades), en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de sus deberes de lealtad; pero si tal inejecución obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de iniciarse las tratativas (referido, desde luego, a la frustración de éstas y no al incumplimiento del contrato a que ellas podían dar lugar)<sup>(\*)</sup>.

### ***Efectos de la conclusión del contrato.-***

Puede ocurrir que, no obstante que uno de los tratantes no ha actuado durante las tratativas según las reglas de la buena fe, o sea no ha cumplido los deberes que ésta impone, llegue a celebrarse el contrato hacia el cual estaban encaminadas las tratativas. Surge la duda si, en este caso, subsiste la responsabilidad precontractual.

La doctrina ha tratado el tema sólo en forma tangencial. BIANCA<sup>(123)</sup> considera que la responsabilidad contractual "absorbe" la precontractual, de tal manera que celebrado el contrato esta última desaparece. SACCO y RAVAZZONI<sup>(124)</sup>, en cambio, opinan que

---

(\*) LOI y TESSITORE<sup>(125)</sup> piensan que admitiendo incondicionalmente la subsistencia de estos dos elementos (daño emergente y lucro cesante) también para el interés negativo, mal se comprende, en consecuencia, el porqué de la insistencia en la idea de un límite que sería propio del interés negativo respecto del interés positivo, como si el primero debiera necesariamente considerarse como un minus frente al segundo.

subsiste la responsabilidad precontractual aún en la hipótesis de conclusión válida del contrato, consistiendo en tal caso el daño resarcible en el mayor perjuicio que a la contraparte le cause la celebración del contrato por razón de la violación de la buena fe en el curso de las tratativas, como puede ser la demora por falta de información o el diverso contenido del contrato por incumplimiento del deber de claridad.

Estoy de acuerdo con estas últimas opiniones pues pienso que se trata de dos acuerdos de voluntad diferentes (la tratativa y el contrato) que dan lugar a relaciones jurídicas distintas, siendo cada una de ellas susceptible de incumplimiento y, por lo tanto, de causar perjuicio. Desde luego, si la contraparte no sufre daño alguno por la celebración del contrato pese a la violación de la buena fe en la conducción de las tratativas, no hay lugar a indemnización.

#### 6).- LA CELEBRACION.-

El artículo 1362 del Código civil establece que los contratos deben celebrarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

#### *Campo de la celebración.-*

Se ha visto que la etapa de las tratativas termina con la formulación de la oferta, lo que da lugar a la iniciación de la segunda etapa, que es la celebración del contrato.

Esta etapa comprende desde la declaración de la oferta (policitación) por el oferente hasta el conocimiento por éste de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato, incluyéndose en la etapa las posibilidades de la retractación de la oferta, la contraoferta y la retractación de la aceptación.

Todos los aspectos relativos a estos temas serán tratados en los comentarios de los artículos 1373 y siguientes del Código civil.

Por ahora me limitaré a estudiar la aplicación de la buena fe a dicha etapa.

### ***Clase de buena fe.-***

Como en el caso de la buena fe en la negociación del contrato, me pregunto ¿a qué concepto de buena fe, el objetivo o el subjetivo, se refiere el Código al imponer el deber de celebrar el contrato según las reglas de la buena fe?

Coloquémonos en el caso más sencillo, que es el de la oferta seguida de la aceptación. Existen allí dos declaraciones contractuales sucesivas: la oferta, que es la declaración del oferente dirigida al destinatario (el futuro aceptante) proponiéndole la celebración del contrato; y la aceptación, que es la declaración del destinatario (que se ha convertido en aceptante) dirigida al oferente manifestándole su conformidad con la oferta. El conocimiento de la aceptación por el oferente da lugar a la celebración del contrato.

La buena fe en la etapa de la celebración del contrato no radica tanto en la lealtad que deben tener, respectivamente, el oferente y el destinatario respecto a sus propias declaraciones, en el sentido de estar obligados a respetarlas (desde que, en el caso de la oferta, esa obligatoriedad no proviene del deber impuesto por la buena fe sino que nace directamente —con ciertas excepciones— del artículo 1382 del Código civil y, en el caso de la aceptación, es innecesaria por cuanto ésta da lugar, si no es legítimamente retratada antes de llegar a conocimiento del oferente, a la celebración del contrato, que también, a su vez, es obligatorio), sino en la creencia o confianza que adquieren sucesivamente el destinatario y el oferente respecto a que la declaración del otro responde a su voluntad.

En efecto, mediante la oferta el oferente comunica al destinatario su voluntad de celebrar un contrato en determinadas condiciones. El destinatario, depositando su confianza en que la declaración del oferente corresponde efectivamente a su voluntad, declara, a su vez, al oferente su conformidad con la oferta por considerar que

consiste una voluntad común (la del oferente y la suya propia). El oferente, al conocer la aceptación confía en la existencia de esa voluntad común, lo que da lugar a la celebración del contrato, terminándose así la segunda etapa.

Vemos, pues, que si bien debe existir una buena fe-lealtad tanto en el oferente como en el aceptante respecto a que sus declaraciones deben corresponder a sus respectivas voluntades, el papel principal lo desempeña la buena fe-creencia, ya que no sólo cada uno de ellos debe creer en esa correspondencia sino también que es precisamente la confianza del uno en la declaración del otro lo que da lugar a la celebración del contrato, que es el segundo concepto para el cual el artículo 1362 del Código civil exige la buena fe.

Recuérdese (supra, Tomo II, pág. 29) que la buena fe-creencia (subjetiva) comprende, según de los MOZOS<sup>(126)</sup>, dos supuestos: uno consistente en la creencia de no dañar un interés ajeno; y otro fundado en la apariencia jurídica, o sea que la creencia no se refiere a la situación propia sino a la situación de la persona con la que el sujeto que se beneficia de la buena fe se relaciona. La creencia del sujeto puede recaer, pues, tanto sobre su posición personal (que su declaración corresponde a su voluntad) como sobre la posición de la otra parte (que la declaración de la otra parte corresponde a la voluntad de ésta).

Resulta así que la buena fe, que el artículo 1362 del Código civil exige para la celebración del contrato, determina que el oferente debe declarar lo que cree querer y el destinatario debe confiar razonablemente en esta declaración y, a su vez, convertido ya en aceptante, debe declarar su conformidad con lo que confía que el oferente le ha propuesto. El oferente, finalmente, debe confiar razonablemente en que la declaración del aceptante corresponde al querer de éste.

Por estas razones considero que la buena fe a que se refiere el párrafo anterior, si bien tiene una dosis de carácter objetivo, desde que impone a los contratantes un deber de lealtad al formular sus respectivas declaraciones, es fundamentalmente de carac-

ter subjetivo, pues está basada en la creencia por parte del destinatario de que la oferta responde a la voluntad del oferente y en la confianza depositada por el oferente en que la aceptación constituye una declaración de la verdadera voluntad común de ambos (oferente y aceptante), con lo cual se produce la celebración del contrato. No se trata tanto de una regla de conducta impuesta a los sujetos, como de la acogida que da el Derecho a una creencia razonable de éstos.

Esta posición concuerda armoniosamente con la tesis de que el Código civil acoge la teoría de la confianza para resolver el problema de la discrepancia entre la voluntad y la declaración para los efectos de la celebración del contrato, según la cual la declaración del oferente discrepante de su voluntad tiene valor cuando el destinatario ha confiado razonablemente en el significado objetivo de ella.

#### ***Deberes de los contratantes.-***

Se acaba de ver que la buena fe que exige el artículo 1362 del Código civil para la celebración del contrato tiene carácter preponderantemente subjetivo, no obstante lo cual no deja de tener una dosis de carácter objetivo.

Por razón de este último carácter, la sujeción a las reglas de la buena fe para la celebración del contrato da lugar a los siguientes deberes de los contratantes:

##### **a).- *Deber de exactitud.***

Los contratantes deben procurar que sus declaraciones correspondan efectivamente a sus respectivas voluntades, a fin de evitar el riesgo de que se plantee posteriormente la invalidez del contrato por disentimiento<sup>(127)</sup>.

##### **b).- *Deber de claridad.***

Al igual que en el caso de las tratativas, los contratantes

deben expresarse con claridad, de tal manera que la contraparte entienda perfectamente la declaración que se le hace y no sea inducida a equívoco<sup>(128)</sup>.

c).- *Deber de investigación.*

Los contratantes deben cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, cuando la personalidad de ésta sea esencial para la celebración del contrato.

Asimismo, en el caso que alguno de los contratantes actúe por representación, debe el otro averiguar si el poder de que goza lo autoriza para celebrar el contrato<sup>(129)</sup>

***Naturaleza jurídica de la responsabilidad contractual.-***

Por las mismas razones expuestas al tratar sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, considero que, si bien los deberes que asumen los contratantes en la etapa de celebración del contrato no tienen técnicamente el carácter de "obligaciones" en sentido estricto, la violación de esos deberes da lugar a la responsabilidad por inejecución de obligaciones regulada por el Título IX del Libro VI del Código civil, tanto más cuanto que tales deberes surgen de la etapa de celebración del contrato.

En efecto, desde que se formula la oferta, que es el hecho que pone fin a la etapa de las tratativas y da inicio a la etapa de celebración del contrato, los contratantes se encuentran ligados por una nueva relación voluntaria, que está encaminada a la celebración del contrato. Desde luego, este ligamiento puede terminar con el rechazo de la oferta por parte del destinatario, pero si ello no ocurre la relación subsiste hasta que se celebra el contrato, bien sea por la aceptación del destinatario en el caso de la oferta o por la aceptación del primer oferente en el caso de la contraoferta, terminando así la segunda etapa del *iter* de formación del contrato.

Durante esta segunda etapa, que es la contractual propiamente dicha (véase la distinción entre etapa precontractual, contractual

propriadamente dicha y postcontractual (supra, Tomo II, pág. 64), aún no se han creado obligaciones, desde que esto último solo tiene lugar cuando se celebra el contrato, sino que existen los deberes de los que anteriormente se ha hablado. Sin embargo, estos deberes tienen su origen en la existencia de la etapa de celebración del contrato, por lo cual su incumplimiento no puede ser asimilado a la ejecución de un acto ilícito sino a la inexecución de las obligaciones, por provenir de la violación de una relación jurídica de carácter voluntario y bilateral.

## 7).- LA EJECUCION.-

El artículo 1362 del Código civil establece que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Se incurre así en la falta de precisión a la que me referí al tratar sobre el concepto de contrato (supra, Tomo I, pág. 49).

En efecto, la función del contrato es, mediante un acuerdo de declaraciones de voluntad, crear (regular, modificar o extinguir) una relación jurídica patrimonial. Es esta relación jurídica, y no el contrato (que deja de existir al momento de perfeccionarse), compuesta por derechos y obligaciones de las partes, lo que debe ejecutarse.

De las tres etapas del *iter* contractual (precontractual, contractual propiadamente dicha y postcontractual), la llamada ejecución del contrato se encuentra en la etapa postcontractual, o sea aquella en la cual el contrato ya se celebró y cumplió su objetivo de crear la relación jurídica.

Corresponde a los ex-contratantes, convertidos ahora en deudores y acreedores, ejecutar las obligaciones derivadas de esta relación jurídica.

Sin embargo, si el contrato celebrado estuviera sujeto a una condición suspensiva o subordinado a una situación ajena a la voluntad de las partes (por ejemplo, la determinación del precio de

una compraventa por un tercero) no produciría sus efectos ni, por consiguiente, crearía la relación jurídica, hasta que se cumpliera la condición o se realizara la situación, que es cuando se perfeccionaría (produciría sus efectos) el contrato (ver supra, Tomo I, pág. 122).

Es posible en principio, pues, que los contratantes asuman deberes después de la celebración del contrato y antes de su perfeccionamiento, como el de abstenerse durante la pendencia de la condición de todo acto que perjudique los derechos de la otra parte o tomar medidas para dejar a salvo el objeto de la prestación <sup>(130)</sup>.

Para estos casos excepcionales rigen *mutatis mutandis* las reglas relativas a la buena fe en la celebración del contrato, en lo que se refiere a la lealtad contractual.

### ***Clase de buena fe.-***

Colocándome en el caso general, o sea el de la simultánea celebración y perfeccionamiento del contrato, surge necesariamente la pregunta sobre el carácter (objetivo o subjetivo) de la buena fe que exige el artículo 1362 para la ejecución del contrato (se entiende para la ejecución de la resolución jurídica nacida del contrato).

En este caso existe una relación jurídica a la cual el artículo 1361 del Código civil otorga fuerza obligatoria en cuanto se haya expresado en el contrato que dio lugar a dicha relación. En otras palabras, la relación jurídica debe cumplirse de determinada manera. La buena fe que se exige en esta etapa contractual es, pues, el deber de ejecutar las prestaciones que son el contenido de las obligaciones constitutivas de la relación jurídica.

Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulten más beneficiosas para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos.

Se crea así entre deudor y acreedor un deber de colaboración mutua para alcanzar la finalidad buscada de la manera que convenga mejor a los recíprocos intereses de ambos, sin desnaturalizar, desde luego, lo estipulado en el contrato (7).

Ateniéndonos a los conceptos de confianza, fidelidad, compromiso, capacidad de sacrificio, prontitud de ayuda que, según dice BETTI en la nota a pie de página, caracterizan a la buena fe contractual, que son principalmente aplicables a la etapa de ejecución del contrato, hay que aceptar que en este caso la buena fe tiene carácter preponderantemente objetivo, o sea que se trata de una buena fe-lealtad.

Sin embargo, esta posición no es pacífica pues, comentando el artículo 57 del Código de comercio español que, al igual que el artículo 57 de nuestro Código de comercio, establece que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, GARRIGUES<sup>(131)</sup> se pregunta ¿Qué se entiende por ejecución de buena fe? respondiendo que "buena fe significa confianza; tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra; fía y confía en que ésta no la engañará".

---

(\*) Sobre el particular BETTI<sup>(132)</sup> dice: "Más, para captar el aspecto característico de la buena fe contractual, a la que se refieren la interpretación y la ejecución del contrato pactado, debemos preguntarnos cuál es el carácter más saliente de esa buena fe. Ahora bien examinando con detenimiento el carácter más saliente de esa buena fe, consiste en que no está circunscrita a los actos singulares del contrato, sino que abarca por entero el comportamiento del mismo considerado en su intrínseca coherencia y en su totalidad, es decir, como actitud de cooperación que es debida por cada parte a la otra, y la buena fe valora esta conducta en su totalidad, en la medida que es más conforme al interés de la otra, el cual trata de satisfacer con esa misma conducta. De este modo resulta evidente la diferencia inconfundible que distingue la buena fe contractual, en sentido normativo, de la buena fe consistente en la creencia en la propia o ajena limitación. La buena fe del poseedor o del adquirente es, simplemente, una buena fe justificativa, según la exigencia del mínimo ético, del comportamiento, que de otro modo tendría carácter ilícito o que en todo caso, no estaría protegido.

Obsérvese que la confianza que, según GARRIGUES, debe tener una de las partes tiene su origen, razón de ser, en la conducta leal de la otra, lo que pone de manifiesto que antes que la confianza debe existir la lealtad. Si no se impusiera al sujeto un deber de lealtad, no habría por que confiar en su conducta.

Por otro lado, es discutible que lo que caracteriza a la etapa de ejecución de la relación obligatoria es la confianza depositada por un contratante en el otro. En efecto, en esta etapa lo que interesa a ambos es que cada uno cumpla su respectiva obligación de acuerdo con lo pactado en el contrato o según la común intención de las partes. Para ello se impone a ambos contratantes una regla de conducta inspirada en la lealtad.

Estas razones me llevan a pensar que la buena fe que debe reinar en la ejecución de la relación jurídica obligatoria nacida del contrato tiene carácter objetivo. En este sentido, de los MOZOS<sup>(133)</sup> indica que como la buena fe objetiva "actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio, en general, se manifiesta en todos los aspectos de su vida, *cobrando sobre todo interés en el más típico de todos ellos, en su cumplimiento, es decir, en la actuación de sus efectos jurídicos*".

LARENZ<sup>(134)</sup> considera que el principio de la buena fe-lealtad desarrolla su fuerza en una triple dirección:

En primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él.

En segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de

---

La buena fe de que se trata aquí, en cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte; actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte".

ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente.

En tercer lugar se dirige a todos los participantes en la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido de esta especial vinculación y a una conciencia honrada (copia literal).

### ***Efectos de la buena fe.-***

Hemos visto que el artículo 1361 del Código civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos ¿Cómo se conjuga esta disposición con la norma contenida en el artículo 1362, según el cual los contratos deben ejecutarse de acuerdo con las reglas de la buena fe? Si hubiera conflicto entre la letra del contrato (siempre que no traspase los límites de lo lícito) y la buena fe con que debe ser ejecutado ¿cuál debe primar?

SATANOWSKY<sup>(135)</sup> nos dice que en todo contrato debe distinguirse entre lo expresamente pactado en él y lo que surge implícitamente. En lo primero impera la voluntad de las partes expresadas en el contrato. En lo segundo el concepto de buena fe juega su verdadero rol, indicando la forma cómo debe procederse para dar cumplimiento a la obligación.

En otras palabras, cuando las partes previeron las circunstancias a ocurrir en la ejecución del contrato, la buena fe exige cumplir con lo previsto. Sin embargo, son muy raros los casos en que las palabras de los contratos son tan precisas que no permiten una cierta pluralidad de posibilidades según las circunstancias. Es en este campo de las posibilidades donde actúa la buena fe-lealtad<sup>(136)</sup>.

Supóngase el caso de un contrato de compraventa de un automóvil celebrado en Lima, pero cuya entrega debe efectuarla el vendedor en la ciudad de Huacho, sin indicarse la ruta a seguir,

pero asumiendo el comprador el riesgo de pérdida del bien desde el momento de la celebración del contrato. Ambas partes deben cumplir el contrato de acuerdo a lo estipulado en él, de tal manera que la entrega en Huacho es obligatoria. Hasta aquí no entran en juego las reglas de la buena fe. Pero si existen dos carreteras para trasladar el vehículo de Lima a Huacho, una de ellas de tránsito rápido pero peligroso, y la otra de tránsito lento pero seguro, la buena fe impone al vendedor el deber de usar esta última, aun cuando le tome más tiempo cumplir la prestación de entrega, pues así protege el legítimo interés del comprador.

Empero, si en el mismo contrato se hubiera estipulado la utilización de la carretera rápida, no estaría el vendedor obligado por la buena fe a utilizar la carretera lenta, pues antes que aplicar las reglas de la buena fe hay que cumplir lo estipulado en el contrato.

Esta es la posición tradicional y la que inspira nuestro Código civil, aplicable al caso de los contratos que se ejecutan dentro de las situaciones previstas por los contratantes al celebrarlos o, al menos, las que pudieron prever. Sin embargo, veremos más adelante, especialmente al estudiar la institución de la excesiva onerosidad de la prestación, que cuando se presentan situaciones imprevisibles y extraordinarias los jueces han invocado la buena fe para modificar lo expresamente pactado por las partes.

Nos relata LARENZ<sup>(137)</sup>, al respecto, que en la época de los años veinte la jurisprudencia alemana, después de vacilaciones iniciales, consideró obligado a una revalorización al deudor de dinero que en el tiempo en que el poder adquisitivo de la moneda se redujo a una fracción insignificante de su valor originario pagó su deuda según el valor nominal, con lo cual habrá cumplido, según la ley, mas impuso la revalorización de tenor de *la buena fe*.

### ***Naturaleza jurídica de la responsabilidad postcontractual.-***

A diferencia de la buena fe que el artículo 1362 del Código civil impone para las etapas de negociación y celebración del contrato, en las cuales aún no existen obligaciones en sentido

estricto, sino únicamente deberes, la buena fe aplicable a la etapa de ejecución de la relación obligatoria nacida del contrato tiene como contenido cumplir con lealtad las obligaciones impuestas por dicha relación.

En consecuencia, la responsabilidad aplicable a quien no actúa de buena fe en esta etapa es la correspondiente a la inejecución de las obligaciones, regulada por el Capítulo Primero del Título IX del Libro VI del Código civil.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1362:

- (1) SCHULZ CIŃOVSKY, Antonio, "Índice alfabético de materias del Código civil", Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1987, pág. 16.
- (2) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, "La buena fe", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984, pág. 80.
- (3) Cita de GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 203.
- (4) Cita de FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 83.  
(2)
- (5) Cita de Loc. cit.
- (6) Cita de IBIDEM, pág. 84.
- (7) Cita de Loc. cit.
- (8) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 200. (3)
- (9) Cita de IBIDEM, pág. 202.
- (10) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", UTET, Torino, 1977, pág. 106.
- (11) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 530.

- (12) MOZOS, José Luis de los, "El principio de la buena fe", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1965, pág. 27
- (13) PUIG BRUTAU, José, "Introducción al Derecho civil", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, pág. 415.
- (14) Cita de FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 84. (2)
- (15) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 203. (3)
- (16) MORELLO, Augusto N., "Ineficacia y frustración del contrato", Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1975, pág. 20.
- (17) LOI, Maria y TESSITORE, Franca, "Buona fede e responsabilità precontrattuale", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1975, pág. 13.
- (18) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 28. (12)
- (19) Loc. cit.
- (20) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 83. (2)
- (21) Cita de Loc. cit.
- (22) Cita de IBIDEM, págs. 91 y 184.
- (23) PUIG BRUTAU, José, op. cit., pág. 415. (13)
- (24) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 32. (12)
- (25) IBIDEM, págs. 57 y 59.
- (26) SPOTA, Alberto G. "Curso sobre temas de Derecho civil", Instituto Argentino de Cultura Nacional, Buenos Aires, 1971, pág. 348.

- (27) BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1969, Tomo I, pág. 78.
- (28) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 88. (2)
- (29) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II, pág. 27.
- (30) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 206.
- (31) PUIG BRUTAU, José, op. cit., pág. 415. (13)
- (32) SPOTA, Alberto G., op. cit., pág. 158. (26)
- (33) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho civil", Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1976, Tomo I, pág. 428.
- (34) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 203. (3)
- (35) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 101.(2)
- (36) BATLLE VAZQUEZ, Manuel, en "Comentarios al Código civil y compilaciones forales" dirigido por Manuel ALBALA-DEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978, Tomo I, pág. 117.
- (37) LOI, Maria y TESSITORE, Franca, op. cit., págs. 14 y 17. (17)
- (38) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 113.
- (39) RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pág. 1.

- (40) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 21. (12)
- (41) GALGANO, Francesco, "Diritto civile e commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, Volumen II, Tomo I, pág. 461.
- (42) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 92. (2)
- (43) LOI, Maria y TESSITORE, Franca, op. cit., pág. 20. (17)
- (44) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo I, pág. 111.
- (45) Traducción de la obra de Emilio BETTI, op. cit., Tomo I, pág. 72. (27)
- (46) RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 205.
- (47) LARENZ, Karl, "Derecho de las obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 146.
- (48) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 84. (27)
- (49) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 64. (12)
- (50) MESSINEO Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A Giuffré, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 361.
- (51) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 107. (10)
- (52) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 148 (2)
- (53) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 65. (12)
- (54) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 115.

- (55) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 145. (47)
- (56) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 192. (2)
- (57) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Justicia contractual", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1977, pág. 157.
- (58) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pag. 206. (30)
- (59) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 104. (10)
- (60) LIPARI, Nicoló, "Derecho privado", Publicaciones del Real Colegio de España, Boloña, 1980, pág. 355.
- (61) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, op. cit., pág. 239. (2)
- (62) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 132. (57)
- (63) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código Civil (de los contratos)", Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, Tomo III, pág. 34.
- (64) MOZOS, José Luis de los, op. cit. pág. 69. (12)
- (65) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 144. (47)
- (66) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 69. (12)
- (67) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 147. (47)
- (68) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentario - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 27.
- (69) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tom I, pág. 117.

- (70) PINTO ROGERS, Humberto, citado por CANCINO, Fernando, "Estudios de Derecho privado", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, pág. 55.
- (71) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 317.
- (72) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 93.(10)
- (73) CANCINO, Fernando, op. cit., pág. 56. (70)
- (74) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 96. (10)
- (75) MESTRE, Jacques, "L'evolution de contrat en Droit privé francais" en "Hommages au Doyen René SAVATIER", Presses Universitaires de France, París, 1986, pág. 52; SHMIDT, Joanna, "Negotiation et conclusion de contrats", Dalloz, Paris, 1982, pág. 205
- (76) FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna, 1982, pág.58.
- (77) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 93.
- (78) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 317. (71)
- (79) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 262.
- (80) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 309. (30)
- (81) LOI, Maria y TESSITORE, Franca, op. cit., pág. 88. (17)
- (82) BIANCA C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 66.
- (83) FERRI Luigi, op. cit., pág. 57. (76)

- (84) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I., pág. 301. (30)
- (85) Cita de LIPARI, pág. 357 (60)
- (86) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil-Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen I, pág. 317.
- (87) BREBBIA, Roberto H., "Responsabilidad precontractual" Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1987, pág. 91.
- (88) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 661.
- (89) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 88. (27)
- (90) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 109. (10)
- (91) LOI, María y TESSITORE, Franca, op. cit., pág. 88. (17)
- (92) MICCIO, Renato, cit., pág. 108. (10)
- (93) FERRI, Luigi, op. cit., pág. 60. (76)
- (94) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 167. (82)
- (95) Loc. cit.
- (96) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 140. (57)
- (97) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 179. (77)
- (98) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 108. (10)
- (99) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 142. (57)
- (100) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 102. (10)
- (101) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 171. (82)

- (102) IBIDEM, pág. 172.
- (103) BREBBIA, Roberto H., op. cit., pág. 88. (87)
- (104) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 190.
- (105) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 90. (27)
- (106) CUPIS, Adriano de, "El daño - Teoría general de la responsabilidad civil", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975, pág. 165; FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna, 1982, pág. 89.
- (107) BREBBIA, Roberto H., op. cit., pág. 47. (87)
- (108) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 190. (103)
- (109) BREBBIA, Roberto H., op. cit., pág. 51. (87)
- (110) IBIDEM, pág. 52.
- (111) IBIDEM, pág. 53.
- (112) ARIAS, José, "Contratos civiles", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Tomo I, pág. 153.
- (113) BREBBIA, Roberto H., op. cit., pág. 56. (87)
- (114) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 91. (27)
- (115) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 100. (10)
- (116) COSSIO, Alfonso de, "Instituciones de Derecho civil", Alianza Editorial, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 264.
- (117) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 61.

- (118) CUPIS, Adriano de, op. cit., pág. 167. (106)
- (119) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 167. (77)
- (120) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 309. (30)
- (121) LOI, María y TESSITORE, Franca, op. cit., pág. 93. (17)
- (122) SCHMIDT, Joanna, op. cit., pág. 106.
- (123) Cita de CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, pág. 701.
- (124) Cita de loc. cit.
- (125) LOI, María y TESSITORE, Franca, op. cit., pág. 96. (17)
- (126) MOZOS, José Luis de los, op. cit., págs. 57 y 59. (12)
- (127) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", op. cit., Tomo I, pág. 360. (50)
- (128) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 144. (57)
- (129) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 360. (50)
- (130) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 111. (27)
- (131) GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo II, pág. 27.
- (132) BETTI, Emilio, op. cit., Tomo I, pág. 101.
- (133) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 49. (12)
- (134) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 148. (47)
- (135) SATANOWSKY, Marcos, "Estudios de Derecho mercantil", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Tomo I, pág. 205.

- (136) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., 1971, pág. 242.  
(77)
- (137) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 149. (47)

**Artículo 1363.-** *Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Fundamento de la relatividad del contrato.
- 3.- Efectos del contrato.
- 4.- Partes del contrato.
- 5.- Los herederos de las partes.
- 6.- Los terceros.
- 7.- La oponibilidad del contrato.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 28 de la Ponencia original decía lo siguiente:

**Artículo 28.-** Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo respecto de estos últimos que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles.

Según la respectiva Exposición de Motivos, "en este artículo se repite la disposición contenida en el artículo 1329 del Código civil (de 1936), que responde a principios universalmente reconocidos según los cuales los contratos no se extienden más allá de las partes que los han otorgado y de sus herederos, sean éstos a título singular como universal, salvo que los derechos y obligaciones contenidos por la relación no sean transmisibles; que las propias partes hayan excluído su transmisión; que dicha exclusión se desprenda del mandato de la ley; o que, finalmente, haya sido

establecida en razón directa y preponderante de las condiciones personales de los contratantes.

“Por contraste con esta regla se advierte que los contratos no producen efectos respecto de los terceros, lo que significa, naturalmente, que no les serán oponibles”.

La misma redacción del artículo 28 de la Ponencia original la tienen el artículo 19 de la primera Ponencia sustitutoria, el artículo 17 de la segunda Ponencia sustitutoria, el artículo 16 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y el artículo 1385 del Proyecto.

El artículo 1363 del Código civil sólo cambia la frase “respecto de estos últimos que se trate” por “en cuanto a éstos si se trata”.

Es de advertir que a partir de la Exposición de Motivos del artículo 16 de la cuarta Ponencia sustitutoria se modifica el sentido del segundo párrafo de la misma, que ha quedado con la siguiente redacción: “Por oposición a la regla antes señalada, se deduce que los contratos no producen efecto respecto de terceros, lo que no significa, de modo alguno, que no les sean oponibles”.

## 2).- FUNDAMENTO DE LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO.-

En otro trabajo<sup>(1)</sup> he tratado este tema, referido al artículo 1329 del Código civil de 1936, que decía: “**Art. 1329.-** Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles”.

Como este texto es muy parecido al del artículo 1363 del Código civil de 1984, mucho de lo dicho entonces conserva actualidad. Sin embargo, conviene hacer algunas precisiones para delinear mejor los conceptos.

Parece entenderse que la opinión de los estudiosos es prác-

ticamente unánime en el sentido que la regla de la relatividad de los contratos, o sea que éstos sólo producen efectos entre quienes lo concluyen, era aceptada incontestadamente en el sistema del Derecho romano. Esta convergencia de opiniones ha llevado a aceptar tal conclusión como exacta, al menos como una válida hipótesis de trabajo<sup>(2)</sup>. Sin embargo, la regla expresada en forma positiva *res inter alios acta*, resultaría ser sólo la expresión de una regla negativa contenida en el aforismo latino *alteri stipulari nemo potest* (nadie puede estipular por otro).

Pese a esta coincidencia de pareceres, lo que no resulta claro es el fundamento de la admisión general de la regla. La explicación de que el rígido formalismo del Derecho romano clásico determinaba la dificultad de aceptar nuevos esquemas negociales no llega a satisfacer o, al menos, sólo representa una justificación parcial<sup>(3)</sup>. Tampoco es completa la doctrina de UNGER, según la cual el orgullo nacional de los romanos constituía el fundamento sociológico de la realidad jurídica de que cada efecto, y también la adquisición de un derecho, presupone un acto de voluntad<sup>(4)</sup>.

Quizá el enfoque de PACHIONNI<sup>(5)</sup> es más comprensivo al atribuir el efecto relativo de los contratos a que "el Estado realiza ya un esfuerzo muy fuerte cuando se decide a conceder su propia tutela a los contratos puramente privados, ultimados entre dos o más personas sin solemnidad alguna, sin adición de pruebas, y le presta seguridad y fácil reconocimiento. Es natural que esta tutela, que en sí misma supone una concesión, sea restringida lo más posible. Y el límite que puso la doctrina romana fue que el contrato privado produjese sus efectos sólo entre las partes que lo habían ultimado, dando, en cierto modo, el bautismo jurídico a un principio de la ética social, no sólo romana y antigua, sino también moderna y universal: el principio de que sólo cada individuo es el verdadero representante de sus propios intereses".

La doctrina romanista no sufrió mayor variación en el Derecho intermedio y en las primeras épocas del Derecho moderno. Especialmente la codificación francesa, redactada en los albo-

res del siglo XIX sobre la base de ideas de los siglos XVII (DOMAT) y XVIII (POTHIER), recogió el principio de la relatividad del contrato en los artículos 1.134 (las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho) y 1.165 (las convenciones no surten efecto sino entre las partes contratantes) del Code.

La doctrina francesa, aún la moderna, elogia el principio. "Regla de buen sentido... principio indispensable" dice CAPITANT; "Principio de toda evidencia" afirma BAUDRY-LACANTINERIE; "... consecuencia del principio de la independencia de los individuos los unos en relación con los otros" afirma ESMEIN; un principio "racional. Las convenciones extraen su fuerza obligatoria del consentimiento, sus efectos se producen entre las personas que han consentido" sostiene BEUDANT; en el mismo sentido MARTY y RAYNAUD, "Porque el contrato obtiene su fuerza de la voluntad de las partes, es natural que no produzca su efecto obligatorio sino respecto a aquéllos que han intercambiado sus consentimientos"; "El buen sentido demanda que cada uno se ocupe de sus negocios, no de los de otros" enfatiza CARBONNIER<sup>(6)</sup>.

La posición de la doctrina francesa ha sido seguida, en forma casi general, por los juristas neolatinos del presente siglo.

GIORGI<sup>(7)</sup> dice que "pocos principios de nuestra ciencia son enseñados de forma tan acorde por los escritores y sancionados con tanta constancia por los legisladores... como la regla de que los contratos sólo tienen efecto entre los contratantes y no perjudican ni aprovechan a terceros", aunque añade que al mismo tiempo pocos son tan difíciles de comprender y fáciles de tergiversarse.

Es cierto que algunos autores, al observar las cada vez más numerosas excepciones a la regla, sostienen, como SABATIER, que es un "pretendido principio", o se preguntan, según lo hacía CAPITANT en los años treinta, si las excepciones no han "devorado el principio".

Sin embargo, como dice GOUTAL<sup>(8)</sup>, medio siglo más tar-

de es necesario constatar que el principio pertenece siempre al derecho viviente: los profesores lo enseñan, los jueces lo invocan, los abogados lo defienden, los contratantes descansan en él.

Considera DIEZ-PICAZO<sup>(9)</sup> que este principio tiene un claro fundamento. "El contrato, afirma, es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley -el precepto- por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena". Similarmente BIANCA<sup>(10)</sup> señala que en el actual ordenamiento el fundamento jurídico del principio de la relatividad del contrato debe ser buscado en la función de la autonomía contractual, pues responde a la idea del contrato como expresión de autonomía privada.

Asombra bastante que a un principio al que se ha dado carácter tan fundamental -como dice LARROUMET, "una de las piezas maestras del Derecho de las obligaciones"- no se le encuentre una justificación también fundamental. La aproximación a la autonomía privada (entendida en el sentido que le doy en esta obra) y a la fuerza del consentimiento no es suficiente. Quizá la explicación es que no se necesita justificar aquello que es evidente porque el principio va de sí mismo, lo cual ha llevado a DEMOLOMBE a preguntarse por qué se ha gastado un artículo del Código civil para expresarlo<sup>(11)</sup>. Empero, hay que lamentar que las justificaciones proporcionadas no hayan sido más sólidas, tanto más cuanto que, como se ha expresado anteriormente, cada vez más se trata de encontrar nuevas excepciones al principio.

Quizá, por ello, la explicación más realista es que la regla de la relatividad de los contratos no responde necesariamente a un principio, entendido éste como una idea rectora que inspira el ordenamiento legal, sino una "construcción" legislativa -como, en el fondo, lo es el propio contrato- destinada a precisar que el contrato no es una fuente ilimitada de relaciones jurídicas obligacionales, sino que sus efectos se circunscriben a las partes que tienen el poder de crear esas relaciones. Es prudente, por no decir

indispensable, que el contrato -a diferencia de otras fuentes de las obligaciones como, por ejemplo, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual, que crean derechos a favor de terceros ajenos al sujeto obligado- encuentre delimitado su campo de actuación a aquellas personas a quienes el Estado ha facultado para crear (regular, modificar y extinguir), sólo de común acuerdo, relaciones jurídicas de efecto obligatorio. Ello justifica que el propio Estado (a través del codificador) otorgue al contrato su efecto relativo. Se impide, de esta manera, que el contrato se convierta en un motor generador de obligaciones o derechos a cargo o en favor de quienes no han intervenido en la celebración de él.

No parece, pues, estar equivocado PACHIONNI (supra, Tomo II, pág.103) al encontrar el fundamento de la relatividad del contrato en la restricción por el propio Estado de la tutela concedida a los particulares para celebrar contratos, aun cuando quizá exagera al otorgar el carácter de principio de ética social al de que sólo cada individuo es el verdadero representante de sus propios intereses.

La tesis de la construcción legal explica fácilmente por qué el Estado puede establecer excepciones a la regla de la relatividad del contrato, pues con ello no viola principio jurídico fundamental alguno, sino únicamente precisa los alcances de la facultad que ha concedido a los contratantes de crear relaciones jurídicas entre ellos.

### 3).- EFECTOS DEL CONTRATO.-

Según el artículo 1363 del Código civil, el "contrato produce efectos entre las partes...". Pero ¿cuáles son estos efectos a que se refiere el artículo?

Algunos, como BETTI<sup>(12)</sup>, dicen que los efectos del contrato son aquéllos que señala la ley, a diferencia del contenido del contrato, que es el que determinan las partes del mismo. MESSINEO<sup>(13)</sup>, sin negar la diferencia entre efectos y contenido del contrato, considera que siempre hay un contenido legislativo en

cada contrato y que, a la inversa, no es verdad que los efectos sean obra exclusiva de la ley. Sostiene él que el contenido es la *perspectiva* de lo que el contrato puede determinar como efectos y varía con el variar de los caracteres de cada grupo.

Realmente creo que no cabe hacer este distinguo. El artículo 1351 de nuestro Código civil señala que el contrato es un acuerdo para crear (regular, modificar o extinguir) una relación jurídica patrimonial. Los efectos del contrato son, pues, el contenido de esta relación jurídica, o sea, los derechos y obligaciones que la constituyen, los que recaen en las personas que forman las partes, las cuales se convierten así en titulares de una situación jurídica<sup>(14)(\*)</sup>. Estos efectos pueden ser de origen mediato legal cuando corresponden a derechos y obligaciones derivados de la incorporación al contrato bien sea de normas legales imperativas o bien de normas dispositivas cuando actúan como supletorias de la voluntad de las partes (art. 1356). Son de origen privado cuando obedecen directamente a lo convenido por las partes, siempre que no sean contrarios a normas legales imperativas (art. 1354).

Consustancial a los efectos del contrato es la obligatoriedad de los mismos, proveniente de la regla contenida en el artículo 1361 del Código.

Para que se produzcan los efectos del contrato no es suficiente que éste se celebre sino que sea eficaz, o sea que se perfeccione (supra, Tomo I, pág. 122). Puede concluirse un contrato y, por estar sujeto a una condición suspensiva, no producir efectos hasta que se cumpla la condición.

---

(\*) MESSINEO considera que el efecto del contrato incide sobre la relación jurídica y no directamente sobre los derechos y obligaciones, pero pienso que la manera como la relación jurídica recae en los contratantes es a través de los derechos y obligaciones que ella contiene, por lo cual son estos derechos y obligaciones los verdaderos efectos del contrato.

La doctrina<sup>(15)</sup> distingue entre efectos *directos* y efectos *indirectos o reflejos* del contrato.

Son efectos *directos* aquéllos que recaen en las partes del contrato, por ser el contenido de la relación jurídica creada por éste. Los efectos directos dan lugar a que los contratantes tengan un *status*, constituido por el ser acreedores o deudores de los derechos u obligaciones contractuales. Son dichos efectos directos a los que se refiere el artículo 1363 del Código civil.

Son efectos *indirectos* del contrato los que surgen por razón de haberse producido los efectos directos, en el sentido que al haber adquirido las partes sendos *status*, los demás, *terceros*, deben reconocerlos y, en lo que corresponda, respetarlos. Los efectos indirectos escapan de la esfera de influencia del artículo 1363.

Dice BIANCA<sup>(16)</sup> que la “*regla* de la relatividad del contrato resguarda la eficacia *directa* del contrato: ella está orientada a establecer quienes son los destinatarios de los efectos producidos por los contratos y, como se ha visto, tales destinatarios son las partes... Tal regla no considera, en cambio, la eficacia *refleja* del contrato, a la cual hacen referencia diversas normas que prevén la eficacia del contrato frente a terceros. El significado de la eficacia *refleja* del contrato se especifica precisamente en la relevancia externa del contrato como presupuesto de posiciones jurídicas respecto a terceros, y en la *oponibilidad* del contrato en conflicto con los terceros”<sup>(\*)</sup>.

Si se celebra, por ejemplo, un contrato de compraventa, los efectos directos del contrato, o sea la obligación de transferir el bien y la de pagar el precio en dinero, recaen en quienes, en virtud del contrato, tienen respectivamente, los *status* de vendedor y de

---

(\*) DIEZ-PICAZO<sup>(17)</sup> distingue entre eficacia refleja y eficacia provocada, entendiendo por esta última la utilización del negocio jurídico como “fundamento de una toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego”.

comprador, pero los terceros reciben los efectos indirectos o reflejos del contrato en el sentido que, para ellos también, el vendedor ha dejado de ser propietario del bien y el comprador ha adquirido tal calidad<sup>(\*)</sup>.

#### 4).- PARTES DEL CONTRATO.-

El artículo 1363 del Código civil establece que los contratos sólo producen efectos, en primer lugar, entre las partes que los otorgan.

Ya se ha visto en el sub-rubro "Noción de parte" del rubro "El número de partes" del comentario al artículo 1351 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 75) cual es el concepto de parte contractual. Se dijo allí que "parte" es la persona o personas unidas por el mismo interés, que es lo que se ha llamado "centro de interés".

En tal sentido la parte puede ser unisubjetiva (parte *simple*) cuando está formada por una sola persona y plurisubjetiva (parte *compleja*) cuando está formada por varias personas.

Se ha visto también que en el caso de la parte compleja, los derechos y obligaciones emergentes del contrato no los asume la parte sino las personas que forman la parte.

No es muy preciso, por lo tanto, el artículo 1363 al decir que los contratos producen efectos entre las partes que los otorgan,

---

(\*) Refiriéndose al principio de la relatividad del contrato dice GIORGI<sup>(18)</sup>: "Ahora bien; queriendo saber cuál es el sentido y la importancia del principio indicado, es menester subdividir los efectos del contrato y distinguir aquéllos que se refieren al vínculo jurídico de los que más bien son otras tantas consecuencias indirectas de la convención. Dicho esto, el principio jurídico contenido en la regla antes enunciada, es relativo solamente a la primera especie de los efectos, porque el derecho y la obligación dimanantes de un contrato aprovechan y perjudican sólo a los contratantes; no aprovecha, por regla

pues siendo estos efectos los derechos y obligaciones que emanan de la relación jurídica patrimonial, ellos se producen, en realidad, entre las personas que forman las partes del contrato. Hay que decir, sin embargo, que en este defecto incurren casi todos los Códigos que regulan el efecto relativo de los contratos.

En sentido lato, pues, es parte del contrato quien declara, bien sea como oferente o bien como aceptante, la voluntad de contratar. CARBONNIER<sup>(19)</sup> nos aclara, en ese sentido, que en modo alguno se tienen en cuenta la presencia corporal o la ejecución material, sino que sólo se atiende a la voluntad jurídica de obligar y obligarse. Por ejemplo, en un contrato de compraventa no es comprador quien entrega el dinero sino quien declara su voluntad de comprar. Es posible, desde luego, que con la entrega del dinero se declare tácitamente la voluntad de comprar.

Lo expuesto funciona sin dificultad en el caso de la contratación a nombre propio, en la cual los contratantes actúan personalmente y para sí. Empero, ocurre en el caso de la *representación* que quien declara la voluntad de contratar no recibe los efectos del contrato (los derechos y las obligaciones), o sea no es parte del mismo.

En virtud de la representación, el representante declara su propia voluntad -no la del representado- pese a lo cual los efectos de esa declaración de voluntad no recaen en la esfera jurídica del representante, sino directamente en la del representado<sup>(20)</sup>. Tratándose de un contrato en que una de las partes actúa a través de un representante, la declaración conjunta la hacen la parte que actúa personalmente y el representante de la otra, y la voluntad

---

general, ni causan daños a terceros. Res inter alios acta, aliis nec prodest nec nocet. Pero no se puede decir lo mismo de la otra especie de efectos. La prestación, que representa el objeto del contrato, una vez ejecutada, se convierte en un hecho como todos los demás, el cual puede resultar accidentalmente útil y dañoso a miles de personas, sin que por esto ninguna de ellas ponga en duda el derecho al goce de la ventaja obtenida, o hubiera adquirido, si la prestación es lícita, la facultad de quejarse del daño y pretender su resarcimiento".

común es la de aquella parte y la de este representante, de tal manera que, en realidad, el verdadero contratante -el que participa en el acuerdo de declaraciones de voluntad- es el representante y no el representado. Sin embargo, los efectos del contrato (los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídica creada) recaen en el representado, que es, por ello, parte del contrato.

No es completamente exacto, pues, que los contratos producen efecto entre las partes que los otorgan, ya que en el caso de la representación ello no ocurre.

Para salvar esta dificultad, LOPEZ de ZAVALIA<sup>(21)</sup> distingue entre parte *formal* -es quien emite la declaración de voluntad- y parte *sustancial* -es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular-. No llego a estar de acuerdo con este distinguo, pues pienso que en el caso de la representación, el representante -pese a ser contratante, en el sentido que el contrato es obra suya y contiene su voluntad- no es parte contractual -ni aún *formal*- pues no recibe los efectos del contrato.

En lo que sí convengo con dicho autor es en que la declaración del representante tiene su aspecto negativo y su aspecto positivo. Negativo, porque el representante declara no querer ser parte, esto es, declara no estar regulando su propia esfera de intereses. Positivo, en cuanto pretende que el representado es parte contractual.

## 5).- LOS HEREDEROS DE LAS PARTES.-

El referido artículo 1363 dice que los contratos producen efecto, en segundo lugar, entre los herederos de las partes.

Esta disposición guarda coherencia con el artículo 660 del Código civil, según el cual desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Surge la duda respecto a quien se refiere el artículo 1363 al hablar de los herederos ¿Son solamente los sucesores a título universal, o también los que reciben la herencia a título particular? Se hace la pregunta porque refiriéndose al artículo 1.122 del Código civil francés, que señala que se considera que se ha estipulado por uno mismo y por sus herederos y causa-habientes, alguna doctrina<sup>(22)</sup> considera que, debido a que también se menciona a los herederos, se trata de los causa-habientes a título particular.

La respuesta está dada por el artículo 735 del Código civil peruano, que dice: "La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición".

Se acoge así la distinción clásica que identifica al heredero con el sucesor a título universal y al legatario con el sucesor a título particular<sup>(23)</sup>.

El artículo 756 del mismo Código establece que el testador puede disponer como acto de liberalidad y a título delegado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.

Comentando este último artículo, FERRERO<sup>(24)</sup> dice que al agregar que el legado puede entenderse como una parte de los bienes del testador, identifica al legatario con el heredero, pero agrega, citando a LANATTA<sup>(25)</sup>, que no cabe confusión, pues el heredero adquirirá la parte en virtud de un derecho que la ley le concede y el legado tiene como causa la liberalidad del testador.

La doctrina contractual<sup>(26)</sup> comparte esta opinión y considera que el legatario de cuota es causa-habiente a título particular.

Resulta, pues, que quienes reciben los efectos del contrato, según el artículo 1363 del Código civil, son los sucesores a

título universal de las partes, quedando excluidos los sucesores a título particular, o sea los legatarios.

Es necesario aclarar que para los efectos de dicho artículo esta sucesión universal debe ser a título hereditario, pues puede ocurrir, como efectivamente ocurre en el Derecho argentino -cuyo artículo 1195 del Código civil se refiere al efecto relativo del contrato respecto también de los sucesores universales-, que los efectos del contrato recaigan en el adquirente de un fondo de comercio, que es, en el campo de esa convención jurídica, un sucesor universal, pero no un heredero<sup>(27)</sup>.

La disposición del artículo 1363 de nuestro Código civil está, por lo demás, en línea con el artículo 1218 del mismo Código, según el cual la obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

Parecería, pues, que los herederos de las partes asumen todos los derechos y obligaciones derivados del contrato. Sin embargo, debe tomarse en consideración que el artículo 661 del Código civil establece que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta.

Conjugando ambos artículos debe llegarse a la conclusión que en el supuesto que los bienes de la herencia no alcancen a cubrir las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por el causante, los herederos sólo asumen estas obligaciones hasta el límite de dichos bienes<sup>(28)</sup>.

Otro tema que es conveniente tratar respecto de los herederos de las partes es el relativo a la situación que ocupan en el contrato.

En primer lugar, es preciso destacar que los efectos del contrato no se producen *simultáneamente* sobre las partes que los otorgan y sus herederos, sino que esta producción es sucesiva en el sentido que primero recaen dichos efectos sobre las personas

que forman las partes y sólo después, cuando fallecen estas personas, sobre sus respectivos herederos<sup>(\*)</sup>.

Sostienen algunos autores<sup>(29)</sup> que los herederos llegan a ser *partes* de los contratos cuando heredan y asumen el conjunto de relaciones del causante como un todo, subrogándose en la misma posición jurídica de éste. Pienso que si bien el sentido del planteamiento es correcto, o sea que los herederos ocupan la posición contractual de su causante, asumiendo los derechos y obligaciones de éste, ello no los convierte en partes del contrato sino de la relación jurídica patrimonial creada por él. Recordemos que el contrato desaparece en cuanto ha producido sus efectos.

---

(\*) PUIG BRUTAU<sup>(30)</sup> desarrolla con gran claridad el tema diciendo: "Pero ha de tenerse presente que el transcrito precepto del artículo 1.257, afirmativo de que 'los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos', no debe hacer creer que se trata de un efecto simultáneo. De momento, esto es, una vez perfeccionado el contrato, el efecto sólo se refiere a las partes contratantes. Sin la mediación de otro acto jurídico, los herederos no podrían entrar en consideración. En realidad, la referencia a que los contratos producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, sólo puede significar que los derechos y obligaciones que brotan del contrato son transmisibles por herencia, salvo que por su naturaleza, por pacto o por disposición de la ley no sean transmisibles; por tanto, significa que en defecto de acto transmisivo expreso por parte del contratante, la muerte de éste no extinguirá los derechos y obligaciones contractuales, sino que, formando parte de su caudal relicto, pasarán a quien sea su sucesor a título universal.

"Adviértase que, en definitiva, los herederos sólo podrán ser titulares de los derechos y obligaciones contractuales en virtud de un acto jurídico diferente y posterior al que consiste en el contrato celebrado. Por tanto, por sí solos, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan. Para que un heredero esgrima un derecho adquirido por su causante en virtud de un contrato será menester que pruebe, no sólo la efectiva celebración de dicho contrato, sino la transmisión por causa de muerte operada a su favor. Deberá, pues, demostrar que se han producido dos actos jurídicos diferentes y sucesivos: contrato y sucesión por causa de muerte".

LACRUZ BERDEJO<sup>(31)</sup> sostiene que los herederos siguen siendo partes aún en el caso de las obligaciones intransmisibles o *intuitu personae*, y que sean, por ello, partes de un contrato extinguido. Pone como ejemplo los herederos de un pintor, que al momento de morir estaba pintando el retrato de una persona, que tendrán que ceder a esta persona el cuadro inacabado o restituirla la cantidad que hubiera adelantado a cuenta del mismo, etc.; lo cual no tendrían que hacer si no fueran *parte*.

Otro problema es el relacionado con los legatarios, sean éstos de un bien determinado o de parte alícuota que, por no ser herederos, no son partes del contrato. La opinión general de la doctrina es que los legatarios se encuentran en la misma condición que los demás sucesores particulares, aunque sea a título distinto del hereditario, quienes, según la fórmula de AUBRY y RAU<sup>(32)</sup> "gozan de todos los derechos y acciones que su causante había adquirido en interés directo con la cosa corporal o incorporeal en la cual han sucedido; es decir, reciben los derechos y acciones que se han identificado con esta cosa como cualidades activas o que han devenido accesorios suyos".

Un ejemplo lo tenemos en el saneamiento, donde, según el artículo 1488 del Código civil, "el adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a éste, en la medida que éstos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes".

Fuera de estos casos de transmisión de derechos sobre bienes, los sucesores (causa-habientes) particulares se encuentran en la condición de terceros<sup>(33)</sup>, cuya situación respecto a los contratos se estudiará más adelante.

### **Excepciones.-**

El artículo 1363 indica que, con relación a los herederos, los contratos no producen efectos en ellos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

Esta disposición es poco clara, pues podría entenderse que

se refiere a los derechos y obligaciones que, *por su naturaleza*, no son transmisibles, los cuales, como se verá más adelante, son muy contados.

Sin embargo, la Exposición de Motivos del artículo<sup>(34)</sup> dice al respecto: "El sentido del artículo 1363 es transparente. No existe, en efecto, razón para que cuando una persona que haya celebrado un contrato de compraventa a plazos fallezca, sus herederos no deban cumplir con el pago del saldo pendiente. Empero, puede suceder que en el contrato se haya establecido que, en esta hipótesis, se resuelva la relación existente. Puede también acontecer que la obligación no se transmita porque la ley así lo determina, como sucede en la hipótesis prevista por el artículo 1733, sobre comodato, y siempre que no se presente la salvedad contenida en dicho precepto. Finalmente, cuando se contrata a un célebre artista para que realice una pintura o una escultura, por ejemplo, ello se hace en razón de sus condiciones personales, que por ser propias no se transmiten a sus herederos y en este caso las obligaciones no se desplazan a estos últimos. Se trata, en suma, de los contratos celebrados *intuitu personae*, esto es, en función de las cualidades personales del sujeto, tales como su capacidad creadora, su prestigio, su seriedad u otras motivaciones similares".

Es evidente, a la luz de esta Exposición de Motivos, que la inaplicación de la regla de que los efectos de los contratos recaen en los herederos de las partes, se produce no sólo cuando los derechos y obligaciones son, por su naturaleza, no transmisibles, sino también cuando se pacta en contrario, la ley lo establece o se trata de condiciones personales del causante.

Hubiera sido preferible, por ello, que se dijera, como lo hace el artículo 1195 del Código civil argentino, que dicha regla no se aplica cuando las obligaciones que nacieren de los contratos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma.

Entendido así el artículo 1363 del Código civil peruano, conviene estudiar cuáles son tales derechos y obligaciones no transmisibles.

a).- *Derechos y obligaciones no transmisibles.*

Existen derechos y obligaciones que, por su naturaleza, no son susceptibles de transmitirse a los herederos.

Tal es el caso de los que emanan del contrato de renta vitalicia, respecto del que el artículo 1937 del Código civil establece que si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación.

Ello ocurre así porque la renta vitalicia es un contrato cuya duración está condicionada a la vida de la persona en cuya cabeza ha quedado establecida<sup>(35)</sup>. Resulta, pues, que si la renta se estableció en cabeza del acreedor, el derecho de cobrar la renta no pasa a sus herederos, y si se estableció en cabeza del deudor, la obligación de pagar la renta no pasa a los herederos de éste.

Podría objetarse que los artículos 1928 y 1929 del Código civil contemplan casos en los cuales la renta pasa a los herederos de las partes del contrato de renta vitalicia, pero esto se debe, según las respectivas Exposiciones de Motivos<sup>(36)</sup>, a que en tales casos el acreedor o el deudor mueren antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido la duración.

Otro caso es el del usufructo constituido en favor de una persona natural, el cual, según el inciso 4 del artículo 1021 del Código civil, se extingue por muerte del usufructuario.

Debe hacerse la aclaración que si bien, por las razones que se han expuesto en el rubro "La relación jurídica patrimonial" del comentario al artículo 1351 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 99), la constitución del derecho real de usufructo no puede hacerse por contrato sino por convención, la regla del artículo 1363 sería aplicable *mutatis mutandis* a esta convención.

LAVALLE<sup>(37)</sup> considera que las obligaciones de no hacer también han sido juzgadas intransmisibles por su propia naturaleza.

La doctrina identifica a veces la intransmisibilidad de derechos y obligaciones por su naturaleza con la derivada de las obligaciones *intuitu personae*. Por ejemplo, FERREYRA<sup>(39)</sup> dice que la primera hipótesis apunta al cumplimiento de obligaciones de hacer, cuando el deudor fue elegido por su industria, por su calidades artísticas u otras aptitudes personales. JOSSERAND<sup>(39)</sup> sostiene algo parecido. Personalmente no comparto esta posición.

b).- *Derechos y obligaciones inherentes a la persona.*

Refiriéndose al artículo 498 del Código civil argentino, que dice que "los derechos no trasmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no trasmisibles del deudor, se denominan en este Código: *derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona*", MOSSET<sup>(40)</sup> dice, con toda razón, que se ha creado un círculo vicioso, según lo explica en la nota a pie de página<sup>(\*)</sup>.

En la misma línea de pensamiento, SALVAT<sup>(41)</sup> considera que los derechos de las personas son de tres clases: 1º derechos fundados en consideraciones de carácter puramente pecuniario; 2º derechos fundados en consideraciones de carácter exclusivamente moral; 3º derechos fundados a la vez en consideraciones de carácter pecuniario y moral. Opina, al respecto, que es "preferible referirse directamente a las consideraciones de orden moral que el deudor pueda tener o no para ejercerlo: desde el momento que estas consideraciones existan razonablemente, el derecho debe considerarse inherente a la persona, aunque el resultado de su ejercicio pudiera consistir en la incorporación de un valor pecuniario a su patrimonio".

---

(\*) MOSSET desarrolla el argumento de la manera siguiente: "Buena parte de la doctrina nacional (argentina) al dar la noción de tales derechos involucra a los intransmisibles por su 'naturaleza misma', no efectuando distinción entre unos y otros. Para BUSSO 'en sentido amplio, son inherentes a la persona aquellos derechos a cuya naturaleza repugna la idea de que pueda separárselos del sujeto que es su titular para transferirlos a otro sujeto'. Para LLAMBIAS 'un derecho es

LAVALLE<sup>(42)</sup>, por su parte, considera que los derechos inherentes a la persona comprenden los derechos de la personalidad -a la vida, a la integridad física, al honor, a la libertad, etc.- aunque reconoce que todo ello pertenece a un campo en el cual mal puede concebirse que los derechos intransmisibles se originen en un contrato.

Creo que no es éste el sentido que debe darse a la expresión "inherentes a la persona", sino más bien que dicha expresión quiere decir "en razón de la persona", o sea se refiere a los derechos y obligaciones que se asumen atendiendo a las calidades que ostenta la persona.

Así, si contractualmente se encomienda a un abogado prestigioso la obligación de defender un caso, o a un pintor famoso la de pintar un retrato, estas obligaciones son personales de los obligados, pues han sido contratadas tomando en consideración que sólo satisfacen al acreedor si ellas son cumplidas personalmente por los obligados. Esta es la razón por la cual esas obligaciones son inherentes a la persona; sólo ella puede cumplirlas a cabalidad de acuerdo a la voluntad común de las partes.

No se trata, pues, de derechos y obligaciones inherentes a la persona en general, sino a cada persona singularmente, en función de cada contrato.

Tal como lo he expresado en otro trabajo<sup>(43)</sup>, los contratos en los cuales se ha estipulado *intuitu personae* determinan que,

---

inherente a la persona, cuando ya por su naturaleza, ya por una disposición de la ley, es inconcebible su ejercicio independientemente del individuo humano a favor de quien está instituido'. Sin embargo, no existe aún acuerdo pleno acerca de lo que debe entenderse por derechos u obligaciones inherentes a la persona. Las mayores discrepancias las suscitan los derechos mixtos, donde se conjugan aspectos patrimoniales y morales y, en consecuencia, la posibilidad de su transmisibilidad a los sucesores universales".

aun cuando no se haya manifestado expresamente que la calidad personal de la parte era la razón del contrato, no surtan efecto respecto de los herederos de esta parte, pues debe entenderse que la común intención de las partes fue que la ejecución de la prestación fuera hecha personalmente por la parte especialmente calificada, cuyas calidades personales no sean susceptibles de ser heredadas.

c).- *Mandato de la ley.*

Hay casos en que la ley expresamente dispone que determinados derechos u obligaciones, aunque por su naturaleza no son necesariamente intransmisibles a los herederos, lo sean atendiendo a conveniencias de brindar una mayor protección a los intereses de los contratantes.

Así, por ejemplo, tratándose de las obligaciones asumidas por el comodatario, por el mandatario o por el depositario, que bien podrían, en principio, ser cumplidas por los herederos de ellos, los artículos 1733, 1801 y 1844 del Código civil disponen, directa o indirectamente, que tales obligaciones no son transmisibles a los herederos, por considerar que los respectivos contratos son de *crédito*, esto es basado en la confianza (supra, Tomo I, pág. 247).

Se trata de casos de intransmisibilidad de de origen legal.

d).- *Estipulación contractual.*

No existe inconveniente alguno para que las partes del contrato estipulen que determinados derechos u obligaciones emanados de él, no obstante ser susceptibles de ser ejercitados o cumplidos por los herederos de sus respectivos titulares, no se transmitan a ellos. Pienso que no es necesario que esta estipulación esté fundada en el carácter personal de los derechos u obligaciones, pues aunque éstos no tuvieran tal carácter, la exclusión sería perfectamente válida.

En este caso el fundamento de la intransmisibilidad, como dice MOSSET<sup>(44)</sup>, será convencional.

## 6).- LOS TERCEROS.-

El artículo 1363, al establecer que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, está implícitamente disponiendo que los contratos no producen efectos frente a terceros.

En verdad, pese a algunos intentos de definir positivamente el concepto de tercero, como el "extraño a la situación" o el "no actor"<sup>(45)</sup>, la gran mayoría de la doctrina<sup>(46)</sup> considera que no se puede dar más que una definición negativa: los terceros son aquéllos que no son parte (incluyendo a los herederos en el concepto de parte) en los contratos.

Se ha visto ya que, a este respecto, hay que distinguir entre los efectos *directos*, que son los que realmente no recaen en la esfera de los terceros, y los efectos *indirectos o reflejos*, que en alguna manera afectan a los terceros debido a que deben reconocer las situaciones producidas por los efectos directos.

Empero, entre los terceros hay algunos, que sin dejar de serlo, se encuentran en una situación especial. Me refiero a los acreedores *comunes o simples*<sup>(\*)</sup>.

Está muy difundido el concepto de que el patrimonio de una

---

(\*) Para evitar confusiones debo aclarar que nosotros, siguiendo la tradición española, llamamos acreedores "quirografarios" a aquéllos cuyos créditos constan de documento escrito, mientras que las doctrinas francesa y argentina denominan acreedores "quirografarios" a los que tienen un crédito sin ninguna garantía real en contra de otra persona, que es el concepto que corresponde entre nosotros al acreedor "común" o "simple".

persona constituye la garantía común de sus acreedores<sup>(\*)</sup>. Pues bien, como por razón de un contrato puede aumentar o disminuir el patrimonio de una parte, los acreedores de esta parte verían aumentada o disminuída su garantía por efecto del contrato. Puede decirse, pues, que en este sentido el contrato produce un efecto indirecto especial en los acreedores.

Es respecto a los demás terceros, a aquéllos que no tienen una relación obligacional con las partes, llamados *penitus extranei*, que el contrato no produce efecto alguno.

Esta es la regla general, que fluye del artículo 1363 del Código civil, pero como se ha visto anteriormente (*supra*, Tomo II, pág. 77) el legislador, en uso de su legítimo derecho de regular los efectos del contrato, crea excepciones a esta regla estableciendo que dichos efectos recaen, activa o pasivamente, en terceros. Existen numerosos ejemplos de ello, algunos de los cuales -los vinculados al tema de los contratos en general- analizaré en el curso de esta obra.

Debe tenerse presente que la regla general no quiere decir que el contrato no existe para los *penitus extranei*, pues como veremos enseguida los contratos, al igual que los derechos reales aunque de manera distinta, se dan *erga omnes*<sup>(47)</sup>.

## 7).- LA OPONIBILIDAD DEL CONTRATO.-

Ya se ha esbozado anteriormente que hay que distinguir el efecto relativo del contrato (sólo crea derechos y obligaciones entre las partes que lo otorgan y sus herederos) y la oponibilidad del contrato (los derechos y obligaciones creados por el contrato son oponibles a los terceros). Sin embargo, esta distinción ha dado lugar a una gran confusión: se dice corrientemente que el contrato es

---

(\*) Los OSPINA<sup>(48)</sup> explican la posición de un sector de la doctrina que considera que la fórmula que expresa que "el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores" es desafortunada y no pasa de ser un simple símil. Para ellos los acreedores son terceros.

oponible a una persona para expresar la idea que él la obliga<sup>(49)</sup>. Considera GOUTAL que esta confusión tiene el mérito de la comodidad, porque evita un rodeo de palabras (perífrasis), pero que no por ser cómoda es menos condenable.

Con gran claridad, este autor agrega (en traducción libre): "El efecto obligatorio del contrato es hacer nacer obligaciones y derechos; se dice que este efecto es relativo, porque sólo hace nacer derechos y obligaciones en favor o a cargo de las partes. Pero el contrato, a los ojos de todos, *existe*; él ocupa el "espacio jurídico" como un cuerpo ocupa el "espacio físico": ninguna persona puede desconocer su existencia".

Simplemente a título reiterativo citaré a los MAZEAUD<sup>(50)</sup>, quienes dicen: "*Hay que distinguir cuidadosamente el efecto y la oponibilidad de la obligación: en principio, la obligación no sujeta a los terceros, pero existe a su respecto*".

La existencia del contrato frente a terceros determina que ellos deban reconocer los efectos que el contrato ha creado entre las partes, o sea que el contrato, en este sentido, les es oponible<sup>(\*)</sup>. DIEZ-PICAZO<sup>(51)</sup> explica que la *oponibilidad* significa simplemente la posibilidad de que las partes funden eficazmente en su propio contrato una pretensión dirigida contra el tercero.

La oponibilidad del contrato, según GOUTAL, "procede de la idea que él es un hecho social, que ha creado una situación que ningún miembro de la sociedad puede fundadamente desconocer

---

(\*) Comentando el sentido del artículo 1199 del Código civil argentino, en cuanto dispone que los terceros no pueden invocar ni se les puede oponer los contratos en los que no han sido parte, SALAS<sup>(52)</sup> dice que es inexacta esta fórmula, agregando que "los hechos, con su fuerza incontrovertible, imponen una solución diametralmente opuesta: los contratos pueden oponerse a los terceros y ser invocados por ellos. La función y alcance del mencionado texto legal son mucho más modestos; se les debe entender referidos exclusivamente a los efectos obligatorios de las convenciones"

-ni los terceros, ni las partes-. El contrato es oponible a los terceros por las partes, es oponible a las partes por los terceros, es oponible a los terceros por los terceros”.

Dada la posición que he adoptado en esta obra de no admitir la posibilidad de que por contrato se pueda crear un derecho real, no me voy a ocupar de la oponibilidad a los terceros de un derecho real creado por un contrato, que es el campo donde tiene mayor importancia la categoría de la oponibilidad del contrato. Mi labor se va a limitar a la oponibilidad de los derechos y obligaciones que constituyen la relación jurídica creada por un contrato.

Voy a estudiar, en primer lugar, la oponibilidad frente a un tercero efectuada por las partes de sus derechos y obligaciones asumidos por un contrato. Se considera que en este caso el fenómeno es esencialmente negativo<sup>(53)</sup>. En efecto, si el tercero pretendiera algo de una de las partes en razón de la posición contractual de ésta, bastará que ella invoque la existencia del contrato en virtud del cual ha dejado de tener tal posición contractual para que el tercero deba retirar su pretensión. Supóngase que sea de cargo del arrendatario el pago de un arbitrio; bastará que se invoque la existencia de la rescisión del contrato de arrendamiento para que el acreedor del arbitrio no pueda exigir el pago de éste al ex-arrendatario.

La jurisprudencia francesa ha reconocido la oponibilidad del contrato frente a terceros, sobre todo tratándose de relaciones contractuales de trabajo. Relatan los MAZEAUD<sup>(54)</sup> el caso del director de un teatro que contrata a una artista comprometida con otro teatro; los tribunales han declarado que no puede aquél pretender ignorar el primer compromiso, aun cuando sea tercero respecto a este contrato.

RIPERT y BOULANGER<sup>(55)</sup> dicen que, en estos casos, podrá sentirse la tentación de objetar que lo que se opone es el derecho personal más bien que el contrato mismo. Pero sostienen que tratándose de derechos contractuales no pueden éstos ser disociados del contrato que los ha originado. El derecho, afirman, no existe más que por el contrato; oponer el derecho es oponer el contrato mismo.

La segunda posibilidad es que el contrato sea opuesto a las partes por un tercero. Si se acepta, como se ha aceptado anteriormente, que el contrato *existe* no sólo para las partes sino también para los terceros, es lógico que éstos puedan invocar ante las partes la existencia del contrato.

Esta posibilidad se presenta, sobre todo, tratándose de los daños causados a un tercero por la inejecución -o por la ejecución tardía o defectuosa- de un contrato. Coloquémonos en la hipótesis de un contrato de obra -la construcción de una pared- cuya ejecución defectuosa -la pared se derrumba por mala construcción debida en parte a vicio del suelo y en parte a negligencia del contratista- causa un daño a un vecino. Este puede oponer la existencia del contrato para exigir la responsabilidad solidaria del comitente y del contratista.

Tratándose de la fabricación de productos defectuosos vendidos a través de distribuidores, estos casos de oponibilidad del contrato por un tercero se presentan más frecuentemente por el desarrollo de la responsabilidad por "el hecho de productos fabricados"<sup>(56)</sup>.

Finalmente, puede ocurrir que un tercero oponga a otro tercero la existencia de un contrato. Pongámonos en el supuesto de un contrato de locación de servicios por el cual se encomienda a un experto la elaboración de un dictamen sobre la existencia de un derecho. El adquirente del derecho puede invocar el dictamen ante la pretensión de un tercero de tener un mejor derecho. Como el dictamen es el resultado del contrato de locación de servicios, en realidad un tercero -el adquirente del derecho- está oponiendo a otro tercero -el pretendiente del mejor derecho- la existencia de dicho contrato.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1363:

- (1) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo II, pág. 192.
- (2) MOSCARINI, Lucio Valerio, "I negozi a favor di terzo", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1970, pág. 6.
- (3) IBIDEM, pág. 8.
- (4) IBIDEM, pág. 9.
- (5) PACCHIONNI, Giovanni, "Los contratos a favor de tercero", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 16.
- (6) Citas de GOUTAL, Jean-Louis, "Le principe de l'effet relatif du contrat", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1981, pág. 17.
- (7) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid, 1910, Tomo IV, pág. 277.
- (8) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 17. (6)
- (9) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 264.
- (10) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 535.

- (11) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 18. (6)
- (12) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 73.
- (13) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo II, pág. 143.
- (14) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo II, pág. 52.
- (15) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 882; MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 325; GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 43; LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 279.
- (16) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 541. (10)
- (17) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 267. (9)
- (18) GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo IV, pág. 278. (7)
- (19) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág. 406
- (20) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo II, pág. 153. (1)
- (21) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 280. (15)
- (22) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 27. (6)

- (23) FERRERO COSTA, Augusto, "El Derecho de sucesiones en el nuevo Código civil peruano", Editorial Labrusa S.A., Lima, 1987, pág. 34.
- (24) IBIDEM, pág. 35.
- (25) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima 1985, Tomo V, pág. 92.
- (26) FERREYRA, Edgard A., "Principales efectos de la contratación civil", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 108.
- (27) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo III, pág. 278.
- (28) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 34.
- (29) LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Elementos de Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 250; CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 667; cita de ROCA SASTRE hecha por PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, Tomo II, Volumen I, pág. 264.
- (30) PUIG BRUTAU, José, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 264. (29)
- (31) LACRUZ BERDEJO, José Luis, op. cit. pág. 250. (29)
- (32) AUBRY, C. y RAU, C., "Cours de Droit civil francais", Librairie Marchal & Billard, Paris, 1935, Tomo II, pág. 99.
- (33) SALAS, Acdeel E., "Obligaciones, contratos y otros ensayos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 220.

- (34) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", op. cit., Tomo VI, pág. 26. (25)
- (35) IBIDEM, Tomo VI, pág. 716.
- (36) IBIDEM, Tomo VI, pág. 709.
- (37) LAVALLE COBO, Jorge E., op. cit., Tomo 5, pág. 881. (15)
- (38) FERREYRA, Edgard A., op. cit., pág. 112. (26)
- (40) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 185.
- (39) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 287.
- (41) SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 186.
- (42) LAVALLE COBO, Jorge, op. cit., Tomo 5, pág. 881. (15)
- (43) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo II, pág. 194. (1)
- (44) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 288. (39)
- (45) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 26. (6)
- (46) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, pág. 343; LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de obligaciones", Librería Bosch, Barcelona, 1957, Tomo II, pág. 322; LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 281 (15).
- (47) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 293. (39)

- (48) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 376.
- (49) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 33. (6)
- (50) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen III, pág. 35.
- (51) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., "Tomo I, pág. 268. (9)
- (52) SALAS, Acdeel E., op. cit., pág. 224. (33)
- (53) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 268. (9)
- (54) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte Segunda, Volumen III, pág. 52. (50)
- (55) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, op. cit., Tomo IV, pág. 355. (46)
- (56) GOUTAL, Jean-Louis, op. cit., pág. 37. (6)

**Artículo 1364.-** *Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Contenido del artículo 1364.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente se encuentra en el artículo 1386 del primer Proyecto, cuyo texto era el siguiente:

**Artículo 1386.-** Los gastos y tributos a que da lugar la celebración del contrato se dividirán por igual entre las partes, salvo disposición o pacto en contrario.

El artículo 1329 del segundo Proyecto tenía una redacción igual a la del artículo 1364 del Código civil.

### 2).- CONTENIDO DEL ARTICULO 1364.-

La fuente de este artículo es el artículo 1391 del Código civil de 1936, ubicado en el Título referente a la compraventa, que establecía que los contratantes pagarán por mitad los impuestos y gastos del contrato, salvo pacto en contrario.

Esta solución no inspiraba la legislación extranjera vigente cuando se promulgó dicho Código, pues los Códigos civiles de

Francia (artículo 1593), de Italia (artículo 314), de Argentina (artículo 1424) y de Alemania (numeral 449), así como el Código de las obligaciones de Suiza (artículo 188) disponían que los gastos del contrato de compraventa están a cargo del comprador, mientras que los Códigos civiles de Chile (artículo 1806) y de España (artículo 1455) establecían que tales gastos corresponden al vendedor.

La regla del artículo 1391 del Código civil peruano de 1936 parece más justa, pues no se percibe la razón por la cual los gastos de la compraventa no se distribuyan por igual entre comprador y vendedor.

Sin embargo, no existía justificación alguna para que esta regla estuviera referida exclusivamente al contrato de compraventa, por lo que la Comisión Reformadora decidió con buen criterio, hacerla extensiva a todos los contratos.

Obsérvese que el artículo 1364 del Código civil de 1984, al igual que lo hacía el artículo 1391 del Código civil de 1936, aplican la regla a los gastos y tributos, con lo cual se logra una mayor precisión desde que los tributos no son, en sentido estricto, gastos del contrato.

Por otro lado, el uso de la expresión "tributos" es adecuado, pues de conformidad con la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, el término genérico tributo incluye: impuestos, contribuciones, tasas, alcabalas, peajes, arbitrios, gabelas, derechos y cualesquiera otros gravámenes, nacionales, regionales, municipales o locales, sea cual fuere su denominación, así como el destino del recurso tributario.

La parte final del artículo 1364 hace la salvedad de disposición legal o pacto distinto.

Efectivamente, existen determinados tributos, como la alcabala que grava todas las transferencias de inmuebles, que por mandato legal (Decreto Legislativo No 303) es de cargo exclusivo del comprador, sin admitir pacto en contrario, o el adicional de alcabala, que según la Ley No 25160 es de cargo del vendedor.

Por otro lado, ciertos tributos, como el impuesto general a la ventas, si bien son de cargo de una sola de las partes, pueden ser trasladados a la otra parte.

Finalmente, otros tributos pueden ser de cargo de una sola de las partes en virtud de pacto sobre el particular, como ocurre en el caso de los derechos registrales.



**Artículo 1365.-** *En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Contratos de ejecución continuada.
- 3.- Falta de plazo determinado.
- 4.- Finalización del contrato unilateralmente.
- 5.- El preaviso.
- 6.- Resolución de pleno derecho.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Similarmente al artículo 1364 del Código civil, el primer antecedente del artículo 1365 se encuentra en el primer Proyecto, cuyo artículo 1387 decía:

**Artículo 1387.-** En los contratos que no tengan plazo establecido en forma convencional o legal, cualquiera de las partes podría ponerle término mediante un preaviso remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días.

El artículo 1330 del segundo Proyecto introdujo el concepto de los contratos de ejecución continuada y modificó ligeramente esta redacción, quedando así:

**Artículo 1330.-** En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días.

El artículo 1365 del Código civil, como se ha visto, precisa que el plazo a que él se refiere debe ser determinado e hizo el importante agregado de que transcurrido dicho plazo el contrato queda resuelto de pleno derecho.

## 2).- CONTRATOS DE EJECUCION CONTINUADA.-

Se ha visto al estudiar la clasificación de los contratos atendiendo al criterio del tiempo (supra, Tomo I, pág. 239) que el contrato de *ejecución continuada* es aquél en que la obligación contractual da lugar, por su naturaleza, a una prestación que, siendo una sola, se ejecuta ininterrumpidamente durante todo el plazo del contrato, como es el caso de la prestación de ceder el uso del bien que debe ejecutar el comodante en el contrato de comodato.

Sin embargo, también se ha visto en el mismo lugar que el contrato de *ejecución continuada* es una sub-división del contrato de *duración*, según el cual las prestaciones que surgen de él tienen que ejecutarse necesariamente en el discurrir del tiempo. La esencia del contrato de *duración* es prolongarse en el tiempo.

La otra sub-división del contrato de *duración* es el contrato de *ejecución periódica*, llamado también de *tracto sucesivo*, donde la obligación contractual da lugar, por su naturaleza, a varias prestaciones del mismo carácter que deben ejecutarse periódicamente durante la vigencia del contrato, cual es el caso del suministro periódico.

Puede darse, por cierto, el caso de que en un contrato de *duración* la prestación a cargo de una de las partes sea de *ejecución continuada* y la prestación a cargo de la otra sea de *ejecución periódica*, como ocurre tratándose del contrato de arrendamiento, en el cual la prestación a cargo del arrendador, que es ceder el uso

del bien, es de *ejecución continuada*, mientras que la prestación a cargo del arrendatario, que es pagar la renta, es usualmente de *ejecución periódica*, cuando se hace por períodos (es posible que excepcionalmente la renta se pague en una sola armada).

Como el propósito que inspira el artículo 1365 es evitar lo que ARIAS SCHREIBER<sup>(1)</sup> denomina los "contratos eternos", o sea los contratos de duración indeterminada que sólo pueden finalizar por mutuo disenso (decisión común), este peligro existe no sólo en los contratos de *ejecución continuada* sino también en los de *ejecución periódica*, lo mas propio es que dicho artículo se aplique a los contratos de *duración*, tal como lo plantea el propio ARIAS SCHREIBER<sup>(2)</sup>, de tal manera que comprenda también los contratos de *ejecución periódica*.

Por otro lado, se ha estudiado que en la misma clasificación de los contratos atendiendo al criterio del tiempo existen entre los contratos de *ejecución inmediata* por su naturaleza, algunos en los que por acuerdo de las partes se aplaza su ejecución, a veces indeterminadamente, lo que da lugar a los contratos de *ejecución diferida*.

Surge la duda respecto de si por aplicación del principio del Digesto (CELSO: Lib. I, t t. III, ley 4.º) según el cual "donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho", el artículo 1365 debe ser interpretado, con un criterio analógico, en el sentido que se aplica también a los contratos de *ejecución diferida*.

Pienso que no. Se ha visto que estos contratos son, por su naturaleza, de ejecución inmediata, de tal manera que el aplazamiento de la ejecución de la prestación constituye una excepción a la regla que rige para dichos contratos. Esta excepción da lugar a que la relación jurídica, o parte de ella, no se cumpla durante el aplazamiento, a diferencia de los contratos de duración en los que, precisamente, la relación jurídica se cumple mediante el aplazamiento en el tiempo de las prestaciones que la constituyen.

Lo único que habrá que hacer en los contratos de ejecución diferida por tiempo indeterminado es poner fin al aplazamiento (di-

ferimiento), mediante un preaviso, con lo cual se cumpliría la relación jurídica, pero no poner fin al contrato (relación jurídica), que es lo que busca el artículo 1365 del Código civil.

### 3).- FALTA DE PLAZO DETERMINADO.-

Se ha visto en el precedente rubro "Antecedentes de este artículo" que el artículo 1387 del primer Proyecto y el artículo 1330 del segundo Proyecto hacían referencia a los contratos que no tengan plazo establecido.

En realidad, todos los contratos de duración tienen plazo, pues si no lo tuvieran no podrían ser contratos de esta clase. Sabemos que los contratos de duración, por su esencia, deben discurrir en el tiempo. No cabe, pues, hablar de contratos de duración que no tengan plazo, pues todos lo tienen. Lo que ocurre es que en algunos casos este plazo es determinado, se indica cuanto dura, y en otros es indeterminado, se omite indicar su término final, de tal manera que su duración es indefinida.

Ha hecho bien, pues, el artículo 1365 del Código civil en precisar que alude a contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado. En buena cuenta, se refiere a contratos de plazo indeterminado.

GOMES<sup>(3)</sup> considera que deben asimilarse a los contratos por tiempo indeterminado los siguientes:

- a).- Los contratos con *duración mínima*, que son inicialmente por *tiempo determinado*, pero que se transforman en contratos por *tiempo indeterminado* si continúan eficaces después de expirado el plazo previsto.
- b).- Los contratos con *duración máxima*, que son por *tiempo determinado*, pero que si las partes se reservan la facultad de ponerles fin ante *tempus* mediante aviso previo, debe entenderse que pasan a ser por *tiempo indeterminado*.
- c).- Los contratos por *tiempo determinado* que se prolongan

mediante reconducción tácita, los que se convierten en contratos por *tiempo indeterminado*.

El mismo autor indica que en las tres hipótesis se puede decir que la *indeterminación* no es de origen, sino resultante de una *convención*.

#### 4).- FINALIZACION DEL CONTRATO UNILATERALMENTE.-

El artículo 1365 del Código civil dispone que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato.

Se ha expresado anteriormente que la regla general de los contratos a *plazo indeterminado* es que sólo puede ponérseles fin mediante acuerdo de las partes, que es lo que se llama *mutuo disenso*.

Esto da lugar a la posibilidad de que, si una de las partes no accede al mutuo disenso, la relación jurídica creada por el contrato podría obligar perpétuamente, lo cual es injusto. Como dice MESSINEO<sup>(4)</sup>, "es claro que el contrato no puede durar hasta el infinito y que ninguna de las partes pueda ser constreñida a continuar en una relación por tiempo indeterminado cuando ésta no le ofrezca ya utilidad".

Para evitar este peligro, el Código civil de 1936 establecía en su artículo 1115 que si el acto jurídico no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración.

Esta solución, si bien lograba su objetivo, presentaba el inconveniente que era necesario seguir un juicio ordinario para obtener la fijación del plazo por el juez.

El Código de 1984 recoge la misma regla en su artículo 182, pero agrega que el procedimiento es el de menor cuantía, con lo cual aligera el trámite. Se dio un paso adelante.

Sin embargo, el artículo 1365 de este Código ha querido ir más allá, estableciendo excepcionalmente que en el caso de los contratos de *ejecución continuada* (entiéndase de *duración*) que no tengan plazo legal o convencional determinado puede cualquiera de las partes ponerles fin mediante un preaviso de treinta días.

Este acto, que reponde al *ius poenitendi* romano, es llamado *receso* (recesso) *unilateral* por la doctrina italiana y *desistimiento unilateral* por las doctrinas española y argentina. Aunque ambas expresiones tienen significado parecido (apartamiento), voy a utilizar la última por ser más conocida en nuestro medio, aunque no sea, como se verá más adelante, muy apropiada.

### **Naturaleza.-**

El desistimiento unilateral, cuyo origen puede ser convencional o legal (en el caso del artículo 1365 tiene carácter legal), es el poder conferido a cada una de las partes para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de ellas<sup>(5)</sup>. MICCIO<sup>(6)</sup> sostiene que es un acto negocial unilateral con el cual una de las partes puede receder de la relación, lo que da la impresión que es esa parte la que se retira del contrato, quedando éste subsistente. Sin embargo, el mismo autor precisa páginas más adelante que el efecto principal del receso es poner fin a la relación.

Convengo en que, siendo éste el efecto del llamado "desistimiento unilateral", tal denominación no lo pone de manifiesto, pues puede ser entendida en el sentido de ser un apartamiento singular, que desliga a una de las partes de la relación jurídica, cuando en realidad se trata propiamente de extinguir dicha relación por decisión unilateral de cualquiera de las partes. Es, como dice MICCIO<sup>(7)</sup>, un poder frente a la relación jurídica, pero que deviene un derecho potestativo frente a la otra parte.

Como en el caso que nos interesa el desistimiento debe recaer en un contrato de duración, es preciso que el contrato no sólo se haya celebrado sino que también haya tenido principio de eje-

cución la relación jurídica creada por él, porque el desistimiento unilateral "pone fin" a la relación, lo que supone la existencia de un principio<sup>(\*)</sup>.

Tiene, pues, las mismas consecuencias que la resolución de un contrato, pues deja sin efecto la relación jurídica por causal sobreviniente a la celebración del contrato.

### ***Inderogabilidad.-***

Surge el problema de determinar si las partes pueden pactar que en un contrato de duración indeterminada no podrá ejercerse la potestad del desistimiento unilateral, o sea si se puede derogar convencionalmente la regla del artículo 1365 del Código civil. En principio, se considera que esto no es posible debido a la finalidad de dicha regla, que es evitar una relación jurídica potencialmente perpetua. Al respecto GABRIELLI<sup>(8)</sup>, refiriéndose al receso como instrumento de reacción contra la perpetuidad del vínculo contractual, cita a MANCINI quien dice que "el receso representa, no sólo *un* instrumento, sino el instrumento paradigmático" de actuación de un principio directivo *inderogable*, orientado a garantizar la propia libertad de la persona.

Sin embargo, el mismo autor<sup>(9)</sup> plantea la posibilidad de que la renuncia convencional al receso sea válida en aquellos contratos que tienen legalmente una duración máxima, caso en el cual la renuncia operaría para el lapso de esta duración. Pienso que ello tiene sentido, pues si la ley está señalando un plazo máximo al contrato, con ello está evitando el peligro de la perpetuidad, lo que justificaría la renuncia al disentimiento unilateral dentro de dicho

---

(\*) Debo reconocer que el artículo 1373 del Código civil italiano permite la rescisión unilateral mientras que el contrato no haya tenido principio de ejecución, aun cuando tratándose de contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente.

plazo. Por lo demás, ello representaría dar un plazo determinado al contrato, que ser a el plazo máximo fijado por la ley.

### **Irretroactividad.-**

Una parte importante de la doctrina<sup>(10)</sup> considera que el desistimiento unilateral actúa *ex nunc*, es decir no opera retroactivamente, y no perjudica el derecho de los terceros.

Empero, DE NOVA<sup>(11)</sup> considera que ello no resiste a la verificación del receso legal. GABRIELLI<sup>(12)</sup>, por su parte, afirma que el receso puede operar sin ambages de modo retroactivo.

En una posición intermedia se encuentra MICCIO<sup>(13)</sup>, quien sin negar que el receso no tiene efecto retroactivo dice que ello no constituye una aplicación del principio de la retroactividad sino que obedece a la naturaleza del contrato respecto del cual se hace efectivo el receso. Así, sostiene que cuando el receso tiene su justificación en el comportamiento de la contraparte o en un evento extraño a la voluntad de las partes, el receso opera desde que se produce ese comportamiento u ocurre este evento.

Pienso que en el contexto del artículo 1365 del Código civil peruano, que se aplica a los contratos de duración, el desistimiento unilateral sólo puede producir efecto respecto a las prestaciones que no se han ejecutado (ejecución periódica) o que están en proceso de ejecución (ejecución continuada), pero no con relación a aquéllas que ya han sido ejecutadas durante la vigencia indisputada de la relación jurídica creada por el contrato, que se estaba desarrollando sanamente. Participo, pues, de la posición de aquéllos que opinan que el desistimiento unilateral actúa *ex nunc*.

Por lo demás, si el ordenamiento legal peruano no otorga efecto retroactivo a la resolución del contrato, el desistimiento unilateral que, como se verá más adelante, da lugar a la resolución del contrato, debe recibir el mismo tratamiento.

## 5).- EL PREAVISO.-

El artículo 1365 dispone que la parte que pone fin al contrato debe dar aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días.

Expresa GABRIELLI<sup>(14)</sup> que el fundamento de exigir el preaviso para el ejercicio del poder de receso está, evidentemente, "en la exigencia de evitar que la peculiaridad de este instrumento de determinación de la duración, operante en la estabilidad de la relación y según la libre determinación de una sola parte, provoque excesivo perturbamiento en la economía del otro contratante, al cual debe darse tiempo adecuado para proveerse de modo diverso. Tal exigencia es considerada, más bien, de carácter general, dando lugar a suscitar en doctrina la afirmación de una correlación necesaria entre receso y preaviso".

Recuérdese que el desistimiento unilateral no es el preaviso sino el poner fin a la relación jurídica, de tal manera que el desistimiento sólo se produce después de vencido el plazo del preaviso, sin efecto retroactivo a la fecha de éste.

El preaviso tiene el carácter de declaración unilateral recepticia, o sea que debe ser dirigido para ser conocido por la otra parte.

DE NOVA<sup>(15)</sup> afirma que el preaviso debe revestir la misma forma prescrita para la conclusión del contrato objeto de la disolución. Me parece que si para celebrar un contrato destinado a extinguir una relación jurídica se exige la misma forma prevista para la celebración del contrato creador de dicha relación, por interpretación extensiva debe aplicarse dicho principio al desistimiento unilateral, desde que sus efectos son los mismos.

Un sector de la doctrina<sup>(16)</sup> sostiene que el aviso dado sin anticipación produce efectos, pero obliga a quien lo da a indemnizar el daño a la contraparte. Pienso que los términos del artículo 1365 excluyen esta posibilidad, desde que resulta de ellos que la eficacia del aviso está subordinada a la anticipación del mismo.

## 6).- RESOLUCION DE PLENO DERECHO.-

La parte final del artículo 1365 del Código civil dispone que transcurrido el plazo correspondiente (treinta días) el contrato queda resuelto de pleno derecho.

En primer lugar hay que observar que el efecto del desistimiento unilateral es la resolución del contrato, o sea que se encuentra en la situación prevista en el artículo 1371 del Código civil.

El artículo 1365 dice que la resolución se produce de pleno derecho, esto es sin necesidad de demanda judicial ni de juicio, o sea que actúa *extrajudicialmente*<sup>(17)</sup>. Produce su efecto liberatorio propio por la fuerza de la propia declaración de voluntad de la parte<sup>(18)</sup>.

Si bien esto es totalmente cierto, la resolución de pleno derecho no excluye totalmente la intervención judicial, pues se puede recurrir al juez para que determine si se presentan las causales de la resolución, como, por ejemplo, que se trata de un contrato de duración, que éste tiene plazo indeterminado, que se dio oportunamente el preaviso, que éste fue conocido por la otra parte, etc. Lo que sí es efectivo es que, si el juez establece que estos requisitos se han cumplido, no podrá detener la aplicación de la resolución, porque ella ha operado plenamente por el ejercicio del poder unilateral de disolución de la relación jurídica.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1365:

- (1) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis". Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 114.
- (2) Loc. cit.
- (3) GOMES, Orlando, "Contratos", Compahia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 142.
- (4) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo II, pág. 423.
- (5) IBIDEM, Tomo II, pág. 420.
- (6) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 420.
- (7) IBIDEM, pág. 494.
- (8) GABRIELLI, Giovanni, "Vincolo contrattuale e recesso unilaterale", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985, pág. 18.
- (9) IBIDEM, pág. 25.
- (10) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 422 (4); GOMES, Orlando, op. cit., pág. 207; MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 583

- (11) DE NOVA, Giorgio, "Tratatto di Diritto privato" diretto da RESCINGNO, Pietro, Tomo 10, "Obbligazioni e contratti", Tomo Secondo, U.T.E.T., Torino, 1983, pág. 551.
- (12) GABRIELLI, Giovanni, op. cit., pág. 59. (8)
- (13) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 494.
- (14) GABRIELLI, Giovanni, op. cit., pág. 30. (8)
- (15) DE NOVA, Giorgio, op. cit., Tomo Secondo, pág. 549. (11)
- (16) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 422 (4); GOMES, Orlando, op. cit., pág. 207. (3)
- (17) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 421. (4)
- (18) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 207. (3)

**Artículo 1366.-** *No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:*

1. *El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.*
2. *Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.*
3. *Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo a que pertenecen y los confiados a su administración o custodia y los que para ser transferidos requieren de su intervención.*
4. *Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.*
5. *Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido en razón de su función.*
6. *Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluído en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.*
7. *Los albaceas, los bienes que administran.*
8. *Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.*

9. *Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Breve glosa del artículo 1366.
- 3.- Adquisición de derechos reales.
- 4.- Prohibiciones.
- 5.- Persona interpuesta.
- 6.- Falta de legitimación.
- 7.- Efectos de la prohibición.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 1557 del primer Proyecto, ubicado en el capítulo dedicado al contrato de compraventa, establecía lo siguiente:

**Artículo 1557.-** No pueden adquirir por compra, aunque sea en subasta pública, directamente o por persona interpuesta:

1) Los administradores de bienes del Estado, de las municipalidades, de las instituciones públicas, de las empresas públicas u otras entidades públicas, respecto de los bienes de las instituciones a que pertenecen que se vendan por intermedio de ellos;

2) Los magistrados judiciales, los miembros del Ministerio Público y los auxiliares de justicia, respecto de los bienes y derechos que estén en litigio ante el tribunal en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, hasta después de cinco años de concluida su intervención en el litigio;

3) Los abogados respecto de los bienes y derechos que son objeto de un juicio en que han intervenido por razón de

su profesión, hasta después de un año de concluido el juicio en todas sus instancias;

4) Quienes por ley o por acto de autoridad pública administran bienes ajenos, respecto de dichos bienes;

5) Los agentes mediadores de comercio y los peritos, respecto de las cosas o derechos cuya venta o evaluación les ha sido confiada.

El artículo 1331 del segundo Proyecto tenía la siguiente introducción: "No pueden adquirir la propiedad, la posesión o el uso, aunque sea en subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:". Venían después nueve incisos con igual texto al de los nueve incisos del artículo 1366 del Código civil, con la única diferencia que el inciso 6. no tenía la excepción del pacto de cuota litis y el inciso 8. no tenía la referencia a los bienes.

## 2).- BREVE GLOSA AL ARTICULO 1366.-

La ubicación de este artículo no es evidentemente apropiada pues su esencia es la prohibición de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública.

Lo adecuado habría sido ubicarlo en el Libro V del Código civil, que trata sobre los derechos reales.

Por otro lado, se habla de adquisición de derechos reales por contrato, cuando se ha visto que los contratos no son aptos para tal fin, pues sólo pueden crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones. Ha debido decirse "por convención".

## 3).- ADQUISICION DE DERECHOS REALES.-

A diferencia de otros Códigos civiles, como el argentino, el español y el italiano, que refieren la prohibición a la celebración del contrato de compraventa, el Código civil peruano lo hace con respecto a la adquisición de derechos reales.

La diferencia es trascendente desde que el contrato de compraventa está limitado a transferir, o a obligarse a transferir, la propiedad de bienes (salvo el Código civil italiano que habla de la transferencia también de otros derechos), que es sólo uno de los derechos reales, aunque sea el más importante.

Resulta así que las personas consideradas en el artículo 1366 están prohibidas de adquirir no únicamente la propiedad de los bienes sino también la copropiedad (con excepción de los casos contemplados en los incisos 6 y 7), la posesión, el usufructo, el derecho de superficie, las servidumbres, la prenda, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención sobre los bienes allí mencionados.

#### 4).- PROHIBICIONES.-

El artículo 1366 ha agrupado en nueve categorías las prohibiciones de adquirir derechos reales, que recaen sobre determinadas personas en razón de los cargos que ocupan o las actividades que desempeñan. Como estas prohibiciones tienen, en varios casos, distinto fundamento, voy a analizarlas por separado.

##### *Presidente de la República, etc.-*

Se considera en esta categoría a las más altas autoridades cuya actuación se proyecta en el ámbito nacional. Esta es la razón por la cual la prohibición de adquirir los derechos reales recae sobre los bienes nacionales.

El artículo 822 del Código civil de 1936 enumeraba cuáles son los bienes del Estado, que pueden asimilarse a los bienes nacionales. El Proyecto del Libro Cuarto del Código civil elaborado por Lucrecia MAISCH von HUMBOLDT<sup>(1)</sup> indicaba en su artículo 38 que son bienes del Estado aquéllos que por cualquier título pertenecen a la Nación, distinguiendo entre los bienes de dominio público y de dominio privado del Estado.

El Código civil de 1984 ha suprimido toda referencia a los

bienes del Estado. CUADROS<sup>(2)</sup> supone que esta omisión obedece a un purismo legislativo de deferir al Derecho administrativo la organización del régimen de los bienes del Estado, que resultaría ajena al Derecho privado, pero agrega que, aún a costa de pulcritud legislativa, era necesario mantener el régimen de los bienes del Estado en el Código civil, en tanto no se establezca un régimen legal tutelar de la propiedad de la Nación.

La Constitución del Estado, con su breve referencia a que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derecho privado, contenida en el artículo 118, no soluciona el problema.

Esto da lugar a que la mención de los bienes nacionales hecha en el inciso 1. del artículo 1366 sea muy imprecisa por la dificultad de identificar los bienes que tienen esta calidad.

En cuanto a la razón de ser de la prohibición, la opinión más difundida en la doctrina<sup>(3)</sup> es que ella obedece al peligro que los funcionarios comprendidos en la misma utilicen su influencia para adquirir derechos reales sobre bienes nacionales en perjuicio de los intereses públicos.

### ***Los Prefectos y demás autoridades políticas.-***

Esta prohibición tiene, como dice ARIAS SCHREIBER<sup>(4)</sup>, igual finalidad que la anterior, pero referida a los bienes nacionales que, por estar ubicados en el territorio sobre el cual dichos funcionarios tienen jurisdicción, son susceptibles de la misma influencia.

Es obvio que un Prefecto no tendrá limitación alguna para adquirir derechos reales sobre bienes nacionales ubicados en el territorio de jurisdicción de otros Prefectos.

### ***Los funcionarios y servidores del Sector Público.-***

En este caso la prohibición está referida a los derechos reales sobre los bienes confiados a la administración o custodia de

estos funcionarios y servidores o los que para ser transferidos requieren su intervención.

La razón de la prohibición, según WAYAR<sup>(5)</sup>, es "impedir la concertación de negociados u otras inmoralidades de funcionarios sin escrúpulos que podrían aprovecharse de su condición de agentes administrativos para defraudar al Estado; de ahí que cuando el agente no pertenece al órgano que ordena la venta ni tiene participación en ella, la prohibición se desvanece".

Existen tres posiciones doctrinarias respecto al alcance de la prohibición. Según SPOTA<sup>(6)</sup> ella sólo comprende a los funcionarios o servidores que tuvieron la inmediata o directa administración o que dispusieron la venta. GRECO y COTTINO<sup>(7)</sup> piensan, en cambio, que no debe tenerse un criterio tan restrictivo, sino que la prohibición debe abarcar a todos los otros sujetos pertenecientes a la repartición, dado el carácter impersonal de la actividad de ésta. BIANCA<sup>(8)</sup> adopta una posición intermedia en el sentido que la prohibición debe comprender no sólo a quienes tienen a su cargo la venta o administración sino también a aquellos otros que tienen una función cualquiera relativa a la operación, pero excluyendo a los funcionarios de la misma repartición para los cuales la administración o venta sea completamente extraña. Me inclino por la posición de GRECO y COTTINO por considerar que obedece a un criterio más claro y definido, sin entrar en distingos que muchas veces será difícil hacer.

En cuanto a lo que debe entenderse por Sector Público, las Leyes Anuales del Presupuesto del Sector Público señalan que, para efectos presupuestales, éste comprende el Gobierno Central, las Instituciones Públicas Descentralizadas, las Empresas del Estado, los Gobiernos Locales, los Organismos Descentralizados Autónomos y los Gobiernos Regionales.

### ***Magistrados judiciales, etc..-***

La prohibición, que recae en los magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, se refiere a la adquisición de

derechos reales sobre bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.

La razón de esta prohibición es, según COLIN y CAPITANT<sup>(9)</sup>, que se pudiera acusar a las personas enumeradas de haber abusado de su situación para adquirir los derechos litigiosos a vil precio y que se podría muy bien sospechar de su imparcialidad si estuvieran personalmente interesados en la solución de la *litis pendente* ventilada en su jurisdicción. WAYAR<sup>(10)</sup>, por su parte, considera que se debe fortalecer el orden moral en que debe desenvolverse la actuación de los funcionarios vinculados con la administración de justicia, sin poner en tela de juicio la moralidad que deben tener dichos funcionarios.

El inciso 4 del artículo 1366 habla de bienes que estén o hayan estado en *litigio*. Se debate en doctrina si el litigio debe entenderse en el sentido de proceso *contencioso* o se refiere también al proceso *voluntario* (*no contencioso*). Se cita la opinión de algunos autores (LLERENA, SEGOVIA, BIBILONI, REZZONICO) que haciendo una interpretación restrictiva consideran que la prohibición se refiere a los bienes que fuesen objeto de un proceso *litigioso*, con lo cual quedarían excluidos los bienes existentes en procesos *sin litigio o voluntarios*. Otros autores<sup>(11)</sup>, adhiriéndose al parecer de MACHADO y SALVAT, sostienen que la expresión "bienes en litigio" debe entenderse en sentido amplio, o sea como "bienes en juicio", pudiendo tener éste tanto carácter *contencioso* como *voluntario*. Pienso que esta última posición tiene mejor sustento pues tanto en un procedimiento contencioso como en uno no contencioso puede decidirse la suerte de bienes, por lo cual el peligro que se desea evitar con la prohibición existe en ambos casos.

Otro tema de discusión es si los funcionarios judiciales están impedidos de adquirir derechos reales sobre bienes en litigio en el juzgado o tribunal en que ellos intervienen o son de su competencia, o si opera también en los que no son de su competencia.

El Código civil peruano zanja esta discusión estableciendo que se trata del juzgado o tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han

ejercido sus funciones. Si bien se precisa que no hay impedimento para la adquisición de derechos reales sobre bienes cuya situación se ventila ante otros juzgados o tribunales del Poder Judicial, la norma, como dice ARIAS SCHREIBER<sup>(12)</sup>, es rigurosa pues no tiene limitaciones en el tiempo, de tal manera que aun cuando el funcionario judicial haya dejado hace mucho tiempo de actuar ante un juzgado o tribunal continúa impedido de adquirir bienes cuya situación se ventiló en un juicio en que él intervino.

La regla es aplicable *mutatis mutandis* a los árbitros.

### **Los miembros del Ministerio Público.-**

De conformidad con el artículo 250 de la Constitución, el Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado, de tal manera que técnicamente sus miembros no son magistrados judiciales ni auxiliares de justicia. En tal virtud, ha sido necesario contemplar su situación expresamente, aún cuando aplicándoles las mismas reglas que a éstos.

### **Los abogados.-**

Para ellos la prohibición recae en los derechos reales sobre los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluído el juicio en todas sus instancias.

La razón de esta prohibición la explica GARCIA GOYENA<sup>(13)</sup> diciendo que sin ella "podrían los abogados cometer fácilmente grandes abusos en el ejercicio de su noble profesión, que conviene rodear de prestigio en el interés de la misma y de la recta administración de justicia".

WAYAR<sup>(14)</sup> sostiene que para los abogados es aceptable la distinción entre procesos contenciosos y voluntarios, diciendo que en los primeros la prohibición rige plenamente, no así en los segundos. "En otros términos, agrega, los abogados pueden comprar los

bienes existentes en los procesos en que intervinieren siempre que tales procesos no sean contenciosos. Si hay contienda, no pueden comprar". Pienso, por las razones expuestas al tratar el tema de los magistrados judiciales y por la redacción del inciso 6. del artículo 1366, que en el Derecho peruano no puede hacerse esta distinción.

Debe observarse que la prohibición a los abogados sólo rige por un año de concluído en todas sus instancias el juicio en que hayan intervenido, a diferencia de los magistrados judiciales, árbitros, auxiliares de justicia y miembros del Ministerio Público, para quienes la prohibición no tiene límite temporal.

Como se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, la Comisión Revisora agregó que la prohibición a los abogados de adquirir derechos reales no comprende el pacto de cuota litis. Este pacto, antiguamente mal visto y en algunos casos prohibido (ley 53, título 14, libro 2 del Digesto), es actualmente declarado no reprobable por el artículo 49 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima, sujeto a la observancia de determinadas reglas.

La excepción a la prohibición es justificada desde que la participación del abogado en los resultados del juicio, que es la esencia del pacto de cuota litis, puede estar constituida por un derecho real sobre bienes que son objeto del juicio.

### ***Los albaceas.-***

Como se sabe, el albacea es la persona a la cual el testador encomienda el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad (artículo 778 del Código civil).

Dice la doctrina<sup>(15)</sup> que la prohibición a los albaceas de adquirir los bienes que administran "se funda en la necesidad de tutelar el interés patrimonial de los herederos y sucesores del causante que podrían verse perjudicados por maniobras del albacea, quien podría aprovechar su carácter de tal para adquirir bienes de la sucesión en perjuicio de aquéllos".

Sin embargo, puede ocurrir que el albacea sea legatario, con lo cual la prohibición lo privaría de recibir el legado si éste consistiera en derechos reales. Refiriéndose al artículo 1361, inc. 3º, del Código civil argentino, que prohíbe a los albaceas la compra de los bienes de las testamentarías, BORDA<sup>(16)</sup> y REZZONICO<sup>(17)</sup> consideran que la prohibición no rige cuando el albacea es coheredero. El tema es difícil por cuanto el aprovechamiento de que habla el párrafo anterior es susceptible de producirse, con mayor razón, cuando el albacea tiene título e interés para recibir todos o parte de los bienes que forman la masa sucesoria. Por otro lado, resulta muy duro privar al albacea de su legado.

Pienso que el inciso 7 del artículo 1366 del Código civil peruano debe ser interpretado en el sentido que la prohibición de adquirir derechos reales por legado se aplica sólo a los bienes ajenos que el albacea tiene en administración por razón del ejercicio de su cargo, pero no a los que le corresponden por título sucesorio. En otras palabras, el albacea no puede adquirir por legado de los herederos derechos reales sobre los bienes que administra en su condición de albacea, pero está en aptitud de recibir legados del causante que lo nombra albacea para que cumpla sus disposiciones de última voluntad.

Debe tenerse presente que el legatario adquiere el legado desde el momento de la muerte del causante, o sea con anterioridad al ejercicio del cargo de albacea, que sólo empieza con su aceptación.

Si el albaceazgo es un cargo de confianza y el testador encomienda este cargo a uno de sus legatarios, no ignorando que el conflicto de intereses puede producirse, debe respetarse la voluntad del testador en cuanto a la institución del legado.

### ***Administradores de bienes ajenos.-***

El fundamento de esta prohibición es el mismo que en el caso de los albaceas, que también son administradores.

Entre los administradores por mandato de la ley se encuentran los padres de hijos menores, los tutores y los curadores.

### ***Los agentes mediadores de comercio, etc.-***

La regulación de los agentes mediadores de comercio, que eran los agentes de cambio y Bolsa, los corredores de comercio y los corredores intérpretes de buques, estaba contenida en la Sección Sexta del Libro Primero del Código de Comercio, la cual fue derogada por el Decreto Ley No 18353 de 4 de agosto de 1970.

Los agentes de cambio y Bolsa han sido, en buena cuenta, sustituidos por los Agentes de Bolsa, los cuales, de conformidad con los artículos 8° y 21° de la Ley Normativa del Mercado Bursátil (Decreto Legislativo No 211), no podrán adquirir o enajenar, a título oneroso, valores bursátiles sin haber obtenido previamente, en cada caso, la autorización escrita del Directorio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

En cuanto a los martilleros, seguramente se trata de los rematadores a martillo a que se refiere la Sección Séptima del Libro Primero del Código de comercio, que deben obtener el título correspondiente del Ministerio al que corresponde el Sector Comercio (Decreto Ley No 18948). SPOTA, refiriéndose a los tasadores, sostiene que se desconocerían las valoraciones éticas si se pretendiera restringir la prohibición a sólo los tasadores oficiales, pero pienso que en el contexto del inciso 9 del artículo 1366 del Código civil, que indudablemente está considerando a las personas de que trata el Código de comercio, debe entenderse que la referencia es a los martilleros contemplados por dicho Código.

Finalmente los peritos son las personas técnicas o expertas que auxilian al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos<sup>(18)</sup>.

Es perfectamente explicable que estas personas que, de una manera u otra, intervienen en la venta o evaluación de bienes y que, por ello, pueden influenciar la determinación del valor de los

mismos, estén impedidas de adquirir derechos reales sobre tales bienes.

Al igual que en el caso de los abogados, la prohibición a los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos rige por un año a partir de su intervención en la operación.

#### **5).- PERSONA INTERPUESTA.-**

El artículo 1366 dispone que la prohibición de adquirir derechos reales abarca también el que sean adquiridos por persona interpuesta.

Se entiende por persona interpuesta, llamada también testafiero o prestanombre, aquélla que aparece celebrando el acto jurídico, cuando en realidad lo celebra otra, esto es que los efectos del acto recaen, mediata o inmediatamente, en la esfera jurídica de esta otra persona. La interposición puede ser real o ficticia.

La interposición es real cuando verdaderamente el acto jurídico se quiere celebrar con la persona interpuesta, en cuya cabeza se producirán transitoriamente los efectos del acto y luego los transmitirá al verdadero destinatario.

La interposición es ficticia cuando el testafiero finge celebrar el acto jurídico, cuyos efectos recaen directamente sobre el interponente, sin que el interpuesto reciba efecto alguno de dicho acto.

La norma en examen comprende ambos casos de interposición de persona.

#### **6).- FALTA DE LEGITIMACION.-**

En el rubro "La incapacidad" del comentario al artículo 1358 (supra, Tomo I, pág. 307) he opinado que las personas enumeradas en el artículo 1366 tienen falta de legitimación directa para adquirir los derechos reales que se mencionan en dicho artículo.

Sobre el particular, CARIOTA-FERRARA<sup>(19)</sup> dice que cuando se trata de "la idoneidad para resultar sujeto activo o pasivo de una determinada relación concreta, precisamente para asumir la relación jurídica tenida en cuenta en el negocio" y la ley establece "normas prohibitivas (prohibiciones legislativas) por la que *determinadas categorías de personas* no pueden adquirir ciertos bienes o recibir u obtener beneficios frente a otras personas de determinada categoría", se está ante una falta de *legitimación pasiva para el negocio*, o ante una carencia de legitimación recepticia o, simplemente, ante una ausencia de legitimación para comprar, vender, etc.

SPOTA<sup>(20)</sup> sostiene que la ausencia de legitimación pasiva pone en juego la *inexistencia de capacidad jurídica*, colocándose así en la moderna tendencia de identificar la falta de legitimación con la incapacidad jurídica.

## 7).- EFECTOS DE LA PROHIBICION.-

El artículo 1366 prohíbe la adquisición de derechos reales por contrato (debe decir por "convención"), legado o subasta pública, todos los cuales son actos jurídicos.

La razón de esta prohibición reside en la necesidad de evitar que quienes ocupan determinados cargos o ejercen determinadas actividades abusen del poder que tales cargos o actividades les confieren para lucrar en beneficio propio. Entiendo que ésta es una razón de orden público.

Por ello, los actos jurídicos mediante los cuales se violara la prohibición serían contrarios a una norma legal que interesa al orden público, lo que determinaría su nulidad, de conformidad con el artículo V del Título Preliminar y el inciso 8 del artículo 219 del Código civil.

En la negada hipótesis que no se considerara que el artículo 1366 interesa al orden público, los indicados actos jurídicos violarían una norma legal imperativa, cuya consecuencia, según se

ha visto en el rubro "Contenido del contrato" del comentario al artículo 1354 (supra, Tomo I, nota a pie de pág. 285), sería la ineficacia de tales actos jurídicos.

Para evitar estas dudas hubiera sido atinado acoger la sugerencia que se formuló (1983-4-12) en el sentido de declarar que son nulos los actos celebrados en contravención de los artículos 1366, 1367 y 1368.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1366:

- (1) MAISCH von HUMBOLDT, Lucrecia, "De los Derechos Reales", Editorial Desarrollo, Lima, 1982, pág. 45.
- (2) CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand, "Derechos reales", Empresa Editora Latina S.A., Lima, 1988, pág. 56.
- (3) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 176; WAYAR, Ernesto C., "Compra-venta y permuta", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 137; REZZONICO, Luis María, "Estudio de los contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, Tomo I, pág. 189.
- (4) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 116.
- (5) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 130. (3)
- (6) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen II, pág. 137.
- (7) GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone, "Della vendita", Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1981, pág. 71.
- (8) BIANCA, C. Massimo, "La vendita e la permuta", U.T.E.T., Torino, 1972, pág. 16.
- (9) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., "Curso elemental de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, Tomo IV, pág. 41.

- (10) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 131. (3)
- (11) IBIDEM, pág. 135; SPOTA, Alberto G., op. cit., Volumen II, pág. 141.
- (12) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., Tomo I, pág. 116. (4)
- (13) GARCIA GOYENA, Florencio, "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español", Cometa S.A., Zaragoza, 1974, pág. 735.
- (14) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 136. (3)
- (15) IBIDEM, pág. 125.
- (16) BORDA, Guillermo A., op. cit., pág. 172. (3)
- (17) REZZONICO, Luis María, op. cit., Tomo I, pág. 181. (3)
- (18) ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Compañía Argentina de Editores S. de R. L., Buenos Aires, 1942, Tomo II.
- (19) Cita de SPOTA, Alberto G., op. cit., Volumen II, pág. 234. (6)
- (20) IBIDEM, Volumen II, pág. 235.

*Artículo 1367.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 1366 se aplican también a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas impedidas.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Alcances de la prohibición.

### **1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-**

El único antecedente es el artículo 1332 del segundo Proyecto, donde tiene el mismo texto que el artículo 1367 del Código civil.

### **2).- ALCANCES DE LA PROHIBICION.-**

A fin de evitar que se burlen las prohibiciones establecidas en el artículo precedente mediante el sencillo expediente de que los derechos reales sean adquiridos por los parientes cercanos de los impedidos, el artículo 1367 hace extensivas dichas prohibiciones a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas impedidas.

Sin embargo, como advierte sagazmente ARIAS SCHREIBER<sup>(1)</sup>, se ha omitido considerar al cónyuge, pues, según observa CORNEJO<sup>(2)</sup>, "el ancho campo del parentesco no incluye a los cónyuges entre sí por el hecho de serlo..., sino sólo a cada uno de ellos respecto a los parientes consanguíneos del otro".

Podría esperarse que la labor jurisprudencial extienda, por analogía, las prohibiciones a los cónyuges de los impedidos. Empero, como las prohibiciones y, consecuentemente, las aplicaciones de las mismas a los parientes, son excepciones a la regla general sobre la libertad de adquirir derechos reales y restringen tal libertad, el artículo IV del Título Preliminar del Código civil, que dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, impediría esa construcción analógica.

ARIAS SCHREIBER<sup>(3)</sup> sostiene que en este caso cabría la aplicación del principio de la interpretación extensiva, pero considero que por ese camino se colocaría al cónyuge, por una interpretación que pasaría a ser analógica, en una situación de excepción. Pienso que, quizá, la solución adecuada para evitar las peligrosas consecuencias de esta evidentemente involuntaria omisión de la ley, es recurrir a la figura del fraude a la ley<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) COVIELLO<sup>(4)</sup> nos dice al respecto: "El acto es en fraude de la ley cuando la voluntad del particular, respetándola aparentemente, la viola; lo cual ocurre cuando una persona se comporta de modo que el negocio, respetada la ley, llega a violarla en su espíritu. En tal hipótesis, se estima justamente que es nulo el acto realizado en fraude a la ley, porque efectivamente tal acto es contrario a la misma. Pero no todos los actos que se dicen hechos en fraude de la ley, son nulos.

"El acto cometido en fraude a la ley es nulo, cuando, empleando no sólo la interpretación declarativa, sino también la extensiva de la prohibición legal, el acto aparentemente no previsto debe considerarse como previsto en substancia, porque la norma no sólo resulta de la letra de la ley, sino de su espíritu. Pero cuando una prohibición legal no se presta a la interpretación extensiva, porque la intención del legislador se limita un caso determinado, o bien, cuando usando la interpretación extensiva, no entra en el campo de la prohibición, porque de otro modo se pasaría a la extensión analógica que no está permitida, es claro que el acto, aunque realizado con la intención de defraudar la ley, y aun cuando tenga la índole y efectos análogos al expresamente prohibido, no puede reputarse nulo... Por eso los que creen que no es posible la interpretación extensiva en materia de disposiciones excepcionales, no podrían considerar como nulos los actos cometidos en fraude a la ley".

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1367:

- (1) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis". Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 118.
- (2) CORNEJO CHAVEZ, Héctor, "Derecho familiar peruano", Librería Studium, Lima, 1985, Tomo I, pág. 99.
- (3) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., pág. 118.
- (4) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general del Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 453.



**Artículo 1368.-** *Las prohibiciones de que tratan los incisos 1, 2, 3, 7 y 8 del artículo 1366 rigen hasta seis meses después de que las personas impedidas cesen en sus respectivos cargos.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Vigencia de las prohibiciones.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Al igual que en el caso del artículo anterior, el único antecedente del artículo 1368 del Código civil es el artículo 1333 del segundo Proyecto, que tiene el mismo texto que aquél, con la diferencia de que incluye la referencia al inciso 9 del artículo 1366.

### 2).- VIGENCIA DE LAS PROHIBICIONES.-

Con la precisión contenida en este artículo, resulta que las prohibiciones a que se refieren los incisos 1, 2, 3, 7 y 8 del artículo 1366 rigen hasta los seis meses después de que las personas impedidas cesen en sus correspondientes cargos; las prohibiciones contenidas en los incisos 6 y 9 del mismo artículo rigen hasta un año de concluído el juicio o de la intervención en la operación, respectivamente; y las prohibiciones contempladas en los incisos 4 y 5 del artículo en referencia rigen por tiempo ilimitado.



**Artículo 1369.-** *No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Excepciones a las prohibiciones.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Similarmente a los casos de los dos artículos precedentes, el único antecedente del artículo 1369 del Código civil es el artículo 1334 del segundo Proyecto, que tenía la misma redacción que la de aquél, con la diferencia de que se refería a los incisos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, y no solamente a los incisos 6 y 7.

### 2).- EXCEPCIONES A LAS PROHIBICIONES.-

No resulta muy clara la redacción de este artículo, pues hace referencia al derecho de copropiedad o de la dación en pago, sin precisar que los abogados y los albaceas sean copropietarios de los bienes materia del juicio y de la administración o reciban dichos bienes en pago de créditos suyos.

Esta falta de precisión determina que pudiera pensarse, por ejemplo, que el abogado que interviene por razón de su profesión en un juicio de división y partición de bienes de terceros no está impedido de adquirir derechos reales sobre tales bienes.



**Artículo 1370.-** *La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Razón de ser de los artículos 1370, 1371 y 1372.
- 3.- Concepto de rescisión.
- 4.- Diferencia entre la rescisión y la anulación.
- 5.- Efectos de la rescisión.
- 6.- Carácter de la acción rescisoria.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente del artículo 1370 del Código civil ha sido el artículo 1385-A del Anteproyecto de la Comisión Revisora, que decía:

**Artículo 1385-A.-** La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.

En ambos casos no se perjudican los derechos de terceros de buena fe.

El artículo 1335 del segundo Proyecto tiene el mismo texto que el artículo 1370 del Código civil.

## 2).- RAZON DE SER DE LOS ARTICULOS 1370, 1371 Y 1372.-

A semejanza del Código civil argentino<sup>(1)</sup>, el Código civil peruano de 1936 confundía los conceptos de rescisión y resolución. A título de ejemplo, en el contrato de compraventa el incumplimiento por una de las partes de las prestaciones a su cargo es sancionado con rescisión, no obstante que de conformidad con el artículo 1341 de dicho Código tal evento determina la resolución del contrato.

Por lo demás, igual confusión se observa en la doctrina, según puede apreciarse a continuación.

### *Rescisión.-*

Para facilitar el análisis se han agrupado por afinidad los diferentes conceptos que tiene la doctrina sobre la rescisión de los contratos.

- Consideran algunos que la rescisión es dejar sin efecto un contrato válido mediante un nuevo convenio entre las partes (RIPERT y BOULANGER, BORDA, LOPEZ de ZAVALIA, GOMES). Aceptan la rescisión unilateral cuando ella es permitida por otro convenio previo.
- Ciertos autores precisan que la rescisión es la extinción del vínculo contractual (MIQUEL, SALVAT)
- Opinan otros que la rescisión es la supresión de los efectos del contrato válidamente celebrado debido a ciertas consecuencias injustas y perjudiciales derivadas precisamente de su eficacia. La rescisión supone la validez del contrato y opera únicamente sobre su eficacia (PUIG BRUTAU, LARENZ, MOISSET de ESPANES).
- En cambio, MIRABELLI, BIANCA, el Diccionario de ESCRICHE piensan que la rescisión es invalidación del contrato.

Obsérvese que, para algunos autores, la rescisión es, simplemente, una nueva convención que tiene por objeto dejar sin efecto un contrato anterior, por lo cual entienden que sus manifestaciones son el mutuo disenso y el distracto; según otros, la rescisión obedece a las consecuencias perjudiciales que el contrato produce; algunos piensan que la rescisión pone fin a la relación nacida del contrato y no a éste; para otros, la rescisión no afecta la validez del contrato sino únicamente lo hace ineficaz; otros, en fín, consideran que la rescisión no se limita a hacer ineficaz el contrato, sino que lo invalida.

### ***Resolución.-***

También en este campo las posiciones son disímiles, aunque dentro de ciertos límites generalmente aceptados.

- Según SPOTA, la resolución es un término genérico que indica la extinción de un contrato por una causa, sea legal, sea convencional.
- La gran mayoría de los autores considera que la resolución es la extinción de un contrato por situaciones sobrevinientes a la celebración del mismo (BORDA, GOMES, VALENCIA, LAVALLE, DIEZ-PICAZO). MESSINEO hace la atingencia que se pone fin al vínculo contractual.
- Opinan otros que la resolución es la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la ley o las partes previeron al celebrarlo, de modo que su vida está sujeta desde un comienzo al cumplimiento o no, del hecho previsto como causa de su extinción, en virtud de una cláusula expresa o implícita en él contenida (MIQUEL, SALVAT).
- LARENZ piensa que la resolución es la supresión o abolición de los deberes de prestación derivados del contrato, obtenida mediante declaración unilateral constitutiva de una de las partes a la otra.

- Finalmente, MIRABELLI dice que la resolución es un remedio concedido a una de las partes de un contrato en algunas hipótesis en las cuales la actuación de éste no corresponde al contenido del mismo, a través del cual puede lograrse la disolución del vínculo contractual.

Cabe destacar que las opiniones difieren, no tanto respecto a que la resolución tiene su fundamento en circunstancias sobrevenidas, sino en cuanto a la previsión, contractual o legal, del hecho que la determina, o bien si recae en el contrato o en la relación jurídica creada por él. También existe discrepancia con relación a sus efectos, o sea si se trata de un supuesto de extinción o uno de ineficacia.

#### *Diferencias entre rescisión y resolución.-*

Sobre este punto la posición de la doctrina es la siguiente:

- SPOTA piensa que rescisión es un término que debe emplearse como equivalente a resolución.
- BORDA estima que la resolución no es el resultado de un nuevo contrato, como ocurre en la rescisión, sino que supone la extinción del contrato por la ocurrencia de un hecho posterior.
- Según SALVAT la resolución depende del contrato mismo, mientras que la rescisión tiene su base en un acto de voluntad de las partes.
- SATANOWSKY considera que se resuelve un contrato válidamente celebrado; se rescinde un contrato por vicio en su celebración.
- RIPERT y BOULANGER entienden que a diferencia de la rescisión, la condición resolutoria es retroactiva.
- GONZALEZ encuentra que las características fundamentales de la rescisión, que la diferencian de la resolución, son: 1. Se

trata de un supuesto de invalidez contractual y no de imposibilidad sobrevenida; 2. Los supuestos en que los contratos pueden ser rescindidos vienen taxativamente enumerados por el Código civil, de tal modo que no es susceptible de extensión a otros supuestos análogos. 3. Se exige la devolución de las cosas objeto del contrato, de tal modo que si ya se ha perdido la cosa objeto del contrato no se podrá ejercitar la rescisión.

- MIQUEL sostiene que la resolución requiere siempre la producción de un acontecimiento sobreviniente, previsto por las partes o por la ley, para que puedan operarse sus efectos; la rescisión, en cambio, no depende de ningún acontecimiento sobreviniente, sino de la mera declaración de voluntad de ambas partes, o de una sola de ellas cuando la ley así lo admita.

Ante este panorama de confusión, en que los conceptos de rescisión y de resolución no están claramente delineados y obedecen a enfoques distintos, lo cual ha sido una fuente de desconcierto para los operadores del Derecho, el codificador de 1984 decidió conscientemente tomar un nuevo camino orientado a delimitar claramente los respectivos campos de acción de la rescisión y de la resolución. Ha sido consciente que esta decisión no es fácil de plasmar, porque en el Derecho no es a veces posible adoptar posiciones nítidas, pero, aun conociendo tales riesgos, consideró que es preferible, parafraseando a ECHECOPAR<sup>(2)</sup>, regular con una limitada imperfección a no regular, dejando todo a la duda o al capricho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el codificador decidió dar a la rescisión y a la resolución el contenido que él consideró apropiado, tomando en consideración que los planteamientos doctrinarios, por su disimilitud, le dejaban un amplio campo de opción.

### 3).- CONCEPTO DE RESCISIÓN.-

Como se ha visto, el artículo 1370 del Código civil dispone

que la rescisión deja sin efecto (no lo invalida) un contrato por causal existente en el momento de su celebración.

De esta definición resultan las siguientes consecuencias:

- Entre las teorías de la invalidez y de la ineficacia, el Código se pronuncia por esta última, o sea que se considera que el contrato se celebró válidamente, pero que por razón de la rescisión queda sin efecto, o sea es ineficaz. El contrato rescindido deja de dar lugar, por lo tanto, a la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial, pero se reconoce su validez. Se sigue la tesis de LARENZ.

Esto determina que el contrato rescindible sea provisoriamente eficaz, pero sujeto a la declaración judicial de ineficacia a causa de su irregularidad<sup>(3)</sup>.

- La rescisión sólo puede dejar sin efecto el contrato por causales existentes en el momento de su celebración.

Al revisar las opiniones doctrinales pudimos observar que algunas de ellas fundamentan la rescisión en un vicio de legitimidad del contrato, o sea en la existencia de una situación contemporánea a la conclusión del contrato que determina que éste produzca perjuicios para alguna de las partes contratantes.

- Generalmente la rescisión opera por mandato de la ley, la que establece los requisitos para que se declare judicialmente la rescisión.

Sin embargo, aunque no aparezca claramente de la definición, puede aceptarse que el contrato es susceptible de ser rescindido por común acuerdo de las partes, siempre que este acuerdo se fundamente en una causal existente al momento de celebración del contrato.

No creo que la existencia de una causal sobreviniente

pueda dar lugar a la rescisión convencional de un contrato. Discrepo, pues, de quienes opinan que el simple distracto, o el mutuo disenso, sin invocarse una circunstancia determinante de la ineficacia que sea previa o contemporánea a la celebración de un contrato, puedan dar lugar a la rescisión de éste.

En cuanto a la rescisión unilateral, se requeriría que la ley o la convención que la permitieran establecieran el requisito de la preexistencia de la causal

- El artículo 1.294 del Código civil español establece que la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Pienso que en nuestro ordenamiento legal la acción de rescisión no tiene ese carácter, de tal manera que basta la existencia de la causal al momento de la celebración del contrato para que la acción rescisoria sea procedente.

- La rescisión es un remedio privativo de los contratos.

Pese a que la doctrina española<sup>(4)</sup> tiende a considerar que la rescisión se aplica a todos los actos jurídicos con contenido patrimonial, el codificador peruano no ha seguido esta corriente y limita el campo de acción de la rescisión exclusivamente a los contratos.

#### 4).- DIFERENCIA ENTRE LA RESCISIÓN Y LA ANULACIÓN.-

Tema de inacabables debates es la posibilidad de distinguir entre la rescisión y la anulación.

MOISSET de ESPANES<sup>(5)</sup> considera que la rescisión es prácticamente asimilable a la anulabilidad, por lo cual señala que algunos autores sostienen que no hay razón de distinguir entre una y otra figura.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que se trata de dos instituciones distintas, que presentan características diferentes.

Según explica CASTAN<sup>(6)</sup>, si bien la idea de la rescisión existió en el Derecho romano pretorio, a través del mecanismo de la equidad, de donde pasó al Derecho imperial, la distinción técnica y claramente establecida entre rescisión y anulabilidad tiene su origen en el Derecho consuetudinario francés.

Como se recuerda<sup>(7)</sup>, el reino de Francia estaba antiguamente dividido en dos regiones, formada una por los *países de costumbres* y la otra por los *países de derecho escrito*. Los *países de costumbres* se llamaban así porque el Derecho por el cual se regían encontraba su origen en las antiguas costumbres, que no habían sido redactadas por escrito. En los *países de derecho escrito* se aplicaba el Derecho romano, que se encontraba consignado en monumentos escritos. Sin embargo, los reyes franceses consideraban que el Derecho romano no tenía autoridad en Francia, sino cuando ellos toleraban su aplicación.

En los *países de costumbres* las causas de anulación de un contrato podían alegarse cuando resultaban de una costumbre o estaban consideradas en una Ordenanza real, dando lugar a una *action en nullité*. En cambio, las causas de anulación basadas en el Derecho romano no se aplicaban de pleno derecho sino que era necesaria una autorización real, que se concedía a través de la Cancillería de los Parlamentos, lo que permitía una *action en rescision*. Las autorizaciones se llamaban *lettres de rescision*.

Fue así como se planteó la distinción inicial entre anulación y rescisión. Posteriormente, desaparecidas las *lettres de rescision*, el Código civil francés utiliza indistintamente las expresiones de *action en nullité* y *action en rescision*, confundiéndolas ambas. La doctrina, empero, empezó más tarde a hacer una diferenciación entre ellas que nada tiene que ver con la antigua, ya que está basada en la consideración de que la rescisión sólo se aplica cuando existe lesión o perjuicio.

Las principales diferencias que la doctrina encuentra entre la anulación y la rescisión son las siguientes:

- a).- La anulación está en la médula del mismo acto, mientras que la rescisión obedece a causas exteriores o accidentales (VAL-VERDE).
- b).- La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la celebración del contrato. La rescisión, en cambio, se aplica a contratos válidamente celebrados y obedece, no a la irregularidad de la formación del contrato, sino al hecho que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto o contrario a derecho (DIEZ-PICAZO).
- c).- La anulabilidad, a diferencia de la rescindibilidad, deriva de un defecto del contrato, por lo cual la anulación es una sanción, mientras que la rescisión es un remedio para evitar un perjuicio (MANRESA, CASTRO).
- d).- En consecuencia, el que proponga la acción de anulación no habrá de probar más que el defecto en los elementos del contrato; el que utilice la acción de rescisión deberá probar el perjuicio que el contrato ocasione (CASTAN).
- e).- La acción de anulación no puede ser detenida ofreciendo una indemnización al actor; lo que sí puede lograrse en la acción de rescisión (CASTAN, MOISSET de ESPANES).
- f).- El contrato anulable es confirmable, lo que no ocurre en la rescisión (MESSINEO, MOISSET de ESPANES).
- g).- La rescisión supone un remedio más excepcional que la anulación, en el sentido que puede invocarse para dejar sin efecto contratos en los que no es posible probar la concurrencia de un vicio del consentimiento (PUIG BRUTAU).
- h).- Los efectos de la anulación pueden extenderse a terceros, mientras los de la rescisión no (VIÑAS REY).

Dado que, como se verá al comentar el artículo 1447 del Código civil, en el caso de la lesión es necesario, para que prospere la acción de rescisión, que exista no sólo desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sino también que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes del estado de necesidad del otro, considero que, en tal caso, este último elemento, que es de carácter subjetivo, determina que el contrato adolezca de un vicio del consentimiento, que es distinto de los tres vicios de la voluntad tradicionales, que son el error, el dolo y la intimidación. Esto determina que, para mí, en el caso de la lesión no es aplicable la diferencia entre la rescisión y la anulación que se ha indicado en el punto b) que precede.

Sin embargo, en dicho caso no es posible recurrir a la acción de anulación por cuanto la lesión no está comprendida en la enumeración taxativa contenida en el artículo 221 del Código civil, lo que justifica que se adopte el remedio de la rescisión.

En los demás casos de rescisión, convengo en todas esas diferencias.

## 5).- EFECTOS DE LA RESCISIÓN.-

Tomando en consideración que la rescisión deja sin efecto un contrato por causales existentes en el momento de su celebración, la rescisión, a diferencia de la resolución, afecta al contrato mismo, privándolo de sus efectos.

Se verá al comentar el artículo 1372 que la rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración.

Esto significa que el contrato rescindido, si bien es válido, carece de eficacia, o sea que se considera que no ha producido los efectos que le son propios, esto es la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica patrimonial.

Como dice CASTAN<sup>(8)</sup>, el efecto principal de la acción rescisi-

soria es destruir las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando él se celebró.

Pueden ocurrir dos situaciones.

La primera es que el contrato rescindido no haya tenido principio de ejecución. En tal caso, las obligaciones derivadas del contrato desaparecen, no existiendo deudor ni acreedor. Consecuentemente, las prestaciones no se ejecutan.

La segunda es que al momento de la rescisión las prestaciones derivadas de la relación jurídica creada por el contrato hayan sido ejecutadas total o parcialmente. Surge entonces el problema relacionado con la restitución de las cosas al ser y estado que tenían cuando él se celebró.

Dado que la rescisión del contrato no afecta su validez sino únicamente su eficacia, la retroactividad de la rescisión tiene, como dice CASTRO<sup>(9)</sup>, efecto *obligacional*, lo que determina que, ejercitada la acción rescisoria, nazca la obligación de tornar las cosas a su estado anterior, en su aspecto económico, pero no tiene efecto retroactivo *real*, precisamente por no perder el contrato su primitiva condición de válido. Los actos jurídicos derivados del contrato conservan su validez y los derechos para terceros emanados de dichos actos no se ven afectados por la rescisión.

El efecto retroactivo obligacional de la rescisión da lugar a que las partes deban restituirse las respectivas prestaciones o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenían al tiempo de celebrarse el contrato. Por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa, el comprador deberá restituir el bien o, si éste hubiera perecido o no se encuentra a su disposición, el valor del bien al momento de celebrarse el contrato de compraventa; el vendedor, por su parte, deberá devolver el precio.

Surge la duda respecto de si el comprador debe devolver los frutos del bien y el vendedor pagar los intereses compensatorios correspondientes al precio.

La solución es difícil.

Por un lado, se tiene que si comprador y vendedor actúan de buena fe, hacen suyos los frutos, de conformidad con el artículo 908 del Código civil, de tal manera que el comprador no tendría porqué devolver los frutos ni el vendedor pagar los intereses (son frutos civiles del dinero<sup>(10)</sup>). Es la solución que da CORNEJO<sup>(11)</sup>, basado en el artículo 1442 del Código civil de 1936.

Por otro lado, la rescisión tiene efecto retroactivo obligacional, de tal manera que debe considerarse que el vendedor tiene derecho al bien desde que se celebró el contrato rescindido y el comprador tiene derecho al precio desde el mismo momento, por lo cual corresponderían a ambos los frutos devengados en el ínterin. Es la solución que da el artículo 1.295 del Código civil español.

Pienso que la solución adecuada, dado el efecto retroactivo de la rescisión, es que se indemnice a las partes el daño que les cause la rescisión, aplicándose al efecto las normas sobre inejecución de las obligaciones, de tal manera que, prescindiéndose de las reglas de la buena fe, se enfoque el problema desde el ángulo de la culpabilidad. En tal sentido, sin óbice de la restitución de las prestaciones o de su valor, que es el efecto natural de la rescisión, la indemnización de los daños y perjuicios que ésta ocasione se determinará según que la causal de la rescisión sea o no imputable a las partes y, en caso afirmativo, de acuerdo al grado de culpabilidad (culpa leve, culpa inexcusable o dolo).

De acuerdo con este criterio, si la rescisión obedeciera a dolo o culpa inexcusable de una de las partes, el resarcimiento comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante devengados a partir del momento de celebrarse el contrato materia de la rescisión, mientras que si obedeciera a culpa leve el resarcimiento se limitaría al daño que podía preverse al mismo momento. Por supuesto, si la rescisión no fuera por causa imputable a alguna de las partes, ésta quedará obligada sólo a la restitución de la prestación o de su valor, sin ninguna responsabilidad adicional.

## 6).- CARACTER DE LA ACCION RESCISORIA.-

Esta acción es *constitutiva*<sup>(\*)</sup>, en el sentido que en tanto no se pronuncie la correspondiente decisión judicial el contrato surte todos sus efectos. Tal como dice RUIZ SERRAMALERA<sup>(12)</sup>, el contrato es válido desde el principio y sólo se producirá la pérdida de su eficacia a partir del momento en que la rescisión sea declarada, pero con efecto retroactivo al tiempo de celebración del contrato.

---

(\*) La Exposición de Motivos elaborados por la Comisión Revisora<sup>(13)</sup> afirma que la sentencia rescisoria es un fallo de carácter declarativo. Pienso que, dada la posición adoptada por el artículo 1370 del Código civil ello no es así porque la ineficacia del contrato rescindido, dado que no afecta su validez, sólo surge por razón de la sentencia condenatoria.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1370

- (1) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 135.
- (2) ECHECOPAR GARCIA, Luis, "Derecho de Sucesiones", Talleres Gráficos de la Editorial Lumen S.A., Lima, 1946, pág. 323.
- (3) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 643.
- (4) MORENO QUESADA, Bernardo, en "Comentarios al Código civil y compilaciones forales" dirigidos por Manuel ALBALA-DEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, Tomo XVII, Vol. 2º, pág. 77.
- (5) MOISSET de ESPANES, Luis, "La lesión en los actos jurídicos", Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1979, pág. 117.
- (6) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo I, Volumen II, pág. 816.
- (7) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., "Curso elemental de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, Tomo I, pág. 27.
- (8) CASTAN TOBEÑAS, José, op. cit., Tomo I, Volumen II, pág. 453. (6)

- (9) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 527.
- (10) MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, "Derecho monetario", Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 1989, pág. 181.
- (11) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 76.
- (12) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho civil", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1981, Tomo II, pág. 97.
- (13) "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil", Separata Especial del diario oficial "El Peruano" No. 15275 del 8 de abril de 1989, pág. 5.



**Artículo 1371.-** *La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Concepto de resolución.
- 3.- Efectos de la resolución.
- 4.- Mutuo disenso.
- 5.- Carácter de la acción resolutoria.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Al igual que el artículo 1370 del Código civil, este artículo tiene su origen en el artículo 1385-A del Anteproyecto de la Comisión Revisora.

De allí pasó al artículo 1336 del segundo Proyecto, que tenía el mismo texto que tiene el artículo 1371 del Código civil.

### 2).- CONCEPTO DE RESOLUCION.-

La redacción de la primera parte del artículo 1371 es igual a la de la primera parte del artículo 1370, esto es que la resolución (como la rescisión) *deja sin efecto un contrato*.

Esto podría dar lugar a que se llegase a la conclusión que la resolución, a semejanza de la rescisión, deja sin efecto un contrato. Si bien ello es cierto en el caso de la rescisión, pues lo que queda sin efecto es el contrato rescindido, el cual deviene retroactivamente en ineficaz, no lo es en el caso de la resolución.

En efecto, se ha visto que el contrato es un acto jurídico que deja de existir en cuanto ha producido su efecto, que es el crear una relación jurídica patrimonial. Es esta relación la que obliga a las partes y la que determina que se ejecuten las prestaciones correspondientes.

Consecuentemente, si la resolución no opera retroactivamente, como lo establece el artículo 1372, su acción recae en lo que existe en el momento de producirse la causal sobreviniente, que no es el contrato sino la relación jurídica patrimonial creada por él.

MESSINEO<sup>(1)</sup> sostiene que la resolución *pone fin al contrato*, pero que ella importa, implícitamente, que pone fin también a la relación obligatoria engendrada por el contrato, agregando que la resolución suele ser referida lógicamente al contrato, ya porque éste no ha sido todavía ejecutado, ya porque él es de ejecución continuada. Esta posición de MESSINEO se explica porque según el artículo 1458 del Código civil italiano la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, por lo cual, en este caso, la resolución, al igual que la rescisión, ataca al contrato mismo (haciéndolo ineficaz) y no sólo a los efectos de él.

Pienso que esta solución no es aceptable en nuestro Derecho, porque habiendo decidido el codificador civil (en mi opinión con razón) que la resolución no tiene efecto retroactivo, su acción no recae en el contrato sino en los efectos del mismo. Precisamente la diferencia entre rescisión y resolución es que la primera deja sin efecto un contrato por causal existente en el momento de celebrarlo, lo que justifica la retroactividad, mientras que la segunda deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración, lo que explica que opere sólo a partir de que ocurre la causal y sobre el elemento contractual que está vigente en este momento, o sea la relación jurídica patrimonial creada por el contrato<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) TRABUCCHI<sup>(2)</sup> dice al respecto: "La resolución se distingue de las demás figuras, a cuyo lado se encuentra, porque no afecta al acto

El artículo 1371 habla de un contrato *válido*, a diferencia del artículo 1370 que sólo habla de un contrato, lo que podría llevar a pensar que en este último caso el contrato no es válido. Este raciocinio no es correcto. Ya se ha visto al tratar sobre el concepto de rescisión que el contrato materia de ella es uno válido, que simplemente pierde eficacia por razón de la rescisión. En ambos casos se trata, pues, de contratos válidos.

Es posible que el codificador al hablar en el caso de la resolución de un contrato *válido* haya deseado poner énfasis en que el contrato no es inválido, pues si lo fuera no sería preciso, como dice MESSINEO<sup>(3)</sup>, accionar por resolución, pues bastaría invocar su invalidez.

Otro elemento necesario para que proceda la resolución es que la causal que la motiva sea sobreviniente a la celebración del contrato.

Esta causal bien puede tener origen legal, como ocurre en el caso de la resolución por incumplimiento, contemplada por el artículo 1428 del Código civil, o en el de la resolución por autoridad del acreedor a que se refiere el artículo 1429 del mismo Código, o bien su origen puede ser convencional, como es el caso del pacto comisorio regulado por el artículo 1430 del mismo Código o el del mutuo disenso.

Tratándose de la resolución convencional considero, por las razones que expuse al tratar sobre la rescisión convencional, que no es posible resolver un contrato por causales existentes en el momento de su celebración, pues el dejar sin efecto un contrato por estas causales es función propia de la rescisión.

Finalmente, la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de

---

en sí, sino a sus consecuencias, o sea, a las obligaciones que del mismo nacen; repercuten no en el negocio en sí, sino en la relación de él generada.

cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, la resolución determina que el arrendador deje de estar obligado a ceder al arrendatario el uso del bien y éste deje de estar obligado a pagar la renta.

### 3).- EFECTOS DE LA RESOLUCION.-

Al comentar el artículo 1372 del Código civil se estudiarán las razones que han llevado al codificador a establecer, como se ha visto, que la resolución no opera retroactivamente.

Esta decisión da lugar a delicados problemas en lo que se refiere a los efectos de la resolución. Sin embargo, será más fácil solucionar estos problemas si se toma en consideración que la resolución, aunque sea declarada posteriormente, opera desde el momento en que se produce la causal sobreviniente. Por ejemplo, tratándose de la resolución por incumplimiento a que se refiere el artículo 1428 del Código civil, la resolución produce sus consecuencias a partir de que se pone en conocimiento del juez la inejecución de la prestación debida; en el caso del pacto comisorio la resolución de pleno derecho opera desde el momento en que la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Esto no es retroactividad sino aplicación inmediata de la resolución.

Para entender mejor el concepto de la aplicación inmediata de la norma, debe tomarse en consideración que la retroactividad y la irretroactividad son problemas relativos a la eficacia de la norma en el tiempo. La aplicación inmediata se refiere a situaciones que se prolongan en el tiempo, en el sentido que los actos afectados por ella generan consecuencias o efectos que se siguen produciendo. Supone la existencia de una situación antigua que es reemplazada por una situación nueva. Se entiende por aplicación inmediata, bien sea de la ley o de una situación jurídica, el principio en virtud del cual los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley o de la antigua situación jurídica se rigen por éstas; los cumplidos después del cambio se rigen por la nueva ley o la nueva situación.

En el campo de la ley, el artículo III del Título Preliminar del Código civil establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

Tratándose de los contratos, la irretroactividad de la resolución da lugar a que ésta no afecta ni al contrato que se resuelve ni a los efectos producidos por la relación jurídica creada por dicho contrato antes de la resolución, pero sí a los efectos producidos después de la resolución.

Recuérdese que los contratos se clasifican, en lo que se refiere al tiempo, en *contratos de ejecución inmediata*, de *ejecución diferida*, de *ejecución instantánea* y de *duración*.

Los efectos de la resolución varían según se trate de cada uno de estos contratos.

En el caso de los contratos de *ejecución inmediata*, que son aquéllos cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración, el efecto de la resolución es poner fin a la relación jurídica patrimonial, pero esta relación jurídica, por tener que cumplirse inmediatamente después de celebrado el contrato, tiene igual contenido que éste.

Es difícil que en estos contratos haya lugar a la resolución por incumplimiento, pues ejecutándose inmediatamente a la celebración del contrato todas las prestaciones derivadas de la relación jurídica creada por él, no cabe teóricamente un incumplimiento. Este sólo existiría si, pese a la necesidad de la ejecución inmediata, una de las partes no cumpliera con hacerlo en ese momento. En tal caso, la resolución determinaría que las cosas deban tornar, en su aspecto económico, al estado anterior al que se produjo el incumplimiento, o sea el estado al celebrarse el contrato.

Como en el caso de la rescisión, las partes deben restituirse las respectivas prestaciones o, si ello no fuera posible, a restituir su valor al momento de celebrarse el contrato.

Sin embargo, en los contratos de *ejecución inmediata* puede ocurrir que la causal obedezca a otra razón que el incumplimiento, como es el caso de la resolución como saneamiento por vicios ocultos o por evicción parcial.

Considero que en el caso de los vicios ocultos los efectos de la resolución están expresamente regulados por el artículo 1512 del Código civil, de tal manera que no se presenta problema alguno. Pienso que tratándose de la evicción parcial son aplicables *mutatis mutandis* dichas reglas, por ser también un caso de saneamiento. Faltaría sólo contemplar la situación de la prestación a cargo del adquirente, o sea la devolución de la parte del bien cuya propiedad, posesión o uso se le transfirió, que no ha sido afectada por el vicio oculto o por la evicción parcial. La solución adecuada parece ser la devolución de dicha parte al transferente o, si ello no fuera posible, el pago de su valor, pero éste no al momento de celebrarse el contrato sino al de la resolución, para guardar consecuencia con lo previsto en el inciso 1 del artículo 1512.

La situación que presenta mayores dificultades es la del contrato de *ejecución diferida*, en el que el término inicial de su ejecución es postergado por un plazo determinado o indeterminado. Si la postergación de las prestaciones es simultánea para ambas partes, o sea que toda la relación jurídica patrimonial se difiere, se dará el mismo caso del contrato de *ejecución instantánea*, que se analizará más adelante. En cambio, si se posterga sólo la prestación a cargo de una de las partes y se ejecuta la prestación a cargo de la otra, la relación jurídica patrimonial vigente en el momento de ocurrir la causal sobreviniente será distinta de la creada por el contrato, pues sólo existirá una prestación inejecutada.

Pienso que en este caso la consecuencia adecuada de la resolución es que quien, debido a la postergación unilateral, no haya ejecutado la prestación a su cargo, quede liberado de hacerlo, pero deberá restituir a la otra parte la contraprestación que ha recibido y, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tendría al momento de producirse la causal. La obligación de restitución de la contraprestación ejecutada antes de producirse la

causal sobreviniente, no obstante la irretroactividad de la resolución, puede encontrar su justificación en la necesidad de evitar un enriquecimiento indebido.

Esto queda patente en la resolución por incumplimiento, que tiene lugar sólo en los contratos con *prestaciones recíprocas*, de tal manera que si producida la resolución queda sin efecto, a partir de este momento, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, desaparece también en ese momento la causa o razón en virtud de la cual tenía derecho a conservar la contraprestación que ha recibido dicha parte, que es precisamente la *reciprocidad* de las prestaciones, por lo cual la falta de restitución de dicha contraprestación constituiría un enriquecimiento sin causa a expensas de la otra parte.

Tratándose de contratos de *ejecución instantánea*, en los que las prestaciones deben ejecutarse simultáneamente, aunque sea en forma diferida, la solución parece más fácil pues siendo la relación jurídica patrimonial igual a la que existía al celebrarse el contrato, desde que nada se ha ejecutado en el ínterin, bastará que ambas partes se restituyan sus respectivas prestaciones o, si no fuera posible, su valor al tiempo de producirse la causal sobreviniente.

El último caso es el del contrato de *duración*. Aquí puede darse la posibilidad de que se trate de prestaciones continuadas o de prestaciones periódicas. En ambas posibilidades, la resolución del contrato, por no ser retroactiva, dará lugar a que cese la obligación de seguir ejecutando las prestaciones continuadas o desaparezca la obligación de ejecutar las prestaciones periódicas pendientes, conservando pleno valor la parte de la prestación continuada ya ejecutada y las prestaciones periódicas efectuadas antes de ocurrir la causal sobreviniente.

Si se tratara de un contrato en el que una de las prestaciones fuera de *ejecución inmediata* y la contraprestación fuera de *ejecución continuada*, como sería el caso de un contrato de arrendamiento en el que la renta hubiera sido pagada íntegramente por adelantado, la resolución del contrato daría lugar a la devolu-

ción de la parte de la renta correspondiente a la parte de la cesión del uso que ha quedado sin efecto por razón de la resolución.

Como se recordará, el artículo 1458 del Código civil italiano establece que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo, salvo en el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. Comentando este artículo, MICCIO<sup>(4)</sup> dice que esta excepción demuestra que el carácter retroactivo que se da a la resolución constituye una terminología imprecisa, pues no se trata, en realidad, de retroactividad.

En cuanto a la indemnización a las partes de los daños que les cause la resolución del contrato, pueden aplicarse *mutatis mutandis* las pautas expuestas al tratar sobre los efectos de la rescisión del contrato.

#### 4).- MUTUO DISENSO.-

En el rubro "Función del contrato" del comentario al artículo 1351 del Código civil traté brevemente del mutuo disenso, entendiéndolo como la resolución convencional de una relación jurídica surgida de un contrato.

El mutuo disenso tiene, pues, un efecto extintivo, en el sentido que es un contrato que tiene por efecto extinguir un contrato preexistente.

Para que el mutuo disenso pueda tener efectos se requiere que el contrato que extingue, que suele llamarse *contrato básico*, no haya sido ejecutado o se trate de un contrato de duración.

Si el contrato hubiera sido ejecutado el mutuo disenso perdería su condición de tal para convertirse en un nuevo contrato mediante el cual se buscaría obtener las consecuencias contrarias a las del contrato básico. Se trataría, como dice CARRESI<sup>(5)</sup>, de

invertir la situación, de tal manera que el vendedor del contrato básico se convertiría en el comprador del segundo contrato y el comprador del contrato básico se convertiría en el vendedor del segundo.

Aun la doctrina que considera que la resolución tiene naturalmente efecto retroactivo, admite que el mutuo disenso, que es una resolución voluntaria, sólo tiene efectos *ex-nunc*<sup>(6)</sup>. LEON BARRANDIARAN<sup>(7)</sup>, sin embargo, reconoce que el mutuo disenso puede excepcionalmente obrar *ex-tunc* cuando se trata de ejecución parcial de la prestación.

Pese a la similitud de nombres, no debe confundirse el mutuo disenso con el disenso, entendido este último como el disentimiento, o sea la falta de consentimiento contractual.

#### 5).- CARACTER DE LA ACCION RESOLUTORIA.-

Al igual que la acción rescisoria, la acción resolutoria, cuando la resolución no opera de pleno derecho, tiene carácter *constitutivo*<sup>(8)</sup>, en el sentido que es la decisión judicial la que determina que la relación jurídica patrimonial quede sin efecto.

Esto es consecuente con la validez inicial del contrato y de la relación jurídica patrimonial creada por él, la cual sólo deja de producir efecto por razón de la declaración judicial de ineficacia.

Sin embargo, el carácter constitutivo de la acción no determina que la ineficacia opere desde el momento de dicha declaración, sino a partir de la presentación de la demanda, una vez ocurrida la causal sobreviniente que justifica la resolución. En efecto, es desde este momento que se pone en evidencia ante el juez que el contrato adolece de un defecto que determina la necesidad de su ineficacia.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1371:

- (1) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo II, pág. 333.
- (2) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II, pág. 210.
- (3) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 332. (1)
- (4) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 517.
- (5) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, pág. 874.
- (6) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 335. (1)
- (7) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código civil peruano (Obligaciones)", Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1956, pág. 583.
- (8) FORNO, Hugo, "Resolución por incumplimiento" en "Temas de Derecho contractual", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1987, pág. 107.

**Artículo 1372.-** *La rescisión de un contrato tiene efecto desde su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario.*

*En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Retroactividad de la rescisión.
- 3.- Irretroactividad de la resolución.
- 4.- Disposición o pacto en contrario.
- 5.- Derechos de terceros.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Al igual que en los casos de los artículos 1370 y 1371, el primer antecedente del artículo 1372 del Código civil es el artículo 1385-A del Anteproyecto de la Comisión Revisora.

Sobre la base de él, se redactó el artículo 1337 del segundo Proyecto, que tiene la misma redacción que el artículo 1372 del Código civil.

### 2).- RETROACTIVIDAD DE LA RESCISION.-

Como he expresado al comentar el artículo 1370 del Código civil, ante la confusión existente en los campos legislativo y doctrinal respecto de los conceptos de rescisión y de resolución y de los efectos de ambas, el codificador de 1984 se vio precisado a tomar una decisión propia, que se aparta en varios aspectos de la técnica adoptada por otros Códigos y del parecer de los juristas.

Puede no ser la solución perfecta, porque esto es difícil en el obrar humano, pero se acerca mucho a ella, al menos en mi opinión. Si el campo de elección estaba abierto, debido no tanto a la ausencia de un criterio uniforme como al caos de las opiniones existentes, el codificador peruano hizo bien en crear un sistema que definía y distinguía nítidamente las características de la rescisión y de la resolución y, de acuerdo con estas características, asignarles los efectos congruentes a ellas.

Tomemos en primer lugar el caso de la rescisión. Se optó por considerarla el acto jurídico que deja sin efecto un contrato, lo hace ineficaz, por causal existente en el momento de su celebración. Se creó así un remedio aplicable a todos aquellos casos en que, no existiendo una solución legal distinta, se requería obtener la ineficacia de un contrato que adoleciera de vicios o defectos congénitos.

Si, en estas condiciones, la causal determinante de la necesidad de hacer ineficaz el contrato existe desde el momento del acuerdo de declaraciones de voluntad, la solución razonable es que esta ineficacia tenga efecto retroactivo al tiempo de celebrar el contrato, ya que de esta manera no se permite que el vicio o defecto produzca efectos válidos.

Debe observarse, sin embargo, que esta solución no es unánimemente aceptada, pues algunos autores (RIPERT y BOULANGER<sup>(1)</sup>, JOSSERAND<sup>(2)</sup>, LAVALLE<sup>(3)</sup>, LOPEZ de ZAVALIA<sup>(4)</sup>) sostienen que la rescisión no tiene efecto retroactivo.

### 3).- IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCION.-

Se han formulado algunas críticas adversas a la posición adoptada por el Código civil peruano de privar a la resolución de operar retroactivamente. Pese a la sinceridad de estas críticas, no comparto su sustento, por las siguientes razones:

- a).- Si la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, este contrato ha generado una relación jurídica patrimonial legalmente sana, por no adolecer de defecto alguno.

- b).- En estas condiciones, no es consecuente que se pretenda desconocer los efectos producidos por dicha relación jurídica durante todo el tiempo en que ella se desarrolló normalmente dentro de los cauces contractuales.

Sostener lo contrario significa no sólo atentar contra la seguridad jurídica sino, fundamentalmente, negar la obligatoriedad del contrato, pues los derechos y obligaciones legalmente formados perderían su efectividad.

- c).- Aun en los contratos con prestaciones recíprocas, aquellas de éstas que se ejecutaron antes de presentarse la causal resolutoria sobreviniente no tienen porqué verse afectadas por el posterior incumplimiento o imposibilidad de las respectivas contraprestaciones.

Comprendo que el contrato se resuelva cuando se pierda la reciprocidad, pero no veo la razón por la cual esta resolución deba afectar las prestaciones efectuadas cuando la reciprocidad existía o, al menos, no había sido contestada.

- d).- La retroactividad no es inherente a la resolución.

Aun en la doctrina argentina, que es mayoritariamente proclive a otorgar a la resolución efecto retroactivo, existen autores, como SALVAT<sup>(5)</sup>, que admiten que la resolución puede funcionar unas veces con efecto retroactivo y otras veces sin este efecto, es decir, sólo para el futuro.

Por otro lado, ya se ha visto que en el Derecho italiano no ha sido posible aplicar la retroactividad de la resolución por incumplimiento a las prestaciones ya efectuadas en los contratos de ejecución continuada o periódica, lo que ha hecho decir a MICCIO<sup>(6)</sup> que es errado hablar de retroactividad obligatoria de la resolución. BIANCA<sup>(7)</sup>, por su parte, considera que según la eficacia la resolución se distingue en resolución *retroactiva* y resolución *no retroactiva*.

- e).- Una de las razones más importantes que ha llevado a la doctrina extranjera, especialmente a los autores franceses, espa-

ñoles y argentinos, a otorgar carácter retroactivo a la resolución es que ésta tiene su origen en la condición resolutoria que se consideraba implícita en todo contrato bilateral (véase el artículo 1341 del Código civil peruano de 1936), la cual condición tiene, en sus respectivos ordenamientos legales, carácter retroactivo (artículo 1.179 del Código civil francés; artículo 1.120 del Código civil español; artículo 543 del Código civil argentino). Se dice que si la condición resolutoria tiene efecto retroactivo, igual efecto debe tener la resolución contractual, pues las dos tienen el mismo carácter.

Debe tenerse presente, sin embargo, que según el artículo 177 del Código civil peruano, la condición (sea ésta resolutoria o suspensiva) no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario. No existe, pues, en el Derecho civil peruano la razón que lleva a la doctrina de otros países a opinar que, por simetría, la resolución debe operar retroactivamente.

Precisamente esa razón de simetría justifica que en el ordenamiento legal peruano la resolución contractual no tenga efecto retroactivo.

#### **4).- DISPOSICION O PACTO EN CONTRARIO.-**

El artículo 1372 otorga a la retroactividad de la rescisión, y a la irretroactividad de la resolución el carácter de elemento natural de dichas instituciones, al permitir la disposición o pacto en contrario.

Como dice ARIAS SCHREIBER, "el artículo 1372 admite que la ley o el pacto establezcan resultados opuestos y que, concretamente, la rescisión tenga carácter irretroactivo y la resolución retroactivo".

#### **5).- DERECHOS DE TERCEROS.-**

Una consideración de elemental prudencia ha llevado al codificador peruano a establecer que ni en el caso de rescisión ni

en el de resolución se perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

Se trata de una decisión de política legislativa de acordar tutela jurídica a las personas que no conocen los hechos que han causado la rescisión o la resolución. El elemento determinante de esta protección es la buena fe de los terceros derivada de su ignorancia de circunstancias existentes en cada caso<sup>(8)</sup>.

BIGIO<sup>(9)</sup> ha dicho acertadamente que "...es importante advertir que para tener la condición de tercero no se requiere haber adquirido el derecho a título oneroso ni se exige que el derecho sea acogido por el registro. De tal manera que el tercero que adquirió a título gratuito de quien compró lesivamente, para ampararse en el artículo 1372 y consecuentemente hacer inoponible la lesión del primitivo vendedor, le basta haber actuado de buena fe".

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1372:

- (1) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, pág. 303.
- (2) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 276.
- (3) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 5, pág. 845.
- (4) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 348.
- (5) SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 209.
- (6) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 518.
- (7) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984, pág. 697.
- (8) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 518. (6)
- (9) BIGIO CHREM, Jack, "Exposición de Motivos Oficial del Código Civil", Separata Especial del diario oficial "El Peruano" No. 15275 del 8 de abril de 1989, pág. 6.

## TITULO II

### *El consentimiento*



## PRELIMINAR

El artículo 1373 del Código civil, que establece que el contrato queda perfeccionado en el momento y en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, encabeza los artículos que integran el Título II de la Sección Primera del Libro VII de dicho Código, que lleva el nombre de "El consentimiento".

Al comentar el artículo 1352 del Código civil manifesté que este Código considera que el consentimiento, siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad, son el fondo y la forma de un mismo fenómeno.

En dicho comentario hice el análisis del consentimiento entendido de la primera manera, o sea como el acuerdo de voluntades declaradas.

Corresponde ahora, al comentar el Título II, estudiar el consentimiento en su segundo aspecto, que es el mecanismo como él se produce, que radica en la conformidad de la oferta con la aceptación.

De nada hubiera valido que llegáramos a la conclusión que el consentimiento, en su primer sentido, es la declaración conjunta de una voluntad común de las partes contractuales, si no sabemos cómo se llega a producir esa declaración. Esta es la labor que nos toca cumplir en el presente comentario.

Se ha visto ya que el consentimiento puede formarse inme-

diatamente, por estar las partes de acuerdo sobre el contenido del contrato, o bien estar precedido de más o menos largas negociaciones, que he llamado tratativas, mediante las cuales se va modelando el acuerdo. Veremos más adelante que estos dos procedimientos o maneras de contratar pueden darse tanto cuando las partes están en comunicación inmediata, que es lo que se denomina comúnmente contrato entre presentes, como cuando no lo están, que es el llamado contrato entre ausentes.

Pues bien, en todas estas modalidades de contratación se requiere que el acuerdo se exteriorice, para que sea cognoscible. La técnica que emplea el Derecho para plasmar esta exteriorización es mediante dos declaraciones, una de cada parte contractual (suponiendo que sean dos partes), llamadas *oferta y aceptación*.

Repito que se trata de una cuestión de técnica legislativa, pues bien pudo la ciencia jurídica idear otra manera de exteriorizar el acuerdo, tan es así que algunos se cuestionan, con comprensible preocupación, si en ese fenómeno moderno de la contratación masiva a base de cláusulas generales de contratación o de contratos de hecho se respetan u observan las categorías de oferta y aceptación<sup>(1)</sup>.

Nuestro Código civil, pese a que es consciente de la existencia de este fenómeno, tan es así que regula los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación y los contratos de hecho, se mantiene fiel al sistema tradicional, disponiendo en su artículo 1373 que el contrato queda perfeccionado en el momento y en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (el que formula la oferta).

La manera de contratar que rige entre nosotros es, pues, a través de una declaración formulada por una de las partes, llamada oferta, y de una segunda declaración hecha por la otra parte, denominada aceptación, aunque debe advertirse que el rol que juegan ambas declaraciones es distinto.

Se establece así una secuencia de declaraciones que deben

seguir un orden preciso: primero la oferta y luego la aceptación, de tal manera que el acuerdo se caracteriza, como dice CARRE-SI<sup>(2)</sup>, por la sumisión de un proyecto de reglamento negocial de una de las partes a la otra (la oferta) y de la adhesión de esta última a dicho proyecto (la aceptación). El encuentro casual de dos declaraciones simultáneas que son congruentes entre sí no da lugar a la formación del contrato (el tema será desarrollado al comentar el artículo 1379 del Código civil).

Esta al parecer caprichosa secuencia obedece al propósito del legislador de establecer un sistema que permita conocer el momento y el lugar en que se forma el contrato, que son, como se ha visto, cuándo y dónde la aceptación es conocida por el oferente.

Tal como lo expresé al comentar el artículo 1352 del Código civil, la indicada secuencia tiene su explicación en que la formación del contrato es, en realidad, un *procedimiento*, entendido en el sentido que se llega al resultado (la conclusión del contrato) mediante una serie ordenada de pasos, cada uno de los cuales cumple una función propia, que se van dando sucesivamente hasta terminar el proceso, lo cual se realiza, en nuestro sistema civil, con la llegada de la aceptación al conocimiento real o presunto del oferente. MESSINEO<sup>(3)</sup> pone énfasis en que el procedimiento está articulado a base de un complejo de hechos jurídicos, dispuestos en un determinado orden, cada uno de los cuales constituye el presupuesto necesario de los otros, condicionándolos hasta el último, de tal manera que deben sucederse de un modo dado, y no en otro, bajo pena de detener el procedimiento mismo.

Esto evidencia que si bien la oferta y la aceptación son actos voluntarios, la manera como estos actos dan lugar a la formación del contrato está sujeta a una mecánica prefijada por el codificador. Resulta así que, salvo si las partes no han convenido expresamente algo distinto, el contrato se forma automáticamente cuando se da la situación prevista en los artículos 1373 y 1374 del Código civil.

Es cierto que en algunos casos existe la elaboración común del texto del contrato, en el sentido que ambas partes colaboran en la composición o redacción del contenido contractual, sin percibirse claramente quien propone y quien acepta. Sin embargo, aún en estos casos llega el momento en que una de las partes pregunta expresa o tácitamente a la otra si está de acuerdo con el texto comunmente elaborado y la otra, expresa o tácitamente, dará su conformidad. La pregunta será la oferta y la conformidad será la aceptación

Al comentar el artículo 1352 del Código civil destaqué que este artículo y el artículo 1373 emplean una misma expresión, el *perfeccionamiento*, para referirse al efecto del consentimiento (acuerdo de voluntades declaradas) y de la conjunción de la oferta con la aceptación, lo que evidencia que uno y otra son dos aspectos de un mismo acontecimiento: la formación del contrato.

Mencioné en aquella oportunidad que quizá esa expresión no es la más adecuada, pues tanto el consentimiento como la conjunción de la oferta con la aceptación dan lugar a la *conclusión* del contrato, que no llega a confundirse con el *perfeccionamiento* del mismo, el cual está vinculado a la producción de los efectos del contrato.

En realidad, la conclusión del contrato determina su *validez* y el perfeccionamiento del mismo da lugar a su *eficacia*, aun cuando ambos fenómenos se dan usualmente unidos.

## BIBLIOGRAFIA EL CONSENTIMIENTO:

- (1) BULLARD, G., Alfredo, "Contratación en masa ¿Contratación?" en THEMIS Revista de Derecho, Segunda Epoca/1989/No. 15, pág. 49.
- (2) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 752.
- (3) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott.A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 294.



*Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- La oferta.
- 3.- La aceptación.
- 4.- Los llamados contratos entre presentes
- 5.- Los llamados contratos entre ausentes.
- 6.- Momento de la formación del contrato.
- 7.- Lugar de formación del contrato.
- 8.- Carácter del artículo 1373.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Los artículos 49 y 50 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:

**Artículo 49.-** El contrato queda formalizado desde el momento en que la oferta es aceptada por el destinatario o quien lo represente.

**Artículo 50.-** La aceptación se produce en el momento en que el oferente conoce la manifestación de voluntad del aceptante.

La propuesta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, si éste no probase haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener noticias de ellas.

Tomando en consideración la conveniencia de evitar el distinguo entre la existencia de la aceptación y los efectos de ella y recogiendo, además, el parecer de José LEON BARANDIARAN de hacer coincidir el momento y el lugar de la celebración del contrato, la primera Ponencia sustitutoria unificó el artículo 49 y el primer párrafo del artículo 50 de la Ponencia original en su artículo 54, cuyo texto fue el siguiente:

**Artículo 54.-** El contrato queda perfeccionado en el momento y en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Esta redacción se conservó en el artículo 52 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 18 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto, en el artículo 1389 del primer Proyecto, en el artículo 1338 del segundo Proyecto y en el artículo 1373 del Código civil.

## 2).- LA OFERTA.-

Algunos autores<sup>(1)</sup> sostienen que las expresiones "oferta" y "propuesta" son sinónimas. Otros<sup>(2)</sup> piensan que la *propuesta* es un término genérico que comprende dos variantes: la *oferta*, que es dirigida a personas determinadas y la *policitación* que se dirige al público en general.

SANCHEZ URITE<sup>(3)</sup> encuentra el origen del concepto moderno de oferta en el instituto romano llamado "policitación". Según él la *policitación* era en Roma una promesa u oferta no aceptada, que sólo tenía fuerza vinculante cuando se hacía por un honor o en favor del Estado o de una Ciudad, diferenciándose del *voto*, que era la promesa hecha a Dios con un objeto religioso o de piedad.

La evolución del Derecho aceptó esta identificación entre la oferta y la policitación, tan es así que algunos autores franceses modernos<sup>(4)</sup> se refieren indistintamente a una y otra, posición que es compartida por autores españoles<sup>(5)</sup>. LAURENT<sup>(6)</sup>, en cambio,

no admite esta sinonimia, pues considera que *policitación* es la oferta que no ha sido aceptada, denominándose oferta propiamente dicha a la que, por el hecho de haber sido aceptada, da lugar a la formación del contrato.

Dada esta diversidad de conceptos, voy a denominar para los efectos de esta obra, quizá caprichosamente, *policitación* a la propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario y que, por ello, no tiene fuerza vinculante, y *oferta* a la propuesta conocida por el destinatario, que sí obliga al oferente<sup>(\*)</sup>.

### ***Requisitos de la oferta.-***

Los requisitos que exige la doctrina para la validez de la oferta son los siguientes:

a).- Que sea completa.

La oferta debe ser, como la llama SPOTA<sup>(7)</sup>, *autosuficiente*, es decir que debe contener todos los elementos del contrato propuesto, de tal manera que permita que mediante la simple aceptación del destinatario se forme el contrato.

Recuérdese que según el artículo 1359 del Código civil, no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, de tal manera que la oferta debe contener todas las estipulaciones respecto de las cuales las partes deben ponerse de acuerdo.

Se ha visto en el comentario de dicho artículo que tratándose de contratos típicos legales el acuerdo sobre los ele-

---

(\*) Mi posición se basa en que, según POTHIER<sup>(8)</sup>, en términos de puro Derecho natural, la *policitación* no produce obligación alguna propiamente dicha, por lo cual sí, en términos del Derecho peruano, la oferta sí obliga al oferente, cabe hacer, actualizando estas características, la distinción entre *policitación* (que no obliga) y *oferta* (que sí obliga).

mentos esenciales significa, en realidad, la conformidad sobre todas las estipulaciones (esenciales y secundarias) de que habla el artículo 1359. En las ofertas relativas a estos contratos basta, pues, que se consignen los elementos esenciales de ellos.

En el caso de los contratos típicos sociales y en el de los contratos atípicos, la oferta debe contener todos los elementos (esenciales y secundarios) que permitan llegar a un acuerdo total de voluntades.

La exigencia de que la oferta sea completa no excluye la posibilidad de que el oferente deje la determinación de alguno de los elementos del contrato al arbitrio del destinatario o de un tercero<sup>(9)</sup>. Por ejemplo, el oferente puede plantear la celebración de un contrato de compraventa sobre un número indeterminado de unidades a un determinado precio por unidad, dejando al destinatario la posibilidad de determinar el número de unidades. En tal caso, el contrato se formará con la aceptación que indique el número de unidades, sin necesidad de una nueva declaración del oferente.

b).- Que contenga la *intención* de contratar.

Al referirme al concepto de oferta indiqué que ella debe contener la intención del oferente de celebrar el contrato propuesto.

Este elemento intencional significa que el oferente no se limita a formular una declaración de voluntad sino que dicha declaración signifique que, producida la aceptación, el contrato quedará concluído.

Indudablemente que es difícil establecer en la práctica si el elemento intencional existe o no, porque se trata de una disposición de ánimo que escapa a cualquier comprobación directa, de tal manera que habrá que recurrir a indicios y presunciones<sup>(10)</sup>.

Si se cumple el requisito indicado en el punto a) que precede, o sea si la oferta es completa, puede presumirse que existe la intención del oferente de formar el contrato a base de tal oferta. Sin embargo, dice CARRARA que tal presunción desaparece si la falta del elemento intencional se manifiesta por el modo como el proyecto es presentado, por la naturaleza misma del proyecto o por las reservas formuladas por el declarante.

En este sentido, el artículo 7 del Código de las obligaciones suizo establece lo siguiente: "El autor de la oferta no queda vinculado si ha hecho al respecto reservas expresas, o su intención de no obligarse resulta sea de las circunstancias, sea de la naturaleza especial del negocio".

La intencionalidad de contratar determina que no sean consideradas ofertas válidas las declaraciones hechas por jactancia, con fines didácticos o propósitos de diversión; las que llevan consigo la cláusula "sin compromiso"; o las comunicaciones meramente informativas<sup>(11)</sup>.

c).- Que sea *conocida* por el destinatario.

Habiendo optado por establecer la distinción entre la peticionamiento y la oferta en que esta última llegue a conocimiento del destinatario, la declaración que no cumpla este requisito será una peticionamiento sin efecto vinculante.

Por la misma razón, no será oferta la declaración que llegue a conocimiento de una persona distinta del destinatario, a no ser que se trate de su representante pasivo.

d).- Que contenga la *determinación del oferente*.

Es necesario que el destinatario de la oferta sepa con quién va a contratar, por lo cual es indispensable que el oferente se identifique, entre otras cosas, para que el destinatario pueda comunicar de manera precisa su aceptación<sup>(12)</sup>.

e).- *Forma de la oferta.*

Cuando se trate de la celebración de contratos solemnes, la oferta deberá observar la forma exigida para tales contratos.

ARIAS SCHREIBER<sup>(13)</sup> plantea una cuestión muy interesante al decir que en los contratos solemnes tanto la oferta como la aceptación podrán revestir cualquier forma, pero el contrato no se entenderá concluído sino a partir del momento en que se cumpla la solemnidad exigida por la ley o impuesta por las partes.

Este planteamiento significa, en realidad, que en los contratos solemnes el consentimiento puede formarse separadamente de la solemnidad.

Aunque en la práctica puede parecer que así ocurre, creo que la solemnidad tiene por finalidad calificar el consentimiento, en el sentido que éste, para que tenga valor, debe prestarse a través de la solemnidad. En otras palabras, en el contrato solemne las declaraciones contractuales de oferta y de aceptación, para tener calidad de tales, deben observar la solemnidad requerida desde que, aún en los contratos solemnes, la aceptación de la oferta da lugar a la formación del contrato, lo cual no puede ocurrir si no se observa la solemnidad.

En efecto, uno de los objetos de la solemnidad, quizá el principal, es que el consentimiento sea meditado, consciente, a fin de evitar que el contrato se concluya de manera apresurada. No se trata, pues, de que el cumplimiento de la solemnidad sea dar valor a un consentimiento previamente formado, sino que el consentimiento se forma al manifestarse mediante la solemnidad.

En tal virtud, pienso que en los contratos solemnes tanto la oferta como la aceptación deben revestir la solemnidad exigida para el contrato.

No se considera entre los requisitos de la oferta el que ella contenga la determinación del destinatario, pues ello dependerá de la solución que se adopte respecto al carácter recepticio de la oferta.

La declaración de voluntad que no reúna los requisitos anteriormente relacionados no debe ser considerada como una oferta contractual, sino únicamente quedará en el campo de las tratativas<sup>(14)</sup>.

### **Naturaleza jurídica de la oferta.-**

Pocos temas han dado lugar a tan profundos debates como el de determinar la naturaleza jurídica de la oferta, esto es si se trata de un acto jurídico o no. Dos posiciones, ambas muy netas, se han adoptado en uno u otro sentido.

#### **a).- Opiniones en favor de que es *acto jurídico*.**

En otro trabajo<sup>(15)</sup> he transcrito la opinión de CARRARA, a quien considero el autor que ha encarado el problema con mayor profundidad, cuya opinión es en el sentido que la oferta contractual es un negocio jurídico. En síntesis, el argumento de CARRARA para llegar a tal conclusión es que las declaraciones de voluntad son de dos clases: los negocios jurídicos, que son aquellas declaraciones de voluntad a las que el ordenamiento jurídico les reconoce efectos jurídicos; y las declaraciones de voluntad en sentido estricto, que son aquéllas que tienden a tener efectos jurídicos, pero que no los tienen por sí solas. Agrega que la oferta es una declaración de voluntad que tiene el efecto jurídico de quedar obligado el proponente a no hacer acto alguno que haga imposible la ejecución de la relación que surgirá cuando la otra parte haya aceptado la oferta, por lo cual es un negocio jurídico.

En similar línea de pensamiento se encuentran ROCCO<sup>(16)</sup>, quien considera que la oferta, cuando es obligatoria, puede constituir un negocio jurídico autónomo, porque es causa de

la obligación de mantenerla; LOPEZ de ZAVALIA<sup>(17)</sup>, que otorga a la oferta el carácter de acto o negocio jurídico por ser un acto voluntario, lícito, que tiene un fin jurídico inmediato: acordar al destinatario dentro de los límites marcados, la potestad de concluir un contrato en virtud de la aceptación; SCHMIDT<sup>(18)</sup>, para quien la oferta es un acto jurídico unilateral en el sentido que es el producto de la sola voluntad del oferente y no de un acuerdo entre el oferente y un tercero; MICCIO<sup>(19)</sup>, quien piensa que el carácter de declaración negociada que tiene la oferta deriva del hecho que ella constituye un acto de voluntad que se propone producir efectos jurídicos a través del contrato.

Deseo exponer en párrafo aparte la opinión de BIANCA<sup>(20)</sup>, por su particular importancia. Considera este autor que la oferta y la aceptación, aparte de ser manifestaciones de consentimiento dirigidas a integrarse y perfeccionarse en el acuerdo, tienen también una relevancia autónoma en relación a los efectos inmediatamente producidos. En particular, la oferta es un acto que confiere al destinatario el poder de perfeccionar una determinada "*fattispecie*" contractual, y la aceptación es el acto de ejercicio de tal poder. En cuanto atributiva del poder de aceptación, la oferta es un negocio jurídico unilateral que produce un propio efecto preliminar, y que tiene también una distinta disciplina jurídica y un distinto contenido, vuelto a regular el poder de aceptación.

b).- Opiniones respecto a que *no es acto jurídico*.

FERREYRA<sup>(21)</sup> cree firmemente que la oferta de contrato no reúne las calidades del acto jurídico; porque si bien es cierto que tiene por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, sucede que no lo consigue por sí misma; MIRABELLI<sup>(22)</sup> opina que la oferta y la aceptación no son negocios jurídicos, pues negocio es el contrato a que ambas dan lugar; como porciones de un negocio, llegan a comprometer en el momento en que el negocio queda "concluído"; antes de este momento, siendo actos jurídicos (según la teoría del negocio jurídico), producen solamente los efec-

tos previstos por la ley; ZAGO<sup>(23)</sup> considera que la oferta no es un negocio jurídico, sino un acto unilateral que tiene por fin lograr el asentimiento de la persona a que ha sido destinada a efectos de hacer surgir el contrato.

MESSINEO<sup>(24)</sup> opinó inicialmente (año 1944) que la oferta contractual no es un "negocio" (o acto) jurídico unilateral, sino una "declaración" unilateral de voluntad, la cual, sólo si va seguida por una conforme *aceptación* expresa o tácita, da lugar a la formación de aquel negocio jurídico bilateral que es el contrato. Posteriormente (año 1968) el mismo autor<sup>(25)</sup> afina su pensamiento diciendo que oferta y aceptación son presentadas como actos *pre-negociales*; en el sentido que la oferta y la aceptación *no son negocios unilaterales, sino solamente declaraciones unilaterales* de voluntad; y no sin advertir que, miradas con relación al contrato, son, en realidad, *fragmentos de un eventual negocio* porque la una sin la otra no pueden producir ninguno de los efectos que son propios del contrato. En el mismo sentido GOMES<sup>(26)</sup> piensa que la oferta y la aceptación no constituyen negocios jurídicos, clasificándose como actos *pre-negociales*, cuyos efectos son prefigurados por la ley<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Sobre el mismo tema, FERRI<sup>(27)</sup> dice lo siguiente: "En orden a la naturaleza de la oferta, se afirma que ella no puede calificarse como negocio jurídico, y ni siquiera como mero acto jurídico (según la teoría del negocio jurídico); la oferta (como la aceptación) estaría privada de una autonomía propia y sería de por sí improductiva de efectos jurídicos; los cuales sólo serían alcanzados por el contrato, del cual la oferta no sería sino un elemento, un fragmento, de donde viene la definición de acto prenegocial, atribuida por una autorizada doctrina a la oferta (y a la aceptación)".

Más adelante agrega: "Considerada autónomamente la oferta no es negocio jurídico, pues concurre a formarlo, ... En la oferta la voluntad no está 'puesta', sino simplemente 'propuesta'. Una cosa es poner una voluntad, una norma, y otra es proponerla. La propuesta u oferta tiene la naturaleza de interrogación, no de comando".

Refiriéndose a quienes, como BIANCA, opinan que la oferta es un negocio jurídico unilateral porque produce el efecto de atribuir al destinatario un derecho —derecho potestativo— consistente en perfeccionar mediante la aceptación el contrato, dice DIEZ PICAZO<sup>(28)</sup> que esta “tesis es muy difícilmente sostenible. La perfección no se produce porque el aceptante tenga ya un derecho al contrato. La aceptación no es, como luego veremos, un acto de ejercicio de un derecho, sino un acto de autonomía privada y de ejercicio de la capacidad de obrar. La oferta de contrato no es un negocio jurídico, sino una simple declaración de voluntad destinada a integrarse en el futuro contrato”.

c).- *Posición personal.*

Según la teoría del acto jurídico, éste es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (artículo 140 del Código civil peruano).

Se ha visto que el negocio jurídico es definido, por su parte, como la manifestación de voluntad de una o más personas con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o extinción<sup>(29)</sup>.

En ambos casos, los efectos jurídicos producidos por el acto o por el negocio deben ser reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico.

Pienso que dada la identidad de conceptos (acto jurídico y negocio jurídico), las razones que se den para determinar la naturaleza jurídica de la oferta son válidas en los dos sistemas.

Como punto de partida de mi razonamiento deseo referirme a la distinción que hace CARRARA entre negocios (o actos) jurídicos y declaraciones de voluntad en sentido estricto, que considero exacta.

Ateniéndonos a ella, el acto jurídico es la declaración de

voluntad a la que el ordenamiento jurídico reconoce efectos jurídicos propios. En otras palabras, mediante el negocio jurídico el sujeto alcanza directamente la finalidad buscada por él, siempre que sea lícita.

La declaración de voluntad en sentido estricto también busca la finalidad de tener efecto jurídico, pero no puede alcanzar esta finalidad por sí sola, sino que prepara la vía a otras declaraciones que sí deben producirlo. Es, podríamos decirlo así, una etapa en el camino de la formación del acto jurídico.

Con estos elementos de juicio, en otro trabajo<sup>(30)</sup> tomé posición respecto a la naturaleza jurídica de la oferta. Remitiéndome a lo que dije entonces, sólo quiero ahora precisar algunas ideas.

La oferta contractual es una declaración de voluntad mediante la cual el declarante propone al destinatario la celebración de un determinado contrato. La finalidad de esta declaración es, pues, que mediante la aceptación de la oferta se celebre el proyectado contrato.

Debe tenerse presente que el oferente sabe perfectamente que su declaración de voluntad no es apta, de por sí, para producir los efectos jurídicos que realmente desea obtener, que es la creación de una relación jurídica patrimonial con el destinatario en los términos de su oferta.

Si bien la oferta contractual tiene una finalidad, que es la de hacer posible la celebración del contrato, tal finalidad queda frustrada si la oferta no es aceptada. En tal eventualidad, la oferta es ineficaz, no es apta para producir efecto jurídico alguno, lo que determina que no pueda ser considerada como un acto jurídico, cuya esencia es, precisamente, ser apto para producir los efectos jurídicos buscados por el sujeto.

En realidad, la oferta mientras sea una declaración unilateral no produce como tal efecto propio alguno. Sólo una vez que, integrándose con la aceptación, se forme el contrato se

producirá el efecto jurídico deseado, pero este efecto jurídico lo producirá el contrato (declaración plurilateral de voluntad) y no la oferta (declaración unilateral de voluntad).

Coloquémonos en la posición de BIANCA quien, como se recordará, sostiene que la oferta es un acto que confiere al destinatario el poder de perfeccionar el contrato, o sea que es un acto atributivo del poder de aceptación y, como tal, un negocio jurídico unilateral que produce un efecto propio.

El planteamiento es muy sugestivo porque, efectivamente, la oferta permite que el destinatario, mediante su respectiva declaración, forme el contrato, de tal manera que, en este sentido, tendría la oferta, de por sí, un efecto jurídico como declaración unilateral.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que, según la tesis que sostengo más adelante, el aceptante incorpora la oferta a su declaración de aceptación, de tal manera que ésta no es una declaración unilateral del aceptante que por sí sola forma el contrato, sino que es una declaración conjunta del oferente y del aceptante de la voluntad común de ambos. En estas condiciones, el contrato se forma mediante la conjunción de la oferta y la aceptación y, en tal sentido, es un acto jurídico plurilateral.

La oferta no es, pues, un acto unilateral de apoderamiento que produce sus efectos por el hecho de ser formulada, sino la propuesta al destinatario para que, si la encuentra conforme, la incorpore a su aceptación como la declaración conjunta de la voluntad común del oferente y del aceptante. Consecuentemente, la oferta no tiene vida propia como acto jurídico unilateral, sino que está destinada a constituir, conjuntamente con otra u otras declaraciones unilaterales de voluntad, una *declaración plurilateral de voluntad*, que es la que produce efectos jurídicos como contrato.

La oferta no tiene, pues, la calidad de acto jurídico, sino la de declaración unilateral de voluntad en sentido estricto.

Queda por analizar el punto de vista de MESSINEO, seguido por GOMES, de que la oferta es un acto *pre-negocial*. Pienso que integrando la oferta, si es aceptada, la declaración conjunta que constituye el contrato, o sea el propio negocio jurídico, es una de las declaraciones negociales, que forma parte del contrato, de tal manera que no puede tener carácter simplemente pre-negocial, que daría lugar a colocarla en una etapa previa al contrato. Si, por el contrario, la oferta no es aceptada, no existirá negocio jurídico (el contrato) y, por lo tanto, no habrán actos pre-negociales, que suponen necesariamente la futura existencia del negocio.

### *Carácter recepticio de la oferta.-*

Se discute en doctrina si la oferta de contrato debe tener necesariamente carácter recepticio.

Entiéndese que una declaración tiene carácter recepticio cuando se dirige a una persona determinada<sup>(31)</sup>. TUHR<sup>(32)</sup> sostiene que la mayoría de las declaraciones de voluntad, sobre todo las que se dan en el campo de las obligaciones, han de dirigirse, para surtir efectos, a una determinada persona, por lo que reciben el nombre de recepticias<sup>(\*)</sup>, agregando que carácter recepticio tiene, muy en primer término, la oferta. En el mismo sentido, LAVALLE<sup>(33)</sup> dice que la oferta debe ir dirigida a una

---

(\*) MIRABELLI<sup>(34)</sup>, refiriéndose a la declaración recepticia, dice lo siguiente: "La noción de recepticidad viene de la doctrina y de la codificación germánica y hace tiempo ha sido recibida en la doctrina italiana, pero sea en aquella o en ésta la construcción resulta todavía incierta.

Recepticio (empfangsbedürftig) significa "que debe ser recibido por alguien", pero el significado que comúnmente se atribuye a la palabra y que ha sido acogido por estas dos normas (artículos 1334 y 1335 del Código civil italiano) es "que debe ser dirigido a alguien". Las dos nociones coinciden, pero sólo aparentemente. Si se acoge la primera, se justifica fácilmente la crítica a que ha estado sujeto el concepto de recepticidad y a la bipartición de las declaraciones en recepticias y no recepticias, por cuanto es obvio que cual-

persona o personas en especial, y sólo puede ser aceptada por ellas, agregando que por tratarse de una declaración recepticia, el destinatario tiene que estar determinado.

Esta opinión no es pacífica pues, por ejemplo, CARBONNIER<sup>(35)</sup> considera, refiriéndose expresamente a la oferta, que es una manifestación de voluntad dirigida a otra persona, pero no necesariamente a persona determinada. GARRIGUES<sup>(36)</sup>, por su parte, se pregunta si la oferta ha de ir dirigida a la persona con quien se quiere contratar y responde que, en el tráfico mercantil, hay ofertas peculiares que no van dirigidas a una determinada persona, sino al público general. Igual parecer, en el campo civil, tiene JOSSERAND<sup>(37)</sup>.

Lo curioso es que el propio TUHR dice en otra obra escrita posteriormente<sup>(38)</sup> que es posible que el destinatario de la oferta

---

quier declaración, consistiendo en la expresión de un pensamiento que es comunicado a otro, no puede tener ningún efecto si no es percibida por otro sujeto; entre los actos negociales debe distinguirse, por lo tanto, las declaraciones, de un lado, acto esencialmente recepticio y, del otro, el comportamiento que genera los efectos propios en el momento mismo que son cumplidos, a los cuales sólo, no siendo necesaria para su eficacia la percepción de parte de otros, les va bien el requisito de la no receptividad: éstos son los llamados negocios de voluntad o negocios de actuación o comportamiento negocial, de los cuales se ha hablado ya.

Si, en cambio, se considera la receptividad no como una exigencia de recepción, sino como una exigencia de dirigir la declaración a determinado destinatario, la bipartición entre declaraciones recepticias y declaraciones no recepticias puede, y también debe, serle reconocida relevancia, en cuanto no se puede ignorar que, mientras algunas declaraciones deben ser perceptibles por cualquier interesado, otras deben ser puestas en conocimiento de determinados sujetos, por que sólo a éstos, o prevalentemente a éstos, interesa y sólo frente a ellos se explican sus efectos principales. Sobre este aspecto, y sólo sobre este aspecto, puede, y debe, hacerse una distinción entre declaraciones que deben ser puestas en conocimiento de un determinado sujeto (recepticia) y declaraciones que, pudiendo ser percibidas, porque sus efectos pueden explicarse, no deben ser puestas en conocimiento de sujetos determinados (no recepticia)".

sea desconocido y que, por tal motivo, la cuestión, tan disputada, de si es posible una oferta al público merece contestación afirmativa.

Comprendo que el tema es sumamente debatible, ya que si el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente, bastaría que, si la oferta no estuviera dirigida a determinada persona, existiera aceptación cuando ella es formulada por cualquier persona. Sin embargo, pienso que la oferta debe contener todos, absolutamente todos, los elementos del contrato propuesto, por lo cual entre estos elementos debe encontrarse necesariamente la designación del destinatario, desde que es con él con quien se va a celebrar el contrato.

Podría objetarse a este último planteamiento que la oferta a personas indeterminadas deja abierta la posibilidad de que la determinación del contratante la haga cualquiera que conoce la oferta, mediante la aceptación de la misma, con lo cual se habría completado el ciclo contractual sin necesidad de una nueva declaración del oferente. Empero, si es un requisito de la oferta que ella contenga la intención del oferente de celebrar el contrato propuesto, resulta difícil que alguien tenga la intención de contratar con cualquiera; es más, encontrarse en la obligación de hacerlo<sup>(\*)</sup>. Desde luego, tampoco puede descartarse esta posibilidad.

---

(\*) Comentando el tema de la participación de la promesa a la persona designada por el promitente, manifiesta GIORGI<sup>(39)</sup> que la "necesidad de ella es tan evidente que no requiere demostración. Fácilmente se comprende que ninguna expectativa segura puede nacer en favor de nadie de palabras que no se dirigen a él. El fundamento del vínculo contractual descansa en la veracidad del que habla; pero el hecho de hablar se refiere a dos personas; una de las cuales manifiesta su voluntad, y la otra escucha. La eficacia de la palabra se restringe, pues, sólo a ellos dos. Si TICIO, por ejemplo, manifiesta su voluntad de vender, sin dirigir su oferta a persona determinada, CAYO no tiene derecho a tomarle la palabra, porque TICIO podría decirle ¿Acaso me he dirigido a tí?, con cualquiera menos contigo tenía intención de contratar, de tí no me fío. Si TICIO manifiesta a SEMPROMIO voluntad de vender a CAYO, sin darle ningún encargo de hablar a éste, tampoco CAYO tiene el derecho de tomar

Conjugando todas estas ideas, parece ser que la solución más aconsejable es que la oferta sea recepticia, esto es que, ella debe dirigirse, para tener validez, a un destinatario determinado. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1388 adopta una posición discutible al establecer que en el caso que el oferente, renunciando a la protección de no quedar obligado a contratar sino con la persona o personas con quienes desea hacerlo, declare inequívocamente que su oferta es obligatoria frente a cualquier persona, o sea que no es recepticia y, por lo tanto no es completa, la aceptación de su oferta, sea quien fuere el aceptante, dará lugar a la formación del contrato.

En este último caso, los sujetos de la relación jurídica que cree el contrato no estarán previamente determinados, sino que serán el oferente y quien recién se identifique poniendo su aceptación en conocimiento del oferente, sin que con ello se dé carácter recepticio a la oferta. Obsérvese que esta posición es distinta a la sostenida por MESSINEO<sup>(40)</sup>, según la cual la oferta es recepticia cuando la aceptación determina la persona hasta entonces incierta.

Otro punto que es necesario precisar es si la declaración es recepticia cuando para su eficacia es sólo necesario que esté dirigida a determinada persona o si, además, se requiere que llegue a conocimiento de ésta.

BIANCA<sup>(41)</sup> dice que la propuesta dirigida a determinada persona es un acto recepticio en cuanto su función es hacer partícipe al destinatario de la voluntad del oferente, a fin de provocar la aceptación. Me parece que esta opinión tiene sentido, pues si bien lo que caracteriza a la declaración recepticia es que esté dirigida a determinada persona, ello sólo encuentra explicación en ser ésta la manera como la oferta puede llegar a conocimiento del destinatario. Menuda importancia tendría el que la oferta deba ser dirigida a un destinatario determinado, si con esto se agotara su

---

esta palabra, porque TICIO puede rechazarle aun diciendo: Todavía no me he decidido, aun no he hablado contigo, tenía un propósito incierto que he abandonado”.

función, pues el destinatario estaría ignorante de la existencia de la oferta y, por consiguiente, de su aptitud para aceptarla y dar lugar, con ello, a la formación del contrato.

El artículo 1374 del Código civil peruano, que es copia casi textual del artículo 1335 del Código civil italiano, establece que la aceptación y cualquier otra declaración dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario. Comentando el artículo 1335 del Código civil italiano, BIANCA<sup>(42)</sup> dice que la receptividad está específicamente sancionada para la oferta, agregando que el carácter recepticio puede depender de la función participativa del acto o puede responder a una exigencia de tutela del destinatario.

Cabe, pues, llegar a la conclusión que nuestro Código civil otorga a la oferta carácter recepticio, al establecer que es una declaración dirigida a determinada persona, agregando que este carácter recepticio está orientado a que la oferta sea conocida por el destinatario. Se regula, además, una presunción de conocimiento constituida por la llegada de la oferta a la dirección del destinatario.

Sin embargo, según al artículo 1388 del Código civil, el carácter recepticio no es un elemento esencial de la oferta, sino únicamente natural, pues dicho artículo permite que una oferta dirigida al público, o sea a personas indeterminadas, valga como oferta si el proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio. En efecto, dentro del marco actual del principio de la autonomía privada, nada impide que el oferente, si el ordenamiento legal se lo permite, desee considerarse contractualmente vinculado con quienquiera acepte su oferta, si es que al formularla como declaración no recepticia deja expresa constancia de su voluntad en ese sentido.

#### ***Momento de perfeccionamiento de la oferta.-***

Dado que la oferta es una declaración de carácter recepticio que está destinada a ser conocida por el destinatario, la oferta sólo se perfecciona, esto es produce el efecto que le es propio,

que está constituido por proponer al destinatario la celebración de un contrato, en el momento en que es conocida por el destinatario.

Antes que ésto se produzca, la declaración de voluntad del oferente tendrá la calidad de policitud (que no es obligatoria para el peticionante), pero no de oferta.

Esto explica porqué, no obstante que el artículo 1382 del Código civil establece que la oferta obliga al oferente, el inciso 3. del artículo 1385 del mismo Código permite al oferente la retractación de su declaración de voluntad si tal retractación llega a conocimiento del destinatario antes que lo haga la declaración de voluntad o conjuntamente con ella.

Entiendo que para estos efectos rige la regla contenida en el artículo 1374 del Código civil, o sea que la retractación se reputa conocida por el destinatario en el momento en que llega a la dirección de éste, salvo que se pruebe que el destinatario se encontraba, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

#### *Oferta con término inicial.-*

Se discute si el oferente puede establecer en su oferta que ésta no puede ser aceptada antes de determinada fecha. La discusión no versa tanto sobre la validez de la estipulación, que la opinión general justifica en el principio de la autonomía privada, sino sobre si es posible que el destinatario acepte antes de vencerse el plazo suspensivo inicial, de tal manera que el contrato se forme automáticamente en el momento de dicho vencimiento.

Se pregunta si el oferente puede rechazar la aceptación, invitando al aceptante a que respete el tiempo debido.

MICCIO<sup>(43)</sup> se siente perplejo para responder afirmativamente porque le parece que se pone en discusión la propia razón de ser de la oferta que consiste en un planteamiento formal hecho a otra persona sobre si está dispuesta a concluir un determinado contrato. Es evidente, dice, que se trataría de un planteamiento al cual por cierto tiempo no se le puede dar respuesta, por lo cual no sería, en realidad, un planteamiento.

Pienso que si la naturaleza del plazo suspensivo inicial es que la declaración no produzca efecto durante dicho plazo, esto es que sea ineficaz, mal podría el destinatario aceptar una oferta que no produce aún los efectos de tal.

### ***Oferta condicionada.-***

Se trata de un problema muy parecido al anterior. Supóngase que se formula una oferta que está sujeta a la condición suspensiva de que se produzca determinado evento futuro e incierto.

Considero que la solución es la misma, o sea que dicha oferta no produce efecto alguno, no se está proponiendo nada al destinatario, hasta que se cumpla la condición.

Me pregunto ¿cómo podría el destinatario aceptar algo que aún no se le ha planteado? La respuesta debe ser necesariamente negativa. Recuérdese que la formación del contrato es realmente un procedimiento, en el cual, para obtener el resultado final, es necesario que la oferta preceda a la aceptación.

Podría objetarse que si la oferta no es un acto jurídico no podría estar sujeta a condición, desde que ésta es una modalidad privativa de los actos jurídicos.

Pienso que si bien es cierto que la condición y el plazo (el cargo tiene características distintas que justifican un tratamiento especial) son modalidades que nuestro Código civil y la doctrina en general atribuyen a los actos jurídicos, se trata, en realidad, de requisitos de eficacia de una declaración de voluntad susceptible de producir efectos jurídicos.

En efecto, mediante la condición y el plazo suspensivos se difiere la eficacia de la declaración de voluntad que constituye el acto jurídico hasta que se cumple la condición o se vence el plazo. Consecuentemente, no hay inconveniente conceptual para que cualquier declaración de voluntad, aun aquéllas que sin producir directamente efectos jurídicos preparan la vía a otras declaraciones que deben producirlos, como son las declaraciones de

voluntad en sentido estricto, sean privadas temporalmente de eficacia. Esto determinará que las declaraciones de voluntad en sentido estricto no sean aptas, durante la vigencia de la condición y el plazo suspensivos, para preparar el camino a las otras declaraciones que van a tener efectos jurídicos.

Así, si una oferta que, como se ha visto, es una declaración de voluntad en sentido estricto, queda sujeta a una condición suspensiva, durante la vigencia de la condición, por carecer de eficacia, no puede dar lugar a que, mediante su inmediata aceptación, se forme posteriormente el contrato respectivo al momento de cumplirse la condición. La aceptación deberá formularse cuando la oferta sea eficaz, o sea después de cumplida la condición, a fin de que se respete la secuencia que debe existir entre oferta y aceptación.

#### *Manifestación de la oferta.-*

La doctrina más generalizada es que la oferta puede ser manifestada en forma *expresa* o en forma *tácita*.

Coincide en ello con lo dispuesto por el artículo 141 del Código civil, según el cual la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Existe una orientación moderna en el sentido de sustituir la clásica distinción entre manifestación *expresa* y *tácita*, por la de manifestación *directa* e *indirecta*<sup>(44)</sup>, tomándose en consideración el fin inmediato perseguido con la declaración<sup>(\*)</sup>. SACCO<sup>(45)</sup>

---

(\*) GOMES<sup>(46)</sup>, refiriéndose a esta distinción, dice lo siguiente: "En los contratos, la declaración de voluntad puede ser tácita, cuando la ley no la exige expresa. Lo que las distingue es la forma de expresión.

"Entretanto, la doctrina vacila entre dos criterios distintivos. Conforme al criterio subjetivo, habiendo intención de emitirla, la declaración es expresa. Faltándola, es tácita. Para el criterio objeti-

piensa que desgraciadamente los esfuerzos de la doctrina para mejorar la terminología han producido el desconfortante resultado de destruir toda uniformidad del lenguaje de la escuela y de la práctica.

Según SALVAT, la "manifestación *directa* es aquella destinada a hacer conocer al destinatario, de manera precisa e inmediata, lo que el declarante entiende expresar".

Manifestación *indirecta*, en cambio, "es la que se exterioriza mediante actos que, si en realidad no tienen por fin directo e inmediato expresar la voluntad, son incompatibles, por la contradicción que significan, con una voluntad diversa".

Siendo la oferta una manifestación de voluntad, deberían serle aplicables ambas maneras de hacerla efectiva, o sea que cabría oferta *expresa* o *directa* y oferta *tácita* o *indirecta*. Así lo entiende la mayoría de la doctrina que trata el tema.

Sin embargo, MESSINEO<sup>(47)</sup> considera que la oferta es siempre expresa, pues a diferencia de la aceptación que puede tam-

---

vo, declaración expresa es la que se emite por palabras, gestos o signos que exteriorizan, inequívocamente, la voluntad. Declaración tácita, es la que resulta de circunstancias indicativas de la voluntad.

"Declaración expresa no se confunde, como se ha visto, con declaración directa. La distinción parece sutil, pero no lo es. La declaración expresa se caracteriza por la forma de expresión de la voluntad. Ha de ser hecha por palabras, gestos o señales. Es por eso que son expresas las declaraciones verbales, escritas y simbólicas. Puede haber, no obstante, declaración directa que no sea expresa, como acontece cuando se calla quien debe hablar, admitido, es claro, que hay declaración en el silencio.

"No se debe confundir, por otro lado, declaración tácita con declaración implícita.

"La declaración implícita es declaración indirecta contenida en una declaración directa, que puede ser expresa. No se deduce de circunstancias; admítase como consecuencia lógica de una declaración explícita. Casi siempre, no obstante, las declaraciones tácitas corresponde a manifestaciones indirectas de voluntad".

bién ser manifestada mediante un comportamiento concluyente, la oferta, debiendo tener necesariamente un contenido suficientemente determinado, no puede ser formulada sino en términos de declaración ad-hoc.

Como declaraciones ad-hoc admite MESSINEO las hechas por escrito, verbalmente y también mediante acto considerado no-negocial (por ejemplo, exposición en vitrina, o en feria, de un objeto que se ofrece para la venta).

No deja de tener razón este autor, pues las manifestaciones tácitas o indirectas de voluntad, constituídas la mayoría de las veces por actitudes o comportamientos, no son idóneas, en principio, para transmitir todos los términos y elementos del contrato, que tienen necesariamente que estar comprendidos en la oferta. Por otro lado, si el aceptante debe hacer suyos e incorporar a su aceptación todos los extremos de la oferta, resulta difícil realizar esta incorporación infiriendo (que es una operación mental de deducción hecha a criterio del aceptante) cuales son estos extremos. Estas razones me llevan a pensar que es conveniente, en principio, que la oferta deba estar contenida en una manifestación expresa o directa de voluntad.

Sin embargo, si todos los extremos del contrato han sido previamente determinados de manera expresa o directa y sólo falta que el oferente manifieste su intención de celebrar el contrato a base de tales elementos, considero que esta manifestación puede ser tácita o indirecta, pues la intención sí puede ser inferida indubitadamente de actitudes o de circunstancias de comportamiento.

#### *Oferta con pluralidad subjetiva.-*

Puede ocurrir que una persona ofrezca a varios destinatarios la celebración de un mismo contrato o que varias personas ofrezcan a un solo destinatario la celebración de un mismo contrato.

En el primer caso, la solución depende depende de la manera como se planteen las ofertas. Si cada una se refiere a la ce-

lebración de un contrato singular bilateral entre el oferente y cada uno de los destinatarios, cualquiera de éstos podrá aceptar la oferta que se le ha hecho, siempre que los respectivos contratos puedan celebrarse separadamente; si esto no fuera posible, y constare de los términos de la oferta que se trata de un contrato único, entiendo que sólo valdrá la aceptación que primeramente llegue a conocimiento del oferente. Si se trata de un solo contrato plurisubjetivo bilateral, entre el oferente, formando una parte, y todos los destinatarios, formando la otra, cada uno de los destinatarios debe aceptar la respectiva oferta que se le ha hecho.

En el segundo caso, también es necesario examinar las maneras como han sido formuladas las ofertas. Si cada una se refiere a la celebración de un contrato singular bilateral entre cada uno de los oferentes y el destinatario, éste podrá aceptar la oferta que prefiera o, tratándose de contratos que pueden celebrarse paralelamente, las ofertas que desee. Si las ofertas se refieren a la celebración de un contrato plurisubjetivo bilateral entre todos los oferentes, formando una sola parte, y el destinatario, formando la otra, todas las ofertas deben ser aceptadas.

#### **Cesión de la oferta.-**

Existe duda respecto a si es posible que el destinatario ceda a un tercero la oferta que ha recibido.

MICCIO<sup>(48)</sup> considera que el destinatario no puede ceder la oferta, sin la autorización del oferente, dada la personalidad de la relación jurídica que el contrato va a crear. Reconoce que algunos autores aceptan la posibilidad de la cesión cuando está condicionada al mantenimiento de la responsabilidad del destinatario frente al oferente por los riesgos derivantes de la quiebra o de la incapacidad sobreviniente del cesionario.

SACCO<sup>(49)</sup> opina que la regla general de la incesibilidad de la oferta tiene sentido sólo en cuanto dicha regla corre simétrica a la incesibilidad del contrato. Argumenta que si el contrato es excepcionalmente cedible, también es cedible la oferta. Agrega que al respecto es necesario distinguir entre la oferta emitida *intuiti*

*personae* y la oferta estandarizada, pues es evidente que en el primer caso la oferta no es cedible porque no sería cedible el contrato derivante de la oferta misma.

Dado que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la cesión de la opción por el optante y la cesión de posición contractual, pero que en ambos casos se requiere la conformidad del concedente, en uno, y del cedido, en el otro, pienso que sólo podría admitirse la cesión de la oferta en caso que lo autorice el oferente.

### **Oferta "sin compromiso".-**

Son aquéllas en las cuales el oferente deja constancia que no se considera ligado en caso que el destinatario decida aceptar la oferta.

No debe confundirse la oferta "sin compromiso" con la oferta revocable, pues en el caso de ésta la revocación sólo cabe antes que sea aceptada la oferta, mientras que aquélla significa que habiendo sido aceptada una oferta mientras se encontraba vigente, la aceptación no da necesariamente lugar a la formación del contrato, pues el oferente puede desconocer *a posteriori* valor a su oferta.

Pese al repudio de la doctrina a otorgar carácter de verdadera oferta a este tipo de declaración, por considerar que desnaturaliza la oferta cuyo rol, precisamente es dar lugar a la formación del contrato cuando es aceptada por el destinatario, lo cierto es que la realidad de la vida pone de manifiesto que este tipo de declaración se usa cada vez con mayor frecuencia.

Me parece que ni aun las necesidades del tráfico pueden justificar que el concurso de la oferta y la aceptación solamente vincule al aceptante<sup>(50)</sup>.

### **3).- LA ACEPTACION.-**

Existe prácticamente unanimidad en considerar la aceptación

como una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquél comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta.

Si bien esto es formalmente así, la aceptación, aunque no lo diga expresamente, debe llevar consigo la intención del aceptante de quedar obligado por su declaración y de celebrar el contrato en los citados términos.

Mediante la aceptación el destinatario queda convertido en aceptante.

Así como la oferta es la última proposición contractual, desde que contiene la propuesta definitiva que el oferente hace al destinatario, la aceptación es la última declaración contractual, pues con ella se forma el contrato, sin necesidad de ninguna declaración o intervención del oferente. El aceptante no propone nada al oferente, sólo le comunica que con su aceptación ha quedado concluido el contrato.

### ***Requisitos de la aceptación.-***

A semejanza de la oferta, la aceptación debe reunir determinados requisitos para su validez, que son los siguientes:

a).- Que sea *congruente* con la oferta.

La oferta y la aceptación deben coincidir por completo, pues sólo de esta manera la aceptación puede ser la declaración conjunta de la voluntad común de oferente y aceptante.

La conformidad con la oferta puede ser expresada mediante un simple "sí", pues se entiende que los efectos de la aceptación se producen automáticamente con dicha conformidad.

Sin embargo, existen algunos casos en los que un "sí" no es suficiente, por ser necesario que, sin perderse la congruencia sustancial (aunque no sea literal) entre oferta y aceptación, el aceptante haga una o varias declaraciones de voluntad adicionales, como ocurre en los siguientes casos:

I).- Cuando el oferente ha dejado librada a la decisión del destinatario la determinación de algunos puntos del contrato, caso en el cual el aceptante debe efectuar esa determinación en su aceptación.

II).- Cuando se trata de ofertas alternativas, eventualidad en la que el aceptante debe manifestar en su aceptación cuál es la alternativa que elige.

En estos dos casos el oferente ha aceptado de antemano la decisión del destinatario sobre los puntos dejados a su arbitrio, de tal manera que no es necesaria ninguna nueva declaración del oferente para la formación del contrato, el cual ha quedado concluido con la declaración del aceptante.

b).- Que sea *oportuna*.

Esto quiere decir que la aceptación debe ser hecha mientras la oferta se encuentra vigente. También quiere decir que debe ser hecha *a tiempo*, o sea dentro del plazo fijado por el oferente o por la ley para que ella sea formulada.

Afirma MESSINEO<sup>(51)</sup>, con razón, que la inoportunidad de la aceptación debe ser juzgada objetivamente, prescindiéndose del elemento de la culpa del aceptante o de la inimpugnabilidad a éste.

En el sistema peruano la falta de aceptación dentro del plazo legal da lugar, no a la ineficacia de la aceptación, como ocurre en otros sistemas, sino a la caducidad de la oferta, lo cual crea determinados problemas que serán analizados al comentar el artículo 1376 del Código civil.

c).- Que sea *dirigida* al oferente.

La aceptación es, en su esencia, una respuesta a una propuesta. Por ello, la aceptación no puede ser dirigida a otra persona que no sea aquélla que ha formulado la propuesta, o sea al oferente.

Desde luego, si el oferente tiene un representante pasivo, la aceptación puede ser dirigida a éste.

El problema relativo a si la aceptación debe ser no sólo dirigida al oferente sino también conocida por él será analizado al tratar el tema del carácter recepticio de la aceptación.

d).- Que contenga la *intención* de contratar.

Al igual que la oferta, la aceptación debe llevar implícita la intención del aceptante de dar lugar con ella a la formación del contrato.

Como esta intención es un acto volitivo del aceptante, que muchas veces no es susceptible de comprobación evidente, será necesario, como en el caso de la oferta, recurrir a indicios y presunciones.

Entre estas últimas se encuentra la congruencia de la oferta con la aceptación, pues al aceptar la propuesta del oferente está implícitamente manifestando el aceptante su intención de celebrar el contrato propuesto. Desde luego, cualquier reserva expresa o tácita hecha por el aceptante destruye esta presunción.

e).- Que guarde la forma requerida.

Como en el caso de la oferta, cuando se trate de contratos solemnes la aceptación debe observar la formalidad requerida para el respectivo contrato.

Además, aún tratándose de contratos consensuales, la aceptación debe guardar determinada forma si ella ha sido requerida en la oferta. Este tema será tratado con mayor atención al hacerse el comentario del artículo 1378 del Código civil.

### ***Naturaleza jurídica de la aceptación.-***

Debates similares a los que ha dado lugar la naturaleza jurí-

dica de la oferta se han producido para juzgar la naturaleza jurídica de la aceptación.

Los argumentos son bastante parecidos pues, en el fondo, se discute si la aceptación produce o no efectos jurídicos por sí sola.

La única novedad es el planteamiento de BIANCA<sup>(52)</sup>, quien considera que el poder de aceptar la oferta concedido al destinatario constituye un derecho potestativo, cuyo ejercicio, supongo, se realiza mediante un negocio jurídico unilateral.

Creo, como lo expresé al tratar sobre la naturaleza jurídica de la oferta, que ésta y la aceptación son declaraciones de voluntad que, integrándose la una con la otra mediante la incorporación de la primera a la segunda, dan ambas lugar a la formación del contrato.

Ni la oferta, por un lado, ni la aceptación, por el otro, producen efectos jurídicos propios e independientes, no obstante lo cual constituyen las únicas declaraciones de voluntad que, según nuestro ordenamiento jurídico, son aptas para concluir el contrato. Cuando se unen, esta unión produce dicho acto jurídico plurilateral. Empero, cada una de ellas, separada de la otra, son meras declaraciones de voluntad en sentido estricto cuya existencia sólo tiene sentido si preparan el camino para celebrar el contrato. Si, por cualquier circunstancia, no lo logran desaparecen del universo jurídico sin, podría decirse, dejar huella alguna.

Tiene razón FERREYRA<sup>(53)</sup> cuando dice que oferta y aceptación son declaraciones de voluntad idénticas en lo jurídico, de tal manera que la calificación dada a una conviene a la otra. Si se ha llegado a la conclusión que la oferta, por su naturaleza jurídica, no es un acto jurídico, a igual conclusión debe llegarse tratándose de la aceptación.

#### ***Carácter recepticio de la aceptación.-***

Al estudiar los requisitos de la aceptación se ha visto que

uno de ellos es que sea dirigida al oferente. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a opinar que, por ello, la aceptación es una declaración recepticia.

Empero, si consideramos, coincidiendo con BIANCA<sup>(54)</sup>, que la receptividad consiste no sólo en que la declaración sea dirigida a una persona determinada sino que también está orientada a que ella sea conocida por dicha persona, dada la función participativa que tiene, la opinión citada en el párrafo anterior merece una revisión.

Pongámonos en el caso del Código civil de 1936, cuyo artículo 1335 disponía que los contratos celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica, se consideran perfectos desde que fue expedida la aceptación. Es difícil aceptar que en semejante sistema la aceptación tenga carácter recepticio.

Refiriéndose al artículo 1154 del Código civil argentino, que acoge también el sistema de la expedición, ZAGO<sup>(55)</sup> dice que para algunos el carácter de recepticia de la aceptación no estaría dado en el sistema de dicho Código. SPOTA<sup>(56)</sup>, por el contrario, opina que en tal sistema la aceptación es una declaración recepticia.

Personalmente me inclino por la posición de ZAGO, pues pienso que el verdadero rol que juega el carácter recepticio de una declaración es que sea conocida por el destinatario.

Felizmente el Código civil de 1984, al disponer en su artículo 1373 que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es *conocida* por el oferente, nos evita este debate. Efectivamente, es innegable que en este sistema la aceptación tiene carácter recepticio, aún con la exigencia de conocimiento que BIANCA otorga a este carácter.

El hecho de que el artículo 1374 del mismo Código establezca que basta que la aceptación llegue a la dirección del destinatario no altera esta situación, porque simplemente regula una presunción de conocimiento.

Sin embargo, el artículo 1380 del Código civil establece una excepción al carácter recepticio de la aceptación, pues dispone que cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluído en el momento y lugar en que comenzó la ejecución.

Si bien es cierto que a continuación el mismo artículo indica que el aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y que, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios, ello no resta valor a que, en el caso previsto en dicho artículo, la aceptación no tiene carácter recepticio.

### ***La aceptación en los contratos solemnes.-***

En tales contratos no es suficiente que la aceptación llegue efectiva o presuntamente a conocimiento del oferente sino que se requiere, además, que sea declarada observando la formalidad a que está sujeto el contrato.

Por ejemplo, si se trata de un contrato de suministro a título gratuito, para el cual el artículo 1605 del Código civil exige la formalidad de que se celebre por escrito, bajo sanción de nulidad, la aceptación debe declararse por escrito, aún en el contrato que se celebra entre personas que están en comunicación inmediata, sin perjuicio de que deba ser conocida por el oferente.

### ***Carácter individual de la aceptación.-***

CARBONNIER<sup>(57)</sup> y JOSSERAND<sup>(58)</sup> sostienen que la aceptación es necesariamente *individual*, por cuanto constituye una respuesta al oferente.

### ***La aceptación "en general".-***

Se considera que la aceptación es hecha "en general" cuando se refiere a algunos puntos de la oferta y no a todos. Coincidió con MESSINEO<sup>(59)</sup> y MUÑOZ<sup>(60)</sup> en que tal aceptación, por no

ser totalmente congruente con la oferta, no es vinculante para el aceptante.

### ***Aceptación condicional.-***

Un importante sector de la doctrina sostiene que la aceptación debe ser *pura y simple*, por lo cual si se emite una aceptación condicionada se está modificando, en realidad, la oferta y, por ello, esta aceptación debe considerarse como una contraoferta.

Tal afirmación hay que tomarla con ciertas reservas.

Si el aceptante indica en su aceptación que el contrato que se le ha propuesto debe quedar sujeto a una condición, la afirmación es plenamente válida porque, en efecto, se están modificando los términos de la oferta, que no contemplaban la existencia de tal condición en el contrato.

En cambio, si lo que se condiciona es sólo la aceptación, la situación es diferente porque el aceptante no está planteando la modificación de los términos del contrato, convirtiéndolo en uno sujeto a condición, sino únicamente relativizando la firmeza de la aceptación.

El problema cobra importancia, en realidad, cuando se trata de una condición suspensiva, que priva de eficacia a la aceptación durante la vigencia de la condición, pues en el caso de la condición resolutoria, que no ataca el valor actual de la declaración sino su eficacia futura, la aceptación produce de inmediato, como se verá más adelante, todos sus efectos, entre los cuales ocupa el primer lugar la formación del contrato.

Tratándose de una aceptación sujeta a condición suspensiva lo que ocurre es, simplemente, como dice ALBALADEJO<sup>(61)</sup>, que *sólo será aceptación cuando la condición se cumpla*.

Supóngase, por ejemplo, que "A" formula a "B" una oferta para venderle una casa en los términos indicados en la oferta,

entre los cuales se encuentra que ella está vigente hasta el 31 de diciembre de determinado año. "B" pone en conocimiento de "A" que acepta la oferta con la condición suspensiva que su hija se case antes de esa fecha. La hija de "B" se casa efectivamente el 15 de octubre de dicho año.

La declaración de "B" no contiene una aceptación de la oferta ni una propuesta de modificación del contrato, sino únicamente una manifestación de que aceptará la oferta, tal cual le ha sido formulada, si se cumple la condición. Como la hija de "B" se casó mientras se encontraba vigente el plazo resolutorio de la oferta, debe considerarse que ésta fue aceptada oportunamente el 15 de octubre.

Distinto sería el caso si la condición se cumpliera después de vencido el plazo de la oferta, pues la aceptación sería tardía y constituiría, por ello, una contraoferta.

Surge el problema relacionado con si el simple cumplimiento de la condición suspensiva a que está sujeta la aceptación da automáticamente lugar a la formación del contrato, o si es necesario que el oferente conozca este hecho.

El tema ha sido tratado ya, aunque sea tangencialmente, al comentar el artículo 1352 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 124), donde manifesté que para el perfeccionamiento de un contrato sujeto a condición suspensiva es necesario el conocimiento de que se ha cumplido la condición. Pienso que en el caso de una aceptación sujeta a condición suspensiva la razón es la misma, o sea que si para la conclusión del contrato se requiere que el oferente conozca la aceptación y dado que ésta sólo existe (se produce) cuando se cumple la condición, el contrato sólo quedará concluído cuando el oferente conozca que, por haberse cumplido la condición suspensiva, se ha producido la aceptación.

Vamos a colocarnos ahora en el caso de una aceptación sujeta a condición resolutoria. Supóngase que ante una oferta con plazo de vigencia determinado, el aceptante manifiesta su aceptación pero dejando constancia que ella perderá eficacia si

se produce un hecho futuro e incierto, que especifica, antes del vencimiento del plazo de la oferta. Pienso que en este caso, la aceptación sólo sería ineficaz si fuese conocida por el oferente después del vencimiento del plazo resolutorio, pero si la aceptación hubiese sido puesta en conocimiento del oferente durante la vigencia del plazo, sería eficaz en ese momento y el contrato quedaría definitivamente concluído en ese momento, careciendo de relevancia jurídica el que posteriormente se cumpla la condición resolutoria antes del vencimiento del plazo de la oferta. Téngase presente que la oferta sujeta a plazo resolutorio puede ser aceptada en cualquier momento durante la vigencia del plazo.

### ***Manifestación de la aceptación.-***

Como toda manifestación de voluntad, la aceptación, según el sistema civil peruano, puede ser *expresa* y *tácita*. Se ha visto al tratar sobre la manifestación de la oferta, que existe un movimiento doctrinal orientado a sustituir esta distinción por la de manifestación *directa* e *indirecta*, aunque, en realidad, no pueden asimilarse totalmente ambas clasificaciones.

A diferencia de la oferta, que debe ser una manifestación sustancialmente expresa, la aceptación, cuya expresión normal está constituida por un simple "sí", puede ser manifestada indistintamente de manera expresa o tácita, desde que mediante ambas maneras, de acuerdo con nuestro sistema, la voluntad se infiere indubitadamente. Sólo cuando la aceptación no está constituida por un "sí", sino que es necesaria la manifestación adicional de la voluntad del aceptante, que no está contenida en la oferta, se puede exigir una manifestación expresa.

Es preciso distinguir la manifestación de voluntad *tácita*, que está constituida por actitudes o circunstancias de comportamiento que revelan la existencia de la voluntad (artículo 141 del Código civil), de la manifestación de voluntad *presunta*, que es la conducta a la cual la ley da el significado de una voluntad dirigida en determinado sentido. Mediante la manifestación *tácita* el sujeto exterioriza su propia voluntad; mediante la manifestación *presunta* la ley coloca su propia voluntad (la de la ley) en cabeza del sujeto,

de tal manera que la manifestación no es de la voluntad del sujeto sino de la voluntad de la ley.

### ***Existencia de la aceptación.-***

Teniendo en cuenta que la aceptación es, en principio, una declaración recepticia, surge la duda respecto al momento de su existencia.

Si, por un lado, la aceptación es la declaración del destinatario, convertido ya en aceptante, expresando su conformidad con la oferta, es evidente que la aceptación existe desde que es declarada.

Empero, dado su carácter recepticio, la aceptación no produce el efecto que le es propio, o sea dar lugar a la conclusión del contrato, sino a partir del momento en que es conocida por el oferente.

Resulta así que la aceptación existe a partir del momento de su declaración, pero no es eficaz sino desde que es conocida por el oferente.

### ***El silencio.-***

En otro trabajo<sup>(62)</sup> he examinado con bastante detenimiento el valor del silencio como declaración de voluntad, llegando a la conclusión que era aconsejable establecer las siguientes reglas:

- 1).- El silencio del destinatario debe considerarse, salvo disposición expresa en contrario, como rechazo de la oferta.
- 2).- Las partes pueden convenir en un contrato preparatorio (compromiso de contratar, contrato de opción o mediante cualquier otra convención válida) que el silencio del destinatario tendrá el carácter de aceptación de la oferta del contrato definitivo.
- 3).- El silencio será considerado como aceptación si el negocio fuese de aquéllos en que no se acostumbra la aceptación expresa.

Con posterioridad a dicho trabajo se promulgó el Código civil de 1984, cuyo artículo 142 dispone que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

La Exposición de Motivos de este artículo<sup>(63)</sup> dice que, según él, el silencio "no constituye manifestación de voluntad en ningún sentido ya que carece de significado jurídicamente en sí mismo. El significado sólo se lo puede atribuir la ley o el convenio; la primera con sus normas supletorias y, el segundo, con las hipótesis y consecuencias previstas. Pero no se trata de una voluntad presunta o presumida, sino de atribuir al silencio el valor y significado de una determinada manifestación de voluntad de tal manera que, si el sujeto se mantiene silente, sabe que con ello está dando lugar a que su actitud tenga los efectos jurídicos que señala la ley o que tengan convenidos las partes".

En la Sección relativa a los contratos en general del Código civil, el artículo 1381 establece que si la operación es de aquéllas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Obsérvese que en el citado artículo 1381 se emplea la expresión "se reputa" y no la expresión "se presume", lo cual se hace con el propósito de poner de manifiesto que la ley no induce que el silencio representa determinada voluntad del sujeto sino que *juzga* que el silencio tiene determinado efecto, que puede ser ajeno a la voluntad del sujeto, la cual no se toma en consideración.

En el comentario a dicho artículo 1381 se explicará porqué se han considerado estas dos situaciones (la costumbre y la invitación a ofrecer) como presupuestos para declarar que el contrato queda concluido.

Se trata, pues, de un caso en que la ley atribuye al silencio el significado de una aceptación. Comentando este artículo dice

ARIAS SCHREIBER<sup>(64)</sup> que la regla contenida en él es una excepción al principio de que el silencio del destinatario de la oferta se considera como rechazo de ésta.

De otro lado, puede convenirse mediante un contrato preparatorio que la manera de aceptar la oferta del respectivo contrato definitivo sea guardando silencio el destinatario. Es posible que esto se haga también mediante cualquier otra convención lícita previa a un contrato. En ambos casos, mediante un convenio se habrá atribuído válidamente al silencio el significado de una aceptación.

Asímismo, es posible que la ley o el convenio atribuyan al silencio el significado de un rechazo de la oferta.

Cabe preguntarse ¿qué ocurre, en el campo de la celebración de un contrato, si la ley o el convenio no atribuyen significado alguno al silencio del destinatario de la oferta?

Pienso que, en tal caso, el silencio no importa, en principio, manifestación de voluntad en sentido alguno, o sea no debe entenderse como aceptación o como rechazo de la oferta.

Sin embargo, sucede que en el caso de contratos en los que la oferta se hace sin conceder plazo determinado o determinable, el artículo 1385 dispone que la falta oportuna de aceptación, una de cuyas manifestaciones, sin duda la principal, puede ser el silencio, da lugar a la caducidad de la oferta.

Si la oferta señala un plazo determinado o determinable para su aceptación, la falta de aceptación por el destinatario durante el plazo de vigencia de la oferta, una de cuyas principales manifestaciones también puede ser el silencio, dará lugar a que al vencimiento de dicho plazo la oferta, por no haber sido oportunamente aceptada, igualmente caduque.

Cabe, como punto final de este razonamiento, preguntarse ¿la falta de aceptación de la oferta significa el rechazo de la misma?

Entiendo que el rechazo de una oferta puede hacerse de dos maneras: expresamente, mediante la declaración de rechazo dirigida al oferente; y tácitamente, o sea mediante un comportamiento que revele indubitablemente la existencia del rechazo. Considero que la falta de aceptación oportuna es una de las maneras de rechazar tácitamente la oferta, porque pone de manifiesto la voluntad de no aceptarla, que es lo mismo que rechazarla<sup>(\*)</sup>.

Obsérvese que en los dos citados casos del artículo 1385 la ley no otorga explícitamente al silencio el significado de rechazo de la oferta, pues el resultado de la falta de aceptación es la caducidad de la misma, pero indirectamente lo hace ya que, en buen romance, tal caducidad es el efecto del rechazo de la oferta expresado a través de la falta de aceptación de ella.

### ***Rol de la aceptación.-***

Hay coincidencia en la doctrina respecto a que el elemento más importante para la formación del contrato es la conjunción de la oferta con la aceptación.

Sin embargo, la coincidencia termina cuando se trata de establecer la manera cómo se produce esta conjunción.

Tradicionalmente se ha pensado que la oferta es una declaración de voluntad del oferente mediante la que se propone al destinatario la celebración de un contrato y que la aceptación es una declaración de voluntad del aceptante conviniendo con la propuesta. El contrato se formaría, así, por la coexistencia de dos declaraciones conformes de voluntad.

---

(\*) El rechazo expreso es una declaración recepticia mediante la cual el destinatario de la oferta pone en conocimiento del oferente su voluntad de no aceptarla.

El rechazo, tanto expreso como tácito, hace decaer la oferta, de tal manera, que una aceptación hecha después del rechazo no tiene valor ni puede determinar, en ningún caso, la conclusión del contrato<sup>(65)</sup>.

Con posterioridad se ha tratado de encontrar cuál es el verdadero rol que juega cada una de estas declaraciones de voluntad, eso es cómo es que realmente se combinan, sin dejar de reconocer que ambas declaraciones tienen las características que les asigna la teoría tradicional.

Tratándose de la oferta, ya se ha visto que un sector de la doctrina moderna considera que el rol de ella es conferir al destinatario el poder de perfeccionar el contrato. De acuerdo con este planteamiento, el rol de la aceptación sería ejercer ese poder y, con ello, dar lugar a la formación del contrato.

Debo confesar que esta tesis me atrae mucho, pero lo que me impide coincidir totalmente con ella es el temor de que se estaría otorgando a la aceptación el rol de declaración unilateral suficiente, de por sí, para celebrar el contrato.

Pienso que el contrato continúa siendo un acuerdo de declaraciones de voluntad y que sólo en la medida que ello sea así podrá concluirse un contrato. Esto significa que para la formación del contrato se necesitan dos (o más) declaraciones que exterioricen una coincidencia de dos (o más) voluntades.

Empero, no es necesario, ni siquiera conveniente, que las declaraciones se exterioricen separadamente expresando cada una la voluntad de su respectivo emitente, aunque estas voluntades sean coincidentes, sino que está más de acuerdo con la realidad de las cosas y con la mecánica contractual que las voluntades coincidentes se exterioricen mediante una sola declaración hecha conjuntamente por el oferente y el aceptante.

En esta línea de pensamiento, entiendo que el *iter* de formación del contrato se desarrolla de la manera que a continuación se indica. La iniciativa contractual parte del oferente, quien mediante su oferta propone al destinatario la celebración del contrato, facultándolo implícitamente para hacerlo en los términos de dicha propuesta. Recibida la oferta, si el destinatario está de acuerdo con ella, hace suya la voluntad del oferente, identificándose con ella, con lo cual se forma una voluntad común de am-

bos. Esta voluntad común es exteriorizada por el aceptante mediante su aceptación, que tiene así el carácter de declaración conjunta de él y del oferente. El aceptante pone en conocimiento del oferente la declaración conjunta de la voluntad común, con lo cual queda formado el contrato.

De esta manera, el rol de la aceptación cobra especial importancia, pues si bien es cierto que el contenido del contrato lo determina el oferente, la formación del contrato es obra del aceptante pues su aceptación constituye la exteriorización de la voluntad común de ambas partes. Esta exteriorización, sin embargo, no es una declaración unilateral del aceptante, sino que es hecha en su nombre y en el del oferente, con lo cual se respeta la naturaleza del contrato como declaración plurilateral de voluntad.

#### 4).- LOS LLAMADOS CONTRATOS ENTRE PRESENTES.-

El Código Civil de 1936, siguiendo la denominación entonces en boga entre la doctrina<sup>(66)</sup>, hablaba en su artículo 1330 de oferta hecha a una persona *presente* o hecha a una persona *ausente*. Se daba así por cierto que quienes estaban frente a frente (delante uno de otro), o sea presentes según la definición del Diccionario de la Lengua Española, podían comunicarse de inmediato, lo que justificaba que la oferta hecha sin conceder plazo a una persona presente dejara de ser obligatoria si no era inmediatamente aceptada. De la misma manera, se consideraba que quienes estaban situados en lugares diferentes, o sea eran ausentes según la definición del mismo Diccionario, no podían estar en comunicación inmediata, lo que constituía el fundamento de que la oferta hecha sin plazo a una persona ausente dejaba de ser obligatoria cuando había transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente.

Sin embargo, una observación más atenta de la realidad puso de manifiesto que la comunicación inmediata no estaba necesariamente vinculada a la presencia ni la falta de esa comunicación a la ausencia.

En efecto, es posible que dos personas que se encuentren frente a frente no se puedan comunicar de inmediato, como ocurre en el caso que dichas personas no hablan un idioma común, o una de ellas fuera sorda y no pudiera escuchar las palabras de la otra, o que la declaración fuera hecha por escrito y el interlocutor no supiera o no pudiera leer.

Por otro lado, también es posible que una persona que se encuentra alejada de otra pueda comunicarse inmediatamente con ella utilizando el teléfono, la radio o el telefax.

Esto llevó a los codificadores de 1984 a abandonar los conceptos de *presencia* y *ausencia* para sustituirlos por los de *comunicación inmediata* y de *falta de comunicación inmediata*.

Se entiende por comunicación inmediata cuando la declaración de una parte es percibida por la otra en un lapso mínimo en que no tienen importancia las causas de la dilación<sup>(67)</sup>. No es requisito indispensable de la comunicación inmediata que con la misma celeridad deba el destinatario de la declaración emitir su respuesta, pues puede ocurrir que él goce de un plazo suspensivo para hacerlo.

Parte de la doctrina<sup>(68)</sup> opina que el contrato en el cual la declaración es hecha por un nuncio (portavoz), sin poder de representación, es uno entre presentes. Considero que en la medida que el nuncio simplemente transmite la voluntad del oferente o del aceptante, que no se encuentran presentes, no existe comunicación inmediata entre las partes. El contrato por intermedio del nuncio tiene características similares al celebrado por correspondencia, por discos fonográficos, por cassettes, etc.

##### 5).- LOS LLAMADOS CONTRATOS ENTRE AUSENTES.-

Tomando en consideración lo expuesto en el rubro 4) que precede, la posición del Código civil de 1984 es considerar que los conceptos de *presencia* y *ausencia* han sido reemplazados por los de *comunicación inmediata* y *falta de comunicación inmediata*.

Se ha visto que en el caso de los contratos celebrados con comunicación inmediata no tiene mayor importancia si el contrato se forma cuando la aceptación es declarada, es expedida, es recibida por el oferente o es conocida por éste, desde que estos cuatro hechos se producen simultáneamente. En lo que se refiere a dónde se forma el contrato, ocurre lo mismo, excepto en el caso de los contratos en los que la aceptación se exterioriza mediante el uso del teléfono, la radio, el telefax y medios similares de comunicación inmediata.

En cambio, tratándose de los contratos entre quienes no están en comunicación inmediata dichos hechos cobran excepcional importancia, lo que ha determinado que existan cuatro teorías respecto al momento y al lugar de su celebración, llamadas de la "declaración", de la "expedición", de la "recepción" y de la "cognición".

En otro trabajo<sup>(69)</sup> elaborado antes de la promulgación del Código civil de 1984 he hecho una exposición detallada de estas teorías y de los argumentos a favor y en contra de la adopción de cada una de ellas.

Habiendo el nuevo Código civil optado por la teoría de la cognición, al disponer en su artículo 1373 que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, matizada por la teoría de la recepción, al establecer en su artículo 1374 que la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del oferente, resulta innecesario volver a explicar las otras dos teorías, o sea la de la declaración y la de la expedición, que han perdido relevancia entre nosotros.

La revisión que voy a hacer de las teorías de la recepción y de la cognición está orientada a proporcionar elementos de juicio para juzgar si la solución acogida por el Código civil es correcta o no. Dado que se considera<sup>(70)</sup> que la teoría de la recepción es una derivación de la teoría de la cognición, para un mejor orden de los argumentos voy a revisar primero ésta y después aquélla.

## Teoría de la cognición.-

Según ella para que se forme el contrato se requiere que el oferente conozca la aceptación.

El fundamento de esta teoría es que el contrato es un acuerdo de declaraciones de voluntad, de tal manera que sólo debe considerarse concluído cuando ambas partes conocen que la oferta ha sido aceptada. De no ser así, se daría, como ocurre en las otras tres teorías, la irregularidad de que el oferente estaría ligado por un contrato (para cuya existencia se requiere que la oferta sea aceptada), ignorando que ésto ha sucedido.

Personalmente soy partidario, con ciertas reservas, de la teoría de la cognición. Pienso que si la aceptación es la declaración conjunta de la voluntad común de oferente y aceptante, ambos deben saber que esta declaración se ha producido. El hecho que exista una oferta y que exista una aceptación, si bien da lugar a la formación de una voluntad común, no es suficiente para crear el acto jurídico plurilateral que es el contrato, pues ello sólo se logra con una declaración también plurilateral, la cual sólo tiene este carácter cuando todos los declarantes conocen su existencia.

En otras palabras, si se considerara que el contrato es simplemente un acuerdo de voluntades, o sea que lo que tiene importancia es la voluntad *querida* y no la voluntad *declarada*, podría pensarse que existe contrato desde que las voluntades coinciden. Pero si se entiende que la voluntad sólo adquiere relevancia cuando es declarada es preciso admitir que la declaración se hace precisamente con fines de conocimiento, de tal manera que en tanto la declaración de aceptación no es conocida por el oferente, que es cuando cumple su finalidad, no puede haber contrato.

Pese a que algunos<sup>(71)</sup> lo niegan, considero que el procedimiento de formación del contrato es el mismo en el contrato con comunicación inmediata que en el contrato con falta de esta comunicación. En ambos se requiere el acuerdo (conocimiento de algo, según la cuarta acepción de esta palabra en el Dicciona-

rio de la Lengua Española) de declaraciones de voluntad. Así como en el contrato con comunicación inmediata el oferente conoce, porque la percibe sin solución de continuidad, la aceptación de su oferta y, con ello, queda concluido el contrato, de la misma manera en el contrato con falta de comunicación inmediata el oferente debe conocer también la aceptación para alcanzarse igual resultado.

Voy a repetir la cita de BOLAFFIO<sup>(72)</sup> hecha en otro trabajo<sup>(73)</sup>, porque la considero sumamente elocuente. Tomando palabras de BIANCHI dice *"que si el contrato entre presentes se perfecciona en el lugar en que están ambos contratantes, no ocurre así porque allí se encuentre y hable el aceptante, sino porque allí se encuentra y oye el proponente"*.

En efecto, supóngase que en un contrato con comunicación inmediata el oferente es sordo. Resulta evidente que la aceptación verbal del aceptante, pese a que haya sido emitida por éste, no da lugar a la formación del contrato porque no ha sido escuchada ni, por consiguiente, conocida por el oferente.

Según PLANIOL y RIPERT<sup>(74)</sup>, el fundamento verdadero del sistema de la información (cognición) consiste en la necesidad práctica de que el oferente conozca la aceptación, sin lo cual no hay contrato posible y en que, por consiguiente, hasta ese momento deberá considerar el negocio en suspenso.

Por otro lado, si entiendo que el Código civil de 1984 adopta la teoría de la confianza para los efectos de la formación del consentimiento, que está basada en que el destinatario pueda depositar su confianza en que la declaración que se le hace representa la voluntad del declarante, lo que conlleva el conocimiento de dicha declaración, para ser consecuente debo entender que para la formación del contrato, que está basado en el consentimiento, el oferente debe conocer la aceptación del aceptante para, de este modo, poder depositar su confianza en ella.

Enfocando el problema desde un punto de vista distinto, que no comparto, ROCCO<sup>(75)</sup> sostiene que el fundamento de la teoría

de la cognición se halla en la naturaleza misma del contrato: "si éste es una conciliación de intereses distintos de las partes, claro está que la conciliación no puede ser casual, sino consciente, y que una de ellas debe conocer que la otra ha querido los que representa esa concordia entre los dos intereses distintos".

La teoría de la cognición ha sido blanco de los más apasionados ataques. GIORGI<sup>(76)</sup> llega a decir que es *falsa* y *confusa* en sus principios, *ilógica* en los argumentos, *peligrosa* en las consecuencias. Con menor vehemencia, los OSPINA<sup>(77)</sup> sostienen que el argumento aducido por los defensores del sistema de la información en el sentido que sólo hay *concurso* cuando cada uno de los interesados tenga conocimiento de que el otro ha consentido, conduce a la ruina del sistema que en él pretende apoyarse, porque "dicha solución no sirve para producir la igualdad entre las partes, sino tan solo para invertir los papeles, porque como el aceptante tampoco sabe el momento en que su respuesta llega al poder del proponente y éste se entera de ella, el sistema de la información conduce a que dicho aceptante quede ligado por una convención cuya existencia ignora".

Este es uno de los argumentos que con mayor frecuencia se invoca, afirmándose que el principio del conocimiento da lugar a la formación de un círculo vicioso, desde que el aceptante deberá conocer a su vez que el oferente conoce su aceptación y así sucesivamente. En la nota de VELEZ SANSFIELD<sup>(78)</sup> a los artículos 1150 a 1154 del Código civil argentino, citando al jurisconsulto CADRES, dice que "siguiendo los principios de TROPLONG, el que ha aceptado la propuesta, tendría que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entonces nunca habría concurso de voluntades por correspondencia. Sería querer encontrar el fin de un círculo".

Sin embargo, la fuerza de este argumento es relativa desde que lo único que interesa es que tanto el aceptante como el oferente conozcan la existencia de la aceptación. El aceptante la conoce al momento de declararla y el oferente la conoce en el momento de saber su existencia. Nada más se necesita. Con razón manifiesta Eugène GAUDEMET<sup>(79)</sup> que "no hay más que una in-

formación necesaria en nuestro sistema; la información de la aceptación recibida por el proponente. En cuanto al aceptante, resulta inútil que reciba la noticia de esa primera información. Desde el instante en que haya emitido su aceptación, sabe a qué atenerse; sabe lo que se le ofrece y lo que ha aceptado”.

El segundo argumento en contra de la teoría de la cognición es que el aceptante ignora el momento en que el oferente conoce su aceptación, por lo cual ignora igualmente cuándo se ha concluido el contrato. Pienso que este argumento es válido y la única crítica que puedo hacerle, aunque no compone nada, es que en las otras tres teorías es el oferente quien no sabe la fecha de formación del contrato.

Finalmente se aduce<sup>(80)</sup> que el sistema de la cognición se presta a que el oferente, de mala fe, evite o retarde la perfección del contrato, no abriendo, por ej., la carta en que la supone contenida. Admito también que esto puede suceder, aunque resulta discutible negarle valor a una teoría simplemente porque se presta al abuso, ya que esto puede ocurrir con cualquier derecho.

### *Teoría de la recepción.-*

Según ella, el contrato queda concluido con la llegada de la aceptación a la dirección del oferente. Es quizá la teoría vista con mayor benevolencia por la doctrina.

DIEZ-PICAZO<sup>(81)</sup> dice que el “momento de perfección del contrato, según esta teoría, hay que situarlo en el momento en que la declaración de voluntad de la aceptación llega al ámbito o círculo de intereses del oferente —por ejemplo: su establecimiento, su domicilio, etc.—, sin perjuicio de que él llegue efectivamente a conocerla o no. Si el oferente pudo y además actuando diligentemente debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no haya existido un conocimiento real efectivo”.

Por otro lado, tal como lo indica MESSINEO<sup>(82)</sup>, el aceptante no queda abandonado al beneplácito del oferente, el cual podría

tomar tardíamente conocimiento de la aceptación y diferir por tiempo indeterminado la eventual conclusión del contrato. Los medios ordinarios de acreditar el recibo de la correspondencia (cargos) permiten al aceptante tener certeza sobre la fecha de llegada del documento al oferente.

Según ENNECERUS<sup>(83)</sup> la teoría de la expedición es la que mejor se ajusta a las necesidades del tráfico y de la justicia. "A diferencia de la teoría del conocimiento, no deja al arbitrio de la otra parte la eficacia de la declaración, ni el momento de eficacia mediante la lectura de la carta de aceptación; a diferencia de la teoría de la exteriorización y de la teoría de la expedición, no da lugar a la ruptura del contrato por el simple hecho de no enviar o de rechazar al mensajero enviado, sino que establece la continuación de la declaración precisamente en el momento en que se extinguen las actividades que son de esperar de una y otra parte, y con ello a la vez pone el *riesgo* de la declaración (en caso de pérdida de la carta) a cargo de aquél a quien compete actuar, y en tanto le compete (esfera de riesgo), para procurar al destinatario, y respectivamente a éste para procurarse a sí mismo, el conocimiento de la declaración".

Se objeta a esta teoría que existe contradicción en exigir como elemento esencial para la formación del contrato el concurso de voluntades, que importa el conocimiento por el oferente de la aceptación, y contentarse con establecer ese conocimiento con la ayuda de una presunción tan frágil<sup>(84)</sup>.

También se aduce como razón en contra de la teoría de la recepción que es difícil establecer el momento en que ha sido recibida la aceptación<sup>(85)</sup>.

Finalmente se argumenta que la correspondencia certificada se presta al reparo de que puede fácilmente demostrarse el envío de una pieza postal; pero no su contenido<sup>(86)</sup>.

### **Posición del Código civil.-**

Ya se ha visto que el artículo 1373 de este Código establece

que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Con esta disposición el Código acoge, al parecer sin reservas, la teoría de la cognición.

Sin embargo, según se verá al estudiar el artículo siguiente, o sea el 1374, la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, o sea del oferente, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Este juego de la teoría de la cognición con la teoría de la recepción, que se inspira muy de cerca en el sistema del Código civil italiano, parece responder a la orientación de la doctrina moderna<sup>(67)</sup>, que encuentra que la teoría de la recepción, aplicada subsidiariamente, corrige los inconvenientes de la teoría de la cognición<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Hace ya algún tiempo GAUDEMET<sup>(68)</sup> escribía: "La idea opuesta es la idea de la información. Una persona no puede consentir en quedar obligada sin saberlo. Por consiguiente, en principio, el oferente no podría quedar obligado más que cuando conociera la aceptación.

"Pero, ¿cuándo la conoce? En la práctica, nada se sabe. La conoce cuando abre el sobre y lee la carta. Con frecuencia es imposible probar en qué momento ha pasado eso. Además, la aplicación estricta del principio constituiría una prima de fraude. Un negociante ha hecho una oferta de venta. Se arrepiente de ella, la juzga desventajosa. Sin embargo, recibe una carta de su corresponsal; piensa desde luego que es una aceptación. Pero, estimando malo el contrato para sí, descuida de propósito abrir la carta y retrasa así, por su voluntad, la conclusión del contrato todo el tiempo que le parezca bien. Realiza tratos más ventajosos; después se decide a leer la carta y escribe a su corresponsal que había revocado su oferta antes de haberse informado de su respuesta. Tales son las consecuencias estrictamente lógicas del sistema de la información. Y son las que condena la práctica.

"De ahí la necesidad de un remedio; se presumirá que el oferente ha tenido conocimiento de la aceptación desde el instante en que haya llegado a sus manos, desde su recepción. Se vuelve así, por una nueva vía, al sistema de la recepción, al que nos habían conducido las consideraciones prácticas partiendo de un principio opuesto.

Ya he manifestado mi adhesión a la teoría de la cognición. Por ello, estoy de acuerdo con el principio recogido por el artículo 1373 del Código civil. Creo sinceramente que el contrato sólo puede formarse cuándo y dónde el oferente conoce la aceptación.

Empero, no puedo desconocer las críticas adversas que se formulan a la teoría de la cognición, especialmente aquéllas relacionadas con la dificultad de establecer el momento en que el oferente conoce la aceptación y con la posibilidad de que el oferente, de mala fe, retrase el conocimiento de ella.

Pienso que estos inconvenientes, sin quedar superados totalmente, se reducen en forma considerable con la regla establecida por el artículo 1374 del Código civil. Ya veremos, al comentar dicho artículo, si esa regla consagra una presunción *iuris tantum*

---

".....

"Si se parte del principio opuesto (contrato perfeccionado por el conocimiento de la aceptación adquirido por el proponente), se verá en la recepción una presunción de que el proponente ha tenido conocimiento de la aceptación. Eso vale aquí como presunción de información. Pero esa presunción no es irrefragable. Si el proponente consigue probar que no ha tenido conocimiento de la aceptación en el instante de la recepción, y si ese retraso no resulta de su culpa, se caerá de nuevo en la aplicación del principio, y se dirá que el contrato se ha perfeccionado tan sólo en el momento en que el proponente ha conocido o ha debido conocer la aceptación.

".....

"Somos conducidos así al sistema de la recepción, entendida como presunción de información.

"Ese razonamiento por sí solo tiene una base práctica en la intención presunta de las partes, en tanto que el razonamiento contrario es puramente metafísico cuando declara: existe concurso de voluntades desde el instante en que convergen hacia el mismo fin. Eso no son más que palabras. Estamos en el terreno de los contratos, donde la intención es soberana; lo que importa es saber lo que las partes entienden por concurso de voluntades que produce efectos jurídicos. Acabamos de ver que no es el concurso metafísico de dos voluntades, en que una de ellas ignora a la otra; es el concurso consciente de dos voluntades que, recíprocamente, se conocen".

de conocimiento o una situación exterior y perceptible como signo indicativo de una situación interior e imperceptible<sup>(89)</sup>.

Es evidente que resulta más fácil acreditar la llegada de una declaración a la dirección del destinatario que el conocimiento de esa declaración por éste. Tratándose del medio de comunicación más utilizado en los contratos con falta de comunicación inmediata, que es la correspondencia epistolar o telegráfica, la modalidad del "cargo" (constancia escrita de recepción) permite acreditar no sólo la efectiva recepción de la declaración sino también el momento en que dicha recepción se ha producido. Por otro lado, la utilización del correo oficial, cuya regularidad es generalmente aceptada, da lugar a que pueda saberse el plazo normal en que una comunicación llega a su destino (piénsese en los tres días de correo de que habla el artículo 139 del Código de Procedimientos Civiles). Desde luego, la eficacia del sistema no es absoluta, pero constituye un paso adelante bastante importante.

En cuanto a la posibilidad de que el oferente retrase la oportunidad de conocer la aceptación, ella queda descartada por el régimen establecido por el artículo 1374 pues la aceptación se considera conocida en el *momento* en que llega a la dirección del oferente, por lo cual, si el oferente no acredita su imposibilidad de conocerla, la oportunidad del conocimiento queda plenamente fijada.

Lo que sí constituye un cuestionamiento a fondo del enlace del artículo 1373 con el artículo 1374 es si con ello se ha adoptado realmente la teoría de la cognición con una consideración de conocimiento o si, inadvertidamente, se ha acogido la teoría de la recepción con una posibilidad de conocimiento o, por decirlo de otra manera, con una presunción de cognoscibilidad<sup>(90)</sup>.

Se dice que si el artículo 1374, aplicable a todas las declaraciones contractuales dirigidas a determinadas personas, establece que la llegada de la declaración a la dirección del destinatario debe considerarse como un conocimiento de la declaración por éste, se está estableciendo, en realidad, que lo determinante es la recepción y no el conocimiento<sup>(91)</sup>.

Pienso, al respecto, que el artículo que marca el paso de aquel enlace es el 1373, que sienta como principio fundamental de la formación del contrato el conocimiento por el oferente de la aceptación. El sentido de este artículo es indubitable: el conocimiento constituye la clave del sistema.

El artículo 1374 no debe ser entendido de manera distinta que la de explicar que las declaraciones dirigidas a determinadas personas, por ser, y para ser, declaraciones recepticias, deben ser completadas por el conocimiento y, en tal línea de pensamiento, se establece que la recepción causa el efecto del conocimiento, salvo prueba que dicho efecto no se ha podido causar.

El citado artículo 1374, aplicado al caso de la aceptación, es un complemento del artículo 1373, pues está destinado a permitir que el requisito del conocimiento sea cumplido mediante la recepción, o sea que para facilitar la observancia de este artículo y evitar los inconvenientes a que da lugar su aplicación se dispone, no que la recepción permite el conocimiento, sino que el conocimiento se produce con la recepción. La finalidad del artículo 1373 es dar lugar al conocimiento, que es lo que tiene relevancia jurídica, y no eficacia a la recepción.

MESSINEO<sup>(92)</sup> observa con agudeza que el artículo 1335 del Código civil italiano (que es el equivalente a nuestro artículo 1374) no puede aplicarse en el caso que la comunicación de la aceptación, en lugar de hacerse mediante un documento, se hace por un nuncio, pues éste tiene que poner verbalmente en conocimiento del oferente el mensaje que trae, no siendo suficiente que haga una comunicación verbal a quien se encuentre en la dirección del oferente.

## **6).- MOMENTO DE FORMACION DEL CONTRATO.-**

Tomando en consideración lo dispuesto por los artículos 1373 y 1374 del Código civil, me ocuparé primero del momento y después del lugar en que se perfeccionan tanto los contratos celebrados entre personas que se encuentran en comunicación inmediata como entre personas que no lo están.

En el primer caso, dado que estando el oferente y el destinatario de la oferta en comunicación inmediata puede el oferente conocer la aceptación en el mismo momento en que ésta es formulada, cabe llegar sin dificultad a la conclusión que el momento de celebración del contrato es aquél en el que el aceptante declara su aceptación.

En efecto, la comunicación inmediata determina que carezca de sentido distinguir entre el momento de la declaración de la oferta, el de su expedición, el de su recepción o el de su conocimiento por éste, desde que los cuatro hechos ocurren simultáneamente.

No varía la situación el hecho de que la aceptación sea formulada por escrito, pues la comunicación inmediata supone necesariamente la percepción sin dilación de la declaración por el oferente, de tal manera que si ello es posible, o sea si el oferente puede conocer sin dilación el texto escrito de la aceptación, existirá comunicación inmediata. Si ello no es posible, faltará la comunicación inmediata y se aplicarán las reglas correspondientes a esta situación.

Por razón de la conjugación de los artículos 1373 y 1374 del Código civil, el momento de formación de los contratos con falta de comunicación inmediata puede ser, bien cuando la declaración de aceptación es entregada personalmente al oferente y éste se entera de su contenido o bien cuando llega a la dirección del oferente. Si se utilizaran paralelamente ambos métodos, pienso que surte efecto el que se ejecuta primero, por cuanto los dos momentos tienen igual eficacia.

El momento de formación del contrato tiene especial importancia para los siguientes efectos:

- a).- En cuanto a un conflicto de leyes en el tiempo, rige la ley vigente al momento de celebrarse el contrato para apreciar la validez del acto.

Es cierto que respecto a las consecuencias del contrato, o

mejor dicho de la relación jurídica creada por él, ellas pueden quedar regidas por una ley posterior, en aplicación de lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código civil, según el cual la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

- b).- La licitud del objeto del contrato puede depender también de la ley vigente en el momento de celebración del mismo.
- c).- Los plazos señalados en el contrato se empiezan a computar, salvo pacto distinto, a partir de la fecha de celebración del contrato.

Por otro lado, tratándose de la prescripción, el artículo 1993 del Código civil dispone que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. Si esto último ocurriera a partir de la celebración del contrato, el momento en que se produce tal celebración cobrará importancia determinante.

- d).- La capacidad de las partes se aprecia tomando en consideración cuál era su situación al momento de celebrarse el contrato.
- e).- La oportunidad de la aceptación se juzga por el momento de celebración del contrato, lo cual tiene importancia a la luz del artículo 1376 del Código civil, según el que la aceptación tardía equivale a una contraoferta.
- f).- La preferencia para la entrega de bienes inmuebles y muebles en el caso que concurren diversos acreedores se determina en ciertos casos, según los artículos 1135 y 1136 del Código civil, por la fecha del respectivo título.
- g).- En el caso de fraude del acto jurídico tiene importancia, aunque no determinante, que el acto de disposición sea posterior al nacimiento del crédito del acreedor, estando a lo que establece el artículo 195 del Código civil.

- h).- En las obligaciones de saneamiento el derecho del tercero en caso de evicción y los vicios ocultos deben existir en el momento de la transferencia del bien, que puede coincidir con la fecha de celebración del contrato.
- i).- Cuando en una compraventa se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, puede fijarse que se tome en consideración el día de celebración del contrato (artículo 1545 del Código civil).

## 7).- LUGAR DE FORMACION DEL CONTRATO.-

En la contratación con comunicación inmediata bien puede darse el caso que el oferente se encuentra en el mismo lugar que el aceptante y allí conoce la aceptación, o bien que ambos se encuentren en lugares distintos, como ocurre cuando la aceptación se declara por teléfono, radio, telefax y similares medios de comunicación.

En el segundo caso, el contrato se formará en el lugar en que se encuentre el oferente, por ser allí donde éste conocerá la aceptación.

En los contratos celebrados con falta de comunicación inmediata, si el oferente tiene efectivo conocimiento de la aceptación, no existe problema alguno respecto a dónde se forma el contrato, pues el artículo 1373 del Código civil establece que ello ocurre en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

La dificultad se presenta cuando la aceptación se entrega en la dirección del aceptante, pues el artículo 1374 dispone que, en tal caso, la aceptación se considera conocida por el oferente en el momento en que llega a esa dirección, pero no indica en qué lugar se considera conocida.

Para salvar esta dificultad debe tomarse en consideración que, como el mismo artículo menciona un lugar de entrega de la

aceptación, que es la dirección del oferente, es razonable considerar que es esta dirección el lugar de formación del contrato. Así lo entiende parte de la doctrina italiana<sup>(93)</sup> al ocuparse del artículo 1355 del Código civil de ese país. Por lo demás, esta solución está de acuerdo con el principio generalmente aceptado<sup>(94)</sup> de que el lugar del contrato es aquél en que se ha realizado el hecho decisivo de su formación.

Sin embargo, MESSINEO<sup>(95)</sup>, pese a aceptar que la mención de la dirección del destinatario constituye un indicio para establecer el lugar de formación del contrato, saca como consecuencia de tal indicio que el contrato se perfecciona en el *lugar en que se encuentra el proponente* en el momento en que le llega la declaración de aceptación. No resulta lógica esta consecuencia, pues si el oferente no se encuentra en su dirección, el contrato se forma al llegar la aceptación a ésta, sin que tenga relevancia el lugar en que se encuentra el oferente ni el hecho de que le llegue posteriormente la declaración de aceptación, salvo que pruebe que no le era posible conocer ésta.

Es por ello que MIRABELLI<sup>(96)</sup> sostiene que si se probara que, sin su culpa, el destinatario ha tomado conocimiento de la declaración en un lugar diverso de aquél de la recepción, es en este lugar (el de recepción), y no en aquél (el de conocimiento), que el contrato se perfecciona. Lo curioso es que MESSINEO<sup>(97)</sup> llega a la misma conclusión.

El lugar de celebración del contrato es importante porque puede ser determinante para conocer la ley aplicable al mismo:

- a).- En lo que se refiere a la forma del contrato, según el artículo 2094 del Código civil, la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto.
- b).- Respecto al contenido del contrato, el artículo 2095 del mismo Código establece que las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben

cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de su celebración. Si el lugar de cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

#### 8).- CARACTER DEL ARTICULO 1373.-

Ya se ha visto que este artículo establece un *procedimiento* de formación del contrato, de tal manera que si se cumplen los pasos de este procedimiento el contrato queda automáticamente concluído.

La pregunta que surge es si el artículo 1373 es una norma de carácter imperativo, o sea si sólo mediante el procedimiento predispuesto por él es posible concluir un contrato.

Pienso que en la etapa de formación del contrato lo único obligatorio es que exista una oferta y una aceptación y que aquélla preceda a ésta (entiendo que la aceptación no puede ser anterior a la oferta porque, o bien no habría acuerdo de voluntades desde que el aceptante no habría expresado voluntad propia, o bien se habrían trastornado los papeles, convirtiéndose la aceptación en oferta, y viceversa). No veo, pues, inconveniente alguno para que mediante un contrato preparatorio o por indicación hecha en la oferta se establezca que el contrato se concluye en un momento o en un lugar distintos a los señalados en el artículo 1373. La norma contenida en este artículo tiene, en realidad, carácter dispositivo, o sea es supletoria de la voluntad de las partes.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1373:

- (1) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 237; CANCINO, Fernando, "Estudios de Derecho privado", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, pág. 59; GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo II, pág. 10; MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 130; FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna, 1982, pág. 67.
- (2) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 151.
- (3) SANCHEZ URITE, Ernesto A., "La oferta de contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 56.
- (4) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Tomo I, pág. 153; JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Tomo II, Volumen I, pág. 40.
- (5) DIEGO, Felipe Clemente de, "Instituciones de Derecho civil español", Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, Tomo II, pág. 113.
- (6) LAURENT, F. "Principes de Droit civil", Bruylant-Christophe & Comp., Bruxelles, 1875, Tomo XV, pág. 540.

- (7) SPOTA, Alberto. G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 265.
- (8) POTHIER, Robert Joseph, "Tratado de las obligaciones", Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 13.
- (9) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 193.
- (10) CARRARA, Giovanni, "La formazione dei contratti", Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pág. 137.
- (11) GARRIGUES, Joaquín, op. cit., Tomo II, pág. 11. (1)
- (12) CANCINO, Fernando, op. cit., pág. 64. (1)
- (13) ARIAS SCHREIBER, Max, "Exágesis", Librería Studium, Editores, Lima, 1986, Tomo I, pág. 130.
- (14) CARRARA, Giovanni, op. cit., pág. 135. (10)
- (15) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 175.
- (16) ROCCO, Alfredo, "Principios de Derecho mercantil", Editora Nacional, México, 1966, pág. 327.
- (17) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavallía, Buenos Aires, 1971, pág. 103.
- (18) SCHMIDT, Joanna, "Negociation et conclusion de contrats", Dalloz, París, 1982, pág. 51.
- (19) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 132. (1)

- (20) BIANCA, C. Massimo, "Diritto civile: Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 226.
- (21) FERREYRA, Edgard A., "Principales efectos de la contratación civil", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 69.
- (22) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 45.
- (23) ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 44.
- (24) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 312.
- (25) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 295.
- (26) GOMES, Orlando, "Contratos", Compahia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 59.
- (27) FERRI, Luigi, op. cit., pág. 67. (1)
- (28) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 193. (8)
- (29) STOLFI, Giuseppe, "Teoría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 1.
- (30) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 178. (15)
- (31) VALENCIA-ZEA, Arturo, "Derecho civil", Editorial Temis, Bogotá, 1974, Tomo III, pág. 136.
- (32) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus, Madrid, Tomo I, pág. 122.

- 33) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 5, pág. 759.
- (34) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 96. (22)
- (35) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág. 174.
- (36) GARRIGUES, Joaquín, op. cit., Tomo II, pág. 11. (1)
- (37) JOSSERAND, Louis, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 40. (4)
- (38) TUHR, Andreas von, op. cit., Volumen II<sup>2</sup>, pág. 140. (32)
- (39) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo III, pág. 204.
- (40) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 319. (24)
- (41) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 221. (20)
- (42) Loc. cit.
- (43) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 135. (1)
- (44) SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 53; MICCIO, Renato, op. cit., pág. 155 (1); SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 104.
- (45) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 51. (44)
- (46) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 54. (26)
- (47) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 307. (25)
- (48) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 140. (1)

- (49) SACCO, op. cit., pág. 724. (44)
- (50) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 207.
- (51) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 349. (25)
- (52) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 225. (20)
- (53) FERREYRA, Edgard A., op. cit., pág. 88. (21)
- (54) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 221. (20)
- (55) ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 71.
- (56) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 281. (7)
- (57) CARBONNIER, Jean, op. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 175. (34)
- (58) JOSSERAND, Louis, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 40. (4)
- (59) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 312. (24)
- (60) MUÑOZ, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 260. (1)
- (61) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 329.
- (62) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 231. (15)
- (63) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, Okura Editores S.A., Lima, 1985, Tomo IV, pág. 279.

- (64) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., Tomo I, pág. 133. (13)
- (65) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 57. (22)
- (66) GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo III, pág. 211 (39); TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo I, pág. 136 (32); ROCCO, Alfredo, op. cit., pág. 323. (16)
- (67) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Volumen II<sup>2</sup>, pág. 141.
- (68) SANCHEZ URITE, Ernesto, op. cit., pág. 180 (3); MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 346. (25)
- (69) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 244. (15)
- (70) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 201. (8)
- (71) JOSSERAND, Louis, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 45. (4)
- (72) BOLAFFIO, León, "Derecho comercial", Ediar, Soc. Anom., Editores, Buenos Aires, 1947, Tomo III, Volumen III, pág. 6.
- (73) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 259. (15)
- (74) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 220.
- (75) ROCCO, Alfredo, op. cit., pág. 324. (16)
- (76) GIORGI, Jorge, op. cit., Volumen III, pág. 216. (39)
- (77) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, op. cit., pág. 174. (2)

- (78) "Código civil de la República Argentina", A Z Editores, Buenos Aires, 1985, pág. 268.
- (79) Cita de MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte II, Volumen I, pág. 178. (4)
- (80) OSSORIO MORALES, Juan, "Lecciones de Derecho civil - Obligaciones y contratos", Editorial Comares, Granada, 1985, pág. 214.
- (81) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 201. (8)
- (82) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 347. (25)
- (83) Cita de CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo III, pág. 231.
- (84) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte II, Volumen I, pág. 167. (4)
- (85) SANCHEZ URITE, Ernesto A., op. cit., pág. 181. (3)
- (86) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1953, Tomo I, pág. 90.
- (87) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 49; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, op. cit., Tomo VI, pág. 221 (74); SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 293 (7); GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 275; LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Elementos de Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1977, Tomo II, pág. 92; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, "Manuale di Diritto privato", Giuffrè Editore, Milano, 1978, pág. 487; CASTAN TOBEÑAS José, op. cit., Tomo III, pág. 415 (83).
- (88) Cita de MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte II, Vol. I, pág. 176. (4)

- (89) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 164. (1)
- (90) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 348. (25)
- (91) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 222. (20)
- (92) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 329. (24)
- (93) FERRI, Luigi, op. cit., pág. 93 (1); MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., 103 (22).
- (94) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, op. cit., Tomo VI, pág. 225. (74)
- (95) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 349. (25)
- (96) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 103. (22)
- (97) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 349. (25)



**Artículo 1374.-** *La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Declaraciones contractuales.
- 3.- Dirección del destinatario.
- 4.- Carácter de la consideración de conocimiento.
- 5.- Imposibilidad de conocer, sin culpa del destinatario.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Ya se ha visto, al comentar el artículo 1373, que el primer antecedente del artículo 1374 es el artículo 50 de la Ponencia original, que decía:

**Artículo 50.-** La aceptación se produce en el momento en que el oferente conoce la manifestación de voluntad del aceptante.

La propuesta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, si éste no probase haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener noticias de ellas.

La primera Ponencia sustitutoria modificó dicho artículo en su artículo 55, que quedó con el tenor siguiente:

**Artículo 55.-** La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración dirigida a determinada persona se consideraran conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, a no ser que éste probase haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Esta redacción se conservó en el artículo 53 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 19 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1390 del primer Proyecto. En el artículo 1339 del segundo Proyecto se agregó la expresión "contractual" después de la palabra "declaración" y de allí pasó con el mismo texto al artículo 1374 del Código civil.

## **2).- DECLARACIONES CONTRACTUALES.-**

La regla establecida por el artículo 1374 del Código civil sólo es aplicable a las declaraciones contractuales dirigidas a determinadas personas.

De tal manera que, en primer lugar, cualquier declaración que no tenga carácter contractual, es decir que no esté relacionada con la formación del contrato o con el cumplimiento de la relación jurídica creada por él, no cae bajo los efectos del artículo 1374 ni le son aplicables sus disposiciones.

Así, toda comunicación entre las partes del contrato que no tenga vinculación con el tema contractual, o sea que no esté destinada a afectar, en una u otra manera, los derechos u obligaciones emanados del contrato, seguirá la suerte de una comunicación ordinaria entre dos personas, de tal manera que su recepción en la dirección del destinatario no dará lugar a que se considere conocida por éste.

Por otro lado, puede darse el caso de una comunicación de un tercero dirigida a una de las partes contractuales o a ambas, que tenga relación con la formación o con los efectos del contrato. Si bien es cierto que en este caso la declaración no es estrictamente contractual, pero sí puede tener efectos contractuales.

tamente contractual, pues no emana de una parte contratante ni es hecha en la esfera del contrato, sí es contractual en sentido amplio, por cuanto va a afectar el contrato. Pienso que, en tal caso, debe darse a esa declaración el trato previsto en el artículo 1374.

En cambio, si se trata de una declaración hecha por una de las partes a un tercero, aún cuando verse sobre un tema contractual, considero que no está sujeta al régimen de este artículo, pues no es posible imponer este régimen, proyectado para ser aplicable en las relaciones contractuales, a alguien ajeno a ellas. Sería una imposición que no estaría justificada.

La premisa del artículo 1374 es que la declaración contractual esté dirigida a determinada persona, con lo cual pone énfasis en que se trata de declaraciones recepticias, entendidas como lo hace la mayoría de la doctrina (cuya posición no comparto totalmente, pues considero que debe darse, además, el requisito del conocimiento, por las razones expuestas anteriormente al tratar sobre el carácter recepticio de la oferta). No cabe, pues, que una declaración hecha a una generalidad de personas indeterminadas, aunque llegue a la dirección de una persona comprendida en la generalidad, produzca los efectos previstos en el artículo 1374.

Este artículo pone como ejemplos de declaraciones contractuales a la oferta, a su revocación y a la aceptación. En lo que se refiere a la oferta y a la aceptación, no cabe duda sobre la precisión de la cita. En cambio, tratándose de la revocación la expresión puede ser equívoca.

En efecto, si bien su modelo italiano (artículo 1355) habla también de revocación, lo hace refiriéndose a la revocación de la oferta mientras el contrato no haya sido concluído, que está permitida por el artículo 1328 del Código civil de ese país. Dado que el artículo 1382 de nuestro Código establece que la oferta es obligatoria, no es posible, por regla general, revocar una oferta. Sin embargo, el mismo artículo permite que la oferta no obligue al oferente, esto es que sea revocable, si ello resulta de los términos de la oferta, de la naturaleza de la

operación o de las circunstancias del caso. En estas situaciones de excepción, la referencia a la revocación de la oferta es correcta.

Surge la duda si el artículo 1374 comprende las retractaciones de la oferta y de la aceptación, contempladas en los artículos 1385 y 1386 para los casos en que ellas lleguen a conocimiento de los destinatarios antes o simultáneamente de que las respectivas declaraciones de la oferta (en realidad, de la póliza) y de la aceptación sean conocidas por ellos. Pienso que, como se trata de declaraciones hechas precisamente para dejar sin efecto la oferta o la aceptación, que son consideradas como declaraciones contractuales, tienen el mismo carácter, por lo cual les son aplicables los efectos de dicho artículo.

En la misma condición se encuentran, a título de ejemplo, los avisos mencionados en los artículos 1376, 1380 y 1381, las comunicaciones contempladas en los artículos 1429 y 1430, las puestas en conocimiento de que tratan los artículos 1458, 1459 y 1474, etc., pues todas estas declaraciones son hechas en el marco del contrato.

### 3).- DIRECCION DEL DESTINATARIO.-

El artículo 1374 habla de que la declaración debe llegar a la dirección del destinatario de la misma. ¿Qué se entiende por dirección del destinatario?

Una doctrina<sup>(1)</sup> habla de la residencia, domicilio o lugar de trabajo del destinatario o bien de la sede legal si se trata de un ente jurídico o de una empresa. Otra<sup>(2)</sup> considera que es simplemente el lugar donde debe enviarse la declaración, según las circunstancias. En algunos casos será el lugar acordado por las partes, en otros la dirección elegida por el destinatario o la que figura en su papel membretado. A falta de alguna de estas indicaciones se entiende que es domicilio relevante tanto la residencia cuanto la sede de actividad del sujeto. Se pregunta si habiéndose elegido convencionalmente o por indicación del destinatario una dirección arbitraria, esto significa una elección exclu-

siva o una simple alternativa; se responde que en este caso la declaración hecha de llegar a la residencia o al domicilio sería ineficaz.

En realidad, el criterio para determinar la dirección del destinatario debe ser muy flexible. Si se sabe y puede acreditarse que una persona se encuentra habitualmente en una determinada dirección, aunque ésta no sea necesariamente su domicilio ni su lugar de trabajo, la declaración estará bien hecha en esa dirección. Mucho depende de la ocupación del destinatario y de la naturaleza del negocio. Pienso que las reglas contenidas en los artículos 33, 34 y 35 del Código civil pueden ser de gran utilidad para adoptar el indicado criterio.

Por otro lado, debe exigirse al declarante una especial diligencia para dirigir la declaración a una dirección en la que sea razonable que el destinatario pueda tener conocimiento de la misma. No basta que una dirección aparezca en una guía telefónica o en un registro determinado para crear una presunción de que esa dirección sea considerada correcta. Se requiere algo más, o sea un indicio lo suficientemente indicativo para concedérsele verosimilitud. Corresponderá al declarante acreditar su diligencia.

#### 4).- CARACTER DE LA CONSIDERACION DE CONOCIMIENTO.-

La dirección inicial de la doctrina italiana fue considerar que el artículo 1355 de su Código civil establecía una presunción *iuris tantum* de conocimiento. Así lo han entendido MESSINEO<sup>(3)</sup> (después cambió de parecer<sup>(4)</sup>), TORRENTE y SCHLESINGER<sup>(5)</sup>, MIRABELLI<sup>(6)</sup>. Es más, este es el título que lleva dicho artículo en la edición del Código.

Sin embargo, paulatinamente se fue formando una corriente de opinión, encabezada por GIAMPICCOLO<sup>(7)</sup>, en el sentido que el artículo 1355 no pone una presunción de *conocimiento* sino una presunción de *cognoscibilidad*, por cuanto el destinatario no puede vencer la presunción limitándose a demostrar que no había

tomado conocimiento de la declaración, sino que debe probar la imposibilidad, sin su culpa, de conocerla<sup>(6)</sup>.

MICCIO<sup>(9)</sup> va más allá afirmando que no se trata de un caso de verdadera y propia presunción, por los argumentos que expone en la cita a pie de página<sup>(7)</sup>.

Para comprender los alcances del artículo 1374 del Código civil peruano debe ser analizado desde varios ángulos.

- a).- En primer lugar, se crea una presunción *iuris tantum* de que la declaración se considera conocida por el destinatario en el momento en que llega a su dirección. O sea es una presunción de conocimiento.
- b).- Esta presunción puede ser destruída por el destinatario si prueba haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Desde luego, está implícito que el destinatario no la ha conocido de manera casual.

---

(\*) El razonamiento de MICCIO es el siguiente: "La presunción es un medio de prueba mediante el cual de la existencia de un hecho acaecido se deduce la existencia de un hecho sobre cuyo acaecimiento no hay certeza; o, también, un razonamiento de orden interpretativo en virtud del cual a un acto o comportamiento que en sí no tiene un significado absoluto, sino únicamente indicativo, viene a atribuírsele los efectos jurídicos que le corresponderían si el significado mismo fuese absoluto e inequívoco.

"En la especie si fuera de estos conceptos puesto que la prueba contraria, que en esta materia es de rigor, no obtiene el fallido suceso del hecho presunto, sino a la circunstancia que tal fallido suceso no depende de la culpa del destinatario.

"Se puede decir que, si la declaración no llega a conocimiento del destinatario, ella produce igualmente sus efectos, cuando este último no proporciona la prueba de su inculpabilidad.

"Esto significa que el hecho presunto continúa produciendo sus efectos también cuando falta la prueba de que no se ha verificado, también cuando, en otras palabras, cae la presunción.

"Esta desgracia frente al principio ortodoxo de la presunción significa que no se trata de una especie de presunción, sino de la

Si se destruye la presunción, debe entenderse que el destinatario no conoce la declaración.

- c).- Obsérvese que no basta acreditar el desconocimiento, sino que es necesario probar que existió imposibilidad de conocer, sin culpa del destinatario.

En esto se basa el argumento de la doctrina italiana moderna de que la llegada de la declaración a la dirección del destinatario crea una presunción de cognoscibilidad, en el sentido que con la llegada el destinatario está en la aptitud de conocer.

Si bien es cierto que puede destruirse la presunción probando la imposibilidad de conocer, no llevo a compartir este planteamiento por cuanto el artículo 1374 debe entenderse en función del artículo 1373, o sea que la presunción establecida por aquél está orientada a obtener el resultado buscado por éste, que es el efectivo conocimiento por el oferente de la aceptación. Cuando la presunción opera su consecuencia es que el destinatario conoce la declaración y no simplemente que tuvo posibilidad de conocerla.

Admitir esto último sería aceptar que el artículo 1374 acoge la teoría de la recepción, que es donde podría funcionar la presunción de cognoscibilidad, siendo así que dicho artículo sólo está destinado a permitir la aplicación del artículo 1373 que, como se ha visto, consagra la teoría de la cognición. En el artículo 1374 la recepción es el camino del conocimiento,

---

descripción de una situación exterior y perceptible que el legislador ha descrito como signo indicativo de otra situación interior e imperceptible, que es el conocimiento.

"Tal situación exterior es la cognoscibilidad de la declaración, cognoscibilidad dada por el hecho que la declaración, gracias al comportamiento del declarante, queda disponible al destinatario.

"Una vez que la declaración se ha hecho disponible, el destinatario no puede dejar de conocer".

en el sentido que el contrato se forma, no porque la aceptación ha sido recibida, sino porque se considera conocida.

La presunción del artículo 1374 es, pues, una presunción de conocimiento, con la única peculiaridad que se destruye, no con la prueba del simple desconocimiento, sino con la prueba adicional de que el desconocimiento se debe a la imposibilidad de conocer. Es un desconocimiento calificado.

Tan cierto es esto que, si no obstante su imposibilidad de conocer, el destinatario conoce de manera fortuita la declaración, no podrá invocar dicha imposibilidad para bloquear el funcionamiento de la presunción.

- d).- Consecuentemente, si el destinatario acredita que no pudo conocer, pero no llega a probar que ello fue sin su culpa, debe considerarse que opera la presunción.

Hay que tomar nota que se crea también una presunción de culpa, ya que hay que probar la ausencia de culpa, por lo cual debe considerarse que basta que la culpa sea leve, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 1329 del Código civil. Conjugando la presunción de conocimiento con la presunción de culpa, MESSINEO<sup>(10)</sup> propone que a esta última se le llame presunción de *ignorancia culposa*.

- e).- Similarmente, puede ocurrir que el destinatario pruebe que, sin su culpa, no conoció la declaración, pero no acredite que se encontró en la imposibilidad de conocerla.

Dado que la ausencia de culpa no supone necesariamente imposibilidad de conocer, ya que puede ocurrir que el destinatario actuando con la diligencia ordinaria no conoció la declaración, no obstante que existió una posibilidad, aunque remota, de conocerla, opera la presunción de conocimiento.

Este resultado no se condice con lo dispuesto por el artículo 1324 del Código civil, pero se aduce que el destinatario no sólo debe actuar con una diligencia ordinaria sino con

una diligencia especial orientada a conocer todas las declaraciones que llegan a su dirección, siempre que haya posibilidad de hacerlo.

f).- Según opinión de MICCIO<sup>(11)</sup>, en ningún caso el comportamiento de las partes provoca el resarcimiento del daño. La única sanción por el desconocimiento de la aceptación por parte del oferente es la conclusión del contrato.

Pero, ¿es ésta la única manera de entender el artículo 1374?

Supóngase que el aceptante no desea ya celebrar el contrato. ¿No podría él probar que el destinatario se encontró, sin culpa suya, en la imposibilidad de conocer su aceptación, con la finalidad de evitar que opere la presunción de conocimiento y que, por ello, se forme el contrato? Pienso que, aunque el artículo 1374 no lo permite, al indicar que la prueba corresponde al destinatario ("éste"), tal recurso no debe estarle vedado al aceptante, por la razón que más adelante expongo.

Por otro lado, es posible que el destinatario, no obstante haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocer la declaración, desee que se dé por celebrado el contrato. Bastaría para ello que no invoque su situación y que deje que la presunción de conocimiento opere.

SACCO<sup>(12)</sup> plantea que la imposibilidad de conocimiento sea entendida tanto en sentido subjetivo (referida sólo al destinatario) como en sentido objetivo (apreciable por cualquiera). Si se opta por la naturaleza objetiva de la imposibilidad, la declaración sería perfecta siempre que subsista el objetivo ingreso de ella en la esfera del destinatario, a no ser que esto se vea impedido por una fuerza mayor, operante fuera de la esfera estrictamente subjetiva del destinatario.

Este planteamiento permitiría que la imposibilidad de conocimiento fuera invocada por quien, con legítimo interés, tuviera conocimiento de ella, no quedando reservada la invocación a la voluntad exclusiva del destinatario.

La doctrina considera, con razón, que el artículo 1355 sólo es aplicable a los contratos que se celebran con falta de comunicación inmediata, pues cuando existe esta comunicación no hay solución de continuidad entre la recepción y el conocimiento, de tal manera que no cabe, o al menos es sumamente difícil, la ocurrencia de una imposibilidad que no permita al destinatario tomar conocimiento de la declaración en el momento en que la recibe.

La presunción de conocimiento opera automáticamente, de tal manera que si no se prueba la imposibilidad sin culpa, la declaración se considera conocida por el destinatario en el momento en que llegó a su dirección, sin necesidad de algo más. Esto no obsta para que se obtenga el mismo resultado en los siguientes casos:

- a).- Si se prueba que el destinatario, por culpa suya, no pudo conocer la declaración.
- b).- Si se prueba que el destinatario, aun sin su culpa, pudo conocer la declaración.

De esto cabe sacar como conclusión que el artículo 1374 establece una presunción de conocimiento que opera no sólo cuando el destinatario no prueba no haber podido conocer, sino también cuando se prueba que, por su culpa, se encontró en la imposibilidad de conocer, y cuando se prueba que pudo conocer.

La presunción de conocimiento da lugar a que la declaración se considere conocida en el momento en que llegue a la dirección del destinatario, lo cual tiene especial interés tratándose de la declaración de aceptación porque determinará el momento y el lugar de conclusión del contrato.

#### **5).- IMPOSIBILIDAD DE CONOCER, SIN CULPA DEL DESTINATARIO.-**

La imposibilidad, en su aspecto físico, "está circunscrita a lo que humanamente corresponde exigir de la actividad a la

cual está compelido el deudor, descartándose que el vocablo 'imposibilidad' deba tomarse en un sentido absoluto, correspondiendo a una situación extrema que resistiera todo género de esfuerzo"<sup>(13)</sup>. Es en este sentido que debe considerarse la imposibilidad de que trata el artículo 1374 del Código civil.

La carga de la prueba queda limitada a esto. El destinatario debe acreditar que razonablemente no le era posible conocer, sin tener que llegar al extremo de probar la imposibilidad absoluta. En el caso de las comunicaciones, la imposibilidad está referida al impedimento extraño a la esfera de la organización del destinatario o a su hecho voluntario<sup>(14)</sup>.

Sin embargo, esta imposibilidad no puede ser creada o fomentada por el destinatario, pues se exige no solamente que la imposibilidad de conocer la declaración exista sino también que el destinatario se encuentra en ella, sin su culpa. Por ejemplo, la doctrina pone el caso del empresario que recibe en su oficina de la ciudad una carta redactada en idioma extranjero que él desconoce. Es cierto que ese empresario no puede saber el contenido de la carta, pero ello ocurre por su culpa, ya que utilizando una ordinaria diligencia (que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar) puede hacerla traducir. Distinto sería el caso si la carta fuera recibida en un lugar aislado, donde no es posible recurrir a un intérprete.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1374:

- (1) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 223.
- (2) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 181.
- (3) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 328.
- (4) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 337.
- (5) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, "Manuale de Diritto privato", Giuffrè, Editore, Milano, 1978, pág. 487.
- (6) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 99.
- (7) Cita de BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 223. (1)
- (8) Loc. cit.
- (9) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 165.
- (10) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 329. (3)
- (11) MICCIO, Renato, op. cit. pág. 169. (9)
- (12) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 169. (2)

(13) SOTO NIETO, Francisco, "El caso fortuito y la fuerza mayor", Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pág. 81.

(14) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 224. (1)



**Artículo 1375.-** *La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Plazo de aceptación.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La primera referencia al tema está en el artículo 51 de la Ponencia original, que decía así:

**Artículo 51.-** *La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del término establecido por él o en el ordinariamente necesario por la naturaleza del negocio o según los usos.*

Este mismo texto se conservó en el artículo 57 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 55 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 21 de la tercera y cuarta Ponencias sustitutorias.

En la quinta Ponencia sustitutoria y en el Anteproyecto se modificó el texto del mismo artículo 21, que quedó así:

**Artículo 21.-** *La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del término establecido por él.*

El artículo 1392 del primer Proyecto conservó esta redacción, la cual fue variada ligeramente en el artículo 1340 del segundo Proyecto sustituyéndose la palabra "término" por la palabra

“plazo”. De allí pasó con el mismo texto al artículo 1375 del Código civil.

## 2).- PLAZO DE LA ACEPTACION.-

Ya se ha visto al comentar el artículo 1373 del Código civil que uno de los requisitos de la aceptación es que sea *oportuna* o, en otra palabra, *tempestiva*, esto es que debe ser hecha no solamente mientras se encuentra vigente la oferta, sino también a *tiempo*, o sea dentro del plazo fijado por el oferente o por la ley para que ella sea formulada.

El artículo 1375 regula el caso del plazo fijado por el oferente, disponiendo que la aceptación debe llegar a *conocimiento* del oferente dentro del plazo establecido por él.

Obsérvese que dicho artículo no distingue entre el plazo resolutorio y el suspensivo, de tal manera que debe aceptarse que se refiere a ambos. Esto determina que si el plazo es resolutorio, la aceptación no debe llegar a conocimiento del oferente *después* del vencimiento de dicho plazo, y si es suspensivo no debe llegar *antes* del vencimiento del mismo.

MICCIO<sup>(1)</sup> y MESSINEO<sup>(2)</sup> consideran que la falta de oportunidad debe ser evaluada objetivamente, o sea prescindiéndose de la culpabilidad del aceptante. Basta que la aceptación no sea tempestiva para que sea *ineficaz*, no produciendo efecto alguno como aceptación.

Consecuente con el principio de la cognición adoptado en el artículo 1373, el codificador ha establecido que la aceptación, para ser oportuna, debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo fijado por él. No cabe duda que, para este efecto, funciona la presunción de conocimiento contenida en el artículo 1374 del Código civil, con todas las particularidades examinadas al comentar dicho artículo.

Corresponde al aceptante adoptar diligentemente todas las

medidas del caso para lograr que la declaración de aceptación sea conocida por el oferente o llegue a su dirección dentro del plazo establecido. MIRABELLI<sup>(3)</sup> cita una jurisprudencia italiana según la cual aún cuando la intempestividad no sea imputable al aceptante y hasta cuando sea imputable al propio oferente, el contrato no se concluye. Resulta difícil entre nosotros aceptar este último extremo, tomando en consideración lo dispuesto por los artículos 1362 y 1374 del Código civil.

El plazo que señale el oferente debe ser determinado o determinable, esto es bien sea estableciendo un plazo de vigencia (durante tantos días) o un término de vencimiento (hasta tal día), o bien refiriéndolo a cierto acontecimiento, como puede ser el tiempo en que un funcionario desempeñe un cargo o el momento en que una nave arribe a puerto. No tiene sentido que el plazo sea indeterminado, porque con ello el oferente no obliga a nada al aceptante, salvo las consecuencias del artículo 1285 del Código civil.

#### **BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1375:**

- (1) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 156.
- (2) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 349.
- (3) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratto in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 56.

**Artículo 1376.-** *La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.*

*Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Cuestionamiento del artículo 1376.
- 3.- Declaración tardía.
- 4.- Declaración no conforme con la oferta.
- 5.- Rechazo de la oferta.
- 6.- La contraoferta.
- 7.- El aviso de eficacia.
- 8.- Aceptación parcial.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Los artículos 52 y 53 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:

**Artículo 52.-** Si la aceptación llegara tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios.

**Artículo 53.-** El oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé inmediato aviso al aceptante.

Estos dos artículos fueron unificados en uno en el primer Proyecto sustitutorio, cuyo texto quedó así:

**Artículo 58.-** La aceptación tardía y la oportuna que no es conforme a la oferta equivalente a una contraoferta.

Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé inmediato aviso al aceptante.

Esta redacción se conservó en el artículo 56 de la segunda Ponencia sustitutoria y en el artículo 22 de la tercera y cuarta Ponencias sustitutorias.

Ante una sugerencia de José LEON BARANDIARAN en el sentido de dar a la contestación que no sea conforme a la oferta igual tratamiento que a la aceptación tardía, el artículo 22 de la quinta Ponencia sustitutoria tuvo la siguiente redacción:

**Artículo 22.-** La aceptación tardía y la oportuna que no es conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso al aceptante.

El artículo 22 del Anteproyecto tiene pequeñas modificaciones en su primer párrafo, que dice así:

**Artículo 22.-** La aceptación tardía y la oportuna, que no sean conformes a la oferta, equivalen a una contraoferta.

El segundo párrafo quedó igual.

El artículo 1393 del primer Proyecto tuvo igual redacción que el artículo 22 de la quinta Ponencia sustitutoria, cambiando la palabra "es" por la palabra "sea", redacción que fue conservada por el artículo 1341 del segundo Proyecto y por el artículo 1376 del Código civil.

## 2).- CUESTIONAMIENTO DEL ARTICULO 1376.-

Inicialmente no advertí una importante inconsecuencia de este

artículo, impresionado sin duda por su notable abolengo (numeral 150 del Código civil alemán, artículo 1152 del Código civil argentino, artículo 1083 del Código civil brasileño, artículo 1326 del Código civil italiano, artículo 1137 del Código civil venezolano, artículo 456 del Código civil boliviano, artículo 1332 del Código civil peruano de 1936).

Se ha visto al comentar el artículo 1373 del Código civil que son requisitos para la validez de la aceptación que sea *congruente* con la oferta y que sea oportuna (llamada también *tempestiva*).

La *congruencia* de la aceptación significa que debe coincidir por completo con la oferta, o sea ha de tener el mismo contenido contractual que ella, ya que cualquier discrepancia, por pequeña que sea, determina que la declaración del destinatario de la oferta no tenga el carácter de aceptación ni, por ello, dé lugar a la formación del contrato. En tal sentido, el artículo 1359 del Código civil establece que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

La *oportunidad* o *tempestividad* de la aceptación es el requisito según el cual la aceptación debe llegar a conocimiento (real o presunto) del oferente durante la vigencia de la oferta o dentro del plazo establecido por el oferente. La declaración del destinatario de la oferta que no es oportuna o tempestiva, aun cuando sea totalmente congruente con la oferta, no es aceptación.

En estas condiciones, la declaración oportuna del destinatario de la oferta que no es conforme a ésta o la declaración del mismo que llega tardíamente a conocimiento del oferente, no pueden ser denominadas "aceptación", como lo hace el artículo 1376 del Código civil.

Tales declaraciones son, en realidad, rechazos implícitos de la oferta (ya se ha visto al comentar el artículo 1373, supra, Tomo II, pág. 247, que la falta de aceptación de la oferta es un rechazo tácito de la misma), que dan lugar a la caducidad de la oferta.

Resulta, pues, poco técnico considerar que existe una aceptación tardía o una oportuna que no sea conforme a la oferta, cuando lo cierto es que no ha habido aceptación y que se ha producido un rechazo de la oferta<sup>(\*)</sup>.

En el *Esboço* de Código civil brasileño redactado por TEIXEIRA de FREITAS<sup>(1)</sup> se da la solución correcta al decir en su artículo 1846 que se "reputará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificase en cualquier sentido...".

Por cierto, no existe inconveniente conceptual alguno para que se establezca que la declaración del destinatario conforme a la oferta que llega tardíamente a conocimiento del oferente o la declaración oportuna del mismo que no sea conforme a la oferta (no obstante constituir un rechazo de la oferta) equivalen a una contraoferta.

En tal sentido, el Código civil del Japón, si bien incurre en el error de reconocer la aceptación tardía (artículo 523) y la aceptación sujetando la oferta a una condición o con alguna otra modificación (artículo 528), tratándose de este último caso establece que se considera que el aceptante ha rechazado la oferta original y ha hecho una nueva oferta. MANRESA<sup>(2)</sup>, MESSINEO<sup>(3)</sup> y DIEZ-PICAZO<sup>(4)</sup> están doctrinariamente de acuerdo con esta última posición.

Como se ve, sólo se trata de una concepción defectuosa

---

(\*) SANCHEZ URITE<sup>(5)</sup> nos dice que "si nos encontramos frente a una oferta, o se la acepta o no se la acepta; pero de manera alguna se puede decir, hablando en correctos términos jurídicos, que la oferta se acepta con modificaciones; ni menos aún que las modificaciones al aceptarla son una nueva oferta; no se puede hablar de manera alguna de aceptación ante la presencia de una modificación, la oferta primitiva caduca por no haber sido aceptada y surge a la vida una nueva oferta, que al ser conocida por el primitivo oferente (ahora destinatario de esta nueva oferta) podrá aceptarla o no; si la acepta tal como le ha llegado, el contrato se perfecciona".

del artículo 1376 del Código civil peruano, pero que en el fondo no significa la inaplicabilidad de la regla contenida en el primer párrafo de dicho artículo, respecto a considerar las llamadas "aceptaciones" de que él trata como contraofertas.

Para que esto sea viable se requiere que la contraoferta o nueva oferta incorpore en sí misma la oferta original, sin agregarle nada tratándose de la declaración tardía, o agregándole las modificaciones en el caso de la declaración no conforme, de tal manera que sea una oferta completa susceptible de ser aceptada por el primitivo oferente, que se ha convertido en destinatario, mediante un simple "sí".

Lo que sí da lugar a serias reflexiones es el segundo párrafo del mismo artículo, que establece que, sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

El tercer párrafo del artículo 1326 del Código civil italiano dispone que el proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé aviso inmediatamente a la otra parte, y el quinto párrafo del mismo artículo establece que una aceptación no conforme a la propuesta equivale a nueva propuesta. Comentando este quinto párrafo, MESSINEO<sup>(6)</sup> dice que debe entenderse que se trata de una norma *derogable* por la voluntad del proponente, en el sentido que él puede renunciar a valerse del dispositivo (darle el tratamiento de nueva oferta) y tener por idónea para formar el contrato, una aceptación no conforme con la oferta. "Es una situación en la cual, agrega, el proponente puede resolverse a pasar sobre la exigencia que él, inicialmente, conceptuaba como esencial; en tal caso, el contrato se perfecciona, sin observancia de ella".

Me resulta difícil admitir que si la declaración tardía y la oportuna no conforme con la oferta significan el rechazo de ésta, se consideren esas declaraciones como eficaces, dándoles el carácter de aceptaciones. El resultado sería que la declaración tardía sería considerada aceptación oportuna y que la declaración

no conforme con la oferta sería considerada como una aceptación modificatoria de la oferta.

Sin embargo, puede aceptarse este resultado entendiendo que, por voluntad del oferente, el rechazo de su oferta, contenido en la declaración tardía y en la declaración no conforme con la oferta, da lugar a que su oferta se adecúe a esas declaraciones, prorrogándola lo suficiente en el primer caso para hacer que la declaración del destinatario sea una aceptación oportuna, y modificándola en el segundo caso para hacerla conforme a la declaración del destinatario, que adquiriría así el carácter de aceptación congruente.

Comprendo que esto es bastante forzado pero, por otro lado, es la única manera como puede hacerse viable la solución del artículo 1376 del Código civil, cuya finalidad es loable pues permite facilitar la formación del contrato.

### 3).- DECLARACION TARDIA.-

El Código civil de 1936, cuyo artículo 1335 adoptaba la teoría de la expedición, contemplaba la posibilidad de que una aceptación expedida oportunamente llegase tardíamente a conocimiento del oferente, dando como solución que se consideraba una declaración extemporánea, que no daba lugar a la formación del contrato.

El Código civil de 1984, al acoger la teoría de la cognición, evita este problema ya que la aceptación que llega real o presuntamente a conocimiento del oferente después de haber terminado la vigencia de la oferta o vencido el plazo fijado por el oferente, cualquiera que sea el momento en que ha sido declarada o expedida, no es oportuna y, por ello, pierde su carácter de aceptación.

Ya se ha visto que para los efectos de la intempestividad de la aceptación no se toma en consideración la culpabilidad del aceptante.

#### 4).- DECLARACION NO CONFORME A LA OFERTA.-

Tal como se ha comentado anteriormente, el principio contenido en el artículo 1359 del Código civil, según el cual no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria, determina que la coincidencia de la aceptación con la oferta deba ser absoluta, de tal manera que la menor diferencia entre una y otra da lugar a que no exista aceptación.

La doctrina<sup>(7)</sup> se inclina mayoritariamente en este sentido. Sin embargo, MICCIO<sup>(8)</sup> considera que la congruencia no debe ser absoluta y que es permitido distinguir entre condiciones que conciernen a la aceptación y condiciones que, si bien en algo son modificaciones con respecto a la oferta, no son suficientes para excluir la aceptación misma. ALBALADEJO<sup>(9)</sup>, en cambio, dice que en su opinión "no se trata de que la modificación introducida sea más o menos importante ni de que realmente no se llegue a rechazar positivamente nada de la oferta, sino sólo a agregar algún nuevo extremo al texto propuesto, sino que se trata de que no habiendo total acuerdo en el *íntegro texto definitivo*, no hay consentimiento, pues éste ha de ser completo, de forma que englobe todos los extremos (se entiende que son los esenciales o los secundarios)".

Participo plenamente de esta última opinión.

#### 5).- RECHAZO DE LA OFERTA.-

Se ha llegado anteriormente a la conclusión que la declaración tardía hecha respecto a la oferta y la declaración no conforme con ella constituyen un rechazo tácito de la oferta, con los mismos efectos de un rechazo expreso, lo que determina la caducidad de ésta.

Con el rechazo, la oferta deja, pues, de tener eficacia, sin que sea necesario, como dice MIRABELLI<sup>(10)</sup>, que el oferente la revoque.

Por otro lado, si el destinatario de la oferta, después de haber formulado una declaración introduciendo modificaciones en ésta, o sea rechazándola, deseara aceptar oportunamente la oferta tal como fue emitida, no podría hacerlo porque no existiría oferta y, consecuentemente, tal aceptación no daría lugar a la formación del contrato.

DIEZ-PICAZO<sup>(11)</sup> nos relata que este problema ha sido estudiado por la jurisprudencia inglesa, pudiendo plantearse de la siguiente manera: "TICIO ofrece venderle a CAYO una casa por el precio de cien mil pesetas; CAYO contesta al poco tiempo afirmando su voluntad de comprar pero fijando el precio en noventa mil pesetas. TICIO responde rechazando esta propuesta. Inmediatamente después CAYO comunica a TICIO que acepta la oferta primitiva, pero entonces TICIO alega que no existe contrato, pues entretanto el precio ha subido o ha encontrado un comprador en mejores condiciones". Dicho autor opina que la conducta de TICIO se encuentra plenamente justificada, desde que la modificación por el destinatario de la propuesta de contrato destruye la oferta inicial<sup>(\*)</sup>. La jurisprudencia francesa parece fijada en la misma posición, pero existe un fallo aislado de la

---

(\*) CORBIN<sup>(12)</sup>, si bien admite el efecto expresado en el texto, piensa que parece no existir una buena razón para negar al oferente el derecho de que su oferta se considere eficaz aun cuando sea rechazada o se formule una contraoferta. Plantea el caso de un oferente que al hacer su oferta dice: "esta oferta continuará abierta a su aceptación hasta que yo le notifique a usted lo contrario, aún cuando usted la rechace diariamente o me envíe numerosas contraofertas".

Se coloca también en la hipótesis que el destinatario desee conservar su facultad de aceptar la oferta no obstante formular una contraoferta, pero lo cual diría: "Sigo considerando su oferta; pero entretanto, estaría dispuesto a comprar la propiedad que me ofrece si usted reduce su precio en \$.500".

Considera CORBIN que en ambos casos deben respetarse los deseos expresados, respectivamente, por el oferente y por el destinatario. Me parece que el principio de la autonomía privada permitiría estas excepcionales situaciones.

Cámara civil de la Corte de Casación de 17 de junio de 1873 que se pronuncia en el sentido que la contraoferta no produce la caducidad de la oferta, la que continúa vigente. La doctrina francesa (AUBERT, WEILL, ESMEIN) no comparte el sentido de este fallo<sup>(12)</sup>.

## 6).- LA CONTRAOFERTA.-

El artículo 1376 dispone que la pseudoaceptación tardía y la pseudoaceptación oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

Expresándolo en otros términos, este artículo quiere decir que la declaración tardía del destinatario de la oferta y la declaración oportuna del mismo que modifica la oferta, cuyo efecto es el rechazo de ésta, reciben el tratamiento de una nueva oferta.

Refiriéndose al mismo ejemplo relatado en el rubro anterior, DIEZ-PICAZO<sup>(13)</sup> dice que las cosas habrían sucedido así: "Ha existido una primera oferta de TICIO, que no ha sido aceptada por CAYO y que en virtud de esta falta de aceptación debe entenderse como caducada. Ha existido también una segunda oferta, de CAYO, contra-oferta, que no ha sido aceptada por TICIO. Y, por último, ha habido una tercera oferta, también de CAYO, coincidente con la primera oferta de TICIO, pero que ahora ha sido rechazada por este último".

Para poder ser nuevas ofertas, la declaración tardía y la oportuna no conforme con la oferta deben cumplir con el requisito de contener la *intención de contratar*. No basta, pues, una declaración tardía conforme con la oferta ni una declaración oportuna no conforme con ella, sino que ambas declaraciones han de transmitir al oferente, expresa o tácitamente, el propósito de que mediante su aceptación se forme el contrato.

Aun cuando no estoy de acuerdo con la técnica del artículo 1376 del Código civil de hablar de aceptación tardía y de aceptación no conforme a la oferta, admito que con estas expresiones se pone de manifiesto la intención del destinatario de la oferta

de celebrar el contrato, porque si alguien acepta una oferta, aunque sea tardíamente o con modificaciones, es porque desea contratar.

Sin embargo, pienso que ésta no es la única manera de expresar la intención de celebrar el contrato, pues aún otorgando a la declaración tardía conforme con la oferta y a la declaración oportuna no conforme con ella el carácter de rechazo de la oferta, aquella intención puede quedar igualmente de manifiesto si la ley confiere a tales declaraciones la calidad de contraofertas.

En efecto, tal como dice CORBIN<sup>(14)</sup>, la diferencia entre el simple rechazo de la oferta y la contraoferta es que esta última, si bien es también un rechazo, tiene algo más, que es el proponer la celebración del contrato, bien sea en los mismos términos de la oferta primitiva, cuando se trata de la declaración tardía, o bien en tales términos con las modificaciones propuestas por el destinatario, en el caso de tratarse de la declaración no conforme con la oferta.

Si la ley dispone que la declaración tardía conforme a la oferta y la declaración oportuna no conforme a la oferta constituyen una contraoferta, no hay duda que si los declarantes, sabiendo ésto, formulan sus declaraciones están admitiendo que ellas van a producir ese efecto, con lo cual están admitiendo también su intención de contratar.

Como se ha visto anteriormente, la contraoferta produce el efecto de invertir los papeles, convirtiéndose el primitivo destinatario en oferente y el primitivo oferente en destinatario, de tal manera que el contrato se formará en virtud de un nuevo acto de voluntad y no en virtud de la primera declaración<sup>(15)</sup>.

Esta inversión de papeles, si bien no tiene mayor importancia en los contratos que se celebran cuando las partes se encuentran en el mismo lugar, cobra gran relieve cuando ellas lo están en lugares distintos, pues el contrato se considerará concluido, no en el lugar en que el primitivo oferente toma conocimiento de la aceptación de su oferta, sino en el lugar en que el contraoferente toma conocimiento de la aceptación que formule

el primitivo oferente, con las posibles consecuencias que, en cuanto a la ley aplicable, ello puede traer.

## 7).- EL AVISO DE EFICACIA.-

Se ha visto en el rubro 2) de este comentario que el segundo párrafo del artículo 1376 dispone que el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se hace con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

También se ha visto en el mismo rubro cual es el verdadero sentido que corresponde dar a esa consideración de eficacia.

El requisito que señala la ley para que sea eficaz la declaración tardía o la que se hace con modificaciones, es que se dé inmediato aviso al declarante.

Considera MIRABELLI<sup>(16)</sup> que, en este caso, la conclusión del contrato no está subordinada a la declaración del oferente ni, menos aún, a la recepción de esta declaración por el aceptante. El contrato se perfecciona, dice este autor, en el momento en que la aceptación llega al oferente y por la sola circunstancia que éste "*considere*" eficaz la aceptación y, consecuentemente, concluido el contrato. Esto es resultado, agrega, del ejercicio de una *facultad* de parte del oferente; pero tal facultad está subordinada a un *deber*, que consiste en dar inmediato aviso al aceptante. Donde el aviso no sea emitido inmediatamente, el contrato se da por no concluido; la facultad, en efecto, ha sido mal ejercitada y el comportamiento del oferente no produce el efecto previsto por la ley.

Entiendo la opinión de MIRABELLI en el sentido que basta la decisión del oferente para dar eficacia a la aceptación, constituyendo el aviso al aceptante sólo el cumplimiento de un deber de información *a posteriori*.

Me resulta difícil compartir esta opinión, aunque admiro su

agudeza. Pienso que si el aceptante (en realidad, sólo pseudoaceptante) sabía que su aceptación era tardía o que no era conforme a la oferta, sabía también que ella normalmente no iba dar lugar a la formación del contrato y sólo sería considerada como una contraoferta. El hecho, en cierto modo excepcional, que el oferente convierta esa aceptación en eficaz, dando lugar a la formación del contrato, no puede ocurrir sin conocimiento del aceptante, pues de otra manera estaría siendo parte de un contrato cuya existencia ignora.

Por la misma razón que el aceptante debe conocer que su contraoferta ha sido aceptada para que se forme el contrato, debe conocer también que esa misma declaración ha dado lugar a la formación del contrato sin necesidad de aceptación.

Si el Código civil peruano adopta la teoría de la cognición, ello es porque considera que ambas partes deben saber que el contrato se ha celebrado. Resultaría incongruente que paralelamente admitiera que se forme el contrato cuando solamente el oferente conoce este hecho, ignorándolo el aceptante. Es cierto que el pseudoaceptante sabía la existencia de una posibilidad de que su aceptación tardía o no conforme a la oferta fuera considerada eficaz por decisión exclusiva del oferente, pero ello no obsta para que esa posibilidad no pueda convertirse en realidad sin su conocimiento.

Creo, pues, que es requisito indispensable para que la declaración de eficacia de la aceptación tardía o de la no conforme a la oferta tenga validez que ella sea conocida por el aceptante. Si esto no ocurre, la decisión del oferente no produce efecto alguno.

Sin embargo, lo que debe ponerse en conocimiento del aceptante no es que su contraoferta ha sido aceptada, lo que determinaría que el contrato se concluyera en el momento y en el lugar en que conoce tal hecho, sino que, por permitirlo expresamente la ley, su aceptación ha sido considerada eficaz, o sea que por decisión del oferente el contrato ha quedado formado, lo que determina que esto ocurra en el momento y en el

lugar en que se tomó esa decisión. Entiendo que este es el propósito del segundo párrafo del artículo 1376, para evitar que cambie el momento y sobre todo el lugar de celebración del contrato.

#### 8).- ACEPTACION PARCIAL.-

Otro caso de aceptación de la oferta con modificación de ésta es el de la aceptación parcial. Para ello se requiere que la oferta sea divisible, bien en cuanto a los actos jurídicos cuya celebración propone o bien en cuanto a los bienes sobre los que versa.

Constituye aceptación parcial la que se hace respecto de una parte de la oferta, rechazando el resto, de tal manera que la aceptación no coincide con la oferta, aunque sin dejar de ser congruente con ésta.

Tómese el caso planteado por MANRESA<sup>(17)</sup> según el cual mediante una oferta se propone la compraventa de un inmueble y el arrendamiento de otro. Si ambos actos jurídicos son absolutamente separables por voluntad del oferente, puede el destinatario aceptar la compraventa del inmueble y rechazar el arrendamiento del otro.

Lo mismo ocurriría si se tratara de una oferta de compraventa de varios bienes, que no forman un juego o conjunto. El destinatario podría aceptar la compraventa de algunos bienes y no de otros.

Obsérvese que en ambos ejemplos la aceptación, no obstante ser parcial, es congruente con la oferta, en el sentido que es compatible con ella, desde que, por la naturaleza de la oferta, es posible aceptar parte de ella y dejar de hacerlo respecto del resto, siempre que esté implícita la voluntad del oferente de admitir un rechazo parcial.

Esta voluntad puede manifestarse a través de la manera cómo es hecha la oferta. Si alguien ofrece la compraventa de varias

cosas iguales a un precio unitario por cada una, cabe presumir que está dispuesto a vender sólo algunas de esas cosas. En cambio, si señala un sólo precio por la totalidad de las cosas, debe entenderse que está únicamente dispuesto a vender todas ellas.

Se presenta con cierta frecuencia otro caso que, siendo muy parecido a los ejemplos antes mencionados, presenta alguna diferencia con ellos. Supóngase que el oferente propone vender hasta tal número de cosas iguales a un precio unitario por cada cosa. Aquí es evidente que la voluntad del oferente es dejar al libre arbitrio del destinatario la elección del número de cosas que desee comprar.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1376:

- (1) ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 72.
- (2) MANRESA y NAVARRO, José María, "Comentarios al Código civil español", Reus S.A., Madrid, 1967, Tomo VIII, Volumen II, pág. 515.
- (3) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 340.
- (4) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 199.
- (5) SANCHEZ URITE, Ernesto A., "La oferta de contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 177.
- (6) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 341. (4)
- (7) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 767; FERREYRA, Edgard A., "Principales efectos de la contratación civil", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 102; MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 340 (4); SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 71.
- (8) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 154.

- (9) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1958, Tomo II, Volumen I, pág. 321.
- (10) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratto in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 58.
- (11) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 199. (5)
- (12) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 247.
- (13) CORBIN, Arthur Linton, "Corbin on contracts", West Publishing Co., St. Paul, 1952, pág. 139.
- (14) DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 199. (5)
- (15) CORBIN, Arthur, op. cit., pág. 138. (13)
- (16) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 94.
- (17) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 56. (10)
- (18) MANRESA y NAVARRO, José María, op. cit., Tomo VIII, Volumen II, pág. 516. (3)

**Artículo 1377.-** *Son válidas las ofertas alternativas hechas a un mismo destinatario. La aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas da lugar a la formación del contrato respecto a la cual el destinatario haya expresado su aceptación.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Ofertas alternativas.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El tema fue tratado por primera vez en la primera Ponencia sustitutoria, cuyo artículo 59 decía así:

**Artículo 59.-** *Son válidas las ofertas alternativas hechas a un mismo destinatario. La aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas dará lugar a la formación del contrato respecto al cual el destinatario haya expresado su aceptación.*

El texto pasó sin modificaciones al artículo 57 de la segunda Ponencia sustitutoria, al artículo 23 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias, al artículo 23 del Anteproyecto, al artículo 1394 del primer Proyecto, al artículo 1342 del segundo Proyecto y al artículo 1377 del Código civil, en este último con el único cambio de la expresión "al cual" por "a la cual".

### 2).- OFERTAS ALTERNATIVAS.-

No existe inconveniente conceptual alguno para que el oferente formule varias ofertas distintas al mismo destinatario, caso

en el cual el destinatario puede aceptar una, algunas o todas las ofertas, formándose tantos contratos cuantas ofertas hayan sido aceptadas.

Caso distinto es aquél en el que el oferente formula también varias ofertas al mismo destinatario, pero con la indicación que ellas son alternativas, lo que determina que el destinatario tenga que elegir sólo una de las ofertas, cuya aceptación da lugar a que queden automáticamente rechazadas las demás<sup>(1)</sup>.

En este caso, el artículo 1377 dispone que la aceptación de cualquiera de las ofertas alternativas da lugar a la formación del contrato respecto a la oferta a la cual el destinatario haya expresado su aceptación.

Por ejemplo, el oferente indica al destinatario que le ofrece venderle un automóvil, arrendarle una casa o darle en mutuo una cantidad de dinero, con la indicación que estas ofertas son excluyentes entre sí, de tal manera que la aceptación de una de ellas deja sin efecto las demás. Según el citado artículo, la aceptación de la oferta de arrendamiento da lugar a la formación del respectivo contrato, caducando las ofertas relativas a los contratos de compraventa y mutuo.

Teóricamente es posible que se permita al destinatario elegir varias ofertas, como ocurriría si en el ejemplo antes mencionado se le da la oportunidad de celebrar dos de los tres contratos propuestos.

MESSINEO<sup>(2)</sup> opina que la declaración conteniendo la elección hecha por el destinatario vale como cualquier otra aceptación y tiene plena eficacia jurídica.

Hasta ahora se han contemplado casos en que la alternatividad de las ofertas ha sido expresamente manifestada por el oferente. Cabe preguntarse si la alternatividad puede resultar tácitamente de la propia oferta.

Supóngase que el oferente propone al destinatario venderle

una casa o arrendársela. Es evidente que ambos contratos son excluyentes entre sí, desde que la celebración de uno cualquiera de ellos hace inviable la del otro. Pienso que se trataría de una oferta alternativa aun cuando el oferente no lo manifestara así.

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1377:

- (1) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 769.
- (2) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 317.

**Artículo 1378.-** *No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Atingencia al artículo 1378.
- 3.- Forma requerida por el oferente.
- 4.- Consecuencia de la inobservancia de la forma.
- 5.- Liberación por el oferente.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 55 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

**Artículo 55.-** Cuando el oferente requiere para la aceptación una forma determinada, no tendrá efecto si fuese dada en forma distinta.

El artículo 60 de la primera Ponencia sustitutoria cambió únicamente la expresión "en forma distinta" por la expresión "de modo distinto".

Igual redacción, sustituyendo sólo la palabra "efecto" por "efectos", tienen el artículo 58 de la segunda Ponencia sustitutoria, el artículo 24 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

Atendiendo una sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo I de la Pontificia Universidad Católica del Perú formado por los señores Jorge OSSIO, Antoniella CAVALIERI, Azucena SOLARI, José CHUECA y Víctor ZAR, el artículo 1395 del primer Proyecto tuvo el siguiente texto:

**Artículo 1395.-** No tendrá efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

Para respetar la orientación adoptada por la Comisión Revisora de redactar todas las normas del Código en tiempo presente, el artículo 1343 del segundo Proyecto repitió el texto del artículo 1395 del primer Proyecto, sustituyendo la palabra "tendrá" por "tiene". De allí pasó la redacción al artículo 1378 del Código civil.

## **2).- ATINGENCIA AL ARTICULO 1378.-**

Puede hacerse a este artículo una crítica adversa similar a la hecha al artículo 1376, pues si la aceptación que no observa la forma requerida por el oferente no tiene efectos, o sea es ineficaz, constituye una falta de aceptación que tiene el carácter de rechazo implícito de la oferta.

Sin embargo, la misma solución dada al artículo 1376 puede darse al artículo 1378.

## **3).- FORMA REQUERIDA POR EL OFERENTE.-**

Conviene determinar si la expresión "forma" utilizada en el texto del artículo 1378 debe ser entendida en sentido estricto, o sea el de formalidad, o en sentido amplio, esto es equivalente a manera.

En el primer sentido la forma significa los requisitos formales que debe reunir la declaración para tener eficacia como tal, o, como dice CASTRO<sup>(1)</sup>, la observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de voluntad. En este sentido son formas la exigencia del uso del documento, de la escritura pública, de la certificación notarial, de fórmulas solemnes, de medios de comunicación determinados, como la carta certificada, etc.

En su sentido amplio la forma es simplemente, también con

palabras de CASTRO, lo que sirve para expresar lo querido, esto es la manera de hacerlo. Quedarían comprendidos en el sentido amplio de forma la expresión de la voluntad a través de un comportamiento, la exigencia de la ejecución de la prestación materia del contrato propuesto, la necesidad de que la declaración fuera personal y no por medio de representante, o viceversa, la exigencia que la comunicación sea dirigida a determinada persona distinta del oferente o que se haga mediante una declaración no recepticia, etc. Lo que no está permitido es que se establezca el silencio como forma impuesta unilateralmente.

Pienso que la forma a que se refiere el artículo 1378 debe ser entendida en sentido amplio, por lo cual el oferente puede requerir que la oferta sea manifestada de la manera establecida por él, siempre, desde luego, que esa manera sea lícita (no lo sería, por ejemplo, si atentara contra las buenas costumbres).

Considera CORBIN<sup>(2)</sup> que el oferente tiene amplia libertad para establecer el exclusivo modo de aceptación, no importando cuan irrazonable o difícil pueda ser el indicado modo, si es que el oferente expresa claramente su intención de excluir otros medios de aceptación. En tal sentido, llega a afirmar que mientras más irrazonable aparezca el modo exclusivo, más improbable es que sea desestimado por los tribunales.

MIRABELLI<sup>(3)</sup> nos relata que ha dado lugar a vivas discusiones, en tema de forma, la exigencia del uso del medio telegráfico, cuando en el telegrama de aceptación se indica, como es frecuente, que "sigue carta". Algunos opinan que si el telegrama expresa una aceptación, tiene pleno valor como tal; mientras que otros estiman que el telegrama es únicamente una fase de la tratativa, que se concluirá con la recepción de la carta de aceptación. En realidad, como lo dice el mismo autor, se trata de una cuestión de hecho porque en cada caso particular hay que determinar si del texto del telegrama resulta una sustancial aceptación o sólo un acto no definitivo, que no compromete.

Desde luego, si el oferente no impone una determinada forma de aceptación, cualquier forma que sea razonable y suficientemente indicativa de la voluntad del aceptante será adecuada.

#### 4).- CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA DE LA FORMA.-

El artículo 1378 establece que no tiene efectos de aceptación la que se formule sin observarse la forma prescrita por el oferente. Esto quiere decir que la declaración es válida como tal pero ineficaz como aceptación.

Comentando el cuarto párrafo del artículo 1326 del Código civil italiano, que dispone que cuando el proponente requiere para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si fuese dada en forma distinta, MIRABELLI<sup>(4)</sup> sugiere que la aceptación no formal sea considerada una nueva oferta. Una sugerencia similar hizo el Grupo de Trabajo I al que me he referido en el sub-rubro "Antecedentes de este artículo" que precede.

Si bien esta última sugerencia no fue acogida por la Comisión Reformadora, no cabe duda que es una solución muy atractiva pues permitiría al oferente aceptar la declaración informal y dar lugar a la formación del contrato. Es más, creo que utilizando un poco de imaginación esta solución puede ser actualmente amparada por nuestro Código civil.

En efecto, no es fuera de razón considerar que la seudoaceptación que no observa la forma requerida por el oferente es una declaración oportuna que no es conforme a la oferta, desde que el requerimiento de la forma es parte de la oferta. Claro es que en un caso se trata del contenido de la declaración y en el otro de la forma de la misma; pero la realidad es que la oferta propone que la aceptación tenga un contenido y requiere que ella observe una forma adecuada, de tal manera que en ambos casos (seudoaceptación con modificaciones y seudoaceptación informal) se trata de una disconformidad con lo que plantea la oferta. En estas condiciones, por aplicación del artículo 1376, cabe admitir que la seudoaceptación informal sea considerada como una contraoferta.

Aún más, dicha asimilación permitiría la aplicación del segundo párrafo del artículo 1376.

## 5).- LIBERACION POR EL OFERENTE.-

Surge la duda respecto a si el oferente puede dispensar la exigencia de la forma y considerar válida la declaración informal del destinatario.

GENOVESE<sup>(5)</sup> opina que la regla establecida por el oferente, según la cual subordina la conclusión del contrato a la utilización —por la aceptación— de una forma determinada, no queda a la libre disponibilidad del oferente, por haber adquirido un carácter impersonal y objetivo, en cuanto dicha regla concierne al proceso formativo del contrato.

Considera MICCIO<sup>(6)</sup> que no se atribuye a la expresión "requiere" utilizada en el cuarto párrafo del artículo 1326 del Código civil italiano un valor de irrevocabilidad que la ley no le ha conferido, y que más bien debe ser interpretado en el sentido que tal requerimiento vale mientras sea mantenido firme, pero que puede devenir ineficaz no sólo por un arrepentimiento del oferente después de la aceptación, sino también antes que ésta sea manifestada permitiendo al futuro aceptante utilizar una forma más simple.

MESSINEO<sup>(7)</sup>, por su parte, da las siguientes razones para contradecir la posición de GENOVESE:

- a).- La renuncia del oferente facilita la formación del contrato, encontrándose tal resultado en la línea del *principio de conservación* del contrato;
- b).- El interés del destinatario es en el sentido de la mayor simplicidad posible y libertad de la forma de aceptación, y no al contrario; no se entiende, por ello, por qué estaría prohibido al oferente renunciar a la observancia, por parte del destinatario, de una forma más rigurosa.
- c).- La norma en examen atribuye al oferente (y solamente a él) un poder (poder legal); y es arbitrario, y constituiría un añadido a la ley, hacer descender de tal poder un correspondiente

deber de omisión de él: esto es, aquél de abstenerse de la renuncia a dicho poder, que, después de todo, no conduce a otro resultado que restituir vigor al sistema legislativo de la libertad de forma.

- d).- Un nexo entre el cuarto párrafo del artículo 1326 del Código civil italiano (cuando el proponente requiere para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si fuese dada en una forma distinta) y el quinto párrafo del mismo artículo (una aceptación no conforme a la propuesta equivale a nueva propuesta) debe entenderse en el sentido que ambos (y no uno) son los medios para conseguir idéntico resultado: aquél de prohibir la celebración del contrato.

Coincidiendo con MICCIO y MESSINEO pienso que nada impide que el oferente se desista de su exigencia de exigir al destinatario la observancia de determinada forma, lo cual permitiría, si se otorga a la seudoaceptación que no guarda la forma requerida por el oferente el mismo tratamiento que a la seudoaceptación oportuna que no es conforme a la oferta, la aplicación del segundo párrafo del artículo 1376, de la manera sugerida al comentar dicho segundo párrafo.

En consecuencia, debe entenderse que, por voluntad del oferente, su oferta puede dejar de conservar la exigencia de observarse la forma inicialmente requerida por el oferente, lo que permite a éste considerar la declaración informal del destinatario como una aceptación congruente con la oferta y permitir la formación del contrato en el momento y en el lugar en que conoce dicha aceptación.

Desde luego, sería necesario que el oferente avisare de inmediato al aceptante que su aceptación ha sido considerada eficaz, siendo requisito para la formación del contrato que el aceptante conozca el aviso.

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1378:

- (1) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 278.
- (2) CORBIN, Arthur Linton, "Corbin on contracts", West Publishing Co., St. Paul, 1952, pág. 136.
- (3) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 55.
- (4) Loc, cit.
- (5) Cita de MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 336.
- (6) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 136.
- (7) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 336. (5)



**Artículo 1379.-** *En las ofertas cruzadas, el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Ofertas cruzadas.

### **1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-**

El primer antecedente de este artículo es una sugerencia planteada por la Comisión de Trabajo I de la Pontificia Universidad Católica del Perú formada por los señores OSSIO, CAVALIERI, SOLARI, CHUECA y ZAR, la cual fue recogida por el artículo 1396 del primer Proyecto, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 1396.-** En las ofertas cruzadas, el contrato sólo se perfecciona con la aceptación de una de ellas.

Esta redacción, suprimiendo la palabra "sólo", se conservó en el artículo 1344 del segundo Proyecto y en el artículo 1379 del Código civil.

### **2).- OFERTAS CRUZADAS.-**

Se consideran ofertas cruzadas las formuladas simultáneamente por dos o más partes proponiendo la celebración entre ellas de un mismo contrato. Por ejemplo, "A" ofrece venderle a "B" un automóvil determinado por un cierto precio y simultáneamente "B" ofrece a "A" comprarle el mismo automóvil por igual precio.

Esta situación, si bien es poco frecuente, tiene importancia en el campo teórico para determinar la posición del Código civil respecto al proceso de formación del contrato. Para ello, hay que considerar que el artículo 1373 de dicho Código opta por la teoría de la cognición.

No obstante que TUHR<sup>(1)</sup>, pese a considerar que ninguna de las declaraciones constituye oferta o aceptación, opina que el contrato se perfecciona siempre que las declaraciones se emitan en presencia de ambas partes, pienso que el problema se presenta tanto en los contratos que se celebran con comunicación inmediata como en los que falta dicha comunicación.

En efecto, no se trata de que en el primer caso las partes conocen de inmediato ambas declaraciones y en el segundo no, sino que tomando en consideración de que en ambos casos para la formación del contrato se requiere que las partes conozcan la existencia de las declaraciones, es preciso determinar si este conocimiento es suficiente o se requiere, además, que haya una secuencia entre oferta y aceptación, en el sentido que la primera debe preceder necesariamente a la segunda.

La doctrina está claramente dividida.

Por un lado, SACCO<sup>(2)</sup> considera que no existe una regla general que imponga que las declaraciones contractuales deban ser diferenciadas en oferta y aceptación, de tal manera que, como es fácil de hallar en la jurisprudencia italiana, en la hipótesis de ofertas cruzadas, el contrato queda concluido apenas lleguen ambas a destino. PUIG BRUTAU<sup>(3)</sup> participa de esta opinión por las razones que se exponen en la nota a pie de página<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) PUIG BRUTAU argumenta así: "Hemos dicho que la oferta y la aceptación constituyen dos manifestaciones de voluntad cronológicamente sucesivas y la primera determinante del contenido de la segunda. Pero se ha presentado el problema de saber qué debe suceder cuando las manifestaciones de las partes no aparecen en la forma normal de oferta y aceptación, sino ambas como ofertas, esto es, como declaraciones independientes que se han cruzado,

En cambio, CARRESI<sup>(4)</sup> es de opinión que no es suficiente la congruencia de las declaraciones de las partes, sino que para dar vida al contrato se requiere que tales declaraciones sigan el orden fijado por la ley. En igual sentido se pronuncia SANCHEZ URITE<sup>(5)</sup>. PLANIOL y RIPERT<sup>(6)</sup> entienden que el fundamento verdadero del sistema de formación del contrato consiste en la necesidad práctica de que el oferente conozca la aceptación y en que, por consiguiente, hasta ese momento deberá conside-

---

pero que por su contenido se complementan tan perfectamente como podría hacerlo en el caso de haber sido formuladas como oferta seguida de aceptación. Así, cuando A ofrece la venta de un objeto que le pertenece por un precio determinado, mientras B le ofrece comprar el mismo objeto por el mismo precio, se discute si queda perfeccionado el contrato de venta correspondiente.

"Desde un punto de vista estrictamente analítico se ponen reparos a la solución afirmativa. Si de la aceptación se tiene el criterio de que sólo puede consistir en manifestar que se admite y aprueba una oferta recibida y si del consentimiento tenemos el criterio rígido de que sólo se manifiesta por el concurso sucesivo de una declaración de voluntad llamada oferta y de otra declaración de voluntad llamada aceptación, proferida ésta después de conocida la primera, parecerá necesario llegar a la conclusión de que dos ofertas cruzadas en el sentido indicado no pueden perfeccionar un contrato. Adviértase que, precisamente en el caso de que así fuese, quedaría demostrado que el contrato no consiste en la coincidencia de dos voluntades internas. La oferta de A de vender determinado objeto por cierto precio a B, y la oferta declarada por B, antes de conocer la de A, de comprar a éste la misma cosa por igual cantidad, demuestran que la intención del uno coincide con la del otro. Podrá objetarse que, en el caso de ofertas transmitidas a distancia (que es cuando alguna vez se ha presentado el problema), falta el conocimiento de dicha coincidencia. Pero si esta circunstancia debiera impedir el nacimiento del contrato, todavía demostraría con más fuerza que el contrato se funda esencialmente en la necesidad de proteger la confianza que cada parte puede depositar en la declaración de la otra.

"Por todo ello estimamos que la más efectiva formulación del problema debe hacerse en los siguientes términos: ha de resolverse si queda vinculado por su declaración quien recibe del destinata-

rar el negocio en suspenso, lo que les impide admitir que un contrato quede formado cuando dos ofertas rigurosamente concordantes se cruzan en el camino, mientras una de ellas no haya sido aceptada. CORBIN<sup>(7)</sup> cree que esta posición es lógica y consistente con la teoría que el contrato existe sólo cuando una de las partes ha sido inducida a aceptar y confiar en la promesa hecha por la otra.

Si para la formación del contrato se requiere que el oferente tome conocimiento de la aceptación, parecería que en las ofertas cruzadas debidamente recibidas y conocidas por ambos oferentes el contrato se forma por partida doble, pues tanto "A" como "B" saben que sus respectivas voluntades declaradas coinciden.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que el contrato no es sólo una coincidencia de dos declaraciones de voluntad, sino que una de estas declaraciones debe ser la consecuencia de la otra a fin de que la segunda constituya la declaración conjunta de la voluntad común.

Recuérdese que la formación del contrato responde a un *procedimiento* en el que existe una oferta y una aceptación, siendo necesario que aquélla preceda a ésta<sup>(\*)</sup>. Es posible que ésta

---

rio de su oferta otra oferta cuyo contenido demuestra un interés coincidente con la aceptación. Todo el cuidado con que ha de ser resuelto semejante problema, especialmente por lo que se refiere a la determinación del momento y del lugar de la celebración del contrato, podrá ser debidamente atendido si queda planteado con un criterio valorativo de los intereses en pugna y no en términos propios de la jurisprudencia de conceptos".

- (\*) Al respecto dice CARRESI<sup>(8)</sup> lo siguiente: "En el contrato, a diferencia de lo que ocurre en otros actos plurisubjetivos, el acuerdo no se consuma en la constatación de la concorde voluntad de las partes de realizar un determinado arreglo de sus intereses, como ocurriría si, por ejemplo, "A" y "B" se comunicaran sin concierto previo de estar dispuesto el uno de vender al otro un determinado bien por un determi-

sea una construcción caprichosa de la ley, pues bien se pudo teóricamente adoptar un procedimiento distinto, pero lo cierto es que el mecanismo de la secuencia de oferta y aceptación existe, siendo preciso respetarlo.

FRIED<sup>(9)</sup> opina que las dos opciones son posibles, por lo que se justifica que se promulgue una regla que decida cual debe aplicarse. El artículo 1379 del Código civil cumple esa misión, estableciendo que en las ofertas cruzadas el contrato se concluye con la aceptación de una de ellas, adoptando una posición consecuente con el procedimiento establecido por el artículo 1373 del mismo Código.

La solución satisface una necesidad práctica. Si se aceptara que el mutuo conocimiento de las ofertas cruzadas determina la formación del contrato, podría no haber problema respecto al momento en que esto ocurre, que sería cuando ambas conocen las respectivas declaraciones, pero sí con relación al lugar en que el contrato queda concluido, ya que los conocimientos se producen en diversos lugares.

Según el sistema adoptado por el Código civil, si sólo una de las ofertas cruzadas fuera aceptada, el momento y el lugar de conclusión del contrato serán aquéllos en que la aceptación llegue a conocimiento del oferente cuya oferta ha sido aceptada. Si ambas ofertas recibieran aceptación, el contrato se formará en el momento y en el lugar en que primero se conozca, por el respectivo oferente, una de las aceptaciones.

---

nado precio y el otro de estar dispuesto a adquirirlo por el precio que aquél le pide, debiendo sus declaraciones o sus comportamientos expresivos de su consenso seguir un orden preciso, caracterizado cabalmente por el sometimiento de un proyecto de reglamento negocial de parte de uno al otro y por la adhesión de este último a aquel proyecto. Solamente de este modo es posible establecer el momento y el lugar de formación del contrato, que en nuestro ordenamiento es el momento y el lugar en que el proponente conoce la aceptación.

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1379:

- (1) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II<sup>2</sup>, pág. 137.
- (2) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 232.
- (3) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 208.
- (4) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 754.
- (5) SANCHEZ URITE, Ernesto A., "La oferta de contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 89.
- (6) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 220.
- (7) CORBIN, Arthur Linton, "Corbin on contracts", West Publishing Co., St. Paul, 1952, pág. 94.
- (8) CARRESI, Franco, op. cit., Tomo II, pág. 752.(4)
- (9) FRIED, Charles, "Contract as promise", Harvard University Press, Cambridge, 1981, pág. 53.

**Artículo 1380.-** *Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluído en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Inicio de ejecución.
- 3.- Supuestos de aplicación del artículo 1380.
- 4.- Efectos del inicio de ejecución.
- 5.- Momento y lugar de formación del contrato.
- 6.- El aviso del inicio de ejecución.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 56 de la Ponencia original, inspirándose muy de cerca en el artículo 1327 del Código civil italiano, tenía la siguiente redacción:

**Artículo 56.-** *Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza del negocio o según los usos, la prestación haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluído en el momento y en el lugar en que comenzó la ejecución.*

El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del comienzo de la ejecución y, en su defecto, quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

En la respectiva Exposición de Motivos se indica que este dispositivo se ha puesto en aquellos casos especiales en que, según la naturaleza del negocio o de los usos, la aceptación tiene carácter tácito y se concreta con la ejecución del contrato.

Tal redacción se respetó en el artículo 61 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 59 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 25 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1397 del primer Proyecto.

Con el sólo cambio de la palabra "negocio" por "operación" y de la palabra "comienzo" por "inicio" se respetó el indicado texto en el artículo 1345 del segundo Proyecto y en el artículo 1380 del Código civil.

## 2).- INICIO DE EJECUCION.-

La esencia del artículo 1380 es que el contrato queda concluído en el momento y lugar en que comenzó la ejecución.

La doctrina extranjera, especialmente la italiana, duda sobre el carácter jurídico que tiene este comienzo de ejecución.

Consideran algunos<sup>(1)</sup> que se trata de una aceptación tácita, mientras que otros<sup>(2)</sup> piensan que es un *hecho concluyente*, que no es otra cosa que una declaración expresada con medios distintos que la palabra. CAMPAGNA<sup>(3)</sup> opina que se está en presencia de un *negocio de actuación*, entendido como la expresión del querer del ejecutante a través de un comportamiento o actuación, en tanto que los seguidores de SCIALOJA<sup>(4)</sup> afirman que es una manifestación de índole distinta de la declaración, incompatible con la naturaleza negocial de la aceptación.

En realidad, tras esta pluralidad de posiciones se oculta un cuestionamiento que puede expresarse en términos más sencillos ¿El comienzo de ejecución es una manifestación (expresa o tácita) de voluntad del destinatario aceptando la oferta o es el

ejercicio de un poder de formar el contrato sin exteriorizar la voluntad?

Trataré de explicar mejor estos dos planteamientos, partiendo del presupuesto necesario de que nos encontramos en presencia de un contrato cuya peculiaridad es que a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del destinatario de la oferta haya de ejecutarse sin respuesta previa.

En ambos planteamiento se da el denominador común de que el oferente formula al destinatario una oferta normal, cumpliendo con todos los requisitos que debe reunir una oferta según lo estudiado al comentar el artículo 1373, con la peculiaridad de que, en un caso, el oferente solicita al destinatario que ejecute la prestación a su cargo, lo que no ocurre en los otros dos casos.

Según el primer planteamiento, el destinatario considera que para que se forme el contrato se requiere que preste su aceptación y para cumplir con este requerimiento dé inicio a la ejecución de la prestación a su cargo. En realidad, mediante tal comportamiento está exteriorizando (aunque sea en forma no recepticia) su aceptación conteniendo la voluntad común de celebrar el contrato.

Comentando el numeral 151 del Código civil alemán, que contempla una hipótesis muy parecida a la del artículo 1380 del Código civil peruano, dice TUHR<sup>(5)</sup> que la facilidad que ofrece dicho artículo para la conclusión del contrato consiste en que no es necesario que la aceptación se declare al oferente y que llegue a su alcance, perfeccionándose el contrato en virtud del acto que implica el consentimiento del aceptante. En sentido parecido MICCIO<sup>(6)</sup> considera que la aceptación se perfecciona con el inicio de la ejecución, porque se trata de una aceptación no recepticia basada sobre el contenido concreto del contrato.

Entendido de esta manera el artículo 1380 del Código civil peruano viene a ser, como sostiene SACCO<sup>(7)</sup> hablando del artículo 1327 del Código civil italiano, una común aplicación de la regla

consensualista y declaracionista, que sólo contiene una derogación al principio de la receptividad de las declaraciones contractuales.

De conformidad con el segundo planteamiento, la oferta del oferente funciona no sólo como una propuesta sino también como una autorización (expresa en el caso de la solicitud de ejecución y tácita en los casos de la naturaleza de la operación y de los usos) concedida al destinatario para que mediante un comportamiento (el inicio de ejecución de la prestación) consiga de inmediato el resultado que busca, o sea la formación del contrato. El comportamiento no es, pues, una expresión de aceptación sino una manera de formar el contrato mediante la ejecución de la prestación<sup>(\*)</sup>.

MIRABELLI<sup>(8)</sup> estima que estamos en presencia de un *comportamiento negocial*, cuya característica es que produce los efectos, que así se reúnen, en el momento mismo en que se ejecuta, independientemente del conocimiento que otros tengan o puedan tener, y que el acto viene tomado en consideración no como manifestación, aunque sea implícita, dirigida a otros, sino en sí y por sí, en cuanto produce una modificación de la situación material preexistente.

Es necesario, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1380 del Código civil, tomar posición frente a estos dos planteamientos.

Pese al incuestionable atractivo de la tesis del comportamiento negocial, que a mi parecer explica inteligentemente la natu-

---

(\*) Refiriéndose a la forma del negocio jurídico, BETTI<sup>(9)</sup> manifiesta que "el negocio consistente en un comportamiento no dirigido a destinatarios, se construye, no ya como 'indicio' de una voluntad que eventualmente puede comprobarse por otros medios, derivarse de otros indicios, sino como expresión objetiva de autonomía privada con la que se da vida a una reglamentación de intereses privados. También aquí, y no menos que en los negocios declarativos, el comportamiento tiene una función constitutiva, no meramente probatoria, reveladora".

raleza del inicio de ejecución, creo que el artículo 1380 descansa en la tesis de la aceptación tácita, por las siguientes razones:

- a).- En primer lugar, dicho artículo se refiere a la conclusión de un contrato, que es un acto jurídico plurilateral cuya formación se realiza mediante una oferta y una aceptación.
- b).- No cabe duda que al hablar el artículo 1380 de un oferente está reconociendo la existencia de una oferta.

Esto es válido no sólo en el caso de la solicitud de ejecución de la prestación sin previo aviso, sino también en los casos en que ello resulte de la naturaleza de la operación o según los usos, ya que no sería posible la conclusión de un contrato si sus términos y condiciones, entre los cuales debe estar necesariamente cual es la prestación a cargo del destinatario, no figuran en una oferta.

- c).- El mismo artículo habla también de la prestación a cargo del *aceptante*, lo que supone que el destinatario de la oferta no sólo la ha conocido sino también la ha aceptado. Además, se indica que el *aceptante* debe dar aviso prontamente al oferente, lo que resalta el carácter de aceptación que tiene el principio de ejecución.

Recuérdese que el destinatario de la oferta sólo se convierte en aceptante cuando se ha producido la aceptación.

- d).- Lo que está en juego es cómo se ha producido esta aceptación.

En puridad de principios, la prestación, que es el contenido de la obligación, sólo existe cuando se ha formado la relación jurídica patrimonial, o sea cuando se ha celebrado el contrato. Parecería, pues, que no es dable comenzar la ejecución de la prestación sino después de que el contrato quede concluído, con lo cual se ingresaría a un círculo vicioso.

Sin embargo, pienso que ése es un enfoque exagerada-

mente formalista. Si el destinatario de la oferta sabe, por los términos de ésta, que va a existir una prestación (que es un hecho material consistente en dar, hacer o no hacer) a su cargo cuando se celebre el contrato, no se ve la razón por la cual no practique ese hecho (aun cuando técnicamente no sea todavía *prestación*) en señal de aceptación de la oferta. Creo que éste es el sentido que debe darse a la ejecución referida en el artículo 1380.

- e).- El comienzo de ejecución de la prestación debe ser efectuado con el propósito de dar lugar a la formación del contrato. Como dice MIRABELLI<sup>(10)</sup>, el comportamiento del aceptante debe ser no sólo exactamente conforme a lo propuesto en la oferta, sino también que ello sea cumplido con la *conciencia* de vincularse al contrato propuesto.

En estas condiciones, el comienzo de ejecución de la prestación constituye una expresión de la voluntad del destinatario, convertido ya en aceptante, de celebrar el contrato.

Como esta celebración, según el sistema del Código civil peruano y de la mayoría de los Códigos civiles del mundo, debe ser mediante una aceptación de la oferta, el comienzo de ejecución tiene el carácter de una manifestación tácita de aceptación.

- f).- Lo peculiar de esta aceptación tácita es que, por ser un comportamiento, no es una declaración recepticia, siendo esto lo que caracteriza la solución excepcional dada por el artículo 1380. Como dice BIANÇA<sup>(11)</sup> el dato privativo de la conclusión del contrato mediante el inicio de la ejecución no concierne, pues, a la manifestación del consenso, sino consiste en que el inicio de la ejecución perfecciona el acuerdo sin que ocurra la preventiva participación al oferente.

En realidad, el artículo 1380 opta por la teoría de la declaración, pues el contrato queda concluido, no cuando la aceptación es conocida por el oferente, sino cuando es manifestada (tácitamente).

Debe tenerse presente que, como se verá más adelante, el aviso al oferente de que habla el artículo 1380, no es una declaración de aceptación sino un acto de participación que no tiene influencia alguna sobre la formación del contrato, de tal manera que con ese aviso no cobra receptividad la aceptación tácita.

### 3).- SUPUESTOS DE APLICACION DEL ARTICULO 1380.-

El artículo del rubro sólo cobra sentido cuando se trata de contratos que se celebran con falta de comunicación inmediata. En efecto, si el principio de ejecución es conocido de inmediato por el oferente, éste puede darle también de inmediato el significado de aceptación, con lo cual el contrato se formaría no por el hecho del principio de ejecución sino por el conocimiento de la aceptación por el oferente.

Sin embargo, no en todos los contratos con falta de comunicación inmediata el inicio de ejecución da lugar a la conclusión del contrato, sino solamente en tres hipótesis: a) cuando lo solicita el oferente; b) cuando ello resulta de la naturaleza de la operación; y c) cuando así lo reconocen los usos.

A propósito del artículo 1327 del Código civil italiano, MIC-CIO<sup>(12)</sup> nos dice que a él no le parece exacta la interpretación que algunos le han dado, según la cual debe ser leído en el sentido que la aceptación no recepticia puede ser requerida por el proponente en dos casos: a) cuando la naturaleza del negocio lo permite; b) cuando es admitida por los usos. Considera, en efecto, que el sentido de la disposición prevé las tres hipótesis distintas de declaración no recepticia indicadas en el párrafo anterior<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Añade este autor que "en primer lugar, no veo porqué la voluntad del proponente debe ser así limitada, desde el momento que se trata de una facilidad otorgada al promisorio y no viceversa. Por otro lado, los usos tienen eficacia y es suficiente que sean reclamados por la ley y no también invocados por las partes o por una de ellas.

### **Solicitud del oferente.-**

Ya se ha visto que en los tres casos en que se coloca el artículo 1380 del Código civil se requiere que exista una oferta dirigida por el oferente al destinatario y conocida por éste.

La peculiaridad del primer caso es que el oferente no sólo propone al destinatario, mediante la oferta, la celebración del contrato, sino que, además, le solicita que ejecute la prestación a su cargo (del destinatario) sin respuesta previa.

Obviamente el destinatario puede rechazar la oferta y, como consecuencia, no acceder a la solicitud, con lo cual no se habrá generado relación jurídica alguna.

Es posible también que el destinatario decida aceptar la oferta pero no acceder a la solicitud, con lo cual el contrato se considerará concluído en el momento en que la aceptación sea conocida (real o presuntamente) por el oferente. Esto sólo podría ocurrir si la oferta y la solicitud fueran, por voluntad del oferente, separables, pues de no ser así se trataría de una aceptación no conforme con la oferta.

En cambio, si el destinatario se decide a aceptar la oferta y a acceder a la solicitud, el contrato quedará concluído en el momento y lugar en que inicie la ejecución de la prestación. Ya se ha visto que este efecto sólo puede lograrse si el principio de ejecución tiene el carácter de manifestación tácita de aceptación.

SACCO<sup>(13)</sup> sostiene que el inicio de la ejecución por parte del destinatario no vinculará a este último hasta que no se transforme en manifestación de voluntad por acto concluyente conocido por el proponente.

---

Por último, si fuese exacta la interpretación que critico la primera 'o' de la locución legislativa no tendría razón de ser y se habría debido escribir 'en caso fuera requerida por el proponente por la naturaleza del negocio o según los usos'".

Pienso que si el inicio de la ejecución da lugar a la conclusión del contrato, el destinatario, convertido ya en aceptante, quedará vinculado por el contrato desde ese momento. Ya se ha adelantado que el aviso del aceptante al oferente de haber iniciado la ejecución no tiene el carácter de aceptación.

### ***Naturaleza de la operación.-***

En este caso el procedimiento es más complicado. Por un lado, el oferente dirigirá su oferta al destinatario proponiéndole la celebración del contrato, pero sin solicitarle que ejecute la prestación sin respuesta previa. Esta última decisión la adoptará unilateralmente el destinatario, tomando en consideración la naturaleza de la operación materia del contrato propuesto.

La decisión del destinatario no debe ser arbitraria, en el sentido que a su solo juicio la operación requiera una ejecución inmediata, sino que debe obedecer a una razón justificada.

SACCO<sup>(14)</sup> nos relata que la jurisprudencia italiana, intentando una regla general, ha encontrado que la naturaleza del contrato justifica la ejecución sin respuesta:

a) cuando la ejecución sea tan urgente, que podría ser perjudicada si se difiere la aceptación;

b) cuando subsista un específico interés del proponente para la ejecución inmediata, prevalente sobre el interés a recibir la comunicación de aceptación.

Parece existir un error en tal jurisprudencia, pues en este caso no se trata de proteger el interés del proponente, como sí ocurre cuando es éste quien solicita la ejecución, sino de atender a la propia naturaleza de la operación, que requiere, para ser exitosa, una ejecución inmediata.

No debe perderse de vista que el contrato a celebrarse debe convenir a los intereses no sólo del oferente sino también del

destinatario, pues si esto último no fuere así, el destinatario no se decidiría a aceptar la oferta mediante la ejecución.

#### **Los usos.-**

Se trata de un caso muy parecido al anterior, con la diferencia que en éste se juzga la necesidad de ejecución en función de la propia operación, vista singularmente, mientras que en el caso de los usos se toma en consideración un proceder generalizado.

En efecto, el uso está constituido por un hecho material que se practica de manera *general*, es decir que constituye una práctica común a un determinado círculo de personas independientes entre sí. El uso requiere además ser *constante*, en el sentido que debe existir *uniformidad y continuidad* en los actos<sup>(15)</sup>.

La decisión del destinatario es más fácil de tomar, pues le bastará acreditar la existencia de los usos para justificar su actitud de dar inicio a la ejecución sin respuesta previa.

#### **4).- EFECTOS DEL INICIO DE EJECUCION.-**

El artículo 1380 dispone que el comienzo de la ejecución de la prestación a cargo del aceptante da lugar a la formación del contrato.

Obsérvese que basta el comienzo de ejecución para que dicho efecto se produzca, no siendo necesario que el aceptante ejecute totalmente la prestación.

Para entender bien esto conviene recordar la clasificación de los contratos atendiendo al criterio del tiempo, según el cual son de *ejecución inmediata, diferida e instantánea* y de *duración*.

En los contratos de *ejecución inmediata* las prestaciones son exigibles totalmente desde el momento de su celebración, por lo cual el inicio de ejecución da lugar a la ejecución total.

En los contratos de *ejecución diferida* el momento inicial de su ejecución es aplazado por un tiempo. No cabe en estos contratos el principio inmediato de ejecución.

En los contratos de *ejecución instantánea* las prestaciones deben efectuarse simultáneamente, pero no hay inconveniente para que una o más de ellas se demoren en el tiempo por razón de su naturaleza, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de obra. Es posible que en estos contratos haya principio de ejecución sin que la prestación quede totalmente cumplida.

Por último, en los contratos de duración la ejecución de las prestaciones se desarrolla necesariamente en el tiempo, por lo cual cabe el principio de ejecución.

En aquellos contratos en que la iniciación de la ejecución de la prestación no agota el contenido de ésta, puede ocurrir que el aceptante comience la ejecución pero después no la continúe. En este caso, como el artículo 1380 sólo exige el comienzo de la ejecución para que tenga lugar la formación del contrato, la inejecución del saldo de la prestación no determinará que el contrato se invalide, sino que el oferente, dentro del marco del contrato, tenga derecho a exigir el cumplimiento de la prestación inconclusa o pedir, si se tratara de un contrato con prestaciones recíprocas, la resolución del contrato.

#### 5).- MOMENTO Y LUGAR DE FORMACION DEL CONTRATO.-

De conformidad con el artículo 1380, el contrato queda concluído en el momento y en el lugar en que comenzó la ejecución de la prestación a cargo del aceptante.

SACCO<sup>(16)</sup> sostiene que el inicio de ejecución, mientras queda en la esfera del aceptante, no da lugar a la conclusión del contrato.

Considero que la esencia del artículo 1380 es la supresión del requisito de la cognoscibilidad de la aceptación para la formación del contrato. En estas condiciones, ninguna relevancia tiene que

el comienzo de ejecución de la prestación a cargo del aceptante quede en la esfera de éste o se exteriorice para llegar a conocimiento del oferente. Basta que se inicie la ejecución y que esto pueda acreditarse, para que el contrato quede concluído en el momento y en el lugar en que ello ocurra.

Desde luego, el inicio de ejecución tiene que estar vinculado a la prestación a cargo del aceptante, desde que no es suficiente que éste actúe en determinada manera sino que esa actuación esté destinada a ejecutar la prestación.

Por ejemplo, si la prestación a cargo del aceptante es pintar la fachada de una casa, sólo se considerará como inicio de ejecución la práctica de aquellos actos, como limpieza de las paredes, compra de pintura, construcción de andamios, etc., que permitan llevar a cabo la prestación de hacer a la cual se ha avocado. El hecho de que alguno de estos actos, como la compra de la pintura, permanezca en la esfera del aceptante no le priva de su carácter de inicio de ejecución.

MIRABELLI<sup>(17)</sup> considera que está implícito en la norma legal que el comienzo de ejecución sea efectuado sin retardo. Este planteamiento resulta acertado pues una de las razones, quizá la más importante, de la regla contenida en el artículo 1380 es que el contrato quede concluído lo más rápido posible, sin tener que esperar que la aceptación llegue a conocimiento del oferente.

## 6).- EL AVISO DEL INICIO DE EJECUCION.-

El artículo 1380 dispone que el aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

MESSINEO<sup>(18)</sup> sostiene que mediante este aviso el destinatario comunica al oferente su aceptación, por lo cual constituye, aunque de manera anómala, la declaración de aceptación.

La consecuencia de este planteamiento, aunque el citado au-

tor no lo dice, sería que la falta del aviso no permitiría al oferente conocer la aceptación.

MIRABELLI<sup>(19)</sup> y BIANCA<sup>(20)</sup> opinan, a mi parecer con razón, que el aviso no tiene influencia alguna para la conclusión del contrato, la cual se produce plenamente con el inicio de ejecución de la prestación. Tan cierto es esto que la falta del aviso no da lugar a la invalidez o ineficacia del contrato, sino únicamente al resarcimiento de los daños.

A diferencia del aviso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1376, cuyo conocimiento por el oferente es requisito indispensable para la validez de la declaración de eficacia de la aceptación tardía y de la oportuna no conforme con la oferta, el aviso de que trata el artículo 1380 no tiene por finalidad constituir un derecho sino simplemente informar que el derecho ha quedado constituido.

Esto tiene su explicación en que, como ya se ha dicho, la razón de ser del artículo 1380 es permitir la conclusión de un contrato sin necesidad que el acto de aceptación conste de una declaración recepticia. El conocimiento de la aceptación no juega rol alguno para los efectos de dicha conclusión. El contrato queda formado mediante un comportamiento (que manifiesta una voluntad) y no mediante una declaración.

La finalidad del aviso es informar al oferente que es parte de un contrato ya celebrado y que, por lo tanto, es titular de los derechos a su favor y de las obligaciones a su cargo provenientes de dicho contrato.

Por ello, la falta del aviso da lugar a que el aceptante sea responsable de los daños y perjuicios que sufra el oferente por ignorar que se encontraba ligado por el contrato.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1380:

- (1) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 330.
- (2) Cita de MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 62.
- (3) Cita de SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 68.
- (4) Cita de IBIDEM, pág. 69.
- (5) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II<sup>o</sup>, pág. 157.
- (6) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 155.
- (7) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 72. (3)
- (8) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 62. (2)
- (9) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 102.
- (10) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 63. (2)
- (11) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 245.
- (12) MICCIO, Renato, op. cit., pág. 136. (6)

- (13) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 83. (3)
- (14) IBIDEM, pág. 81.
- (15) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general de Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 52.
- (16) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 85. (3)
- (17) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 65. (2)



**Artículo 1381.-** *Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluído el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.*

*La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- El silencio circunstanciado.
- 3.- La dispensa del oferente.
- 4.- Costumbre de no aceptar expresamente.
- 5.- La invitación a ofrecer.
- 6.- El aviso de rehusamiento.
- 7.- La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 57 de la Ponencia original, copiando con muy pequeñas variantes el artículo 1333 del Código civil de 1936, decía así:

**Artículo 57.-** *Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa o cuando el oferente la hubiese dispensado, se reputará concluído el contrato si no fue rehusada sin dilación.*

Habiéndose comentado, por las razones que se explicarán con mayor detalle más adelante, que se consagraba un principio peligroso e injusto al imponer al destinatario, ante una dispensa de

aceptación hecha por el oferente, una obligación de declarar, en la primera Ponencia sustitutoria se introdujo una modificación que se plasmó en el texto de su artículo 62, que era el siguiente:

**Artículo 62.-** Si el negocio fuese de aquéllos en que no se acostumbra la aceptación expresa, se reputará concluído el contrato si no fue rehusada sin dilación.

Este texto fue conservado en el artículo 60 de la segunda Ponencia sustitutoria, con el solo agregado de la expresión "la oferta" después de la palabra "si".

Igual redacción tuvo el primer párrafo del artículo 26 de la tercera Ponencia sustitutoria, agregándosele un segundo párrafo, con el siguiente tenor: "La prueba de la costumbre corresponde al oferente".

El nuevo texto se conservó en el artículo 26 de la cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En cambio, en el artículo 1398 del primer Proyecto se introdujo el concepto de la invitación a ofrecer, quedando con la siguiente redacción:

**Artículo 1398.-** Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbre la aceptación expresa o si el aceptante hubiera hecho una invitación a ofrecer, se reputará concluído el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Igual redacción tienen el artículo 1368 del segundo Proyecto y el artículo 1381 del Código civil.

## 2).- EL SILENCIO CIRCUNSTANCIADO.-

El artículo 1381 del Código civil recoge la figura del silen-

cio circunstanciado o cualificado, según la cual en ciertas circunstancias idóneas de hecho, que son perceptibles por el destinatario, el silencio de éste debe reputarse como aceptación.

Obsérvese que el silencio circunstanciado no debe ser confundido con el comportamiento concluyente del que he hablado al comentar el artículo 1380, que no es una omisión sino, por el contrario, una actuación constituída por la ejecución de la prestación<sup>(1)</sup>. En el primer caso, el destinatario no actúa, permanece silencioso, no obstante lo cual esta falta de comportamiento tiene un significado jurídico positivo que equivale al asentimiento; en el segundo, el destinatario actúa positivamente de determinada manera, aunque esta manera no es una declaración normal de aceptación, pero su comportamiento es entendido legalmente como una aceptación.

La regla general es, como se ha visto, que el silencio está desprovisto, por sí mismo, de todo significado jurídico preciso<sup>(2)</sup>. No obstante, la doctrina admite que en, determinadas circunstancias, el silencio, dentro del marco de formación del contrato, pueda ser entendido por el juez como una manifestación de voluntad, generalmente en el sentido de aceptación de la oferta, lo que da lugar al llamado silencio circunstanciado.

En el régimen peruano el sistema es más estricto, pues el artículo 142 del Código civil sólo permite que el silencio importe manifestación de voluntad cuando la ley (o el convenio) le atribuyen ese significado.

El artículo 1381 es precisamente un caso en que la ley

---

(\*) Al respecto nos dice SACCO<sup>(1)</sup> que "las dos figuras eran en un tiempo mezcladas dentro de la más amplia categoría de la declaración tácita. La distinción entre ellas fue delineada por los autores de la segunda mitad del presente siglo, y hoy constituye un resultado admitido por la mejor doctrina, que tiene cuidado -sobre todo- de distinguir el silencio circunstanciado de la llamada actuación de voluntad (ejecución del contrato sin previa declaración)".

atribuye al silencio, cuando se produce en determinadas circunstancias, el significado de aceptación de la oferta. Se trata, pues, de un silencio circunstanciado limitado a supuestos precisos.

Surge la duda respecto a si el artículo 1381 puede ser aplicado por analogía cuando se presentan circunstancias distintas a las indicadas en el artículo 1381. Pienso que si la regla general es que el silencio no tiene significado alguno, sino en los casos que se lo otorgan la ley o el convenio, estos casos constituyen una excepción a dicha regla, por lo cual, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código civil, no podría concederse valor al silencio circunstanciado en situaciones distintas a las contempladas en el artículo 1381, aun cuando podría efectuarse una interpretación extensiva.

### 3).- LA DISPENSA DEL OFERENTE.-

Como se ha indicado en el rubro precedente, el artículo 1333 del Código civil de 1936 consagraba un principio peligroso e injusto al establecer lo siguiente:

**Artículo 1333.-** Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, se reputará concluído el contrato, si la oferta no fué rehusada sin dilación.

En efecto, bastaba que el oferente dispensara al destinatario de aceptar la oferta para que, aún contra la voluntad de éste, el contrato se reputara concluído, a no ser que el destinatario rehusara la oferta sin dilación.

Esto determinaba que, por voluntad exclusiva del oferente, el silencio del destinatario fuera reputado como aceptación, con lo cual se estaba imponiendo al destinatario, cuando no deseaba que su silencio tuviera ese significado, una obligación de declarar que no tenía por qué asumir y que iba contra la regla contenida en el artículo 1077 del Código civil de 1936, según el cual el

silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que exista obligación de explicarse.

DIEZ-PICAZO<sup>(3)</sup> nos indica que uno de los puntos directivos o criterios de orientación sobre el problema del silencio es que no es lícito que el oferente de un contrato establezca sin más que de no recibir contestación considerará aceptada la oferta. En tal caso, agrega, el destinatario de la oferta no tiene ningún deber de declarar y por consiguiente no queda vinculado.

Sobre el mismo punto, PLANIOL y RIPERT<sup>(4)</sup> dicen que "no puede admitirse, como conforme a nuestro derecho, la idea que la vida en sociedad impone a todos los individuos la obligación jurídica de responder a toda oferta que se les haga y que la relación contractual surge, bien sea a título de reparación adecuada y normal del perjuicio causado por el silencio del destinatario de la oferta, sea como consagración de una categoría especial de actos, consistentes en reputar aceptante a una persona salvo si se hubiera negado expresamente"<sup>(\*)</sup>.

Estas razones probablemente influyeron en la determinación de Max ARIAS SCHREIBER PEZET, quien había planteado en el artículo 57 de su Ponencia original que la dispensa del oferente a la aceptación del destinatario causaba la conclusión del con-

---

(\*) CORBIN<sup>(5)</sup> con su peculiar estilo literario nos indica que "debe quedar aquí plenamente evidente que un oferente no tiene el poder de causar que el silencio del destinatario opere como una aceptación cuando el destinatario no se propone eso. La conducta del destinatario puede ser tal como para hacer el silencio operativo contra él; y la conducta del oferente puede ser tal como para hacer del silencio del destinatario una aceptación suficiente que lo vincula al oferente.

Pero un oferente no puede, simplemente diciendo que el silencio del destinatario será tomado como una aceptación, causar que ello sea operativo. El no puede forzar al destinatario a tomar su pluma en la mano, o gastar una estampilla de dos centavos, o abrir su boca, bajo la sanción de ser ligado por un contrato si no lo quiere.

trato si la oferta no era rehusada sin dilación, de suprimir dicho planteamiento en el artículo 62 de su primera Ponencia sustitutoria.

#### 4).- COSTUMBRE DE NO ACEPTAR EXPRESAMENTE.-

La primera parte del artículo 1381 del Código civil dispone que *si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa*, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

Una interpretación estricta de esta regla llevaría a pensar que sólo cuando existe una costumbre, entendida en el significado jurídico de esta expresión, de no requerirse la aceptación expresa, el silencio podría reputarse como una aceptación.

Se entiende jurídicamente por costumbre, como fuente especial de derecho, un uso general y constante que es considerado como un deber jurídico de obrar de acuerdo con dicho uso. La generalidad de la costumbre determinaría que si dos o más personas en la ejecución de sus negocios, especialmente en los contratos, se han habituado a atenerse a ciertas normas prácticas, a realizar determinados hechos, ello no constituye costumbre<sup>(6)</sup>.

El artículo 1381 no tiene ese sentido. Cuando él habla de operaciones en que no se acostumbra la aceptación expresa se

---

Es substancialmente el mismo caso como cuando un oferente intenta dar el significado de aceptación a algún otro acto ordinario del destinatario que éste desea practicar sin darle ese sentido. Si "A" ofrece su tierra a "B" por un precio, diciendo que "B" puede significar su aceptación comiendo su desayuno o izando su bandera en el natalicio de Washington o asistiendo a la iglesia el domingo, él no puede causar que esas acciones de "B" sean consideradas operativas como aceptación contra la voluntad de "B". Si "B" muestra que no tiene intención de aceptar, y que comió su desayuno simplemente porque tenía hambre, o izó su bandera porque era su costumbre patriótica, o fue a la iglesia a escuchar el sermón, ningún contrato se ha concluido aun cuando "A" realmente creía que "B" intentaba aceptar".

está refiriendo no sólo a aquéllas que respondan a un uso generalizado sino también a las costumbres observadas sólo por los contratantes en sus anteriores relaciones de negocios<sup>(7)</sup>.

Así, en el caso que dos personas contratan entre ellas por primera vez, si existe un uso general del tráfico en el sentido de no requerirse la aceptación expresa, tal uso será aplicable a esta operación y, consecuentemente, se reputará concluído el contrato si la oferta no es rehusada sin dilación.

Del mismo modo, si no existe un uso general pero esas dos personas han acostumbrado celebrar entre sí contratos sin necesidad de aceptación expresa, la regla del artículo 1381 funcionará también en este caso. Sin embargo, si esta manera de contratar no hubiera sido observada regularmente por esas personas, sino solamente en algunas oportunidades y en otras no, no cabría aplicar dicha regla.

Ahora bien, ¿qué sucede si existe el uso generalizado de no requerirse para determinada clase de operaciones la aceptación expresa pero los contratantes han acostumbrado en sus relaciones anteriores de negocios sobre las mismas operaciones exigirse la aceptación expresa? Pienso que la costumbre particular primará sobre el uso general, de tal manera que el contrato entre estas personas no se considerará concluído en tanto la oferta no sea expresamente aceptada.

## 5).- LA INVITACION A OFRECER.-

Dicen PLANIOL y RIPERT<sup>(8)</sup> que en los casos en que la proposición ha sido provocada por el que la recibe, el silencio de éste es explicable por la inutilidad de repetir una adhesión dada por antemano por parte del iniciador de las relaciones.

Esta es la razón por la cual el artículo 1381 dispone que si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluído el contrato si la oferta no es rehusada sin dilación.

Se entiende por invitación a ofrecer la manifestación hecha bien sea a personas determinadas o bien al público en general informándoles el deseo del invitante de celebrar un contrato, cuyos lineamientos generales se describen, e invitándoles a que formulen ofertas destinadas a la conclusión de dicho contrato. Es rasgo característico de la invitación a ofrecer que el invitante no queda vinculado por su manifestación, de tal manera que no está obligado a aceptar las ofertas que se le formulen atendiendo a la invitación.

Para los efectos del artículo 1381 debe considerarse, desde luego, que la oferta que se formula se refiere al mismo contrato que es materia de la invitación a ofrecer.

La disposición que comento tiene sentido, pues es lógico que quien ha manifestado seriamente su disposición a contratar y ha invitado a que se le formulen ofertas, creando así una expectativa de celebración de un contrato, asuma una especial diligencia para poner en conocimiento de quien, accediendo a su invitación, ha formulado una oferta, que no está dispuesto a aceptarla. Por otro lado, el oferente tiene confianza de que su oferta, por encontrarse dentro del marco de la invitación, va a ser aceptada, de tal manera que si ésto no ocurre debe ser informado sin dilación.

Por ello, el artículo 1381 establece, con razón, que si el invitante no rehusa de inmediato la oferta que se le formula, el contrato se reputa concluído, desde luego en los términos contenidos en la oferta.

MOSSET ITURRASPE<sup>(9)</sup> sostiene que la invitación a ofrecer es un momento importante de la etapa de las tratativas, por lo cual está sujeta a las reglas de la buena fe. Este planteamiento podría llevar a que, si el invitante procede de manera arbitraria al rechazar la oferta, quedaría incurso en responsabilidad precontractual.

Pienso que, por las razones expuestas en el comentario del artículo 1388, la invitación a ofrecer no forma parte de las tratativas, sino que es una etapa anterior a ellas. Sin embargo, aun en

caso de aceptarse la tesis de MOSSET, la formulación de la oferta por parte del invitado daría lugar a que termine la etapa de las tratativas, abriéndose la etapa contractual propiamente dicha. Si bien en esta segunda etapa también es exigible la buena fe, el artículo 1381 ha optado, tomando en consideración el rasgo característico de la invitación a ofrecer -que es el de no vincular al invitante-, por la solución de reputar concluido el contrato si la oferta no es rehusada sin dilación.

Esto me lleva a considerar que el rehusamiento inmediato de la oferta constituye una facultad que la ley concede al invitante, de tal manera que el ejercicio de esta facultad no debe acarrear responsabilidad. Admito, sin embargo, que el punto es debatible.

#### **6).- EL AVISO DE REHUSAMIENTO.-**

Dada la naturaleza especial de este aviso, cuya finalidad es la de informar al oferente que, no obstante haber accedido a la invitación, su oferta no ha sido aceptada, tiene el carácter de declaración recepticia y, por lo tanto, debe ser conocido sin dilación por el oferente. Para los efectos del conocimiento, considero que es de aplicación la presunción contenida en el artículo 1374 del Código civil, desde que el aviso es una declaración contractual dirigida al oferente, quien ya se ha identificado.

El aviso de rehusamiento debe ser dado sin dilación, lo cual debe entenderse como lo más pronto que sea posible al destinatario de la oferta y, tratándose de personas que no se encuentran en comunicación inmediata, utilizándose el medio más rápido de comunicación al que tenga acceso el destinatario.

#### **7).- LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE Y DE LA INVITACION A OFRECER.-**

Tomando en consideración que la conclusión del contrato es un hecho que favorece al oferente, desde que el contrato se for-

mará en los términos contenidos en la oferta, resulta adecuado que corresponda al oferente acreditar la existencia de la costumbre y de la invitación a ofrecer, desde que estos hechos son los que determinan el tratamiento tan favorable para él.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1381:

- (1) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 51.
- (2) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, pág. 104.
- (3) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 106.
- (4) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 139.
- (5) CORBIN, Arthur Linton, "Corbin on contracts", West Publishing Co., St. Paul, 1952, pág. 119.
- (6) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general de Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 52.
- (7) SCHMIDT, Joanna, "Négociation et conclusion de contrats", Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982, pág. 86.
- (8) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, op. cit., Tomo VI, pág. 144. (4)
- (9) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Justicia contractual", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1977, pág. 85.



**Artículo 1382.-** *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.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Sistema adoptado por el Código civil.
- 3.- Obligatoriedad de la oferta.
- 4.- Excepciones a la obligatoriedad.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Desde el artículo 1330 del Código civil de 1936, pasando por el artículo 58 de la Ponencia original, el artículo 63 de la primera Ponencia sustitutoria, el artículo 61 de la segunda Ponencia sustitutoria, el artículo 27 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias, hasta el artículo 27 del Anteproyecto, inclusive, se decía que la oferta dejaba de ser obligatoria en determinados casos.

Comentando el artículo 1330 del Código civil de 1936, LEON BARANDIARAN<sup>(1)</sup> opinó que no era preciso que el Código dijera expresamente que la oferta es obligatoria en sí, por cuanto la obligatoriedad resultaba del artículo que establece los casos en que la oferta "deja de ser obligatoria".

Las Exposiciones de Motivos del artículo 58 de la Ponencia original y del artículo 27 de la cuarta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto recogen esta opinión de LEON BARANDIARAN, pues señalan que dichos artículos suponen que se ha optado por el

principio de la obligatoriedad de la oferta y descartado, de consiguiente, la tesis sobre la libertad de revocación.

Sin embargo, tomando en consideración que era preferible consagrar expresamente el principio de la obligatoriedad de la oferta y no deducirlo indirectamente, el artículo 1399 del primer Proyecto estableció lo siguiente:

**Artículo 1399.-** La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso.

Esta redacción, sin más cambio que la palabra "negocio" por la palabra "operación", fue adoptada por el artículo 1347 del segundo Proyecto y por el artículo 1382 del Código civil.

## 2).- SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO CIVIL

En otro trabajo<sup>(2)</sup> he estudiado con bastante detalle el problema de la vinculación del oferente en lo que se refiere a la obligatoriedad de la oferta, esto es si el oferente puede o no revocarla (entiéndase que no me refiero a la obligatoriedad de la policitud, que por su naturaleza es esencialmente revocable).

Analiqué entonces la teoría de la libertad de revocación, según la cual la oferta que no ha sido aceptada puede ser siempre revocada, y la teoría de la obligatoriedad de la oferta, que sostiene la eficacia vinculatoria de la oferta, opinando que por razones de orden práctico la teoría de la obligatoriedad de la oferta consulta mejor con las necesidades del tráfico y los intereses de la vida social, pero que por razones de orden teórico debe respetarse la naturaleza revocable de la oferta.

Como se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, ARIAS SCHREIBER planteó desde su Ponencia original la adopción de la teoría de la obligatoriedad de la oferta y mantuvo este planteamiento en sus cinco Ponencias sustitutorias y en el Anteproyecto.

La posición de ARIAS SCHREIBER es compartida por gran parte de la doctrina moderna y encuentra sus primeros antecedentes legislativos en el Código civil prusiano de 1794 y en el Código civil austriaco de 1811, recibiendo su espaldarazo definitivo por el numeral 145 del Código civil alemán de 1900. De allí pasó al Código de las obligaciones suizo (artículo 5) y a los Códigos civiles de China (artículo 154), del Brasil (artículo 1080), de México (artículo 1633) y de Etiopía (artículo 1691).

Habiendo optado claramente el codificador de 1984, con absoluto conocimiento del tema, por la teoría de la obligatoriedad de la oferta, no tiene utilidad alguna resucitar la discusión sobre la bondad de esta teoría.

### 3).- OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA.-

De acuerdo con la posición tomada por el Código civil, la oferta, en principio, obliga al oferente. La eficacia vinculatoria de la oferta descansa, pues, en la ley, sin que sea necesario que el oferente la quiera o conozca, de tal manera que no es necesario buscar otro fundamento a la fuerza obligatoria de la oferta.

Doctrinariamente la obligatoriedad de la oferta, o sea que no puede ser revocada por el oferente, es una de las dos manifestaciones del principio de la vinculación del oferente, según el cual éste, por el hecho de formular la oferta, queda sujeto a todas las consecuencias de ella, independientemente de su voluntad. La otra manifestación del citado principio es la autonomía de la oferta, que consiste en la independencia de ésta respecto al fallecimiento o incapacidad del oferente.

Conviene precisar el concepto de oferta para establecer los alcances de su obligatoriedad. Ya se ha visto que, según el sistema del Código civil peruano, la oferta es una declaración naturalmente recepticia, o sea que debe ser dirigida a una persona determinada para que sea conocida por ésta, de tal manera que la oferta se perfecciona (adquiere propiamente el carácter de tal y es, por lo tanto, obligatoria) en el momento en que llega a

conocimiento del destinatario. Antes de este momento la declaración del oferente no es, propiamente, una oferta<sup>(\*)</sup>.

### ***Policitación y oferta.-***

Tomando en consideración lo que se acaba de exponer, pienso que la manera más idónea para determinar en qué consiste la obligatoriedad de la oferta es volver a la distinción hecha anteriormente entre *policitación* y *oferta* (supra, Tomo II, pág. 213), con el nuevo sentido que se le ha dado allí. La declaración del oferente proponiendo la celebración del contrato recorre dos etapas. La primera comienza cuando el oferente emite su declaración y termina cuando esta declaración llega a conocimiento del destinatario. En esta etapa la declaración recibe el nombre de *policitación*. La segunda etapa se inicia en el momento en que termina la primera, o sea cuando la declaración adquiere carácter recepticio por llegar a conocimiento del destinatario, y finaliza cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente. En la segunda etapa la declaración lleva el nombre de *oferta*.

Reconozco que la Exposición de Motivos del artículo 1382 indica que en el Código civil la oferta es sinónimo de propuesta y también de *policitación*, lo que explica que en dicho cuerpo de leyes no se haga mención de esta última, pero creo que en el campo teórico la distinción entre *policitación* y *oferta* es indispensable para explicar los efectos de una y otra, especialmente en lo relacionado con el problema de la obligatoriedad.

---

(\*) Es pertinente tener presente que CORNEJO<sup>(3)</sup> considera que: "La fuerza obligatoria de la oferta sólo la adquiere a partir del momento en que llega a aquel a quien está dirigida, por aplicación del principio general de que todas las declaraciones de voluntad dirigidas a un tercero no producen efectos jurídicos sino desde el momento en que el tercero las conoce. Hasta este instante valen como manifestaciones de voluntad existentes independientemente, pero que aún pertenecen sólo a quien las ha emitido".

Mientras la declaración del oferente tiene el carácter de policitación, no obliga al oferente y puede ser libremente revocada. Tal es la razón por la cual el inciso 3. del artículo 1385 del Código civil establece la validez de la retractación del oferente que llega a conocimiento del destinatario antes de recibida la oferta (policitación) o simultáneamente con ésta. Recuérdese que la recepción de la oferta por el destinatario crea una presunción de conocimiento (artículo 1374).

Empero, una vez que la declaración del oferente es conocida por el destinatario, convirtiéndose así en oferta, su obligatoriedad es absoluta durante la vigencia de la oferta.

Si no se acepta la distinción entre policitación y oferta, dándose en cambio el carácter de oferta a la declaración del oferente desde que es emitida hasta que es aceptada, resulta inexplicable que, consagrándose el principio de la obligatoriedad de la oferta (que afectaría toda la vida de ésta), se permita la retractación de la declaración antes de que llegue a conocimiento del destinatario.

### ***Efectos de la obligatoriedad.-***

El principal efecto de la obligatoriedad de la oferta es que ésta debe ser mantenida durante todo el plazo de su vigencia, de tal manera que el destinatario está en aptitud de aceptarla dentro de dicho plazo, dando lugar con ello a que el contrato quede concluído. No se trata, pues, de que simplemente el oferente está obligado a respetar la oferta y que, si la revoca, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, sino que cualquier revocación hecha por el oferente durante la vigencia del plazo no produce efecto alguno; es como si no hubiera sido hecha<sup>(\*)</sup>, de tal manera

---

(\*) TUHR<sup>(4)</sup>, refiriéndose a la eficacia vinculatoria de la oferta, dice que "a la vinculación del oferente corresponde un derecho del destinatario; es un derecho de configuración: el destinatario tiene la facultad, que no puede quitársele de dar vida mediante su declaración al contrato cuyo contenido resulta de la oferta. Frente a este derecho, la revoca-

que la aceptación de la oferta determina necesariamente la celebración del contrato, lo cual se produce de manera automática en el momento en que dicha aceptación llega a conocimiento del oferente.

Sostienen algunos<sup>(5)</sup> que también es efecto de la obligatoriedad de la oferta firme el que el oferente, durante la vigencia de la oferta, no pueda hacer a una persona distinta del destinatario otra oferta que, en alguna manera, sea incompatible con el contrato propuesto en la primera oferta.

TUHR<sup>(6)</sup> no comparte esta opinión, pues considera que "el carácter vinculatorio de la oferta no impide al ofertante perfeccionar otro contrato sobre el mismo objeto mientras la oferta está pendiente; 'X', que ofreció para comprar a 'A' una cosa, puede venderla a 'B' o entregársela; si 'A' acepta la oferta, nace para 'X' una doble obligación o una culpable imposibilidad de la prestación. En particular, la oferta vinculatoria de un negocio de disposición no afecta el poder de disposición del ofertante; 'X' puede ofrecer, antes a 'A', y luego a 'B', la cesión del mismo crédito o la transferencia del mismo derecho real; si ambas ofertas son aceptadas, sus efectos se rigen por el principio de la prioridad: prevalece la aceptación que llegó antes a 'X'".

Pienso que la posición de TUHR es correcta, pues el principio de la obligatoriedad de la oferta sólo determina que el oferente no pueda revocar su oferta durante el plazo de vigencia de ésta, pero no le priva de la posibilidad, dolosa o culposa por cierto, de formular posteriormente a un tercero una oferta que verse sobre lo mismo. La segunda oferta será tan válida y tan obligatoria como la primera.

La duda surge respecto a si ambas ofertas son aceptadas ¿se han concluído dos contratos con el mismo objeto o la aceptación que llegue primeramente a conocimiento del oferente, al dar

---

ción del oferente carece de efecto y no es necesario tomarla en consideración.

lugar a la conclusión de un primer contrato, determina que la segunda aceptación no tenga como efecto la formación del respectivo contrato?.

La respuesta es difícil, pero me inclino por la primera solución. Pienso, en efecto, que si el objeto del contrato, como se verá más adelante, es crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones, es posible que una persona se obligue contractualmente a lo mismo frente a otras dos personas distintas, o sea que asuma dos obligaciones iguales. Lo que ocurrirá es que la obligación que es cumplida en primer término dará lugar a que la prestación en que consiste la segunda obligación, si no es fungible, resulte imposible por culpa del deudor. Si el contrato es de prestaciones recíprocas, ello determinará que el mismo quede resuelto de pleno derecho, no pudiendo exigir el deudor la contraprestación y estará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1432). Si el contrato fuera de prestación unilateral o de prestaciones autónomas, el deudor queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, debiendo comprender el resarcimiento tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1321).

Para paliar los peligros de esta solución en el caso de los contratos de opción (que también dan lugar a la formulación de una oferta irrevocable), el artículo 2023 del Código civil dispone que la inscripción de estos contratos en el registro de la propiedad inmueble otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad.

Lamentablemente no existe una protección similar para el caso de las ofertas que versen sobre bienes muebles.

### ***Plazo de la oferta.-***

La oferta es obligatoria durante el plazo de su vigencia. No lo es antes, por no ser aún oferta, ni lo es después, por haber dejado de ser oferta.

El carácter obligatorio de la oferta no ofrece mayores problemas cuando se trata de ofertas que se hacen sin conceder plazo

determinado o determinable, pues los incisos 1. y 2. del artículo 1385 del Código civil establecen las oportunidades en que tales ofertas caducan, según se trate de destinatarios con los cuales los oferentes están o no en comunicación inmediata.

La dificultad puede presentarse en los casos que las ofertas se concedan con plazo determinado o determinable, en los cuales la oferta produce efectos obligatorios dentro de tal plazo, pues cabe preguntarse si este plazo debe tener o no alguna limitación.

Hemos visto que según el sistema de la obligatoriedad de la oferta la vinculación del oferente es absoluta durante el plazo de vigencia de la oferta, de tal manera que el contrato se forma, aún contra la voluntad del oferente, si la oferta es aceptada oportunamente. En estas condiciones, ¿es prudente permitir que el oferente quede vinculado por su oferta por un plazo excesivamente dilatado?

Ya estudiaremos con más detenimiento al comentar el artículo 1423 del Código civil que el contrato de opción, en virtud del cual el concedente de la opción formula una oferta irrevocable al optante, está sujeto a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite.

En la Exposición de Motivos de este artículo se expresa que el contrato de opción debe tener un plazo máximo de vigencia, pues de otro modo se vería perjudicada la contratación y el juego de la circulación patrimonial. Siendo esto así, ¿no determinaría la misma razón poner un límite máximo al plazo de la oferta irrevocable?

El Código civil peruano, o los otros Códigos que acogen el sistema de la obligatoriedad de la oferta, no lo han hecho, creando así un problema al cual no se le ve solución equitativa. Pienso que, por interpretación extensiva, podría aplicarse el artículo 1423 del Código civil.

#### 4).- EXCEPCIONES A LA OBLIGATORIEDAD.-

Según se ha visto, el artículo 1382 del Código civil consagra el principio de la obligatoriedad de la oferta, pero contempla como excepciones a este principio que lo contrario no resulte *de los términos de la oferta, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.*

Las excepciones a la obligatoriedad no deben ser entendidas, en mi opinión, como que el contrato deja de formarse aún cuando exista aceptación por parte del destinatario, sino únicamente en el sentido que el oferente puede revocar la oferta antes de que sea aceptada.

Toda oferta, sea obligatoria o no, da lugar a la conclusión del contrato cuando la aceptación es conocida por el oferente mientras la oferta se encuentre vigente. Podría decirse, por lo tanto, que toda oferta, sin excepción, vincula al oferente si es aceptada oportunamente, pero que éste puede, en los casos de excepción de la obligatoriedad, revocar la oferta antes de que sea aceptada para evitar, así, que la aceptación sea oportuna y que dé lugar a la formación del contrato.

La doctrina alemana<sup>(7)</sup> opina distinto, pues sostiene que la vinculación de la oferta puede ser también excluida en el sentido que el oferente conservará plena libertad contractual, de suerte que la oferta se considerará únicamente como una invitación a ofrecer. Discrepo de esta opinión pues pienso que la oferta es de naturaleza diferente a la de la invitación a ofrecer y que tienen efectos distintos. La invitación a ofrecer no es una oferta privada de fuerza vinculante sino, como su nombre lo indica, una invitación a que se formulen ofertas.

#### ***Términos de la oferta.-***

La obligatoriedad de la oferta no es un elemento esencial de ésta, en el sentido que toda oferta es, por su naturaleza, obligatoria, sino un elemento natural, de tal manera que el oferente puede

estipular lo contrario. Si en la oferta se pone de manifiesto que ella no es obligatoria, el oferente podrá revocarla en cualquier momento.

La manifestación del oferente puede ser expresa o tácita, de la manera indicada en el artículo 141 del Código civil.

No habría inconveniente, por otro lado, que la falta de obligatoriedad fuera simplemente parcial. Por ejemplo, se puede formular una oferta que estará vigente por el plazo de un año, indicándose que sólo será obligatoria durante los primeros tres meses de dicho plazo y que podrá ser revocada durante los nueve meses restantes.

### ***Naturaleza de la operación.-***

Aun cuando lo he pensado bastante no he podido imaginar un caso en que la naturaleza de la operación pueda determinar que la oferta no sea obligatoria.

Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de que, efectivamente, existan operaciones cuya contratación exija que la oferta hecha con plazo determinado o determinable pueda ser revocada en cualquier momento. La casuística de la vida es tan grande que supera las previsiones, por lo cual la norma es prudente.

En cuanto a las ofertas hechas sin conceder plazo determinado o determinable, la regla del artículo 1385 es que ellas caducan cuando no son aceptadas con la celeridad requerida, de tal manera que la obligatoriedad de la oferta no juega un rol determinante en estos casos.

### ***Circunstancias del caso.-***

El artículo 1382 del Código civil peruano tiene como fuente y se inspira muy de cerca en el artículo 1080 del Código civil del Brasil.

La doctrina de este país<sup>(8)</sup>, comentando dicho artículo, considera que el artículo 1081 de su Código, que corresponde al artículo 1385 del nuestro, expone los casos en que resulta de las circunstancias que la oferta deja de obligar.

### ***Efectos de las excepciones.-***

El artículo 1382 al hablar de lo contrario a la obligatoriedad de la oferta se está refiriendo, sin duda, a la posibilidad de revocarla.

No existe unidad de criterio respecto al sentido de la revocación, pues esta expresión es utilizada para designar tanto el acto mediante el cual se deja sin efecto, en todo o en parte, un acto jurídico anterior, como ocurre en la revocación del testamento, como la manifestación destinada a evitar que se celebre un acto jurídico, cual sucede en la revocación de la oferta.

En este último caso, la revocación tiene por objeto privar de eficacia a la oferta para evitar que mediante su aceptación se dé lugar a la conclusión del respectivo contrato. Opina MIRABELLI<sup>(9)</sup> que más que de revocación debería hablarse de *retiro*. No llego a estar de acuerdo con esta opinión pues pienso, coincidiendo con CARRESI<sup>(10)</sup>, que el retiro es una manera de recapturar la oferta (policitación) antes que llegue a conocimiento del destinatario o que, si hubiera llegado, estuviera precedida de una retractación privándola de eficacia (inciso 3. del artículo 1385 del Código civil), mientras que la revocación opera quitando valor a una oferta conocida por el destinatario y que hubiera podido ser aceptada, por lo cual es una causa de extinción de la oferta que opera con efecto retroactivo.

Téngase presente que no se está hablando de la revocación de la policitación, ya que ésta no tiene carácter obligatorio ni, por consiguiente, es necesario privarla de él, sino de revocación de la oferta, o sea de convertir en ineficaz una declaración del oferente que, por haber llegado a conocimiento del destinatario, se había convertido ya en apta para dar lugar a la formación del contrato.

Esto determina que para que la revocación de la oferta pro-

duzca su efecto se requiere que llegue a conocimiento del destinatario antes que la aceptación de éste haya producido sus efectos, pues si ello hubiera ya ocurrido la retractación es inoperante por extemporánea, desde que ya se habría concluido el contrato.

Existe una difundida creencia, recogida por el artículo 1384 del Código civil, en el sentido que la revocación únicamente es eficaz hasta que se acepte la oferta. Considero que esto sólo es así cuando se adopta el sistema de la declaración, en el que la declaración de la aceptación da lugar a la conclusión del contrato.

La verdad es que la revocación es eficaz mientras la oferta está vigente, lo cual ocurre hasta el momento en que se concluye el contrato. La aceptación no priva de vigencia a la oferta sino cuando produce sus efectos como aceptación, esto es cuando determina la conclusión del contrato.

El artículo 1328 del Código civil italiano es muy claro en ese sentido al establecer que la propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluido.

La duda ha surgido por una evidente confusión sobre los conceptos de existencia y eficacia de la aceptación.

Pienso que la aceptación existe desde que es declarada, pero que no produce efectos, o sea que es ineficaz, hasta que el ordenamiento jurídico no se los concede. Si el Código civil hubiera adoptado la teoría de la declaración, la aceptación declarada sería existente y eficaz, dando lugar a la conclusión del contrato. Como el Código se ha inclinado por la teoría de la cognición, la aceptación declarada es existente pero ineficaz, o sea que no produce efecto alguno, hasta que es conocida por el oferente. Sólo a partir de este momento, la aceptación es existente y eficaz, o sea es completa. En tales condiciones, como la razón por la cual la revocación de la oferta debe hacerse antes de su aceptación es que debe tener aún la calidad de oferta, calidad que pierde no por haber sido aceptada sino por haberse formado el contrato, hay que llegar a la conclusión que la oferta

puede ser revocada hasta el momento en que la aceptación es eficaz, o sea cuando, por ser conocida por el oferente, ha dado lugar a la conclusión del contrato.

La doctrina extranjera vacila sobre el carácter recepticio de la revocación. Consideran algunos<sup>(11)</sup> que la revocación de la oferta no es recepticia por cuanto produce su efecto propio en el momento en que es emitida y dirigida al destinatario y no en el momento en que llega a éste. Opinan otros<sup>(12)</sup> que la declaración de revocación de la oferta es recepticia.

En nuestro sistema, al establecer el artículo 1374 que la revocación es una declaración contractual dirigida a determinada persona, que se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, se está reconociendo expresamente el carácter recepticio de la revocación, de tal manera que para producir efecto debe ser conocida (real o presuntamente) por el destinatario de la oferta. Por lo tanto, la eficacia de la revocación depende de que sea conocida por el destinatario de la oferta antes que la aceptación de éste sea conocida por el oferente.

Otro problema muy interesante es determinar si la revocación es o no un acto jurídico. Pese a que MIRABELLI<sup>(13)</sup> considera que la oferta y la aceptación no son actos jurídicos, opina que la revocación sí lo es. La razón que invoca, que me parece muy persuasiva, es que la revocación produce los efectos que el declarante quiere alcanzar con ella, o sea impedir la formación del contrato.

Finalmente cabe preguntarse si el oferente puede volver a otorgar obligatoriedad a su oferta dejando sin efecto su revocación. Creo que si se ha tomado la posición de que la revocación determina la extinción de la oferta con efecto *ex tunc*, el retiro de la oferta, ésta ha dejado de existir como tal, por lo que si el oferente desea dar obligatoriedad a su oferta tendrá que formular una nueva.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1382:

- (1) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código civil peruano (De los contratos)", Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, Tomo III, pág. 51
- (2) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 185
- (3) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 83
- (4) IBIDEM, pág. 147.
- (5) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 314.
- (6) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II<sup>o</sup>, pág. 146.
- (7) LEHMANN, Heinrich, "Tratado de Derecho civil - Parte general", Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956, Volumen I, pág. 341.
- (8) BEVILAQUA, Clovis, "Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil", Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1930, Volumen IV, pág. 247.
- (9) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale, U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 67.

- (10) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 758.
- (11) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 68. (9)
- (12) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág.309 (4);DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, Tomo I Pág. 195.
- (13) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 67. (9)



**Artículo 1383.-** *La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinan que la fuerza vinculante de la oferta sea intransferible.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Autonomía de la oferta.
- 3.- Muerte o incapacidad sobreviniente del oferente.
- 4.- Obligación de los herederos o representantes legales.
- 5.- Intransmisibilidad de la oferta.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Los artículos 60 y 63 de la Ponencia original decían así:

**Artículo 60.-** Cuando el oferente se hubiese obligado a mantener firme la propuesta durante cierto tiempo, la revocación carecerá de efecto. En esta hipótesis, la muerte o incapacidad sobreviniente no resta eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias la excluyesen.

**Artículo 63.-** La muerte o incapacidad del oferente o del beneficiario producida antes de que se haya concretado la aceptación impiden la formalización del contrato, salvo la excepción prevista en el artículo 60.

Tomando en consideración que el ponente había optado ya por el régimen de la obligatoriedad de la oferta, la primera parte del

artículo 60 de la Ponencia original resultaba redundante. Por otro lado, estando el problema de la autonomía de la oferta íntimamente vinculado con la posición que se tome respecto a la obligatoriedad de la oferta, el artículo 63 de la misma Ponencia no resultaba consecuente con el principio de la obligatoriedad de la oferta.

Recogiendo estas razones, se dio al artículo 65 de la primera Ponencia sustitutoria la siguiente redacción:

**Artículo 65.-** La muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no restan eficacia a la oferta, la cual obligará sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias determine que la oferta es intransmisibile.

Este texto fue conservado en el artículo 63 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 29 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1402 del primer Proyecto. En el artículo 1348 del segundo Proyecto se cambió la palabra "negocio" por "operación" y la palabra "es" por "sea".

Sin otro cambio que el de la palabra "resta" por "priva de", quedó el texto definitivo de artículo 1383 del Código civil.

## 2).- AUTONOMIA DE LA OFERTA.-

Se ha visto en el comentario al artículo 1382 que el principio de la vinculación del oferente tiene dos manifestaciones: la obligatoriedad de la oferta y la autonomía de la misma. Puede decirse que estas dos manifestaciones están indisolublemente unidas, pues si se considera que la oferta es irrevocable, la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente determinará que su fuerza vinculante pase a sus herederos o representantes legales.

Así lo ha entendido la doctrina de aquellos países cuyos Códigos adoptan el sistema de la obligatoriedad de la oferta.

Sabemos que el numeral 145 del Código civil alemán dispone que quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación. Refiriéndose a este dispositivo, ENNECERUS<sup>(1)</sup> dice que la muerte o la incapacidad del oferente antes de la aceptación no impide, por lo regular, la perfección del contrato en virtud de una aceptación que llega al heredero o al representante, basándose para ello en lo dispuesto por el numeral 153 del BGB.

El Código de las obligaciones suizo establece en su artículo 5 que cuando la oferta se ha hecho sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta queda ligado hasta el momento en que pueda entenderse la llegada de una respuesta expedida a tiempo y regularmente. TUHR<sup>(2)</sup>, reconociendo que la ley no da normas para el supuesto de que uno de los contratantes fallezca -o se incapacite- estando pendientes las negociaciones de contratación, indica que teniendo en cuenta los principios generales la oferta surte efecto aun cuando llegue a poder del destinatario después de haberse muerto el oferente.

Según el artículo 1633 del Código civil mexicano, toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo. Refiriéndose a la autonomía de la oferta, el artículo 1638 del mismo Código señala que si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuera sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato.

El Código civil italiano no ha adoptado el sistema de la obligatoriedad de la oferta, pues en su artículo 1328 dispone que la propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído. Sin embargo, el artículo 1329 contempla la posibilidad de la propuesta irrevocable, diciendo que si el proponente se hubiese obligado a mantener firme la propuesta durante cierto tiempo, la revocación carecerá de efecto. Para tal eventualidad el mismo artículo establece que la muerte o la incapacidad sobreviniente, no quitan eficacia a la propuesta, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyesen tal eficacia.

Puede observarse que cuando, por voluntad del oferente, la oferta adquiere carácter obligatorio, se plantea paralelamente, como consecuencia necesaria, la autonomía de la oferta<sup>(\*)</sup>.

En estas condiciones, habiendo optado el codificador peruano por el sistema de la obligatoriedad de la oferta, que es una de las manifestaciones de la vinculación del oferente, ha procedido con muy buen criterio al establecer correlativamente la otra manifestación de dicha vinculación, o sea el sistema de la autonomía de la oferta.

Para reforzar este planteamiento algunos autores<sup>(4)</sup> sostienen que el oferente adquiere una obligación de *no hacer*, que es la de no revocar su oferta durante el plazo de vigencia de la misma, y que esta obligación, cuando la naturaleza de la operación u otras circunstancias no determinen su intransmisibilidad, se transmite a los herederos, lo que confirmaría la bondad de la regla adoptada por el artículo 1383.

Pienso que este argumento no es válido desde que el oferente no adquiere la obligación de no revocar su oferta (que podría incumplir revocándola), sino que ha perdido el derecho de revocación, desde que, como se ha visto, cualquier revocación hecha por el oferente durante la vigencia del plazo no produce efecto alguno; es como si no hubiera sido hecha. Se trata, más bien, de un derecho del destinatario de dar lugar a la conclusión del contrato con su sola aceptación, sin que el oferente pueda impedírselo.

---

(\*) Comentando el régimen italiano dice BIANCA<sup>(3)</sup> que la relevancia de la muerte y de la incapacidad sobrevenida del declarante ha sido explicada como eventos que precluyen concretamente al declarante de ejercitar el poder de revocación.

Coherentemente con tal explicación, agrega, cuando la oferta es irrevocable no debe decaer por muerte o incapacidad, sobrevenida del proponente. Si la propuesta es irrevocable viene privilegiada la exigencia de tener firme la obligación asumida por el proponente.

### ***Naturaleza de la autonomía de la oferta.-***

La autonomía de la oferta consiste en otorgar a ésta un valor absoluto, independizándola de la voluntad del oferente, de tal manera que desde que la oferta llega a conocimiento del destinatario es necesariamente apta durante todo el plazo de su vigencia para que, mediante su aceptación y consiguiente conocimiento de esta aceptación por parte del oferente, el contrato quede concluído.

### ***Fundamento de la autonomía de la oferta.-***

Se ha visto que el efecto de la obligatoriedad de la oferta es que el oferente no puede revocarla. Conviene analizar la razón por la cual la obligatoriedad produce ese efecto.

Para explicar este tema conviene volver sobre los dos grandes sistemas referentes a la fuerza vital de la oferta: el de la libertad de revocación y el de la obligatoriedad de la oferta. Según el primero, el oferente puede revocarla; de acuerdo con el segundo, el oferente no puede hacerlo.

El Código civil italiano ha adoptado, según se ha visto, como regla general que la oferta es naturalmente revocable mientras el contrato no haya sido concluído (artículo 1328), o sea el sistema de la libertad de revocación. Sin embargo, contempla un régimen excepcional tratándose de la propuesta hecha a firme durante cierto tiempo, caso en el cual la revocación carecerá de efecto (artículo 1329). Este régimen dual ha llevado a pensar<sup>(5)</sup> que la revocación de la oferta es un derecho natural del oferente, al cual renuncia en el caso de la propuesta a firme.

El régimen del Código civil peruano es radicalmente distinto, ya que su principio rector es la obligatoriedad de la oferta. Según este régimen, la oferta es naturalmente irrevocable, permitiéndose su revocación sólo en los tres casos excepcionales estudiados al comentar el artículo 1382. No se trata, pues, de privar al oferente de un derecho a la revocación, sino de estable-

cer que la oferta, de por sí, no es susceptible de revocación. En otras palabras, desde que la oferta adquiere la calidad de tal, o sea cuando la declaración del oferente llega a conocimiento del destinatario, cobra vida propia y produce sus efectos independientemente de la voluntad del oferente.

En estas condiciones, como la voluntad del oferente es irrelevante para la eficacia de la oferta, da lo mismo que el oferente tenga voluntad o no la tenga. Esto último ocurre en los casos de fallecimiento o incapacidad sobreviniente del oferente, en los cuales éste ha dejado jurídicamente de tener voluntad. La vida de la oferta nada sufre con estos acontecimientos y sigue desarrollando su fuerza connatural y produciendo sus efectos, entre los cuales se encuentra, en primer lugar, permitir la conclusión del respectivo contrato.

### **3).- MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVINIENTE DEL OFERENTE.-**

El artículo 1383 indica que la muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia la oferta.

Esto quiere decir, como se ha explicado en páginas anteriores, que pese a la ocurrencia de los referidos acontecimientos, la oferta sigue viva y eficaz.

Respecto a la muerte no hay nada que decir.

Con relación a la incapacidad se ha formulado la pregunta si se trata de la incapacidad de derecho o de la de ejercicio, respondiéndose que comprende a ambas<sup>(6)</sup>. Desde luego, en uno y otro caso la incapacidad debe ser sobreviniente a la formulación de la oferta, lo que supone que ésta fue declarada cuando el oferente era capaz.

Sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 1358 del Código civil permite a los incapaces no privados de discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades de la vida

diaria, lo que supone la facultad de ellos de formular ofertas relacionadas con estos contratos. Resulta así que, en tales casos, la incapacidad no debe ser necesariamente sobreviniente, desde que, aún siendo incapaces los oferentes al momento de hacer la declaración de oferta, la aceptación de tal declaración da lugar a un contrato válido.

Aparte de estos casos excepcionales, dado que el Código civil distingue, tratándose de la incapacidad de ejercicio, entre los absolutamente incapaces y los relativamente incapaces, surge la duda sobre si el artículo 1383 se refiere a unos y otros o sólo a los primeros. Pienso que este problema debe tratarse a la luz del sistema de las nulidades. Como los actos jurídicos celebrados por los relativamente incapaces no son nulos sino anulables, o sea que tienen validez y eficacia en tanto no se declare su nulidad, las ofertas formuladas por los relativamente incapaces, pese a no ser actos jurídicos, se encuentran por analogía en la misma situación, o sea que son eficaces, de tal manera que la incapacidad no necesita ser sobreviniente.

Por lo tanto, la incapacidad sobreviniente a que se refiere el artículo 1383 es la absoluta.

Queda por dilucidar si es necesario que el destinatario de la oferta, para que ésta no quede privada de eficacia, ignore al momento de conocerla o durante la vigencia de ella, la muerte o incapacidad del oferente. Pienso que ello es irrelevante, desde que la oferta, en virtud del principio de su autonomía, tiene eficacia absoluta cualquiera que sea la situación del oferente, de tal manera que el destinatario puede aceptarla sin temor alguno viva o no viva el oferente, sea capaz o incapaz. En cualquiera de estos casos, la aceptación dará lugar a la conclusión del contrato.

Asunto distinto es si el destinatario querrá o no aceptar la oferta. Si no sabe que el oferente ha muerto o devenido incapaz, creerá, si se decide a aceptar, que está contratando con el oferente. Si sabe que ha ocurrido alguno de estos acontecimientos, deberá decidir si está dispuesto o no a concluir el contrato con

los herederos o representantes legales del oferente. El tema, que es bastante complejo en sus dos aspectos, será analizado en el rubro siguiente.

#### 4).- OBLIGACION DE LOS HEREDEROS O REPRESENTANTES LEGALES.-

El artículo 1383 dice que la oferta formulada por quien posteriormente muere o se incapacita obliga a los herederos o representantes legales.

Conviene precisar la naturaleza de esta obligación.

En primer término, hay que entenderla en el sentido que la oferta vincula a los herederos o representantes legales, de tal manera que ellos no pueden revocarla durante el plazo de su vigencia. Esto es simplemente una aplicación del principio de la obligatoriedad de la oferta y determina que, si la oferta es aceptada, se dará lugar a la formación del contrato.

Queda por dilucidar, en segundo término, si los herederos o representantes legales son partes en la celebración del contrato o sólo son partes en la relación jurídica patrimonial creada por el contrato. El problema es muy difícil de resolver y sólo con gran reserva me atrevo a plantearle una solución.

Creo, no sin algunas dudas, que el principio de la obligatoriedad de la oferta, aplicado en toda su pureza, determina que la oferta cobre vida propia desde el momento en que es conocida por el destinatario y se independice de su autor, tan es así que no puede revocarla, y que el principio de la autonomía de la oferta da lugar a que ella subsista pese a la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, de tal manera que el contrato a que dicha oferta da lugar debe entenderse celebrado entre el oferente, aunque haya fallecido o devenido incapaz, y el aceptante.

En efecto, siendo el contrato un acuerdo de declaraciones de voluntad, las voluntades que están en juego son las del oferente,

contenida en su declaración de oferta, y la del aceptante, quien al hacer suya la voluntad del oferente e incorporarla a su propia voluntad, da lugar a la voluntad común que es declarada mediante la aceptación. Consecuentemente, el contrato se forma mediante la declaración conjunta de la voluntad común del oferente y del aceptante, que son los dueños de esta voluntad.

Hay que tomar en consideración que el oferente formuló su declaración de oferta cuando estaba vivo o era capaz, de tal manera que esta declaración es intachable. El acuerdo de declaraciones de voluntad se realiza cuando el destinatario acepta la oferta que estaba vigente, que era la formulada por el oferente (el principio de la obligatoriedad de la oferta determina que la oferta permanece inalterable durante toda su vigencia). No se trata de un acuerdo entre la declaración de voluntad de un vivo o capaz, el aceptante, y de un muerto o incapaz, el oferente, sino uno realizado entre las declaraciones de voluntad de dos personas vivas o capaces.

No debe pensarse, pues, que el hecho de que la oferta obligue a los herederos o representantes legales del oferente fallecido o incapacitado, determine que la oferta hecha por el oferente cuando vivía o era capaz contenga después la obligada voluntad de aquéllos. No puede entenderse así la declaración contenida en el artículo 1383, desde que la voluntad no se impone.

Posiblemente la manera racional de entender dicho artículo es en el sentido que el contrato que contiene el acuerdo de voluntades del oferente y del aceptante queda concluido (no se olvide que la formación del contrato es simplemente un *procedimiento*, cuya fase final no requiere la actuación de la voluntad) cuando los herederos o representantes legales del oferente que ha fallecido o devenido incapaz toman conocimiento de la aceptación y que, en virtud de la obligación que el artículo 1383 les impone, dichos herederos o representantes legales ocupan el lugar del oferente en la relación jurídica patrimonial creada por tal contrato<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) PUIG BRUTAU<sup>(7)</sup>, citando a FULLER, dice que "aunque un hombre muerto no puede contratar, es perfectamente posible considerar que

TUHR<sup>(8)</sup> sostiene que es necesario que la aceptación llegue a conocimiento de los herederos o representantes legales, pero no que se dirija a ellos, pues si el aceptante ignora el fallecimiento o incapacidad del oferente, puede dirigir su aceptación a éste.

### ***Actitud del destinatario de la oferta.-***

Entendida así la obligación asumida por los herederos o representantes legales del oferente que ha fallecido o devenido incapaz, surgen varios problemas relacionados con la actitud del destinatario de la oferta.

Puede ocurrir, en primer lugar, que él conozca el fallecimiento o incapacidad del oferente antes de aceptar la oferta. En tal caso, quedará libre para celebrar o no el contrato según convenga a sus intereses vincularse o no con los herederos o representantes legales del oferente.

También puede ocurrir que el destinatario acepte la oferta ignorando que el oferente ha fallecido o devenido incapaz, con lo cual se encontrará vinculado a una relación jurídica patrimonial con personas con quienes él no tenía intención de hacerlo.

Si por la naturaleza de la obligación que sea de cargo de los herederos o representantes legales el cambio de personas no tiene importancia alguna, como, por ejemplo, la obligación de transferir la propiedad de un bien, seguramente convendrá al aceptante mantener el contrato.

En cambio, si la obligación asumida por los herederos o representantes legales, aún cuando fuera transmisible, importa que el aceptante prefiera no vincularse con ellos, como, por ejemplo, la obligación de pagar el precio cuando los herederos o represen-

---

la obligación correspondiente gravita sobre su herencia. De esto se trata, esto es, de saber si es más justo considerar la oferta revocada al morir el oferente o, por el contrario, considerar que ha de cumplir la obligación ofrecida su heredero o su ejecutor testamentario...".

tantes legales no tengan la misma solvencia que el oferente, pienso que el aceptante podría pedir la anulación del contrato por error, ya que no hubiera celebrado el contrato si hubiera sabido que el oferente había fallecido o devenido incapaz.

#### 5).- INTRANSMISIBILIDAD DE LA OFERTA.-

El artículo 1383 dispone que la oferta no obliga a los herederos o representantes legales del oferente que fallece o deviene incapaz cuando la naturaleza de la operación u otras circunstancias determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible.

Los casos de intransmisibilidad del vínculo contractual están referidos principalmente a los contratos que versen sobre obligaciones *intuitu personae* o sobre prestaciones infungibles<sup>(9)</sup>.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1383:

- (1) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, Volumen II, pág. 260.
- (2) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 138.
- (3) BIANCA, C., Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 241.
- (4) BREBBIA, Roberto H., "Responsabilidad precontractual", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987, pág. 131.
- (5) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 73.
- (6) LAVALLE COBO, Jorge E. en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 763.
- (7) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Ediciones Ariel, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 250.
- (8) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II<sup>2</sup>, pág. 149.
- (9) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 215.

**Artículo 1384.-** *La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Revocación de la oferta.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Como se verá al estudiar los antecedentes del artículo 1385, la norma ahora contenida en el artículo 1384 estaba considerada, con sentido bastante parecido, en el inciso (3) del artículo 27 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto, así como en el artículo 1400 del primer Proyecto.

Habiéndose sustituido en el artículo 1350 del segundo Proyecto el concepto de que la oferta deja de ser obligatoria por el de caducidad de la oferta, este último ya no era aplicable al caso de la revocación de la oferta, por lo cual la norma fue independizada, modificándose ligeramente su redacción, en un artículo propio, que fue el artículo 1349 de este Proyecto y el artículo 1384 del Código civil.

### 2).- REVOCACION DE LA OFERTA.-

Según se ha visto, el artículo 1382 del Código civil establece que la oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella.

Sin embargo, puede ocurrir que el declarante de la oferta omita indicar en esta declaración que la oferta no es obligatoria, o sea que puede ser revocada en cualquier momento antes que su aceptación sea conocida por él, y que desee salvar esta omisión.

El artículo 1384 le permite hacerlo mediante una declaración suya (del oferente) en el sentido que puede revocar la oferta en cualquier momento antes de su aceptación, la cual declaración debe llegar a conocimiento del destinatario antes o simultáneamente con la recepción de la oferta por él.

De esta manera se evita que el oferente deba recurrir al complicado expediente de retractarse de su oferta (policitación), en la forma prevista en el inciso 3. del artículo 1385, y posteriormente emitir una nueva declaración de oferta en la que deje constancia que ésta no es obligatoria.

El efecto de la declaración a que se refiere el artículo 1384 es permitir al oferente la revocación de la oferta mientras ello es posible, o sea antes que se concluya el contrato mediante el conocimiento de la aceptación por el oferente, tal como se ha indicado en el comentario al artículo 1382.

Ello determina que, en mi opinión, haya un defecto de redacción en el artículo 1384, pues debió decir, como lo hace el artículo 1328 del Código civil italiano, que la oferta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído, o, si no fuera así, que la oferta puede revocarse en cualquier momento antes que su aceptación sea conocida por el oferente.

Sin embargo, este defecto puede salvarse interpretando dicho artículo en el sentido que la aceptación de la oferta se produce en el momento que ella (la aceptación) es eficaz, o sea cuando llega a conocimiento del oferente.

Dado que la declaración mencionada en el artículo 1384 está destinada a permitir la revocación de la oferta, pienso que, al igual que ésta, debe ser una declaración recepticia, o sea que esté dirigida al destinatario de la oferta para que sea conocida por él, siéndole de aplicación la presunción contenida en el artículo 1374 del Código civil.

**Artículo 1385.- La oferta caduca:**

- 1.. *Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.*
2. *Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiera transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.*
3. *Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.*

**SUMARIO**

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Caducidad de la oferta.
- 3.- Comunicación inmediata.
- 4.- Falta de comunicación inmediata.
- 5.- Retracción del oferente.

**1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-**

El artículo 58 de la Ponencia original tenía el texto siguiente:

**Artículo 58.-** La oferta deja de ser obligatoria:

- (1) Si se hizo sin conceder plazo a una persona presente y no fue inmediatamente aceptada.
- (2) Si se hizo sin plazo a una persona ausente y hubiese

transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente.

- (3) Si antes de recibida o simultáneamente con ésta llegase a la otra parte la retractación del oferente.

La misma redacción se conservó en el artículo 63 de la primera Ponencia sustitutoria y en el artículo 61 de la segunda Ponencia sustitutoria, con la salvedad que en este último se agregó las palabras "conocimiento de" en el inciso (3).

En el artículo 27 de la tercera Ponencia sustitutoria se conservó los incisos (1) y (2), pero se cambió el inciso (3) que quedó con el siguiente texto:

- (3) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llegase a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente o la de claración de éste en el sentido que puede revocarla en cualquier momento.

En el artículo 27 de la cuarta Ponencia sustitutoria se modificó los incisos (1) y (2), agregando en ambos las palabras "determinado o determinable" después de la palabra "plazo". Igual redacción se mantuvo en el artículo 27 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto y en el artículo 1400 del primer Proyecto.

En el artículo 1350 del segundo Proyecto se adoptó el texto que después tuvo el artículo 1385 del Código civil.

## **2).- CADUCIDAD DE LA OFERTA.-**

Puede observarse que en las cinco Ponencias sustitutorias, en el Anteproyecto y en el primer Proyecto se hablaba de que la oferta dejaba de ser obligatoria cuando ocurrían las situaciones previstas en los tres incisos que seguían.

Esta redacción permitía que se interpretara en el sentido que,

si bien la oferta dejaba de ser obligatoria, o sea que podía ser revocada, se mantenía vigente por plazo indeterminado, dando con ello lugar a que el destinatario pudiera aceptarla en cualquier momento durante esta vigencia, con lo cual el conocimiento por el oferente de esta aceptación determinaría la conclusión del contrato.

Como el propósito del codificador no era éste, pues deseaba que la oferta que se encontraba en cualesquiera de las situaciones contempladas en los referidos tres incisos se extinguiera, o sea que dejara de tener valor como oferta, se expresó, con muy buen criterio, que en los indicados casos la oferta caduca.

De esta manera se suprimió la posibilidad de que el destinatario de la oferta, que no la acepta en las oportunidades en que puede hacerlo según los incisos 1. y 2. del artículo 1385, conserve por tiempo indefinido la posibilidad de aceptarla posteriormente. En realidad, en el caso del inciso 3. del mismo artículo la oferta no caduca pues ya había sido previamente retirada por el oferente en virtud de su retractación.

Debe entenderse, pues, que en los casos de los tres incisos del artículo 1385 no se trata de que la oferta deje de tener efectos, esto es que sea ineficaz, sino que ella deja de existir.

Pienso que la caducidad no opera retroactivamente, o sea que la oferta deja de ser tal sólo a partir de la oportunidad en que se producen los supuestos establecidos por el artículo 1385 para tal efecto, los cuales son sobrevinientes a la declaración de oferta.

Además de los casos previstos en el artículo 1385, la oferta caduca, como se ha visto anteriormente cuando:

- a).- El destinatario la rechaza;
- b).- Vence el plazo determinado o determinable establecido por el oferente;
- c).- El oferente la revoca.

### 3).- COMUNICACION INMEDIATA.-

El inciso 1. del artículo 1385 establece que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

Ya se ha visto al comentar el artículo 1373 del Código civil que en el sistema peruano el concepto de comunicación inmediata ha sustituido al concepto de presencia, por expresar mejor que lo que tiene realmente relevancia para los efectos de la aceptación de la oferta no es la cercanía física sino la posibilidad de que el oferente y el destinatario conozcan de inmediato sus respectivas declaraciones.

El inciso 1. del artículo 1385 indica, al referirse a la oportunidad que determina la caducidad de la oferta, que ello ocurre si la oferta "no fue seguidamente aceptada". Entiendo que la palabra *seguidamente* fue utilizada para no repetir el concepto de inmediatez que ya había sido aplicado a la comunicación, tomando en consideración que la segunda acepción de la palabra "seguida" (en seguida) en el Diccionario de la Lengua Española es *inmediatamente*.

El Código civil alemán establece en su numeral 147 que la oferta hecha a una persona presente sólo puede ser aceptada inmediatamente. Refiriéndose a este artículo dice TUHR<sup>(1)</sup> que el Código atribuye a la palabra "inmediatamente" un sentido objetivo y emplea el término "sin demora" para aludir a aquellos casos en que la acción debe desarrollarse sin dilación alguna culpable, agregando que será, pues, un problema de difícil interpretación el de si la ley atribuye a la palabra "inmediatamente" el sentido de un plazo brevísimo que haya de valorarse objetiva o subjetivamente. ENNECERUS<sup>(2)</sup>, por su parte, considera que "inmediatamente" no quiere decir sólo "sin demora", sin demora culpable, sino en el instante.

Según el artículo 1151 del Código civil argentino, la oferta o propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo

fuese inmediatamente. En su correspondiente comentario dice BORDA<sup>(3)</sup> que es un supuesto en que recipiente de la oferta no goza de plazo, lo cual considera como razonable por ser lo corriente en la vida de los negocios. MOSSET<sup>(4)</sup> considera que cualquier demora en la contratación importa el rechazo de la oferta formulada entre presentes. MUÑOZ<sup>(5)</sup> entiende que en todo caso deberá estarse a la concreta situación de hecho. Finalmente ZAGO<sup>(6)</sup>, citando a MACHADO, indica que el término *inmediatamente* no se refiere a la instantaneidad de la respuesta sino a la continuidad de la negociación, de modo que no se interrumpa por un acto extraño.

El inciso I. del artículo 1081 del Código civil brasileiro dispone que deja de ser obligatoria la oferta si, hecha sin plazo, no fue inmediatamente aceptada. Sobre el particular dice BEVILACQUA<sup>(7)</sup> que la aceptación debe ser dada en el acto, al momento.

De conformidad con el artículo 4 del Código de las obligaciones suizo, cuando la oferta es hecha a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptar, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no tiene lugar inmediatamente. GUHL<sup>(8)</sup> afirma que en ausencia de plazo el carácter obligatorio de la oferta está limitado por la ley a un tiempo mínimo, que corresponde al tiempo de reflexión indispensable.

Puede observarse que en los ordenamientos civiles que establecen que las ofertas hechas a personas presentes sin fijación de plazo, deben ser aceptadas inmediatamente, la doctrina no interpreta de manera uniforme el significado de la expresión *inmediatamente*, pues si bien la mayoría de los autores se inclinan a darle un sentido estricto, equivalente a "sin demora", "al instante", "al momento", "sin gozar de plazo", otros, como TUHR, piensan que la inmediatez debe juzgarse objetiva o subjetivamente, o como MUÑOZ, que debe estarse a la concreta situación de hecho, o como GUHL, que corresponde al tiempo de reflexión indispensable; o sea usando criterios más flexibles.

El Código civil italiano no utiliza el concepto de la contestación inmediata, pues en el segundo párrafo de su artículo 1326

señala que la aceptación debe llegar al proponente dentro del término establecido por él o del ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio o según los usos. Comentando este artículo dice MESSINEO<sup>(9)</sup> que se refiere tanto a los usos en general como a los usos especiales o locales, pues también un uso especial o local, si existe, puede ser decisivo. MIRABELLI<sup>(10)</sup> opina que se trata de cuestiones de hecho, que deben resolverse en base a una evaluación objetiva del retardo. En cambio CARRESI<sup>(11)</sup> indica que cuando una oferta sea hecha entre presentes la aceptación deberá seguir con inmediatez.

El Código civil español no regula la aceptación del contrato entre presentes. ALBALADEJO<sup>(12)</sup> cita una sentencia española de 20 de abril de 1904 que afirma que "respecto a la fuerza vinculante de la proposición, oferta o solicitud de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquélla no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente en todo momento el derecho absoluto de retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la concesión de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito, hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por una serie de circunstancias que sólo dado el caso práctico pueden determinarse".

He hecho ésta quizá tediosa relación de reglas legales y de pronunciamientos doctrinarios porque considero que la solución dada por el inciso 1. del artículo 1385 del Código civil peruano debe ser materia de reflexión.

La oferta hecha sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la cual el oferente se encuentra en comunicación inmediata puede ser del más variado contenido. Desde la orientada al comodato de un libro usado o el mutuo de una pequeña cantidad de dinero hasta la que tiene por finalidad la compraventa de un costoso automóvil o la cesión de los derechos de autor. No puede pensarse que negocios tan distintos deban ser tratados, en cuanto a su concertación, con un mismo

rasero: la inmediatez entendida como la respuesta al momento o sin demora alguna.

Si bien esta última es explicable para la contratación masiva, especialmente para la provisión de bienes y servicios a una generalidad de personas, en la cual la celeridad de las transacciones juega un rol importantísimo, por no decir vital, que exige la respuesta al instante, no lo es en el caso de negocios en los cuales la aceptación o rechazo de la oferta requieren intercambio de información, fijación de pormenores, ajustes de posiciones, que, no obstante existir el propósito de concluirlos en una sola jornada u ocasión, exigen una demora razonable para tomar una determinación. Esto ocurre aún en transacciones corrientes, como es la adquisición de electrodomésticos en un almacén o el arrendamiento de un vehículo.

El Código no puede encorsetar a la vida diaria y hacerla amoldarse a su manera. Si para la concertación de un contrato se requiere, por la naturaleza de la relación jurídica a formarse o por las circunstancias en que ello ocurre, un lapso prudente de deliberación y reflexión, no debe excluirse por una exigencia del Código, meditada muy en teoría, la posibilidad de hacerlo.

Esto me lleva a plantear que pese a que la acepción pertinente de la palabra "seguidamente" (sinónima de "inmediatamente") es "al punto", "al instante", se le dé, dentro del contexto en que está utilizada por el inciso 1. del artículo 1385, el sentido de inmediatez razonable, o sea lo más pronto que la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso lo permitan sin perjudicar los legítimos intereses de ambas partes.

#### **4).- FALTA DE COMUNICACION INMEDIATA.-**

El inciso 2. del artículo 1385 dispone 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 mismo medio de comunicación utilizado por éste.

Se infiere del texto de este inciso que la única demora permitida es la determinada por el medio de comunicación empleado, esto es que sólo se toma en consideración el tiempo que toma la llegada de la oferta a conocimiento del destinatario y la llegada de la aceptación a conocimiento del oferente, sin conceder al destinatario de la oferta tiempo alguno para tomar la decisión respecto a la aceptación.

No es éste el sentido que da la doctrina a las disposiciones similares a la contenida en el referido inciso.

El inciso 2o del artículo 1330 del Código civil de 1936 disponía que la oferta deja de ser obligatoria si se hizo sin plazo a una persona ausente, y hubiera transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente. Comentando este artículo dice CORNEJO<sup>(12)</sup> que, aparte del tiempo que toma la llegada de la carta del oferente a su destino y la expedición de la contestación del oferente (téngase presente que el Código civil de 1936 había adoptado la teoría de la expedición para los efectos del momento de conclusión del contrato), hay que considerar el tiempo que suele tomar un hombre ordenado y cumplido para contestar una oferta recibida a tiempo, que es lo que él llama el "plazo moral". LEON BARRANDIARAN<sup>(13)</sup>, sobre el mismo tema, afirma que la letra del inciso 2o del citado artículo 1330 no debe engañar sobre el sentido y alcances de la norma, de tal manera que no debe creerse que el receptor de la oferta debe responder instantáneamente, sino que el espíritu de la norma es que el tiempo en que ha de considerarse vigente la policitación (sic) comprenda uno prudencial, para que el receptor de la misma reflexione sobre la conveniencia o no de aceptarla.

De conformidad con el numeral 147.I.2. del BGB, la oferta hecha a un ausente sólo puede ser aceptada hasta el momento en que el oferente puede esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales. TUHR<sup>(14)</sup> afirma al respecto, que el plazo que señala dicha norma se compone: del tiempo normalmente necesario para la transmisión de la oferta; del tiempo para decidir, que debe medirse según los usos y de acuerdo con el conte-

nido y alcances de la oferta; y finalmente del tiempo necesario para la transmisión de la aceptación. ENNECERUS<sup>(15)</sup> opina en sentido similar, sólo que en la segunda etapa del recorrido de TUHR se refiere al tiempo que suele tomar un hombre ordenado y cumplidor para contestar una oferta recibida a tiempo. LARENZ<sup>(16)</sup> igualmente considera que el destinatario debe contar con un tiempo adecuado para la contestación de la carta, incluyéndose un tiempo necesario para procurarse información, efectuar cálculos importantes o someter a un examen detenido las muestras recibidas.

El inciso II. del artículo 1081 del Código civil brasilero dispone que deja de ser obligatoria la oferta si, hecha sin plazo a persona ausente, hubiera transcurrido tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del proponente. Comentando este artículo, BEVILAQUA<sup>(17)</sup> dice que según las circunstancias o naturaleza del negocio, habrá necesidad de algún tiempo, lo más limitado posible, para que el solicitado reflexione, tome informaciones y resuelva, agregando que esto es lo que se llama plazo moral.

Puede observarse que en el caso de las ofertas hechas sin conceder plazo determinado o determinable a personas con las cuales el oferente no se encuentra en comunicación inmediata, la doctrina considera implícito, no obstante que normas de Códigos extranjeros muy similares al inciso 2. del artículo 1385 de nuestro Código civil no lo digan, un plazo razonable concedido al destinatario de la oferta para que haga averiguaciones y reflexione sobre la conveniencia de aceptar o no la oferta.

Pienso que estos pronunciamientos doctrinarios son aplicables al caso contemplado en dicho inciso, de tal manera que debe entenderse que en tal caso debe computarse no sólo el plazo que demora normalmente la oferta en llegar a conocimiento del destinatario y el plazo que demora la aceptación en llegar a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste, sino también un plazo adicional, cuya duración depende de la naturaleza de la operación materia del contrato ofrecido y de las circunstancias del caso, para que el

destinatario, utilizando la mayor diligencia, medite sobre lo propuesto en la oferta tomando en consideración los elementos de juicio que se encuentren a su alcance y tome una decisión al respecto.

Comprendo que esto crea una inseguridad en el tráfico, desde que el oferente no está en aptitud de calcular exactamente cuando su oferta puede haber caducado, pero considero, por otro lado, que es irreal y fuera de toda lógica pensar que el destinatario de la oferta recibida sin plazo determinado o determinable no deba disponer sino de un instante para decidir sobre la aceptación de la oferta. Es preferible sacrificar la seguridad del tráfico que propiciar una contratación apresurada e irresponsable.

Podría objetárseme que si el destinatario desea disponer de un plazo adicional para reflexionar sobre la oferta se procure ese plazo respondiendo al oferente mediante un medio de comunicación más rápido que el utilizado por éste. Pero ¿qué ocurre si el oferente utilizó el medio de comunicación más rápido posible?

Esto confirma, además, lo que he expuesto respecto al inciso 1. del artículo 1385 sobre el mismo tema, desde que no veo diferencia alguna en cuanto a la naturaleza o importancia de los contratos que se ofrecen sin plazo determinado o determinable a personas con las que el oferente no se encuentra en comunicación inmediata y los contratos en que sí existe esta comunicación.

#### **5).- RETRACTACION DEL OFERENTE.-**

De conformidad con el inciso 3. del artículo 1385 del Código civil, la oferta caduca si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

No se trata propiamente de un caso de caducidad de la oferta,

desde que ésta no ha llegado a perfeccionarse. En efecto, si la retractación debe llegar a conocimiento del destinatario antes o al mismo tiempo que la declaración de oferta sea recibida por éste, tal declaración tiene el carácter de policitud y no de oferta. En estas condiciones, lo que se produce es la retractación de la policitud y no la caducidad de la oferta, desde que ésta no ha llegado a nacer.

Ello explica la razón por la cual, pese a haber optado el Código civil por el principio de la obligatoriedad de la oferta, es posible que la declaración del oferente sea susceptible de retractación, la cual razón radica en que la policitud no es obligatoria.

Obsérvese que el Código exige que la retractación llegue a conocimiento del destinatario de la oferta antes (o simultáneamente) que la oferta haya sido recibida, y no antes de que haya sido *conocida* (que es el momento en que se convierte realmente en oferta). Esto hace decir a TUHR<sup>(18)</sup> que la revocación (él llama revocación a la retractación) que llegue después de la declaración de oferta carece de eficacia aunque el destinatario tome conocimiento de ella antes que de la declaración o simultáneamente. Dicho autor atribuye esto a que la ley, en vez de basarse en el momento decisivo bajo el aspecto psicológico, por razones de índole práctica y bajo el aspecto jurídico ha preferido el momento de la llegada, que es más fácil de demostrar.

Pese a esto, pienso que hay algo de incongruencia en la posición del inciso 3. del artículo 1385, pues si la declaración de oferta es policitud (que no es obligatoria) hasta que es conocida por el destinatario, no es explicable que sólo pueda ser materia de retractación hasta que es *recibida* por el destinatario y no hasta que es *conocida* por éste. Es cierto que por efecto del artículo 1374 la oferta se reputa conocida por el destinatario en el momento en que llega a la dirección de éste, de tal manera que, en realidad, la recepción puede identificarse, por regla general, con el conocimiento. Sin embargo, el problema surge en la hipótesis que el destinatario pueda acreditar haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocer la declaración de

oferta, pues en esta hipótesis sí se presentaría el desfase entre el momento en que el destinatario recibe la declaración de oferta y el momento en que conoce su contenido, lo que determinará que la policitud sea obligatoria en este lapso.

Ya se ha visto que la retractación del oferente significa, en realidad, no la revocación de la oferta, que se produce cuando ésta existe, sino el retiro de la declaración de oferta para que ésta (la oferta) no llegue a formarse. En efecto, como la declaración de retractación debe llegar a conocimiento del destinatario de la oferta antes (o simultáneamente) que la declaración de oferta (policitud) sea recibida y, por lo tanto, conocida por el destinatario, cuando éste conozca la declaración de oferta, que es lo que daría lugar al perfeccionamiento de la oferta, sabrá ya que tal declaración ha quedado sin valor y es inepta de convertirse en oferta. BEVILAQUA<sup>(19)</sup> dice al respecto: "Si el proponente arrepentido de su propuesta se retracta de ella, y su retractación llega a conocimiento del solicitado antes de la propuesta, o al mismo tiempo que ella, no se ha hecho propuesta alguna. Consecuentemente, no hay que aplicar a este caso el principio de la irrevocabilidad de la propuesta".

Desde luego, la retractación de la policitud sólo es posible en los contratos que se forman entre personas que no están en comunicación inmediata, de tal manera que necesariamente hay un lapso entre el momento en que se formula la declaración de oferta y el momento en que es recibida por el destinatario (en este lapso se produce la retractación). Cuando el oferente y el destinatario se pueden comunicar entre sí inmediatamente, la retractación de la declaración de oferta no es dable ya que ella (la oferta) es conocida por el destinatario en el mismo momento en que es declarada por el oferente, dando así lugar al perfeccionamiento de la oferta, la cual no es susceptible de retractación.

Para que pueda funcionar la retractación se requiere que el oferente utilice para declararla un medio de comunicación más rápido que aquél que él mismo empleó para declarar su oferta. Por ello, si el oferente hubiera utilizado para su declaración de oferta el medio de comunicación más rápido existente, la retrac-

tación es imposible desde que no hay manera, en principio, que ella llegue a conocimiento del destinatario antes que éste conozca la declaración de oferta o conjuntamente con este conocimiento.

La eficacia de la retractación es plena tanto en el régimen general de la obligatoriedad de la oferta como en los casos especiales de libertad de revocación contemplados en los artículos 1382 y 1384.

Dado que la retractación produce efecto cuando es conocida por el destinatario de la oferta, se trata de una declaración recepticia. Ya se ha visto que le es aplicable lo dispuesto en el artículo 1374 del Código civil.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1385:

- (1) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 49.
- (2) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, Volumen II, pág. 257.
- (3) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 47.
- (4) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ediar Editora Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1981, pág. 107.
- (5) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 267.
- (6) ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 70.
- (7) BEVILAQUA, Clovis, "Direito das obrigações", Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1931, pág. 170.
- (8) GUHL, Theo, "Le Droit fédéral des obligations", Editions Polygraphiques S.A., Zurich, 1947, pág. 83.
- (9) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 311.
- (10) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, pág. 56.

- (11) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, Tomo II, pág. 774.
- (12) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 90.
- (13) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código civil peruano (De los contratos)", Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, Tomo III, pág. 60.
- (14) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II<sup>o</sup>, pág. 142.
- (15) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, op. cit., Tomo I, Volumen II, pág. 257. (2)
- (16) LARENZ, Karl, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Jaen, 1978, pág. 711.
- (17) BEVILAQUA, Clovis, "Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil", Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1930, Volumen IV, pág. 249.
- (18) TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo II<sup>o</sup>, pág. 126. (14)
- (19) BEVILAQUA, Clovis, op. cit., Volumen IV, pág. 249. (17)



**Artículo 1386.-** *Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Retracción del aceptante.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 59 de la Ponencia original decía así:

**Artículo 59.-** *Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llegare al oferente la retractación del aceptante.*

Igual redacción se mantuvo en el artículo 64 de la primera Ponencia sustitutoria.

En el artículo 62 de la segunda Ponencia sustitutoria se precisó que la retractación debía llegar a *conocimiento* del oferente, lo cual se mantuvo en el artículo 28 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto, en el artículo 1401 del primer Proyecto, en el artículo 1351 del segundo Proyecto y en el artículo 1386 del Código civil.

### 2).- RETRACTACION DEL ACEPTANTE.-

Al comentar el artículo 1382 he expresado mi opinión en el sentido que la aceptación existe desde que es declarada por el aceptante pero que no es eficaz sino a partir del momento en que es conocida por el oferente, oportunidad en que da lugar a la conclusión del contrato.

Ocurre algo muy similar a la declaración de oferta, que existe como policitud desde que es declarada por el oferente hasta que es conocida por el destinatario, pero que no es eficaz como oferta sino a partir de este momento.

Siendo así las cosas, no existe inconveniente conceptual alguno para que el aceptante pueda retractarse de su aceptación antes que ésta llegue a conocimiento del oferente, por cuanto todavía no es realmente una aceptación eficaz. Recuérdese que la aceptación, a diferencia de la oferta (que tiene un lapso de vida entre el momento en que es conocida por el destinatario y el momento en que su aceptación es conocida por el oferente), no juega como declaración rol alguno, carece de significado, pues desde el momento en que es completa da lugar a la conclusión del contrato y, con ello, deja de ser aceptación. Puede decirse que la aceptación deja de existir en el mismo momento en que, por adquirir eficacia, empieza a existir como declaración completa.

Por la misma razón, no cabe la retractación de la aceptación cuando la declaración de ésta ha llegado a conocimiento del oferente, no sólo porque ya es una declaración completa no susceptible de retractación, sino también, y sobre todo, porque ha dejado de ser aceptación al dar lugar a la conclusión del contrato. Debe observarse que el Código no contempla la posibilidad de que la aceptación sea revocada, porque ello es irrealizable desde que la aceptación no tiene vida propia como tal.

Por cierto, al igual de lo que se ha dicho respecto a la retractación de la oferta y por las mismas razones, la retractación de la aceptación sólo cabe cuando oferente y destinatario no se encuentran en comunicación inmediata.

El artículo 1386 no es claro en lo que se refiere a si la retractación debe llegar a conocimiento del oferente antes (o conjuntamente) que la aceptación sea recibida por el oferente (como ocurre en el caso de la oferta) o que sea conocida por éste. Tal falta de claridad no causa, en principio, dificultad alguna, pues en virtud del artículo 1374 la aceptación se presume conocida por el oferente en el momento en que llega a la dirección de éste. El

problema surge en la hipótesis que el oferente pueda acreditar haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocer la aceptación.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del artículo 1386<sup>(1)</sup>, dentro de la línea de pensamiento fijada para los casos de la oferta, se aplica la misma tesis respecto a la revocación, pero en este caso referida a la aceptación. Esto me lleva a pensar que, para los efectos de dicho artículo, debe considerarse que la retractación es eficaz cuando llegue a conocimiento del oferente antes o a la vez que la aceptación sea recibida por éste. Esto da lugar, en la hipótesis que el oferente acredite haberse encontrado en la imposibilidad de conocer la aceptación, al mismo desfase que se produce en el caso de la retractación de la oferta, o sea que existe un lapso (el que media entre la recepción de la aceptación y el conocimiento de ella por parte del oferente) en el cual la aceptación no pueda ser materia de retractación a pesar que aún no es eficaz, esto es no ha dado aún lugar a la conclusión del contrato.

También por la misma razón que en el caso de la retractación de la oferta, para que pueda funcionar la retractación de la aceptación es necesario que el aceptante utilice para declararla un medio de comunicación más rápido que aquel que él mismo empleó para declarar su aceptación. Si el aceptante hubiera empleado para declarar su aceptación el medio de comunicación más rápido existente, la retractación es ineficaz porque no hay posibilidad que ella llegue a conocimiento del oferente antes o a la vez que éste tome conocimiento de la aceptación.

De igual manera que la retractación de la oferta, la retractación de la aceptación tiene el carácter de declaración recepticia, en el sentido que da BIANCA<sup>(2)</sup> a este carácter, o sea que la declaración llegue a conocimiento del destinatario de la misma, que en este caso es el oferente.

En el comentario al artículo 1387 del Código civil se estudiará si la retractación de la aceptación puede ser hecha por los herederos o representantes legales del aceptante que fallece o deviene incapaz después de haber declarado su aceptación pero antes de que ésta sea conocida por el oferente.

#### **BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1386:**

- (1) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", compilado por Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores, Lima, 1985, Tomo VI, pág. 48.
- (2) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 220.

**Artículo 1387.-** *La muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Muerte o incapacidad del destinatario.
- 3.- Muerte o incapacidad del aceptante.
- 4.- Retracción de la aceptación por los herederos o representantes legales del aceptante.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 63 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

**Artículo 63.-** La muerte o incapacidad del oferente o del recipiendario producida antes que se haya concretado la aceptación impiden la formalización del contrato, salvo la excepción prevista en el artículo 6o.

La primera, segunda, tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias, el Anteproyecto y el primer Proyecto no regulan el tema de la muerte o incapacidad del destinatario de la oferta.

Se sugirió (abril de 1983) a la Comisión Revisora que legislara sobre dicho tema. La atención prestada a esta sugerencia se plasmó en el artículo 1352 del segundo Proyecto, cuyo texto es igual al del artículo 1387 del Código civil.

## 2).- MUERTE O INCAPACIDAD DEL DESTINATARIO.-

Dado que el artículo 1383 del Código civil establece que la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, podría pensarse que igual solución debería haberse dado en el caso de muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta, o sea que los herederos o representantes legales del destinatario pueden aceptar una oferta dirigida a su causante o representado, respectivamente.

Sin embargo, las situaciones son considerablemente distintas en uno y otro caso.

Recuérdese, en primer lugar, la diferencia entre "destinatario de la oferta" y "aceptante" hecha al comentar el artículo 1373 del Código civil (supra, Tomo II, pág. 235). El primero es la persona a quien se dirige la oferta y que la conoce, pero aún no ha declarado su aceptación; el segundo es el destinatario que declara su aceptación. En otras palabras, el destinatario de la oferta se convierte en aceptante por el hecho de declarar su aceptación.

El caso contemplado en el artículo 1387 es el del destinatario de la oferta, quien fallece o deviene incapaz *antes* de declarar su aceptación. Esto sólo puede presentarse, cuando la oferta se hace sin conceder plazo determinado o determinable, si el oferente y el destinatario no se encuentran en comunicación inmediata. En el caso que la oferta se haga concediendo plazo determinado o determinable, la situación puede presentarse tanto si el oferente y el destinatario se hallan en comunicación inmediata como si no lo están.

En estas condiciones, si bien el artículo 1383 da la solución correcta tratándose del oferente que fallece o deviene incapaz, ya que según el artículo 1382, que consagra la obligatoriedad de la oferta, ésta no puede ser revocada durante el plazo de su vigencia, lo que determina que la voluntad del oferente, contenida en la oferta, trascienda a sus herederos o representantes legales, ello no ocurre en el caso del artículo 1387.

Efectivamente, lo único que adquiere el destinatario de la oferta es el derecho de aceptarla, lo cual se produce uniendo su voluntad a la del oferente, pero no está obligado a hacerlo, pues muy bien su voluntad puede ser en el sentido de rechazar la oferta. Si el destinatario fallece o deviene incapaz antes de haber declarado su voluntad, ésta no existe para los efectos del Derecho, de tal manera que no puede trascender a sus herederos o representantes legales.

Si se permitiera que la oferta continuara siendo obligatoria pese a la muerte o incapacidad del destinatario, se estaría abriendo la posibilidad de que fuera aceptada por sus herederos o representantes legales, pero como éstos no conocen la voluntad del destinatario por no haber sido declarada, tendrían que declarar su propia voluntad que, por provenir de personas distintas, no puede ser la del destinatario.

Se daría así lugar a que el conocimiento por parte del oferente de la aceptación de los herederos o representantes legales diera lugar a la celebración de un contrato basado, no en la voluntad común del oferente y del destinatario de la oferta, sino en la de aquél y de los herederos o representantes legales del destinatario, que crearía una relación jurídica patrimonial entre ellos.

Por tal razón, es correcta la solución de declarar la caducidad de la oferta en el caso de muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta, para evitar que ella (la oferta) pueda ser aceptada por su herederos o representantes legales.

Si el oferente quiere celebrar con éstos un contrato en los mismos términos que el propuesto al destinatario de la oferta, deberá formularles una nueva oferta en tales términos, lo cual dará lugar, si su oferta es aceptada, a un contrato *igual* al propuesto al destinatario (pero con otras personas), más no al *mismo* contrato.

Para evitar la necesidad de formular esta nueva oferta, se sugirió a la Comisión Revisora que la aceptación de la oferta original por parte de los herederos o representantes legales fuera con-

siderada como una nueva oferta (contraoferta), pero esta sugerencia no fue acogida.

### 3).- MUERTE O INCAPACIDAD DEL ACEPTANTE.-

En el rubro anterior se ha analizado el caso previsto en el artículo 1387, o sea que el destinatario de la oferta fallezca o devenga incapaz *después* de conocida la oferta pero antes de que declare la aceptación. Conviene analizar, también, la eventualidad de que el destinatario declare su aceptación *después* de conocida la oferta, convirtiéndose así en aceptante, pero que muera o se incapacite sobrevinientemente antes que su declaración sea conocida por el oferente.

Desde luego, esta hipótesis supone también, cuando la oferta se haga sin conceder plazo determinado o determinable, que no exista comunicación inmediata entre el oferente y el aceptante. Si la oferta se hace concediendo plazo determinado o determinable, la hipótesis funciona tanto si existe comunicación inmediata como si no.

Estaríamos, pues, en presencia de una aceptación existente pero ineficaz, pues no ha sido conocida aún por el oferente (supra, Tomo II, pág. 366).

Pienso que en este caso si, bien sea por acción del aceptante antes de fallecer o devenir incapaz o por acción de sus herederos o representantes legales, la aceptación llega a conocimiento del oferente, se convertirá en eficaz y dará lugar a la conclusión del contrato (por ser esto el resultado de un *procedimiento* que no requiere la actuación de la voluntad) celebrado por el acuerdo entre las declaraciones de voluntad del oferente y del aceptante, pero la relación jurídica patrimonial creada por dicho contrato vinculará al oferente con los herederos o representante legales del aceptante, salvo que tal relación imponga obligaciones *intuitu personae* o contenga prestaciones infungibles.

En el caso que la aceptación de la oferta sea declarada por

el aceptante pero no llegue a conocimiento del oferente, tal aceptación, aunque existente, será ineficaz y no dará lugar a la conclusión del contrato. Empero, pienso que dicha aceptación, desde que fue declarada, obligó en potencia al aceptante y le otorgó también en potencia un derecho (desde que si llegara a conocimiento del oferente daría lugar a la conclusión del contrato) y que esta obligación y derecho potenciales se transmiten a los herederos o representantes legales del aceptante, en el sentido que ellos también pueden lograr o impedir que la obligación y el derecho se actualicen.

#### 4).- RETRACTACION DE LA ACEPTACION POR LOS HEREDEROS O REPRESENTANTES LEGALES DEL ACEPTANTE.-

Aceptando el planteamiento de que la aceptación declarada por el aceptante pero no conocida aún por el oferente vincula potencialmente en ese lapso a los herederos o representantes legales del aceptante que fallece o deviene incapaz, desde que pueden convertirse en parte de la relación jurídica a que dé lugar el contrato que se forme con el conocimiento de la aceptación, surge el problema de determinar si estos herederos o representantes legales pueden causar la retractación de la aceptación.

Téngase en cuenta que si bien tanto el aceptante como sus herederos o representantes legales quedarían obligados por el contrato, en aplicación del artículo 1361 del Código civil, sin poder hacer algo para impedirlo, de la misma manera ellos pueden evitar la asunción de esta obligación mediante la retractación de aceptación, así como que puede hacerlo el aceptante en virtud del artículo 1386, desde que ella (la aceptación), en el lapso entre su emisión por el aceptante y su conocimiento por el oferente, no es obligatoria.



**Artículo 1388.-** *La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente.*

*Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.*

## SUMARIO

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- La oferta al público,
- 3.- La invitación a ofrecer.
- 4.- La promesa al público.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 65 de la Ponencia original decía así:

**Artículo 65.-** *La oferta al público vale como propuesta si contuviera los extremos esenciales del contrato, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos o costumbres.*

La revocación de esta oferta, si fuere hecha en la misma forma de la propuesta o en una forma equivalente, es eficaz aun respecto de quien no haya tenido noticias de ella.

Habiéndose observado que en un régimen de obligatoriedad de la oferta, como era el adoptado por la Ponencia original, la oferta al público obligaría al oferente frente a todos los que aceptaran esta oferta, lo cual en muchos casos no sería posible, y tomando en consideración que la oferta es una declaración naturalmente recepticia, o sea que debe ser dirigida a

personas determinadas para ser conocida por ellas, lo que no ocurre en la oferta al público, se varió el criterio en la primera Ponencia sustitutoria, cuyo artículo 66 tenía el siguiente texto:

**Artículo 66.-** La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación, y destinatario al proponente.

Esta redacción se conservó en el artículo 64 de la segunda Ponencia sustitutoria y en el artículo 30 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En el artículo 1403 del primer Proyecto, con la finalidad de permitir al proponente que su oferta al público sea considerada como una verdadera oferta, se agregó un segundo párrafo que decía lo siguiente:

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

El artículo 1353 del segundo Proyecto y el artículo 1388 del Código civil conservaron este texto.

## 2).- LA OFERTA AL PUBLICO.-

Normalmente una persona desea contratar con otra, a quien conoce personalmente o cuya identidad sabe, para establecer una relación jurídica concreta. Quiere venderle un libro determinado, arrendarle una casa que le agrada, prestarle una cierta cantidad de dinero.

Sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, se presentan situaciones en las que, especialmente en el ejercicio del comercio, el interés primordial del sujeto es celebrar el mayor número de negocios, prescindiendo de la personalidad de aquéllos con quienes se vincula o tomándola en consideración pero no individualmente, sino formando parte de una categoría de personas. También puede darse el caso que se trate de un solo negocio,

que desee celebrarse con cualquier persona que esté dispuesta a hacerlo. Lo característico de todas estas operaciones es que el sujeto no sabe con quiénes las va a celebrar, interesándole, por el contrario, que exista el mayor número de posibilidades de llevarlas a cabo.

Para alcanzar cualquiera de tales finalidades, el sujeto exterioriza su voluntad de contratar para que sea conocida por el mayor número dable de personas.

La doctrina<sup>(1)</sup> distingue, al efecto, entre comunicaciones destinadas a todos los miembros de la comunidad, sin distinción alguna, a las que llama "ofertas al público", y las destinadas a personas que se encuentran en una situación especial, aunque no única, denominadas "ofertas *ad incertam personam*". Sin embargo, la misma doctrina admite que esta distinción carece de trascendencia jurídica, pudiendo ambos casos incluirse en la categoría de las "ofertas al público". Lo importante es que la comunicación no sea dirigida a persona determinada sino a una generalidad de terceros<sup>(2)</sup>.

Por ello, MESSINEO<sup>(2)</sup> manifiesta que en la oferta al público la expresión "público" alude a una *comunidad inorgánica de personas*, a cada una de las cuales se dirige la oferta, pero entendiéndose que el ámbito del "público" puede ser más o menos amplio, dependiendo de la cualidad del bien, o del servicio ofrecido, o de otras circunstancias. En todos estos casos, sin embargo, lo mismo da celebrar el contrato con una que con otra persona, lo que lleva a GARRIGUES<sup>(3)</sup> a decir que el concepto de fungibilidad se ha extendido desde las cosas hasta las personas.

Como se verá más adelante, existen posiciones divergentes

---

(1) Debo advertir, antes de seguir adelante, que existe una tendencia doctrinaria<sup>(4)</sup> de llamar "policitación" a la propuesta dirigida al público en general y "oferta" a la dirigida a persona determinada. En la presente obra no se sigue esa tendencia, sino la expresada al comentar el artículo 1373 del Código civil (supra, Tomo II, pág. 213).

de la doctrina respecto a si estas comunicaciones al público son verdaderas ofertas, con todos los efectos de ellas, o si deben recibir el trato de invitaciones a ofrecer, pero la divergencia no recae en cuanto al contenido de las comunicaciones sino a la naturaleza de éstas. En ambas posiciones se requiere que la comunicación pueda jugar el rol de oferta, por lo cual debe reunir los requisitos necesarios para que lo sea, que son los siguientes:.

- a).- Debe ser completa, es decir debe contener todos los elementos del contrato que se propone celebrar, con excepción de la identidad del destinatario, de tal manera que cada una de las personas que formen la generalidad de terceros, tenga perfecto conocimiento del negocio que se le propone.
- b).- Debe expresar la voluntad de contratar, aun cuando no necesariamente la de verse obligado por su manifestación.
- c).- Debe indicar la identidad del proponente.

MESSINEO<sup>(5)</sup> sostiene que la oferta al público puede proceder eficazmente de una persona que se mantenga en incógnito, reservándose el revelar su propia identidad en el momento de la conclusión del contrato.

Pienso que ello no es posible en la primera posición por cuanto el contrato no se podría formar con la sola aceptación, desde que el aceptante no conocería la identidad del oferente y, por lo tanto, no existiría acuerdo sobre todos los puntos del contrato.

Tampoco es posible en la segunda posición, desde que el oferente (el invitado) estaría formulando su oferta a persona indeterminada (debido al incógnito), por lo cual perdería su carácter de oferta.

- d).- Debe ser apta para llegar a conocimiento de los destinatarios, en el sentido que el medio utilizado sea idóneo para ello.

### ***Maneras de la oferta al público.-***

Son innumerables los medios que se pueden utilizar para formular ofertas al público. Los más empleados son:

- Exposición de mercaderías en vitrinas con indicación de precios;
- Publicaciones mediante medios de comunicación;
- Envío de catálogos, listas de precios, circulares;
- Aparatos automáticos (teléfonos públicos, aparatos traga monedas, etc.);
- Tiendas de auto servicio;
- Tráfico de ventanilla (venta de boletos);
- Carteles en paredes.

Para que estos medios sean ofertas al público propiamente dichas se requiere que reúnan los requisitos anteriormente expuestos, o sea que la información que proporcionen sea completa, que manifiesten (expresa o tácitamente) la intención de contratar, que sean aptos para ser conocidos por el público al que están dirigidos y que contengan la identificación del oferente.

### ***Naturaleza de la oferta al público.-***

El primer párrafo del artículo 1336 del Código civil italiano establece que la oferta al público, si contuviera los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigido, vale como propuesta, salvo que otra cosa no resulte de las circunstancias y de los usos. Recuérdese que según el artículo 1328 del mismo Código, la propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído, o sea que se adopta, como regla general, el sistema de la libertad de revocación.

El primer párrafo del artículo 1388 del Código civil peruano dispone que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación

y destinatario al oferente, agregando en el segundo párrafo que si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal. Recuérdese también que de conformidad con el artículo 1382 de este Código, 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.

Se formulan así dos planteamientos completamente distintos respecto al tratamiento de la oferta al público: para el Código civil italiano la oferta al público es, por regla general, una oferta; para el Código civil peruano la oferta al público vale, por regla general, como invitación a ofrecer.

Debe destacarse que cuando ambos Códigos hablan de oferta al público se están refiriendo a lo mismo, o sea a la oferta dirigida al público por cualquiera de los medios indicados en el sub-rubro "Maneras de la oferta al Público", que reúne todos los requisitos allí mencionados.

Esto es importante desde que, tanto en el régimen normal italiano (primer párrafo del artículo 1336) como en el régimen excepcional peruano (segundo párrafo del artículo 1388), la oferta al público vale como una verdadera oferta, que produce todos los efectos de la misma, de tal manera que, para poder jugar ese rol, debe reunir todos los requisitos necesarios para su eficacia.

El diverso tratamiento dado a la oferta al público en los Códigos civiles italiano y peruano pone de manifiesto lo acertado de la perspicaz observación de CARRARA<sup>(6)</sup> acerca de que la discrepancia respecto a la validez de la oferta al público coincide con la discrepancia de los sistemas sobre la fuerza vinculante de la oferta. Quienes opinan que la oferta tiene fuerza vinculante, se niegan a reconocer validez a la oferta al público; por el contrario, quienes consideran que debe haber libertad para revocar la oferta en cualquier momento, admiten sin reservas la validez de la oferta al público.

Como lo manifesté en otro trabajo<sup>(7)</sup>, esto es muy lógico.

Quien estima que la oferta es obligatoria, tiene una natural repugnancia a admitir que sea serio permitir que se celebre un contrato cuya posibilidad de cumplimiento es dudosa. En cambio, quien opina que el oferente tiene en cualquier momento el derecho de revocar su oferta, si es que no se ha voluntariamente obligado en forma irrevocable, admite con menos dificultad que pueden revocarse con todo derecho aquellas ofertas cuya aceptación, por la acogida favorable que hayan recibido, exceda sus posibilidades de cumplimiento.

Pienso que la opción por una y otra posiciones requiere un meditado estudio.

Para ello, debe considerarse, en primer lugar, que toda oferta, tanto en el régimen de la obligatoriedad de la oferta como en el de la libertad de revocación, da lugar a la conclusión del contrato cuando es aceptada, mientras se encuentra vigente, por el destinatario, quienquiera que sea éste, y tal aceptación llega a conocimiento del oferente. Por lo tanto, la oferta al público, cuando vale como oferta, que es oportunamente aceptada, determina necesariamente la formación de tantos contratos cuantos destinatarios lo hayan hecho.

En segundo lugar, hay que establecer el carácter de la oferta. Se ha visto que la declaración recepticia es aquella que es dirigida a una persona determinada para ser conocida por ella, en contraposición con la declaración no recepticia, que es la dirigida a personas indeterminadas, consideradas como una generalidad de terceros.

Al comentar el artículo 1373 del Código civil (supra, Tomo II, pág. 227) hemos visto también que, según el régimen peruano, la declaración de oferta es naturalmente recepticia, esto es que, salvo manifestación expresa en contrario, ella debe ser completa y dirigirse, para que tenga validez, a un destinatario determinado a fin de que sea conocida por éste. Consecuentemente, según dicho régimen, la declaración de oferta no recepticia no produce, en principio, los efectos de una oferta.

Por otro lado, si la oferta es recepticia tiene carácter obligatorio, de tal manera que no puede ser revocada por el oferente.

Sólo en el caso que el oferente, renunciando a la protección de no quedar obligado a mantener su oferta sino con la persona o personas determinadas a quienes la dirigió, declare inequívocamente que su oferta, pese a no ser recepticia, es obligatoria, o sea irrevocable, frente a cualquier persona, la aceptación de su oferta, sea quien fuere el aceptante, dará necesariamente lugar a la conclusión del contrato.

La realidad de la vida pone en innegable evidencia que, en la gran mayoría de los casos de las ofertas al público, el oferente no está en aptitud de cumplir todos los contratos que se celebren si, por una imprevista acogida del público, una gran cantidad de personas aceptan la oferta. Si el oferente no dispone de la facultad de revocar su oferta cuando se han colmado sus disponibilidades, se verá vinculado contractualmente más allá de esas disponibilidades y colocado en una situación de incumplimiento contractual, con todas sus perjudiciales consecuencias.

Por otro lado, ¿qué sucedería en el caso que se oferte públicamente una sola prestación infungible? Si no se ha indicado en la oferta un orden de prelación y tomando en consideración que no se trata de una subasta, teóricamente se celebrarían tantos contratos cuantas aceptaciones se hubieran formulado, dando lugar a que necesariamente sólo uno de ellos podría ser cumplido ¿Cuál sería este contrato? Obviamente los demás darían lugar a las correspondientes acciones por incumplimiento.

Finalmente, es verdad que el oferente al público podría evitar, aún en un régimen de irrevocabilidad de la oferta, verse vinculado mediante un número de contratos cuyo cumplimiento excede de sus disponibilidades si indicara en su oferta el número de prestaciones que está en aptitud de cumplir y el orden de prelación para la celebración de los respectivos contratos, con lo cual su oferta sólo daría lugar a los contratos cuyas aceptaciones correspondieran a este orden de prelación, solucionándose teóricamente así todos los problemas a que da lugar la ofertación

al público. Sin embargo, no es menos cierto que esta solución es irreal, pues impondría a todo oferente al público el cuidado de hacer un inventario de sus posibilidades antes de formular cada oferta, con lo cual la celeridad de la contratación en masa (donde la oferta al público encuentra su lugar natural) sufriría un rudo revés.

Todo esto determina que, en el régimen de obligatoriedad (irrevocabilidad) de la oferta adoptado por el Código civil peruano, resulte impracticable el sistema italiano de dar valor de propuesta a la oferta al público, con lo cual se daría necesariamente lugar a la celebración de tantos contratos cuantas ofertas fueran aceptadas por los destinatarios indeterminados que conforman éste.

La solución razonable es la adoptada por el artículo 1388 de nuestro Código civil, según el cual la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Sin embargo, se plantea la conveniencia de permitir al oferente al público que otorgue -si está en aptitud de cumplir todos los contratos a que dé lugar la aceptación de su oferta, bien sea por disponer de un gran stock de prestaciones o bien por haber limitado expresa y claramente el número de éstas que puede atender- carácter obligatorio a su oferta, pese a no ser completa por faltarle la identidad del destinatario, pues ello le permite, entre otras posibles ventajas, que los respectivos contratos se consideren concluidos en el momento y lugar en que él conoce las aceptaciones.

Esta solución es recomendada por algunos autores. Al respecto dicen los OSPINA<sup>(9)</sup> que, preponderando en la doctrina contemporánea la tesis de la obligatoriedad de la oferta, con sus consecuencias de la irrevocabilidad de ésta y de la no caducidad por la muerte o incapacidad del oferente, dentro del término de duración de la oferta, se considera que la oferta al público, salvo el caso de que implique claro compromiso por parte del proponente, es una simple invitación general para que cualquier interesado formule una oferta ya concreta.

Por otro lado, la Ley Uniforme de la Venta Mobiliaria Internacional, aprobada por la Convención de Viena para ser aplicada a partir del 1o de enero de 1988, establece en su artículo 14-2 que "una oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada solamente como una invitación a ofrecer, salvo que la persona que ha hecho la oferta no haya claramente indicado lo contrario".

Debe tenerse presente que la solución dada por el artículo 1388 del Código civil peruano (similarmente a la adoptada por la Ley Uniforme de Venta Mobiliaria Internacional) no es que la oferta al público es una invitación a ofrecer, que tiene características propias según se verá más adelante, sino que *vale* como una invitación a ofrecer, o sea que pese a ser una oferta - con las peculiaridades indicadas anteriormente (supra, Tomo II, pág. 414)-, por no ser completa ( le falta la identidad del destinatario) no se le reconocen los efectos de ésta sino los de la invitación a ofrecer, salvo que claramente se le haya dado carácter obligatorio.

Este último extremo es asaz discutible desde el punto de vista teórico, pues la propuesta del proponente, pese a haberle dado éste carácter obligatorio, no es completa, por lo cual mal puede desempeñar el rol de oferta. Empero, hay que reconocer que tiene efectos prácticos valiosos.

### ***Perfeccionamiento de la oferta al público.-***

El hecho que la oferta al público no sea una declaración recepticia, por estar dirigida a una generalidad de terceros y no a personas determinadas, da lugar a que surja la duda respecto a si, similarmente a la declaración recepticia, está destinada a ser conocida por sus destinatarios, o si este conocimiento es irrelevante.

El artículo 1388 del Código civil no nos da pauta alguna sobre el particular, ya que simplemente habla de la oferta al público. Sin embargo, podemos recurrir a una institución que guarda seme-

janza, en lo que a publicidad se refiere, con la oferta al público, que es la promesa unilateral al público.

Según el artículo 1959 del mismo Código, aquél que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública.

Si admitimos esta analogía, no se requiere que la oferta al público, para que sea obligatoria para el oferente en el caso del segundo párrafo del artículo 1388, deba ser conocida por los destinatarios indeterminados, sino que es suficiente que éstos se encuentren en aptitud de conocerla. Para esto se requiere que el medio de comunicación mediante el cual se hace pública la oferta sea idóneo para que ella llegue a conocimiento de sus destinatarios.

Puede decirse figuradamente que la publicidad en el caso de la oferta al público juega el mismo rol que la llegada de la oferta a la dirección del destinatario en el caso de la oferta a persona determinada, o sea que, como dice SACCO<sup>(9)</sup>, con ese acto la declaración "entra en la esfera de control del destinatario".

Cabe considerar, pues, que la oferta al público no requiere el conocimiento por parte de los destinatarios, sino únicamente su posibilidad de conocer.

Si bien esto es aplicable a los dos párrafos del artículo 1388, o sea tanto a la oferta al público que vale como invitación a ofrecer cuanto a la oferta al público que es obligatoria, tiene especial importancia en el segundo caso por el problema de la retractación de la oferta, que estudiaremos después.

En el caso de la oferta al público que vale como invitación a ofrecer, el hecho del conocimiento por parte de los invitados no tiene especial relieve, desde que tal conocimiento quedará evidenciado por las ofertas que se formulen accediendo a la invitación.

### ***Efectos de la oferta al público.-***

Hay que diferenciar netamente los efectos de la oferta al público cuando ésta vale como invitación a ofrecer de los efectos que ella tiene cuando es obligatoria.

En el primer caso, el oferente no queda, en realidad, obligado a algo, pues su actuación está orientada a exteriorizar su disponibilidad a celebrar el contrato descrito en la oferta al público, pero sin comprometerse a hacerlo. Simplemente queda a la espera de conocer las ofertas que se le hagan para determinar si, de acuerdo a sus posibilidades, está en aptitud de aceptarlas.

Sin embargo, se presenta un caso en que la oferta al público que vale como invitación a ofrecer coloca al oferente en una situación especial, que es la prevista en el artículo 1381 del Código civil. Como se ha visto al comentar dicho artículo, el silencio del invitante a ofrecer ante el conocimiento de una oferta que se le formule respondiendo a su invitación, tendrá el carácter de aceptación y dará lugar a la conclusión del respectivo contrato si es que no rehusa la oferta sin dilación.

En cambio, tratándose de la oferta al público que tiene carácter obligatorio (segundo párrafo del artículo 1388) los efectos de dicha oferta son sustancialmente distintos.

En efecto, por tratarse de una oferta, cada aceptación por una persona del público, cuando sea conocida por el oferente, determina la celebración de un contrato.

Téngase presente, al respecto, que la oferta al público, tal como dice GHESTIN<sup>(10)</sup>, liga a su autor de la misma manera que lo hace la oferta a persona o personas determinadas, de tal manera que una y otra producen el mismo efecto.

El sistema del Código civil peruano, al hablar de la obligatoriedad de la oferta, es referirse a su irrevocabilidad, de tal manera que, una vez formulada una oferta al público, el oferente se ve necesariamente arrastrado a la celebración de todos los contratos a que dicha oferta dé lugar.

Es indudable que este efecto atenta contra la utilidad de la oferta al público, cuando ella es obligatoria. Por esto, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en encontrar soluciones prácticas.

Para ello se ha tratado de distinguir entre la oferta singular y la oferta plural, según sea el número de prestaciones susceptibles de contratarse. En el primer caso el oferente sólo queda obligado por la primera aceptación. En el segundo, la oferta vale por el residuo que queda después de cada aceptación, en el orden en que se van efectuando<sup>(11)</sup>. Este es también el criterio seguido por la Corte de Casación de Francia<sup>(12)</sup>.

Pienso que, pese a su atractivo, estas soluciones sólo son viables dentro del sistema de la revocabilidad de la oferta o cuando se trate de invitaciones a ofrecer, porque en el primer caso se revocarían las ofertas que no permitieran la celebración de más contratos y en el segundo no se aceptarían las ofertas que excedieran de dichos límites.

Empero, en un sistema de la obligatoriedad de la oferta, como es el del segundo párrafo del artículo 1388, tales soluciones van contra la esencia del sistema, porque si se trata de que las ofertas al público son irrevocables, no cabe que se elija entre las aceptaciones siguiendo un orden de prelación. Todas las aceptaciones que sean conocidas por el oferente durante la vigencia de la oferta al público, dan necesariamente lugar a la formación de los respectivos contratos.

Considero, por ello, que quien opta por acogerse al régimen contemplado en el segundo párrafo del artículo 1388 del Código civil debe ser muy cuidadoso en estipular las condiciones y en medir las consecuencias, pues puede verse impensadamente ligado por contratos que no le sea posible cumplir.

### ***Retractación de la oferta al público.-***

En el caso del segundo párrafo del artículo 1388 es posible,

teóricamente, que el oferente al público que haya formulado su declaración de oferta (por ejemplo, haya redactado el aviso que deberá ser publicado en un periódico a circular en fecha posterior) haga pública por un medio de comunicación más rápido (por ejemplo, la radio) la retractación de la oferta al público.

Sin embargo, en el campo práctico, esto tiene dificultades insospechables pues es posible que las personas del público que lean el periódico sean distintas que las que escuchan la radio, con lo cual podrían objetar que no tuvieron oportunidad de conocer la retractación, lo que determinaría que la declaración de oferta adquiriera carácter obligatorio.

### ***Irrevocabilidad de la oferta al público.-***

Se ha visto al comentar el artículo 1382 del Código civil que la oferta es obligatoria, o sea irrevocable, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

Pienso que esta disposición, en lo que se refiere a las excepciones a la obligatoriedad de la oferta, no es aplicable al caso contemplado por el segundo párrafo del artículo 1388 del mismo Código, desde que, precisamente, tal caso contempla que la oferta al público sea obligatoria, lo cual no se cumpliría si pudiera ser revocada por resultar ello de los términos de oferta, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

Debe tenerse presente que la declaración de obligatoriedad de la oferta tiene carácter excepcional, de tal manera que la hace el oferente en cada caso particular, siendo evidente que no la haría si la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso determinaran que la oferta fuera revocable.

Carecería de sentido que, por un lado, el oferente indicara claramente que su oferta al público tiene el carácter obligatorio de una oferta a persona determinada y, por otro lado, resultara que esto no es cierto.

La revocación de la oferta al público sólo cabe en sistemas, como el italiano, en que la oferta normal, o sea la dirigida a personas determinadas, puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído (artículo 1328). Por lo mismo creo que en dicho sistema, si el oferente al público se hubiese obligado a mantener firme la propuesta durante cierto tiempo, la revocación de la oferta al público carecerá de efecto (artículo 1329).

### 3).- LA INVITACION A OFRECER.-

Ocurre con alguna frecuencia que quien desea realizar un negocio prefiera, en vez de formular la respectiva oferta, precisando los elementos del futuro contrato, invitar a personas determinadas o al público en general que le formulen ofertas, a fin de que sean los invitados quienes precisen los elementos del contrato, reservándose el invitante el derecho de aceptar o rechazar las ofertas que se formulen accediendo a la invitación.

#### *Modalidades de invitación a ofrecer.-*

Generalmente el invitante a ofrecer no hace un enunciado preciso de las condiciones del contrato proyectado, sino fija un marco más o menos delimitado dentro del cual deben encontrarse tales condiciones. Resulta así que el invitante puede elegir no sólo entre las ofertas que contengan las condiciones más convenientes dentro del marco fijado sino también entre las personas con quienes quiere contratar.

Puede ocurrir, sin embargo, que el invitante precise todos los elementos del futuro contrato (pueden ser, desde luego, varios contratos), de tal manera de todas las ofertas que se le hagan deben respetar tales elementos, por lo cual la elección se limitaría al número y/o calidad de las personas cuyas ofertas acepte.

Lo realmente importante es que, cualquiera que sea la modalidad de la invitación a ofrecer, el invitante no queda vinculado por su invitación, de manera tal que conserva la libertad abso-

luta de aceptar o rechazar las ofertas que se le formulen e, inclusive, de formular contraofertas<sup>(13)</sup>.

Desde luego, el oferente al público debe actuar con seriedad, en el sentido de tener una auténtica voluntad de contratar, y no utilizar la invitación a ofrecer como un medio de informarse sobre la receptividad del mercado u otra finalidad similarmente ajena a la de contratar. Pienso que, sin embargo, si el oferente al público no observa aquella conducta no podría verse incurso en responsabilidad precontractual, por no encontrarse en la etapa de las tratativas, sino en una etapa previa a ellas.

### ***Caso de la oferta al público.-***

En el caso del primer párrafo del artículo 1388, la oferta al público, por conservar su calidad de oferta, vale no como cualquier invitación a ofrecer, sino únicamente como la modalidad de invitación a ofrecer en la cual el invitante precisa todos los elementos del contrato que está dispuesto a celebrar, de tal manera que todas las ofertas deben ser iguales en su contenido, variando únicamente la personalidad del oferente.

La elección del invitante se limita, pues, a determinar el número de ofertas que acepta y, eventualmente, a calificar la personalidad del oferente.

Esto último ocurre en las llamadas "ofertas ad incertam personam", en las cuales la oferta no es dirigida al público en general sino a personas indeterminadas pero que se encuentran en una situación especial que da lugar a que sólo ellas estén en aptitud para formular las ofertas. Por ejemplo, las invitaciones hechas a quienes tienen determinado título profesional o gozan de una experiencia en cierto ramo.

Empero, para todos los demás efectos la oferta al público debe ser, como la oferta hecha a personas determinadas, completa. Esto no sólo porque la oferta al público es una oferta, pese a que valga como invitación a ofrecer, sino también porque permi-

tirá que el oferente al público no la haga valer como una invitación a ofrecer sino como una oferta obligatoria, haciendo uso de la facultad que le concede el segundo párrafo del artículo 1388.

### ***Revocación de la invitación a ofrecer.-***

Cuando la invitación a ofrecer, como tal, es hecha a determinadas personas, la revocación de la misma deberá formularse mediante comunicaciones directas a esas personas, no interesando particularmente el medio de comunicación que se utilice, con tal que la revocación llegue a conocimiento de los invitados antes que formulen sus respectivas ofertas.

Tratándose de invitaciones a ofrecer formuladas al público en general, la revocación debe ser hecha con igual o equivalente (artículo 1336 del Código civil italiano) publicidad que la utilizada al formular la invitación, a fin de que quienes conocieron la invitación tengan la misma oportunidad de conocer la revocación, la cual debe hacerse pública, desde luego, antes que los invitados formulen sus respectivas ofertas.

En realidad, la revocación de la invitación al público no tiene mayor trascendencia, desde que, como el invitante no está obligado a aceptar las ofertas que se le formulan y puede libremente rechazarlas, bastará que proceda en este último sentido para que se encuentre en la misma situación que si hubiera revocado la invitación.

Sin embargo, como se ha visto anteriormente, la falta de revocación de la invitación a ofrecer, que da lugar a que la invitación continúe vigente durante su plazo, puede determinar que, por aplicación del artículo 1381 del Código civil, el silencio del invitante ante una oferta del invitado dé lugar a que se repute como una aceptación de ésta.

#### 4).- LA PROMESA AL PÚBLICO.-

En otro trabajo<sup>(14)</sup>, escrito antes de la acción del Código civil de 1984, desarrollé el tema de la diferencia entre la oferta y la promesa unilateral, en general, y particularmente entre la oferta al público y la promesa unilateral al público.

Expresé allí que la oferta al público no es un acto jurídico pues mediante ella simplemente se invita al público a celebrar contratos, que son los actos jurídicos que darán lugar a la creación de obligaciones, mientras que la promesa unilateral al público es un acto jurídico, ya que tiene el efecto jurídico de crear obligaciones de por sí, esto es por la sola voluntad del promitente, sin que sea necesario el concurso de otra voluntad para darles validez.

Esta distinción se ha puesto legislativamente de manifiesto en el nuevo Código, ya que, por un lado, el artículo 1388 dispone que la oferta al público vale como invitación a ofrecer y, por el otro, el artículo 1959 establece que aquél que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública<sup>(\*)</sup>. Debe destacarse que la promesa al público es una fuente propia de obligaciones.

---

(\*) El artículo 1959 del Código civil peruano tiene una redacción muy similar a la del primer párrafo del artículo 1989 del Código civil italiano. MESSINEO<sup>(15)</sup> considera que, en abstracto, "también la promesa al público podría ser configurada como oferta al público, de manera que constituyera el germen de un posible contrato, al cual pudiera seguirla aceptación. Pero el nuevo legislador ha preferido configurarla como promesa unilateral, en razón de que la primera puede hacerse también a favor de quien ya se encuentre en una situación determinada, sin que tenga la obligación de efectuar en adelante una prestación o de desarrollar una actividad, y aquí hubiera sido mera ficción imaginar la necesidad de una aceptación por parte del destinatario".

Carece, pues, entre nosotros de utilidad enfrascarnos en la discusión doctrinaria sobre la naturaleza de la oferta al público y de la promesa al público.

Sin embargo, como dice SBISA<sup>(16)</sup>, el conocer la diferencia jurídica entre la oferta al público y la promesa al público no resuelve el problema práctico de distinguir una de otra. Este autor considera que en la realidad prejurídica los dos casos en cuestión (*fattispecie*) se diferencian "únicamente en el plano del procedimiento y precisamente en que, mientras la oferta al público se funda sobre el esquema promesa-contrapromesa, la promesa al público, en cambio, se funda sobre el esquema promesa-obtención del resultado requerido". Agrega que si el oferente requiere una contrapromesa (que implica aceptación), se trata de oferta al público; si en lugar quiere un resultado ya producido, como presupuesto para poder aceptar o hacer propios, sea como fuere, los efectos de la promesa, se trata de promesa al público.

MIRABELLI<sup>(17)</sup>, por su parte, indica que, frente a la oferta, no solamente la obligación a cargo del oferente surge únicamente si es seguida de la aceptación, sino igualmente el rechazo, de parte de quien la había recibido, hace caer toda posibilidad de que surja el vínculo entre ellos; mientras que, frente a la promesa, en cambio, no sólo una aceptación es innecesaria, sino que, si es emitida, no atribuye el aceptante derecho particular alguno y, en cambio, un eventual rechazo no impide la posibilidad de requerir el cumplimiento de la promesa si se cumplen los presupuestos.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1388:

- (1) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 196.
- (2) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 318.
- (3) GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo II, pág. 11.
- (4) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos y negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 162.
- (5) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 318. (2)
- (6) CARRARA, Giovanni, "Formazione dei contratti", Dottor Francesco Vallardi, Milano, pág. 188.
- (7) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 205.
- (8) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, op. cit., pág. 162. (4)
- (9) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, pág. 186.
- (10) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 223.

- (11) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 110.
- (12) Cita de SCHMIDT, Joanna, "Négotiation et conclusion de contrats", Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982, pág. 60.
- (13) SCHMIDT, Joanna, op. cit., pág. 23 (12); SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 271; ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pag.65.
- (14) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, págs. 180 y 204. (7)
- (15) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 319.
- (16) SBISA, Giuseppe, "La promessa al pubblico", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1974, págs. 115 y 117.
- (17) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 106. (11)



**Artículo 1389.-** *En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente.*

*El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- La subasta.
- 3.- La celebración del contrato.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La regulación de la subasta no figura en la Ponencia original ni en la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias ni en el Anteproyecto.

Recién, a sugerencia del Grupo de Trabajo I del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, formada por los señores OSSIO, CAVALIERI, SOLARI, CHUECA y ZAR, se trató el tema en el primer Proyecto, cuyo artículo 1404 tenía la siguiente redacción:

**Artículo 1404.-** En la subasta la convocación es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas.

La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra postura mejor.

El contrato sólo se perfecciona cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Este texto se conservó en el artículo 1354 del segundo Proyecto y, cambiando sólo la palabra "convocación" por "convocatoria", constituye el texto del artículo 1389 del Código civil.

## 2).- LA SUBASTA.-

Nos relata SPOTA<sup>(1)</sup> que la expresión "subasta" viene de los romanos (*sub-hasta*: bajo la lanza) porque se colocaba una lanza para señalar el lugar donde se realizaban las ventas públicas.

La subasta es un mecanismo de contratación, que puede recaer sobre cualquier clase de bienes o servicios, aunque la doctrina<sup>(2)</sup> se inclina a opinar que sólo tiene sentido cuando se trata de la celebración de contratos de prestaciones recíprocas. Se caracteriza en que, por decisión de una de las partes o por mandato legal, el contrato se celebra entre el subastador, o su representante (comitente), y el mejor postor. Para facilitar la explicación de este mecanismo voy a tomar como ejemplo la compraventa de un bien mueble.

Al efecto, el subastador convoca a la subasta del bien, indicando el precio mínimo que está dispuesto a aceptar por la transferencia, y expresando que la buena pro, o sea el derecho a establecer la correspondiente relación jurídica, se otorgará a quien formule la mejor postura. La peculiaridad de la subasta es que cada postura caduca automáticamente con la formulación de una postura mejor, hasta el momento en que el subastador pone fin a la subasta, bien por haberse vencido el plazo señalado para ella o bien por no mejorarse la postura vigente. Finalizada la subasta, el contrato se celebrará entre el subastador, o su representante (comitente), y aquel postor cuya postura se encuentre vigente al momento de la finalización.

Desde luego, como lo he indicado anteriormente, la subasta

puede versar sobre cualquier clase de relación jurídica. Si se tratara, por ejemplo, de la compra de un bien por el subastador en vez de su venta, será mejor postura la de un precio más bajo o, si se tratara de un arrendamiento, entrarían en juego no sólo el monto de la renta sino también la duración del uso del bien, variando también los criterios si el subastador actuara como arrendador o como arrendatario.

El mismo SPOTA<sup>(3)</sup> manifiesta, sobre el particular, que hay que distinguir entre la licitación y la subasta. Considera él que en la "licitación" hay una puja, pero hacia abajo: se adjudica a quien ofrece el menor precio; mientras que en la "subasta" hay una puja hacia arriba: se adjudica a quien ofrece el mayor precio. Otros autores<sup>(4)</sup> no hacen esta distinción y opinan que en ambos casos se trata de subastas.

Puede ocurrir que no se formulen posturas iguales o mejores a la base mínima planteada por el subastador, caso en el cual éste puede suspender el remate. En cambio, basta que se formule una postura igual o superior a la base mínima para que la subasta juegue su rol natural, que es el de dar lugar a la formación del contrato con tal postura. Esta regla emana de lo dispuesto por el artículo 120 del Código de comercio.

A propósito de este Código, la Sección Séptima de su Libro Primero trata de los rematadores o martilleros y sus disposiciones han sido tomadas principalmente de la ley argentina<sup>(5)</sup>. Comentando los artículos 113 al 122 del Código de comercio argentino, que se refieren a los rematadores o martilleros, LAFAILLE<sup>(6)</sup> dice que son preceptos de gran importancia, que aseguran la rectitud de los procedimientos y la probidad en la adjudicación, aplicándose a todo género de ventas, sin requerirse que sean judiciales.

El martillero es tenido como un agente auxiliar del comercio, de tal manera que debe entenderse que su intervención es necesaria en toda operación de remate que tenga carácter comercial. Actúa en los remates mercantiles siempre como mandatario o comisionista y algunas veces no sólo a nombre propio, sino también en interés propio<sup>(7)</sup>.

Aun cuando es bastante común que en las subastas las posturas se exterioricen mediante gestos, como el levantar la mano, ello no es técnicamente correcto, pues el artículo 119 del Código de comercio establece que ningún rematador podrá admitir posturas por signo ni anunciar puja alguna, sin que el mayor postor la haya expresado en palabras.

### ***Clases de subasta.-***

La subasta, según la amplitud de quienes pueden participar en ella, se clasifica en *abierta* y *cerrada*. La subasta es *abierta* o *pública* cuando el subastador no pone límite alguno a quienes pueden actuar como postores, de tal manera que cualquier persona del público que haya tomado conocimiento de la subasta puede asistir a ella y formular posturas que, necesariamente, deben ser tomadas en consideración. Salvo causa justificada, que el subastador tendría que acreditar, no podría negarse a reconocer una postura más conveniente, cuyo primer efecto sería dejar sin efecto la anterior postura, y, eventualmente, si aquella postura resultara la mejor, otorgar la buena pro al postor. En cambio, la subasta es *cerrada* cuando al convocarla se precise que sólo podrán intervenir como postores personas que reúnan determinadas calidades, caso en el cual deberá respetarse esta limitación y, por lo tanto, no podrían intervenir en la subasta quienes no reúnan los requisitos exigidos.

La subasta puede ser, también, *privada* o *judicial*. La primera es la que se realiza por decisión del subastador o su representante; la segunda es la que se cumple por orden judicial.

### ***Naturaleza de la subasta.-***

Si bien existe consenso respecto a que la subasta es una modalidad de contratar cuyo efecto definitivo es la conclusión de un contrato, es materia de encontrados pareceres cómo se llega a este resultado, o sea cuál es el mecanismo que permite la conjunción de la oferta con la aceptación.

Opinan algunos<sup>(8)</sup> que en la subasta el rol de oferta es jugado por el bando o pliego de condiciones que anuncia el subastador, precisando el objeto del contrato, y que las posturas son aceptaciones de esta oferta. Esto determina que cada postura da lugar a la celebración del contrato, con la peculiaridad que este contrato queda sujeto a la condición resolutoria de que se formule una oferta mejor, la que produce un doble efecto: el primero es que determina que se resuelva el contrato celebrado a base de la postura anterior; y el segundo es que ocasiona la celebración de un segundo contrato, el cual, a su vez, está sujeto a la condición resolutoria que se formule una tercera oferta, con los mismos efectos, y así sucesivamente.

Esta posición está recogida en el campo legislativo por el artículo 860 del Código civil colombiano, según el cual "en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás".

Otros autores<sup>(9)</sup> son del parecer que el bando o pliego de condiciones anunciado por el subastador constituye una invitación a ofrecer y cada postura es una oferta, con la particularidad de que cada oferta (postura) caduca automáticamente con la formulación de una postura mejor. El rol de aceptación corresponde a la adjudicación que haga el subastador.

El codificador alemán ha optado por esta solución estableciendo en el numeral 156 del BGB que en una subasta el contrato sólo se perfecciona por la adjudicación, extinguiéndose una postura si es lanzada otra mayor o si la subasta concluye sin otorgamiento de adjudicación. ENNECERUS<sup>(10)</sup> indica que este dispositivo dispone que la invitación del subastador no ha de considerarse como oferta.

Refiriéndose al artículo 860 del Código civil colombiano que, como se recuerda, otorga al pliego de condiciones el carácter de oferta, dice CANCINO<sup>(11)</sup> que con el más grande de los infortunios corrió el legislador colombiano al regular esta materia, pues dicho

artículo no solamente contiene graves errores de técnica sino que invirtió completamente la figura que pretendía regular. Agrega que "el licitante es una persona que hace conocer al público su intención de adquirir un bien o bienes determinados, o de recibir la prestación de algún servicio o servicios especificados en el pliego de cargos. El licitante no ofrece de suyo nada sino que solicita a personas indeterminadas que le formulen ofertas para elegir entre ellas la que más se acomode a sus necesidades".

Una variedad de este planteamiento es que, en el caso que el subastador haya señalado en su convocatoria la base mínima de la subasta, si se formula una sola postura por esta base mínima, la convocatoria tiene el carácter de oferta y la postura el de aceptación. En cambio, si se mejora la base mínima, la convocatoria recobra su calidad de invitación a ofrecer y las nuevas posturas son consideradas como ofertas.

DIEZ-PICAZO<sup>(12)</sup> adopta una posición singular, bastante elaborada. Según él, en el mecanismo de la subasta existen tres momentos diferentes, constituidos por el anuncio de la subasta, la licitación o realización de las posturas y el remate o adjudicación de la subasta. El anuncio de la subasta, que es en sí mismo un acto jurídico, es la ley de la subasta y también el proyecto de contrato. La licitación entre los interesados o postores es una declaración de voluntad contractual. El remate o adjudicación de la subasta al mejor postor es, bien sea la confirmación del contrato ya celebrado o bien, cuando el subastador se reserva el derecho de aprobar el remate después de llegado a cabo éste, la conformidad del subastador con los actos realizados<sup>(\*)</sup>.

Entre estos planteamientos me identifiqué con el segundo de

---

(\*) En un reciente artículo, FORNO<sup>(13)</sup> formula un interesante planteamiento inspirado en las opiniones de MIRABELLI, BARBERO, BIANCA, SCOGNAMIGLIO y ALBALADEJO (quienes, por regla general, admiten la validez de la oferta al público), según el cual el pliego de condiciones formulado por el subastador juega el rol de oferta y el contrato se perfecciona cuando la última postura válida llega a conoci-

ellos, o sea con el que considera que la subasta es siempre una invitación a ofrecer. Creo, efectivamente, coincidiendo en ello con DIEZ-PICAZO, que la subasta es un procedimiento de contratar organizado en tres etapas, pero todas ellas orientadas a lo mismo, que es la conclusión del contrato.

El primer momento es la convocatoria hecha por el subastador, conteniendo el pliego de condiciones, que no constituye una oferta desde que le falta un requisito esencial para ello, que es el de ser completa.

El subastador no ofrece celebrar un contrato todos cuyos

---

miento del subastador. La adjudicación hecha por éste significa la comprobación de que así ha sucedido.

Confieso que he estado seriamente tentado de adherirme a este planteamiento. Lo único que me impide hacerlo son tres consideraciones, que para mí son fundamentales.

En primer lugar, el carácter naturalmente recepticio que tiene la oferta según el régimen peruano. El pliego de condiciones formulado por el subastador constituye una declaración de éste dirigida generalmente al público o, al menos, ad incertam personam, manifestando su deseo de contratar con aquella persona que plantee la mejor propuesta respecto a uno o varios de los elementos del contrato, que se especifican en el pliego. En estas condiciones, creo que el pliego de condiciones, por ser una declaración no recepticia, no produce los efectos de la oferta, lo que determina, como consecuencia lógica, que la mejor postura no puede ser la aceptación. Además (segunda consideración), aún en el supuesto caso, no usual por cierto, que el subastador declare expresamente en el pliego de condiciones que éste tiene el carácter obligatorio de una oferta, el papel del subastador no se limita a reconocer que la última postura es la aceptación, pues si así ocurriera el contrato se formaría simplemente con el conocimiento de esta postura, sin que fuera necesario que el subastador formulara una declaración en ese sentido. Bastaría acreditar la existencia de la última postura, aun en ausencia de la adjudicación del subastador, para que el contrato quedara concluído.

Pienso que ello no es así. La adjudicación hecha por el subastador no tiene como finalidad única reconocer la validez de la última postura, sino fundamentalmente otorgarle validez como declara-

elementos pone en evidencia, sino que solicita a los convocados que sean ellos los que, mediante sus posturas, fijen uno o varios de esos elementos, que generalmente es el precio. Aun en el caso de que el subastador fije la base del remate, ello no constituye ofertar por esa base, desde que su propósito no es respetarla sino, por el contrario, confiar en que sea superada.

Tan cierto es esto que toda postura, inclusive la que sea hecha coincidiendo con la base mínima, está sujeta a la condición resolutoria de que sea mejorada. Por ello, creo que la convocatoria hecha por el subastador es, en realidad, una invitación a ofrecer.

---

ración contractual, lo cual queda de manifiesto por el hecho de que esta adjudicación impide que se mejore dicha postura, lo que, de ocurrir, determinaría que ella careciera de validez. Esto es muy importante porque, como se verá más adelante, el subastador puede, para favorecer a determinado postor, adjudicarle inmediatamente (sin esperar un plazo prudencial) la buena pro para impedir que se formule otra postura mejor, lo cual daría lugar (aparte de la responsabilidad en que podría incurrir el subastador) a la conclusión del contrato, no obstante que la postura favorecida pueda no ser la mejor postura según el pliego de condiciones.

Si lo que determina la formación del contrato no es el conocimiento por el subastador de la última postura (como ocurriría si ésta tuviera el carácter de aceptación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1373 del Código civil), sino la adjudicación del subastador, o sea el otorgamiento de la buena pro, esta adjudicación (que no es una formalidad ni una *conditio juris*) constituye, en realidad, una declaración de voluntad con la cual culmina el iter de formación del contrato. Sin ella, las dos declaraciones de voluntad previamente emitidas (el pliego de condiciones y la última postura) no tendrían efecto contractual alguno.

En estas condiciones, para que la adjudicación juegue el rol de formar el contrato debe tener, en mi opinión, la calidad de declaración contractual decisiva, lo cual, en el régimen peruano (según el que el perfeccionamiento del contrato ocurre donde y cuando el oferente conoce la aceptación), sólo lo logra teniendo la calidad de aceptación (aunque hay que reconocer que bastante, no totalmente, privada de libertad). En efecto, el postor somete su postura a la consideración del subastador, o sea le propone que le adjudique la

El segundo momento de la subasta es el de formulación de las posturas, donde cada postor completa mediante su postura los elementos que faltaban en la convocatoria, con lo cual hace viable la conclusión del contrato. Sólo a partir de este momento es posible que mediante un simple "sí" del destinatario de la postura se logre el consentimiento. Cada postura tiene así la calidad de oferta, desde que su aceptación dará lugar a la conclusión del contrato. Lo único peculiar de esta oferta es que su efectividad está subordinada a la condición resolutoria de que, antes que sea aceptada, se formule una postura mejor, eventualidad en la cual perderá su condición de oferta.

Por último, el tercer momento está constituido por la adjudicación, que viene a ser, en realidad, la aceptación por parte del subastador de la mejor postura, con lo cual ésta se convierte en

---

haber cumplido con las condiciones que figuran en el pliego. El subastador, al reconocer que ello es efectivamente así, acepta esta propuesta, otorgando la buena pro, con lo cual queda concluido el contrato.

Obsérvese que si el subastador, pese a que la postura del postor reúne los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, no le otorga la buena pro, el contrato no se llega a formar. Esto pone de manifiesto que la adjudicación es la declaración de voluntad del subastador que, haciendo suya la voluntad expresada en la postura, declara conjuntamente con el postor la voluntad común de ambos de celebrar el contrato, que es lo que caracteriza a la aceptación. De esta manera, todo armoniza perfectamente: el pliego de condiciones constituye una invitación para que se hagan posturas de acuerdo con dichas condiciones; las sucesivas posturas son ofertas conformes a estas condiciones que se van sustituyendo una a la otra a medida que son formuladas; y la adjudicación es la aceptación de la que, a juicio del subastador, es la última postura válida, con lo cual queda formado el contrato. No se olvide que esta formación es simplemente un procedimiento.

La tercera consideración, y quizá la de más peso, es que el codificador peruano, teniendo ante sí varias opciones para caracterizar la subasta, eligió conscientemente la que figura en el artículo 1389 del Código civil. No cabe sino acatar esta decisión.

oferta definitiva. Ocurre así que la adjudicación produce un doble efecto: por un lado, impide que la mejor postura vigente en esa oportunidad quede resuelta por otra posterior; y por el otro, da lugar, debido a su condición de aceptación, a la conclusión del contrato.

La subasta es, pues, un procedimiento ordenado de sucesivas declaraciones de voluntad, unas presupuestas de las otras, de tal manera que su secuencia completa el ciclo de formación del contrato.

Es precisamente esta relación de dependencia entre los tres momentos de la subasta lo que me lleva a discrepar de la posición de DIEZ-PICAZO. Considera él que cada uno de esos momentos tiene naturaleza propia, que es posible individualizar separadamente.

No creo que el primer momento, esto es el anuncio de la subasta, sea un acto jurídico, porque no produce por sí mismo el efecto deseado por el agente, que es la celebración del contrato, pues para ello necesita la concurrencia de las posturas y de la adjudicación. Por otro lado, tampoco pienso que la singularidad del anuncio se deba a ser el proyecto de contrato, pues igual rol cumplen la oferta y la invitación a ofrecer en los dos primeros planteamientos, respectivamente.

En cuanto al segundo momento, es cierto que las posturas son declaraciones de voluntad, pero también lo son la oferta y la aceptación, de tal manera que no hay inconveniente conceptual alguno para otorgar a esas declaraciones bien sea el carácter de oferta o bien el de aceptación.

Finalmente, es objetable que la tercera fase o momento sea un acto de confirmación o de aprobación, según el caso, lo que supone que el contrato ya se había celebrado antes de ese momento, pues considero que, precisamente, el contrato recién se concluye con la adjudicación de la buena pro al mejor postor.

### ***Carácter de las declaraciones.-***

De acuerdo a la posición que he adoptado, en la subasta existen tres declaraciones de voluntad, que son: la invitación a ofrecer (la convocatoria), la oferta (la mejor postura) y la aceptación (la adjudicación). Conviene determinar el carácter de estas declaraciones.

En el caso de una subasta en que se invita sólo a personas determinadas, entiendo que la convocatoria debe ser una declaración recepticia, o sea debe estar dirigida a los invitados para ser conocida por ellos.

Si se trata de una subasta pública, o sea que se convoca a personas indeterminadas, aun en el caso que deban reunir ciertas calidades, la convocatoria no es una declaración recepticia, por lo cual es suficiente que se haga pública mediante un medio de comunicación idóneo, o sea que se conceda a los invitados una posibilidad razonable de conocer la invitación.

Tratándose de las posturas, creo que en todos los casos ellas, por ser ofertas dirigidas al subastador, tienen carácter recepticio.

Finalmente, la situación de la adjudicación no es tan clara. Debería pensarse que si la adjudicación, o sea la aceptación, va a dar lugar a la celebración del contrato, sería necesario que llegara a conocimiento del postor favorecido, en aplicación de la regla establecida por el artículo 1373 del Código civil, por lo cual sería necesariamente una declaración recepticia. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 1389 dispone que el contrato se celebra *cuan-*do el subastador adjudica la buena pro al postor, lo que determina que el conocimiento por el oferente no es indispensable. Esto hace decir a TUHR<sup>(14)</sup> que la adjudicación no es una declaración recepticia, de manera que puede emitirse aun después que el licitador se alejara del lugar.

### ***Irrevocabilidad de las posturas.-***

Habiendo optado por el planteamiento de que la subasta es

una invitación a ofrecer, lo que determina que las posturas sean ofertas, pienso que les es aplicable el principio de la obligatoriedad de la oferta consagrado por el artículo 1382 del Código civil. Esto determina que no sea posible, en principio, la revocación de las posturas.

Surge la duda respecto a si puede permitirse que el postor manifieste al hacer su postura que ella no es obligatoria. Pienso que dada la naturaleza especial de la subasta, que determina que la formulación de una postura dé lugar a la resolución de la postura anterior, causaría grandes problemas la revocación de la postura pues, no siendo posible revivir las posturas anteriores, por haber caducado, se produciría, en realidad, la ineficacia de la subasta.

Estas razones me llevan a pensar que no es conveniente permitir la revocación de las posturas, por lo cual no sería admisible una postura cuya revocabilidad resultara de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

### ***Vicisitudes de las posturas.-***

En otro trabajo<sup>(15)</sup> he analizado las consecuencias que tendría la anulación y la nulidad de una postura, opinando que en el primer caso la postura anterior queda resuelta, lo cual no sucede en el segundo caso. También he tratado ahí el problema de las posturas ficticias, cuya solución varía según se conozca o no la condición del testafarro.

### **3).- LA CELEBRACION DEL CONTRATO.-**

Como se ha visto, el tercer párrafo del artículo 1389 establece que el contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Si en la convocatoria se ha señalado un plazo de duración al acto de la subasta, no será difícil establecer cuál es la mejor pos-

tura válida, que será sin duda aquélla que estaba vigente en el término de vencimiento del plazo.

La dificultad se presenta cuando se ha omitido señalar este plazo. La costumbre enseña que el subastador deja transcurrir un tiempo prudencial después de formulada cada postura para permitir que se formule una mejor. Si transcurre este tiempo prudencial sin que se mejore la postura, ello demuestra que no existe entre los asistentes al acto deseo de mejorarla, por lo cual se justifica que el subastador adjudique la buena pro a la oferta vigente.

Sin embargo, no cabe descartar la posibilidad de que el subastador, para favorecer a determinado postor, le adjudique la buena pro inmediatamente después que éste haya formulado su postura, impidiendo así que sea mejorada. Pienso que, aparte de la responsabilidad en que pueda incurrir el subastador frente a su comitente o a otros asistentes a la subasta por incumplimiento de sus deberes, la adjudicación es válida.

Puede ocurrir, por otro lado, que el subastador, pese a ser evidente que, por haber transcurrido el tiempo adecuado, no se va a mejorar la última postura, se abstenga de adjudicar la buena pro al postor que ha formulado esta postura.

Cabría recurrir, para solucionar el problema, a lo dispuesto por el artículo 1381 del Código civil, según el cual si el destinatario de una oferta ha formulado una invitación a ofrecer, se reputa celebrado el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

Empero, esta solución no deja de acarrear algunas dificultades. En primer lugar, es connatural a la subasta que no se acepte de inmediato una postura, sino que debe darse el tiempo suficiente para que ella sea mejorada. No se podría, pues, reputar celebrado el contrato si una postura no es rehusada sin dilación. En segundo lugar, también corresponde a la naturaleza de la subasta que el subastador no puede rehusar una postura legítimamente formulada, de tal manera que el contrato siempre se reputaría concluído.

Pese a estas dificultades, pienso que, con un poco de imaginación, la solución sí se encuentra en el artículo 1381. Sólo habría que interpretar, para este caso de la subasta, que el contrato se reputa concluido si no se otorga la buena pro, dentro de un plazo razonable, al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Podría objetarse que con esta solución se está otorgando carácter obligatorio a la adjudicación, o sea a la aceptación, ya que el subastador no debe negarse a otorgar la buena pro al postor que ha formulado la mejor postura válida y, si lo hace (si se niega), se reputa concluido el contrato.

Creo que la objeción es fundada, ya que ése es el resultado que se obtiene, pero considero que esta obligatoriedad es asumida voluntariamente por el subastador, quien al formular su invitación a ofrecer está garantizando que él aceptará la mejor postura válida.

Este es un riesgo que conscientemente asume el subastador al recurrir a la institución de la subasta.

Por otro lado, no puede prescindirse del acto de adjudicación, ya que cada postura lleva en sí una nueva propuesta, que es la mejora con relación a la postura anterior, por lo cual resulta necesario que esa nueva propuesta sea aceptada, no sólo para darle firmeza impidiendo que sea superada sino también, y principalmente, para que se produzca el acuerdo de declaraciones de voluntad que constituye la médula del contrato. Esta aceptación es la adjudicación.

Se justifica, pues, que pese a la obligatoriedad de la adjudicación cuando se ha llegado al final del procedimiento de la subasta, o sea cuando se ha formulado la última postura válida, ella es la que imprescindiblemente da lugar a la conclusión del contrato.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1389:

- (1) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil -Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo III, pág. 125.
- (2) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 320.
- (3) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo III, pág. 125. (1)
- (4) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 324; SCHMIDT, Joanna, "Négociation et conclusion de contrats", Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982, pág. 23; TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, Tomo II<sup>o</sup>, pág. 171.
- (5) "Código de comercio del Perú", Exposición de Motivos, con críticas de Miguel Antonio de la LAMA, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1905, Tomo I, pág. 32.
- (6) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil", Ediar S.,A. Editores, Buenos Aires, 1953, Tomo VIII, pág. 149.
- (7) SATANOWSKY, Marcos, "Tratado de Derecho comercial", Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1957, Tomo II, pág. 333.
- (8) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 255.

- (9) SANCHEZ URITE, Ernesto A., "La oferta de contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 179; MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 321 (4); SCHMIDT, Joanna, op. cit., pág. 23 (4); OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 164.
- (10) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, Volumen II, pág. 255.
- (11) CANCINO, Fernando, "Estudios de Derecho privado", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, pág. 325.
- (12) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 204.
- (13) FORNO FLOREZ, Hugo, "La celebración del contrato por medio de la subasta" en THEMIS Revista de Derecho, Segunda Epoca/1990/No. 17, Lima, pág. 70.
- (14) TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo II<sup>2</sup>, pág. 172. (4)
- (15) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 212.

## PUBLICACIONES RECIENTES

MARIO CASTILLO y COSME NALVARTE

*El Perú de César Awapara.* 1991. 428 p.

MARCIAL RUBIO CORREA

*Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana (Biblioteca Para leer el Código civil, Vol. X).* 1991. 324 p.

JAMES HIGGINS

*Cambio social y constantes humanas. La Narrativa corta de Ribeyro.* 1991. 178 p.

LUIS JAIME CISNEROS

*El Funcionamiento del Lenguaje.* 1991. 254 p.

MARCIAL RUBIO CORREA

*El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. 5ta. ed. (corregida y aumentada).* 1991. 412 p

CELIA WU BRADING

*Manuel Ferreyros y la Patria Peruana. Epistolario.* 1991. 368 p.

MANUEL MARIA MARZAL (coordinador)

*El Rostro Indio de Dios.* 1991. 452 p

RICARDO GONZALES VIGIL

*El Perú es todas las sangres.* 1991. 422 p.

RAQUEL CHANG-RODRIGUEZ

*El discurso disidente: ensayos de literatura colonial peruana.* 1991. 284 p.



PROXIMA APARICION

PEDRO DE CIEZA DE LEON

*Crónica del Perú. Cuarta  
Parte. Las guerras civiles.*

*Vol. I—Guerra de las Salinas  
Vol. II—Guerra de Chupas  
Vol. III—Guerra de Quito*

HECTOR GALLEGOS

*Albañilería Estructural.  
(2da.edición, corregida y  
aumentada).*

JOSE LUIS ROVILLON

*Silex del Divino Amor*

MANUEL PIAGGIO

*Física con ejercicios.*

FONDO EDITORIAL

*Av. Universitaria, cuadra  
18, San Miguel, Apartado  
1761. Lima, Perú. Teléfo-  
nos: 626390 anexo 220 y  
626390.*

