

# EL VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS PRENEGOCIALES EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Prof. PABLO CASAFONT ROMERO,  
Titular Derecho Civil, Contratos  
Facultad de Derecho

## 1. INTRODUCCION

La determinación de los efectos o consecuencias jurídicas que puedan derivar de aquellos actos o situaciones que se presentan en la fase preparatoria de los contratos, la posible eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad en el ámbito de los negocios jurídicos, y su fundamentación de acuerdo con las modernas elaboraciones de la Doctrina científica, así en el terreno civil como en el mercantil, constituyen la materia de este ensayo, dirigido a precisar, en la medida posible y ante la complejidad del tema, la diferenciación de una serie de figuras jurídicas que suelen confundirse, atendido su común origen en la voluntad y por ser ésta de complicada apreciación en sus movimientos e intensidad, como fenómenos que se producen en un plano psicológico-jurídico.

La materia no ofrece tan solo un interés teórico, como pudiera creerse con una superficial consideración de la misma y con apego a un criterio tradicional que mire o cifre en el contrato la única fuente de las obligaciones desde el punto de vista de la voluntad, pues superado tal criterio en las modernas concepciones jurídicas e incorporada una nueva tendencia en actuales y avanzadas legislaciones, conforme indicaré, reviste igualmente excepcional importancia práctica en la vida negocial en cuanto, mediante la realización de finalidades económico-sociales y sustentándose en principios de seguridad, de confianza y buena fe, deviene imperativo dotar de relevancia a dichas situaciones o figuras, con su consiguiente reconocimiento y sanción por el ordenamiento jurídico.



La responsabilidad por culpa en los tratos o negociaciones preliminares, la fuerza vinculante de la oferta contractual, la obligatoriedad de las promesas en sus distintas especies o variedades, particularmente el llamado contrato de "Opción", el instituto jurídico del "Precontrato" y, en general, la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad como fuentes de responsabilidad civil, son aspectos a considerar en este desarrollo, aunque sin la amplitud deseada por las limitaciones propias de un trabajo de esta índole, dirigido primordialmente a trazar, como señalé, un cuadro de las varias figuras prenegociales, en su posible y adecuada delimitación y en la diversidad de efectos jurídicos que puedan generar.

Se conexiona estrechamente el tema de referencia, con la problemática de las fuentes de las obligaciones, en lo que dice a la clasificación o enunciación que de las mismas se ha practicado tradicionalmente en los ordenamientos legales, cual ocurre en nuestro Código Civil con arreglo al artículo 632 que, siguiendo la fórmula pluralista clásica, enumera las causas productoras de obligación entre las que figura, desde el punto de vista de la voluntad, el contrato, ya que una nueva tendencia se dirige a ampliar la esfera de esos motivos generadores de obligaciones a otros supuestos distintos de aquél, en los que también se actúa la voluntad del hombre, como constitutivos de nuevos aspectos de responsabilidad civil, y sobre cuyo fundamento jurídico se han suscitado serias controversias jurídicas.

Bien puede afirmarse, con vista de la abundante literatura jurídica que en torno al asunto se ha producido modernamente, y ante las innovaciones legislativas que en el mismo sentido figuran ya en ordenamientos legales contemporáneos, que es una realidad innegable la intensificación, cada vez mayor, de una nueva tendencia favorable al reconocimiento del valor jurídico de aquellas situaciones o figuras preliminares de los negocios, al punto de haber logrado legitimidad en no pocas legislaciones actuales, de pronunciado adelanto técnico-jurídico.

El examen de la materia, referido a nuestro Derecho positivo, permitirá concluir sobre la insuficiencia y falta de sistematización de los Códigos civil y mercantil vigentes, en sus actuales regulaciones sobre la misma, y en la necesidad de una revisión de sus preceptos, con miras a estructurar una disciplina legal a tono con

las modernas tendencias, fruto de nuevas concepciones jurídicas dentro de un proceso de evolución motivado por necesidades y requerimientos de convivencia humana, que al reflejarse en la esfera de los negocios, trascienda al campo jurídico. Basta señalar, respecto al primero de dichos cuerpos legales, que promulgado como fue en el año 1888 y habiendo transcurrido al presente tan dilatado período sin experimentar reforma alguna sustancial en ésta como en otras áreas de su disciplina general, no traduce, como es obvio, las modernas orientaciones científicas, y si los criterios que inspiraron sus principios pudieron considerarse adecuados en su día, han perdido ya vigencia en gran medida; y por lo que hace al segundo y refiriéndome tan solo a uno de los aspectos de la materia en estudio, al de la disciplina de la oferta y la aceptación en los contratos, limitándose a considerarlas con ocasión de la compraventa mercantil, acusa con ello deficiente tecnicismo que precisa corregir, supuesto que su regulación debe ser emplazada dentro de los principios generales que gobiernan la contratación en esa rama del Derecho, por ser fenómenos que se dan en el proceso formativo de la mayoría de tipos contractuales.

## 2. GENERALIDADES. LAS NOCIONES DEL "NEGOCIO JURIDICO" Y DEL "CONTRATO" COMO ANTECEDENTES BASICOS PARA EL ULTERIOR DESARROLLO DEL TEMA

Como es finalidad de este desarrollo la de investigar acerca de la relevancia jurídica que puedan revestir los actos y situaciones que preceden a la conclusión o existencia de los contratos, es decir, de las posibles figuras que se ofrecen en el proceso de formación de un negocio jurídico, resultan convenientes, como preliminar necesario, algunas consideraciones generales sobre entidades con sustantividad propia y de reconocido carácter obligatorio, como son el "negocio jurídico" y su especie de mayor relieve, el "contrato", así como respecto a la declaración unilateral de voluntad que caracteriza, en la clasificación de los negocios jurídicos, los llamados "unilaterales", a efecto de distinguirlos de otras manifestaciones de voluntad de una sola persona, que no son negocios jurídicos, cual ocurre con las declaraciones contenidas en la "oferta" y la "aceptación" en el proceso de formación del contrato. Partiendo de esas ideas



fundamentales, procede el examen de las figuras afines con dichas entidades y que se producen con ocasión de las mismas, para precisar su significación jurídica.

La noción del "Negocio Jurídico" se ofrece amplia, con marcado carácter doctrinal, comprensiva del acto voluntario en cuanto se dirige, como un querer consciente, a la producción de efectos jurídicos, o más propiamente, al logro de un fin práctico-social que el orden jurídico considera merecedor de tutela, dotándolo de relevancia. El elemento volitivo y su dirección final o causativa, son esenciales en el mismo, en cuanto declaración encaminada a provocar consecuencias de derecho. Tal esencialidad se advierte de las definiciones que del negocio jurídico dan reputados expositores, como las que a continuación y entre otras, transcribo: para RUGGIERO el negocio jurídico es "una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico", concepto que WINDSCHEID recoge en los términos siguientes: "Negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que mira a producir efecto jurídico". CARIOTA FERRARA expresa que es "Manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico", y tanto BETTI como SANTORO PASARELLI, acentuando el aspecto objetivo de la declaración o manifestación, consignan, por su orden: "Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo", y "Acto de una voluntad autorizada por el ordenamiento jurídico para perseguir un fin propio".

Atendida la suficiencia de la manifestación o declaración de voluntad o acto volitivo, en la producción por sí sola de efectos jurídicos, con sustantividad propia, o bien en concurrencia con las declaraciones de voluntad de otra u otras personas, se ha formulado por los tratadistas la conocida distinción de los negocios jurídicos "unilaterales" y "bilaterales", y aun los llamados "plurilaterales". El criterio de clasificación está referido a la formación o conclusión del negocio, según intervengan una, o dos o más partes, siendo oportuno advertir que los conceptos de unilateralidad y bilateralidad pueden darse igualmente en razón del contenido o efectos del negocio, es decir, de las obligaciones que procedan del mismo según resulte obligada tan solo una de las partes, o ambas reci-

procamente, como denotan los llamados contratos unilaterales y bilaterales, que lo son por sus efectos, mas no por su formación ya que todo contrato es, desde este último punto de vista, negocio jurídico bilateral.

Es lo cierto que en la doctrina del negocio jurídico, se hallan reconocidas las categorías, atendiendo a su formación, de los negocios unilaterales y bilaterales, conforme la suficiencia, cabe repetir, de una sola declaración de voluntad para la configuración de la entidad negocial, o que precise el concurso de dos o más declaraciones de voluntad coincidentes, para el nacimiento de la figura, distinción que interesa primordialmente en la determinación de la eficacia de declaraciones de voluntad que no pueden conceptuarse propiamente como negocios jurídicos, dada la especial naturaleza de éstos.

De los negocios unilaterales, con sustantividad jurídica propia como declaraciones de voluntad dirigidas a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, vale decir, a la producción de efectos jurídicos, son señalados en la doctrina moderna y expresamente reconocidos en algunas legislaciones, si bien por excepción, ciertas figuras o institutos como el testamento en el régimen sucesorio, la ocupación como forma de adquisición del dominio sobre bienes que carecen de dueño, la renuncia o derelicción que importa extinción de derechos por abandono o dejación de los mismos, determinadas promesas como la pública de recompensa considerada como una especie de la oferta al público, el acto de fundación, la estipulación a favor de tercero cuando éste adquiere directamente el derecho sin necesidad de su aceptación, la promesa abstracta de deuda con existencia autónoma, y en el terreno mercantil los títulos de crédito, en especial y en los llamados títulos valores, los al portador, en los que la obligación del emitente se fundamenta en su declaración unilateral de voluntad contenida en el documento, por razón exclusiva de su creación, como así lo reconoce, según observaré, nuestro Código de Comercio en vigor.<sup>77</sup>

La existencia, pues, de negocios jurídicos unilaterales se acepta, aun cuando respecto a determinadas figuras resulte dudosa su calificación en cuanto puedan participar, si bien en forma muy atenuada de cierto carácter bilateral y si se razona a base de que no hay obligación sin el correlativo derecho cuya adquisición requiere el concurso de la voluntad de otra persona aceptándolo, que devendría titular del mismo. Lo que interesa dejar señalado,



es que en dicha categoría de negocios jurídicos unilaterales, la sola declaración de voluntad de una parte es bastante a producir efectos o consecuencias jurídicas, siempre y desde luego que se trate de manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin práctico que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela, para asignarles relevancia. La dirección de la voluntad en tal sentido, es de esencia en el negocio jurídico, por lo que resulta fundado negar ese carácter a las entidades cuasicontractuales, como la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido, entre otras, en las que si bien se dice de actos voluntarios como se ve del artículo 1043 de nuestro Código Civil, o puramente voluntarios al decir de otras legislaciones, falta en ellos aquella dirección del querer consciente que distingue o caracteriza el negocio jurídico, produciéndose los efectos en el cuasicontrato más bien por determinación o ministerio de la ley, vale decir, que en puro rigor, las obligaciones al mismo relativas devienen legales.

Siempre atendiendo al elemento de la voluntad en el negocio jurídico, como expresión o declaración de la misma dirigida a un fin práctico que el Derecho protege, se presenta el contrato, como la figura central, por excelencia, del negocio jurídico bilateral, sea del que se integra con dos declaraciones de voluntad coincidentes, que se combinan o fusionan. Esa conformidad de declaraciones de voluntad o conjunción de voluntades singulares como también se la considera, no es otra cosa que el acuerdo o consentimiento que constituye la base del contrato, su elemento esencial. La noción técnico-jurídica del contrato, en su moderno concepto, así lo denota, como aparece de la definición que del mismo se contiene en el artículo 1321 del Código civil italiano vigente, al decir que es "el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial".

Importa repetir que el contrato, como negocio jurídico bilateral, se integra de dos declaraciones de voluntad coincidentes, que son la "Oferta" y la "Aceptación". Como es mi propósito con este desarrollo precisar, en la medida posible según expresé, el valor jurídico de los actos precontractuales y deslindar estas figuras, se advierte ya la necesidad de distinguir las a los efectos de su relevancia jurídica, de aquellos negocios jurídicos con sustantividad propia como son los unilaterales, cuya caracterización he dejado señalada. En otros términos, cabe plantearse si las referidas declaraciones de voluntad, "oferta" y "aceptación" que integran el

contrato, pueden conceptuarse, aisladamente consideradas, como negocios jurídicos unilaterales, o más bien como partes de un solo negocio jurídico bilateral, del contrato, y si esto no obstante, pueden producir singularmente efectos o consecuencias de derecho. Lo propio cabe examinar respecto a las "promesas" de contrato, con el estudio de su particular naturaleza jurídica, y más aun, si antes de que en el proceso de generación o formación de un contrato se haya producido la "oferta" como declaración de voluntad del proponente, las negociaciones o tratos preliminares, las situaciones que la preceden, revisten alguna significación jurídica, es decir, si de ellas pueden derivar o no efectos de derecho.

El aspecto del valor o relevancia jurídica de los actos precontractuales, así como de los negocios jurídicos unilaterales con existencia autónoma en cuanto declaraciones de voluntad de una sola persona, plantea un problema de orden puramente legal que conviene puntualizar, en lo que dice al carácter de fuentes de obligaciones, frente a la entidad del contrato, considerado éste tradicionalmente y desde el punto de vista de la voluntad como la única causa productora de obligaciones, cual ocurre en presencia de los términos del artículo 632 de nuestro Código Civil. Es la cuestión, tan debatida en doctrina, de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones o, más concretamente, de la promesa unilateral como causa generadora de las mismas, fuera del contrato. En síntesis, se reduce el problema a decidir, en presencia de la consideración que hace la ley del contrato como fuente de obligaciones al lado de otras causas por ella señaladas, si desde el punto de vista de la voluntad, deben excluirse con tal carácter de motivos generadores de relaciones jurídicas o vínculos de derecho otras manifestaciones de voluntad, como las unilaterales, que obviamente no son contratos. En nuestro régimen jurídico es dable plantear la cuestión, en el terreno civil, y aun en el mercantil en cuanto el Código de Comercio hace remisión al Código Civil en la aplicación supletoria de normas o preceptos de éste en la disciplina general de la contratación, en virtud de lo estatuido por el precitado artículo 632 del último Cuerpo legal concerniente a las causas productoras de obligaciones. En efecto, en ese texto, que sigue la fórmula tradicional pluralista de clasificación de las fuentes de las obligaciones, se enuncian las causas de las mismas entre las que figura, en el aspecto de la voluntad, el contrato, lo que autorizaría a sostener, con estricta sujeción a sus términos o aplicación



literal de los mismos, que desde el mencionado punto de vista de la voluntad solo el contrato puede reputarse, legalmente, como causa o fuente generadora de obligaciones, negándoles en consecuencia esa virtualidad a otras declaraciones de voluntad no constitutivas de contrato, como son los negocios jurídicos unilaterales y las manifestaciones o actos que preceden a la conclusión de aquel, que se presentan en su fase preparatoria, con lo cual tanto los citados negocios jurídicos, como la "oferta" y la "aceptación" por sí solas, aisladamente consideradas sin que todavía se haya dado su conformidad o coincidencia, es decir, sin que aun se haya producido el acuerdo, resultarían irrelevantes jurídicamente. No ha sido extraña esta cuestión en otras legislaciones que, al igual que la nuestra, siguen el mismo sistema pluralista de enumeración de las fuentes de las obligaciones entre las que figura únicamente el contrato, desde el punto de vista de la voluntad, como en la española según el artículo 1089 del Código Civil con cuyo fundamento la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en algunos de sus fallos, sostuvo la tesis adversa al reconocimiento de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, para tener como tal solamente el contrato, si bien el criterio, con orientación progresista y en pronunciamientos más recientes, ha sido modificado en sentido favorable a la admisión de las declaraciones unilaterales de voluntad con eficacia jurídica. El aparente conflicto, como bien se ha dicho, más que resolverse debe superarse, y su solución radica en una correcta inteligencia del texto en función integradora que permita el reconocimiento, como lo propugna la mejor doctrina, de otras figuras o declaraciones de voluntad que, sin ser contratos, puedan generar consecuencias jurídicas, obligacionales, dada su especial naturaleza. Para ello precisa admitir, con buen criterio, que no es taxativa o excluyente la enumeración que de las fuentes o causas productoras de obligaciones practica el sobredicho artículo 632 de nuestro Código Civil, en cuanto señala el contrato con tal carácter, porque de aceptar lo contrario quedaría sin explicación satisfactoria el hecho de que en ese propio Cuerpo legal, virtualmente, resulten reconocidas por otras disposiciones del mismo conforme será puntualizado, declaraciones unilaterales de voluntad con sustantividad jurídica propia en cuanto productoras de consecuencias de derecho, sin decir del franco reconocimiento y expresa admisión por el nuevo Código de Comercio que nos rige, de figuras e institutos que encierran tan solo decla-

raciones de voluntad unilateral con eficacia jurídica por sí, como habré de señalar igualmente. El artículo 632 de nuestro Código Civil debe entenderse, pues, con buen sentido, en términos de que al decir del contrato como causa productora o fuente de obligación, no agota con ello todos los supuestos en los que, por voluntad declarada, puedan generarse obligaciones, por revestir un carácter meramente enunciativo la clasificación o enumeración que de esas fuentes en el mismo se practica y no, como ya dije, limitativo o excluyente. Aun sin ser utilizada la expresión "negocio jurídico", extraña a la terminología de nuestras ordenaciones civil y mercantil que siguen con las tradicionales denominaciones de "acto" y "contrato", es lo cierto que en esos Cuerpos legales se contiene el reconocimiento, en virtud de disposiciones aisladas, de figuras o declaraciones de voluntad con virtud de producir efectos o consecuencias jurídicas, sin ser propiamente contratos, configurándose de esa suerte algunas como verdaderos negocios jurídicos unilaterales. Comprendidas en esta categoría ya señalé ciertas entidades, las cuales resultan admitidas en nuestros Códigos Civil y Mercantil como el examen de determinados textos en las materias que regulan, así lo denota, lo que implica que si con sujeción al artículo 632 del primero de esos ordenamientos se considera el contrato como la única fuente de las obligaciones en el aspecto de la voluntad, se daría grave contradicción con aquellas otras disposiciones del mismo, y aun de la legislación mercantil, por las que resultan legalmente reconocidas figuras o entidades que, sin ser contratos, sino tan solo declaraciones unilaterales de voluntad, devienen aptas para producir efectos jurídicos.

En armonía con lo anterior, es de observar en el régimen sucesorio de nuestro Código Civil, el testamento, como acto de última voluntad dirigido a regular el destino de los bienes del testador o declarante para después de su muerte. En la doctrina del negocio jurídico el testamento reviste, sin género de duda, ese carácter, esencialmente unilateral por cuanto se forma o existe cuando se redacta, es decir, cuando se emite o declara la voluntad del testador, por más que su eficacia advenga a la muerte del mismo; antes de ésta, es un verdadero negocio unilateral, constando, como se integra, de una sola manifestación de voluntad. Al admitir el citado Código en su artículo 522, que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre legalmente manifiesta, reconocido por el mismo el principio de libertad testamentaria, así como que la suce-

*V. es unilateral*



sión comprende los bienes, derechos y obligaciones del causante, todo autoriza para tener el testamento, en nuestro régimen legal, como genuino negocio jurídico unilateral, sea como una declaración unilateral de voluntad dirigida a producir consecuencias jurídicas. No precisa, por lo demás, para la existencia o formación del mismo, en su indicada categoría de negocio, la aceptación del heredero que vendría a asumir naturaleza de otro negocio jurídico unilateral y que no condiciona la formación del primero, si bien juega papel para su eficacia, es decir, para la realización de los fines o producción de los efectos, que es fenómeno distinto de la existencia jurídica del acto testamentario. Cabe igualmente considerar como negocios jurídicos unilaterales, según nuestra ordenación civil, la renuncia de un derecho o derelicción, en la que, con la sola declaración de voluntad del titular de hacer abandono o dejación del mismo, se produce el consiguiente efecto jurídico extintivo, aun tratándose, a mi juicio, de derechos de crédito en los que no precisa la voluntad del deudor para que, no obstante beneficiarse, tenga lugar la consecuencia liberatoria del mismo; la "ocupación" como actuación de voluntad que entraña una manifestación de ella, de carácter unilateral con la toma de posesión de un bien que carece de dueño para hacer surgir de la misma y a favor del ocupante, la propiedad, constituyendo de esa suerte un modo de adquirir el dominio como lo admite el artículo 484 del Código Civil, y al disponer igualmente el número 485 que "por la ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie". Especial modalidad presenta el Código Civil patrio en punto a la constitución de la hipoteca al permitir, por el artículo 409 que "La hipoteca se constiuye en escritura pública por el dueño de un inmueble, para garantizar deuda propia o ajena", lo cual entraña que el acto se realiza o forma con la sola manifestación de voluntad del hipotecante, y al producirse los efectos jurídicos con la afectación del bien gravado que de la misma derivan, no es dudoso asignarle el carácter de negocio jurídico unilateral, pues es de añadir que la escritura pública que consigna el acto unilateral, es incluso susceptible de inscripción en el Registro Público, para que surta la plenitud de sus efectos, sin que precise que en ese proceso formativo del acto intervenga otra declaración de voluntad para que se configure. Cabe ver asimismo en el Código Civil el reconocimiento de una declaración unilateral de voluntad, con efectos jurídicos, en la que expresa la parte que no ha incum-

plido un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, ante el incumplimiento de la otra parte, para ejercitar la facultad, librada exclusivamente a su arbitrio, de obtener la resolución del contrato con sus efectos extintivos, conforme es autorizado por el artículo 692, así como en el derecho de elección en las obligaciones alternativas a que se contrae el artículo 654 Código ibidem, se da la eficacia, legalmente reconocida, de la manifestación unilateral de voluntad con relevancia jurídica, para elegir o determinar la prestación a cumplir.

En lo que concierne a nuestra legislación mercantil conforme al nuevo Código de Comercio que nos rige, sin aludir por ahora a la naturaleza que revisten con arreglo a sus preceptos la "oferta" y la "aceptación" como declaraciones unilaterales de voluntad en los contratos mercantiles, en parangón con los mismos fenómenos que se dan en el campo civil según comentaré, es innegable el reconocimiento legal de figuras o entidades de claros contornos que permiten configurarlas como propios y verdaderos negocios jurídicos unilaterales, sea como promesas unilaterales con virtualidad de fuentes de obligaciones, separadamente del contrato. Así se infiere de la disciplina del Código Mercantil en punto a los títulos-valores, principalmente de los calificados como "al portador", en presencia de un artículo que es fundamental en el aspecto que interesa, el 714 que estatuye: "En los títulos al portador la obligación no nace de un contrato, sino de la emisión del título. Si después de emitido y antes de ser puesto en circulación fuere robado o perdido, no por eso dejará de ser eficaz en manos de un tercero de buena fe. Del mismo modo la muerte o incapacidad del emisor no influye en la validez del título". Es de interés comentar en torno a esa disposición legal, de tan significado contenido como se advierte, que nuestro legislador, haciendo de lado la teoría contractualista para adoptar el sistema de la creación, tiene por nacida o existente la obligación que inserta o incorpora el título al portador, en el momento de su emisión entendiéndose por ésta, la manifestación o exteriorización de voluntad del emisor al suscribir el título, no el de su expedición o momento en que es puesto en circulación desapoderándose del mismo, ya que claramente consigna el texto que "si después de emitido" con lo que alude a dicha declaración o exteriorización, y "antes de ser puesto en circulación" refiriéndose con esto a que no haya sido expedido o remitido, "fuere robado o perdido, no por eso dejará de ser eficaz en manos



de un tercero de buena fe”, todo lo cual permite concluir que la obligación surge por la sola declaración de voluntad del emitente, aun en el supuesto de que el título o documento haya salido de su esfera de poder sin su voluntad, como serían los casos contemplados en la norma de robo, pérdida o extravío del mismo, en los que incluso la eficacia subsiste, y como igualmente confirma, al decir del precepto en comentario, que ni la muerte ni la incapacidad del emisor influyen en la validez del título. Se trata, en consecuencia, en los títulos al portador, del nacimiento de obligaciones por el solo efecto de su emisión o creación, es decir, de la declaración de voluntad del emitente como un verdadero negocio jurídico unilateral! No podría en rigor, afirmarse lo propio respecto a los demás títulos valores, por estar referida específicamente la disposición legal citada a los ‘al portador’, si bien en el concepto amplio de título-valor que se recoge en el artículo 667 del ídem Código, como “Documento indispensable para ejecutar (sic: ejercitar) el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna”, pueda verse in género, la admisión del principio de voluntad unilateral como fuente de obligaciones, en cuanto en algunos de ellos se contenga una promesa de pago abstracta, de índole no recepticia, con la salvedad, desde luego, de los nominativos o expedidos a favor de una persona cuyo nombre se expresa en el texto mismo del documento, siendo lo pertinente, en cada caso, apreciar el modo en que la respectiva obligación ha podido nacer o surgir en relación al acto de expresión de voluntad del emitente del título, para juzgar sobre la unilateralidad o bilateralidad en la configuración de la entidad negocial.

Evidenciado, como queda, que aparte del contrato son admitidas en nuestra legislación, tanto civil como mercantil, declaraciones de voluntad unilateral con virtualidad creadora de efectos jurídicos, sea con el carácter de fuentes de obligaciones, procede el examen de lo que es finalidad principal de este desarrollo, sea de la naturaleza vinculante o eficacia jurídica que puedan ostentar aquellos actos, situaciones o declaraciones de voluntad que preceden a la conclusión o perfección de un contrato, considerado éste, según se ha visto, como la figura central del negocio jurídico bilateral, cuya esencialidad radica en el acuerdo o coincidencia de declaraciones de voluntad de dos o más partes, entendido el concepto de “parte contractual” no como persona o sujeto contratante según la noción tradicional, sino como centro de intereses que debe

figurar de cada lado del contrato, parte y contraparte. Se concreta el siguiente análisis, en consecuencia, a la fase preliminar de un contrato, al proceso de su formación o generación.

### 3. DEL CONTRATO Y SU FASE PREPARATORIA

Representa el contrato ya formado o concluido, al decir de SANCHEZ ROMAN, “una existencia, una creación jurídica, a cuyo resultado no se llega de repente, por impulso instantáneo de una sola y automática fuerza, sino mediante el desarrollo gradual de todas las condiciones o elementos que la producen, en suma, de una verdadera generación”. En efecto, en la vida de un contrato pueden apreciarse las fases o momentos de su generación y perfección, comprendiéndose en la primera, que es la que fundamentalmente interesa aquí, los preliminares o período preparatorio. El contrato concluido, perfecto, como acuerdo o coincidencia de declaraciones de voluntad, está dotado, como es bien sabido, de fuerza vinculante; constituye, al preceptuar del artículo 1022 de nuestro Código Civil, una “ley para las partes contratantes”. Se ha observado justamente que siempre ha sido reconocida la necesidad de hacer jurídicamente obligatorio el cumplimiento de las promesas, y de ello el principio de obligatoriedad del contrato, admitido en todo tiempo y figurando como un dogma en todos los Códigos. El fundamento de esa fuerza vinculativa del contrato, no obstante la diversidad de teorías que han intentado explicar la razón filosófica de su obligatoriedad, radica en la voluntad, en su autonomía como poder reconocido a la persona por el orden jurídico para regular sus propios intereses en sus relaciones con los demás. Se acepta, pues, la autonomía de la voluntad como potencia creadora reconocida al particular por el Derecho para configurar sus propias creaciones jurídicas, no obstante que ese dogma haya sufrido en lo moderno profundas transformaciones al punto de afirmarse y con fundada razón de una crisis del principio, y de una decadencia del contrato, expresión esta última inadecuada desde que, en realidad, lo que ha tenido lugar es una rectificación en la concepción del contrato, una revisión del mismo en su modo de entenderlo y aplicarlo por la influencia de nuevas tendencias y la infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales, en términos de que si bien sustentándose primordialmente en la voluntad, no del modo



radical que propugnaba el absolutismo del dogma de la autonomía, debe descansar, como con acierto se ha dicho, "en el equilibrio y conciliación de los principios de personalidad y comunidad, de libre autonomía y de interés social", para que continúe siendo aun dentro de su moderna fisonomía, como con verdad se ha expresado igualmente, "el instrumento más fecundo puesto al servicio de la convivencia social".

Si la obligatoriedad del contrato deriva de la voluntad de las partes, sancionada por el ordenamiento jurídico, cabría preguntar en qué medida esa misma voluntad es apta para explicar el fundamento, si ello es admisible, del carácter vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad o manifestaciones que se producen o tienen lugar antes de la conclusión del contrato, sea en su fase preparatoria, para decidir en suma si de la "oferta" y de la "aceptación" por sí solas pueden dimanar efectos jurídicos, si aún antes de la primera y en los llamados "tratos y negociaciones preliminares" puedan darse también consecuencias de derecho, y si a la promesa unilateral es dable asignar, en determinados supuestos, la virtualidad de fuente de obligaciones. De especial significación e interés en el particular, se ofrecen los siguientes comentarios del profesor HERNANDEZ GIL (Derecho de Obligaciones, pág. 246, N° 84, Ed. 1960), sobre la promesa unilateral como fuente de obligaciones: "Atribuirle fuerza vinculante constituye una conquista relativamente reciente, considerándola en el plano psicológico-jurídico como la máxima concesión a la voluntad en la producción de las obligaciones, por ser obra estrictamente de una sola voluntad, en términos de que la obligación en este caso es una auto-obligación que presupone el reconocimiento de un poder autónomo; envuelve una aparente contradicción, la atribución de fuerza vinculante a la promesa unilateral que no coincide, al menos en su desarrollo, con el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad, pues es un logro posterior que se abre paso en el período de rectificación y crisis de dicho dogma; que no es una sobreestimación de la voluntad y la tesis se ha instaurado, no sobre bases psicológicas de signo voluntarista, sino a virtud principalmente de consideraciones sociológicas y sistemáticas". Y concluye el ilustre tratadista español: "Ciertas declaraciones del individuo, concernientes a intereses tutelados por el Derecho, que adquieren una general exteriorización o que se dirigen a un concreto destinatario, como ocurre, respectivamente, con la promesa pública y la oferta de contrato, no pueden quedar

relegadas al puro arbitrio, sino que tales declaraciones, constitutivas de promesas de un obrar determinado, aparecen dotadas de una trascendencia social a impulsos de la actuación del emitente que, por propia iniciativa, suscita el interés y la confianza en los demás, que razones de seguridad jurídica y exigencias de la buena fe demandan que el destinatario concreto o eventual tenga derecho a convertirse en acreedor, lo cual solo es posible si sobre el promitente incide como deber el mantenimiento de la promesa que, por lo mismo, ha de reputarse irrevocable, al menos dentro de ciertos límites".

Importa destacar de las consideraciones transcritas, por el fondo de realidad que entrañan, la alusión que en las mismas se hace de circunstancias, factores o elementos con virtualidad, invocables juntamente con el principio de autonomía de la voluntad, para atribuir fuerza vinculante a la declaración unilateral, como son la confianza y el interés de los terceros que se suscitan mediante ella, las razones de seguridad jurídica y las exigencias de la buena fe que han adquirido, en el Derecho moderno y de modo prevalente en la esfera mercantil con la acentuada calificación de los llamados "intereses del tráfico", especial relieve jurídico, sin que su presencia pueda estimarse excluyente del valor originario y esencial que debe atribuirse al elemento volitivo, pues que se trata precisamente de declaraciones de voluntad. La eficacia, a mi entender, de la declaración unilateral de voluntad, el fundamento de la fuerza vinculante de la oferta y la caracterización de la promesa unilateral como fuente de obligación, deriva, en tesis de principio, de la conjugación de la voluntad que se declara en cuanto propósito o querer consciente del declarante, con aquellos elementos o factores del interés y la confianza de terceros que con ella se provocan o suscitan, amparados por el principio de seguridad jurídica e igualmente sustentados en requerimientos de la buena fe, interviniendo de consuno. Cabría por lo tanto concluir, que si la obligatoriedad del contrato descansa, con el reconocimiento por el orden jurídico, en la autonomía de la voluntad como potencia creadora traducida en el acuerdo de partes o coincidencia de declaraciones que dan lugar con el acto de su expresión a una común voluntad contractual de carácter unitario o voluntad contractual, en las declaraciones unilaterales debe verse la razón justificadora de su fuerza vinculante tanto en esa misma voluntad declarada en cuanto ejercicio de autonomía, como en el interés y la confianza



de los demás que por ella se suscitan, atendidas la seguridad jurídica y las exigencias de la buena fe, en función de una concurrencia de elementos, interno el uno, externos los otros, y a virtud siempre y desde luego, de la sanción por el ordenamiento jurídico dada la indispensable cooperación normativa en la producción de efectos de los actos jurídicos en general.

#### 4. LOS TRATOS O NEGOCIACIONES PRELIMINARES

Situados en el plano o fase de preparación del contrato, considerado el proceso de generación o formación del mismo, se presentan, como tengo referido, situaciones y figuras sobre cuya eficacia o relevancia jurídica interesa juzgar. Una consideración a priori, que no incida en el fondo de la cuestión que se plantea, podría llevar, con aparente lógica, a excluir todo valor jurídico a los actos que preceden a la conclusión de un contrato, atendido el modo como éste debe concertarse a virtud del principio de libertad que debe presidir la contratación y que el Derecho garantiza, como se advierte de nuestro Código Civil en punto al consentimiento que “debe ser libre y claramente manifestado” conforme predica el artículo 1008.

Argumentando con base en dicho postulado de libertad contractual, podría negarse valor jurídico a todo acto, manifestación de voluntad o situación que preceda a la conclusión de un contrato, toda vez que la indicada libertad presupone una auto-decisión o facultad para celebrarlo o excluirlo, y cuyo ejercicio, en el supuesto de rechazarse, no podría legalmente generar consecuencias jurídicas. Con fundada razón se ha dicho que “el contrato no se impone, que debe ser fruto de determinaciones volitivas libremente adoptadas, en suma, que donde hay imposición no puede haber contrato”. Sin embargo, no se faltaría, a mi juicio, a ese principio de libertad contractual el atribuir ciertos efectos jurídicos por resarcimiento de daños y con el fundamento que se dirá, a las declaraciones de voluntad o actos previos a la conclusión del contrato, sin que pueda aducirse en contrario que ello compelería a la celebración del mismo, ya que el concepto de libertad debe apreciarse igualmente con referencia a esos propios actos que se dirigen a la formación del contrato, en atención a su particular

naturaleza, como sucede, por ejemplo, con la oferta contractual cuando ésta, en su verdadero sentido, es expresión de una decisión de ánimo, de una voluntad seria y libre que reúne los requisitos esenciales para que pueda reputarse como una propuesta en firme en la cual se agota toda actividad del oferente, condicionada tan solo para la perfección del contrato, a su aceptación pura y simple por el destinatario, y como igualmente acontece con las promesas unilaterales con sustantividad propia que constituyen verdaderos negocios jurídicos unilaterales y, en tal virtud, fuente de obligaciones. La libertad contractual no se afecta, a mi entender, antes bien queda cumplida, si dándose respecto a los actos que se dirigen a la conclusión del contrato ellos se configuran con especial significado y seriedad. El anterior punto de vista se perfila mejor al considerar, como paso a hacerlo, la particular naturaleza que ostentan las situaciones o actos que se desarrollan en la etapa preliminar a la conclusión del contrato.

Una observación atenta del período preparatorio del contrato, permite, en efecto, diferenciar la fase meramente preliminar constituida por los “tratos, tanteos, negociaciones y conversaciones”, de la “oferta contractual” que de ellos pueda surgir con rasgos característicos que le dan una fisonomía especial. No siempre la etapa preparatoria de un contrato se inicia con la propuesta u oferta en firme que directamente se formula mediante una declaración de voluntad recepticia, sea dirigida a un destinatario, pues suelen preceder a la misma y esto es lo frecuente, aquellos tratos preliminares o negociaciones entre las personas interesadas en un futuro convenio.

La “oferta de contrato” es calificada como “una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato”, y más que un acto preparatorio del mismo, es una verdadera “declaración contractual”, que ha de reunir, como indicaré, para que en rigor pueda conceptuarse como tal, determinados requisitos y elementos esenciales del contrato a que se dirige. Lo que de momento interesa señalar, previo al examen de la eficacia jurídica que pueda revestir dicha declaración de voluntad o propuesta, es la posibilidad de existencia en la fase de formación del contrato y aun antes de que se produzca la “oferta en firme”, de los llamados **tratos preliminares**, respecto a los cuales debe considerarse si son también determinantes de efecto alguno jurídico. La cuestión, pues, se contrae a dos situaciones delimitadas,



ambas de carácter precontractual: la de los tratos, conversaciones o negociaciones preliminares que representan la verdadera iniciación de la fase de formación del contrato, y la de la oferta contractual, propuesta o policitud que pueda resultar de los primeros.

Con referencia a la etapa meramente inicial con los tratos preliminares previos a la oferta, es opinión dominante que de ella no nacen obligaciones, ni revisten carácter vinculante las declaraciones de voluntad que dentro de la misma se producen. En esa fase rige plenamente el principio de libertad que informa la celebración del contrato, la auto-decisión, negándosele a los actos que en ella se desarrollan valor jurídico, lo cual entraña que el disentimiento o el apartarse cualquiera de los interesados de tales negociaciones preliminares, no predetermina responsabilidad. Sin embargo, no debe resolverse con excesivo radicalismo la cuestión al punto de excluir todo género de responsabilidad o de consecuencias jurídicas en la dicha etapa inicial del contrato, anterior a la oferta, que llevaría a prescindir de otro aspecto que da fundamentación a una responsabilidad específica, pues la doctrina moderna se orienta en sentido de admitir, siquiera por vía de excepción, una tal responsabilidad, no de tipo contractual como es obvio, sino de naturaleza extracontractual por culpa in contrahendo. A tono con este punto de vista, escribe el profesor CASTAN (Derecho Civil Español, Común y Foral. Teoría General del Contrato, Tomo III, pág. 437): "Responsabilidad por los gastos o perjuicios que puedan producirse en la preparación del contrato: Si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, es preciso determinar a quién incumbirá pagar los gastos que en el curso de aquéllas se han efectuado o los perjuicios que se hayan producido, ya a alguno de los contratantes o ya a un tercero. Por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; mas si llegadas las conversaciones a un punto en que podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato, una de las partes se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido". Adopta la misma posición ENNECCERUS al decir (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, pág. 229): "De la circunstancia del comienzo de los actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico,

imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad es totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato. No requiere la violación dolosa del deber de diligencia, sino que basta la mera negligencia".

En el Código civil italiano vigente, bueno es añadir, resulta virtualmente admitida la responsabilidad precontractual en las aludidas negociaciones preliminares, al establecer el artículo 1337 que "Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe", de donde se sigue que al imponer la ley a las partes un deber de observancia de la buena fe en la conducta que despliegan en las negociaciones o tratos preliminares y formación del contrato, sea antes de la conclusión del mismo, la transgresión de ese deber que entraña una falta, culpa o negligencia, aparea la consiguiente responsabilidad que dicho texto legal autoriza. Es mi parecer que en nuestro régimen jurídico, una responsabilidad semejante resulta admisibles, aunque de modo excepcional, con el fundamento que presta el artículo 1045 del Código Civil, que al decir de nuestra Jurisprudencia, sienta un principio general de responsabilidad por culpa aquiliana, de tal suerte que si los elementos que configuran esa responsabilidad de acuerdo con el texto aludido, se dan respecto a un acto o declaración de voluntad en las negociaciones preliminares o fase inicial de un contrato, aun antes de que se haya producido la oferta en firme —sean la culpa y el daño— no habría motivo para negarla, ya que por lo demás importaría la violación de aquel deber de observancia de la buena fe, de que se hace referencia en la legislación italiana. Guarda analogía con el aspecto de responsabilidad de que se trata, cuanto a su admisión con un fundamento por culpa extracontractual, lo que en punto a los esponsales o promesa recíproca de futuro matrimonio, a los que la ley no concede valor jurídico por el artículo 49 del Código Civil, enseña nuestro tratadista BRENES CORDOBA (Tratado de las Personas, pág. 127, N° 129): "Debido al mismo motivo de carecer los esponsales de valor civil, no es atendible el reclamo a título de indemnización por la simple falta de cumplimiento. Pero sí se admite, en principio, que la parte que hubiere sufrido pérdidas por gastos hechos en razón del concertado matrimonio, puede exigir judicialmente el reintegro de ellos con fundamento en el precepto legal de que todo aquel que ocasiona un daño a otro está obligado



a repararlo, lo cual se entiende, naturalmente, siempre que la persona que falta a lo pactado no tenga justa causa que disculpe su proceder”.

## 5. LA OFERTA DE CONTRATO

Queda visto que entre los “tratos y negociaciones preliminares” y la “Oferta contractual”, en la fase preparatoria de un contrato, puede hacerse un deslinde, que lleva ahora a considerar la última con los problemas que suscita y entre los cuales tiene especial relieve su fuerza vinculante o carácter obligatorio, para examinar luego lo tocante a las “Promesas” que, como figuras también precontractuales, presentan características y efectos diversos de la oferta contractual propiamente dicha. La propuesta o policitud, oferta o proposición, como se la llame, se presenta conforme ya indiqué, en el período de formación del negocio como la “declaración de voluntad de una de las partes dirigida a la otra para celebrar con ella un contrato”, es decir, como una declaración contractual más que como un acto meramente preparatorio.

Contribuye a denotar el verdadero carácter que asume la oferta o propuesta, como declaración de voluntad contractual recepticia, es decir, dirigida a un destinatario para la celebración mediante la aceptación congruente de éste del respectivo contrato a que la misma se refiere, la indicación de los requisitos que debe reunir para diferenciarla de otras declaraciones de voluntad que puedan darse en la fase de preparación del contrato. Suelen emplearse con relación a esta materia, en efecto, las expresiones de “simple oferta”, “mera oferta” y “oferta en firme” que se prestan a confusión. No toda declaración de voluntad cognitiva, sea dirigida a conocimiento de un destinatario para la celebración de un contrato, puede ser tenida como verdadera oferta, ya que para esto precisa que se emita con la intención de obligarse el proponente, que sea concreta en sus términos de tal modo que contenga los elementos necesarios para que se concluya el contrato proyectado mediante la aceptación pura y que se dirija a persona determinada, si bien caben en la vida de los negocios las llamadas ofertas al público que no por hallarse dirigidas a una colectividad, pierden el carácter recepticio, con la salvedad de la promesa pública de recompensa y las promesas de pago abstractas en las cuales, como señalé, no

se dan propiamente ofertas sino que se configuran negocios jurídicos unilaterales o declaraciones unilaterales de voluntad como causas productoras de obligaciones o fuentes de las mismas, con propia sustantividad jurídica o naturaleza autónoma. Es oportuno advertir en este punto, que la otra declaración de voluntad, igualmente recepticia supuesto que debe dirigirse al proponente, es la del destinatario que acepta pura y simplemente la oferta y con lo cual se determina la conclusión del contrato, declaración que por su lado debe igualmente reunir los mismos requisitos de la policitud, vale decir, emitida con el propósito o decisión de obligarse, ser pura y simple como queda señalado, pues una aceptación modificativa es tenida como una contrapropuesta, y darse en tiempo hábil.

Si la oferta de contrato como queda expuesto, para reputarse como tal, debe reunir los requisitos apuntados, ello revela que la declaración de voluntad unilateral en la misma contenida, expresa una decisión o resolución firme de celebrar el contrato a que se dirige, con carácter dispositivo y no de mera enunciación de un propósito como acertadamente se ha dicho, lo cual permite diferenciarla, como “oferta en firme”, de aquellas otras declaraciones a que se contraen las llamadas “mera oferta” y “simple oferta” que quedarían relegadas, éstas, al ámbito de las negociaciones o tratos preliminares, previos a la verdadera oferta de que hice mención. Sin duda a esas manifestaciones de voluntad no constitutivas de verdadera oferta, sino de simples propósitos sin ánimo de obligarse contractualmente, como meros ofrecimientos o invitaciones a contratar, alude Brenes Córdoba en su “Tratado de las Obligaciones y Contratos”, pág. 326, N° 585, al comentar: “Tomando en cuenta la presunta voluntad de las partes y las circunstancias de hecho que en la especie concurren, se establecen las siguientes conclusiones, que son por todo extremo aceptables: si el ofrecimiento se encamina a explorar el ánimo de la persona respecto al negocio, si constituye una simple oferta, nada de esto, como es natural, será parte a obligar al policitante como si el contrato estuviera cerrado antes de saber la aceptación; pero si la oferta implica un **compromiso de carácter definitivo**, condicionado únicamente por la necesidad de la aceptación, es innecesario que ésta llegue al proponente para tener por formado el nexo de derecho, porque el contrato existe desde que el policitado acepta de manera inequívoca”.



## 6. LA OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA CONTRACTUAL

Partiendo del concepto de verdadera "oferta de contrato" u "oferta en firme" según queda explicado, con la concurrencia de los requisitos señalados, sea cuando el ofrecimiento, al decir de nuestro citado tratadista conforme los términos transcritos, se dirige, no a explorar el ánimo de la otra parte respecto al negocio, supuesto en el que se daría una "simple oferta" como él mismo la califica, sino cuando "envuelve un **compromiso de carácter definitivo** condicionado tan solo por la necesidad de la aceptación para el perfeccionamiento del contrato", procede el examen de su principal aspecto: el de la fuerza vinculante o carácter obligatorio de la misma, que constituye uno de los problemas más debatidos y diversamente resuelto en los Códigos, dependiente, en último término, de su revocabilidad o de su irrevocabilidad. Existen dos tendencias en el particular, radicalmente opuestas: la tradicional, sustentada exclusivamente en la voluntad del oferente de la que es consecuencia el principio de que "no obliga la proposición no aceptada", cuya razón descansa en la libertad de proponer y de retirar lo propuesto antes de ser aceptado, lo que entraña la exigencia de una voluntad perdurante del sujeto proponente en todo momento, desde que se emite la oferta hasta que se perfeccione el contrato, y que explica el que cuando llega a faltar esa voluntad por retractación del oferente o a virtud de motivos de Derecho como la muerte o incapacidad sobrevenidas del mismo, deviene claudicante la proposición; la otra dirección que constituye el punto de vista del Derecho moderno, propugna en cambio la obligatoriedad o fuerza vinculante de la oferta, en méritos a la intervención de un plazo o término de duración de la misma, bien fijado expresamente por el proponente o ya implícito derivado de circunstancias de hecho que la rodean, y que presupone renuncia al derecho de retractación, sin dejar de observar que aun dentro del primer sistema, la oferta puede asumir el carácter obligatorio a virtud de la determinación de un plazo por el proponente que se conceptúa, cabe repetir, como renuncia virtual a su facultad de revocar.

Interesa señalar el alcance o significación jurídica que pueda revestir dicha fuerza vinculante u obligatoriedad de la oferta, ya que no faltan quienes dicen de dos obligaciones derivadas de la misma, una que se contrae a su mantenimiento mientras esté

vigente el plazo lo que equivale al deber de respetarlo, y la otra que concierne al cumplimiento de la prestación o relación jurídica obligacional que con ella se provoca. Resulta superfluo indicar que la obligación a que se dirige la oferta, no puede estimarse como surgida de ésta, pues su causa o fuente productora no es otra que el contrato, cuando aquella es aceptada dando lugar, con el acuerdo o consentimiento a la conclusión de este último, convirtiéndose el proponente en parte contratante y constreñido, como tal, al cumplimiento de la obligación del mismo dimanante. Por lo tanto, la obligatoriedad de la oferta o su fuerza vinculante, debe considerarse en el sentido de que el proponente no pueda revocar, es decir, retirar o dejarla sin efecto durante el plazo respectivo, quedando obligado a respetarlo y a pasar por el contrato, de concluirse éste mediante la aceptación, así como en el aspecto de que una revocación injustificada por el oferente, o más propiamente un incumplimiento no justificado de su parte, le haría incurrir en una responsabilidad de resarcimiento de daños y perjuicios por culpa extracontractual, similar a la que se configura, si bien ésta por culpa contractual, por inejecución en los contratos con prestaciones recíprocas, que autoriza su resolución con daños y perjuicios en razón de un incumplimiento "voluntario e imputable", vale decir, "culposo", conforme deriva de los artículos 702 y 692 del Código Civil en los que se recoge el concepto de culpa contractual con sus consecuencias legales (Ver en el particular mi estudio sobre "La Acción Resolutoria y la Excepción de Contrato no Cumplido en la Legislación Costarricense", publicado en el N° 7 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, pág. 18, Presupuestos de la Resolución: a) Culpa en el Incumplimiento). Importa asimismo dejar señalada la irrelevancia de la muerte o incapacidad sobrevenidas del proponente, como motivos de claudicación de la oferta cuando, en virtud de plazo en la misma, reviste carácter obligatorio, y dejar sentado que no siendo vinculante la proposición sin término en el sistema tradicional, en razón de la facultad de revocarla por el oferente mientras no haya sobrevenido la aceptación, es de evidencia que el retiro o retractación no envuelve responsabilidad por tratarse del ejercicio de una facultad, como así resulta del artículo 1010 de nuestro Código Civil, contrariamente a la situación que se da en el orden mercantil con arreglo al nuevo Código de Comercio, como habré de puntualizar.



Se ha hecho referencia, a propósito de la fuerza vinculante de la oferta, a la circunstancia de que en el sistema tradicional, no obliga la proposición no aceptada cuando no contiene plazo, conforme quedó explicado, con facultad por lo mismo el oferente de revocarla sin responsabilidad, por tratarse del ejercicio de un derecho. Es la situación que deriva del citado artículo 1010 de nuestro Código Civil al disponer que **“El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte”**, aludiendo, lógico es admitirlo, a la propuesta sin plazo, ya que de mediar éste, es obligado respetarlo. Se habla, pues, en este último supuesto, de la revocabilidad de la oferta o facultad de retiro de la proposición, como pregona el repetido texto legal, mientras no haya sido aceptada por la otra parte; mas, en puro rigor y en tesis de principio, lo indicado es decir mientras el contrato no haya sido concluído, habida cuenta de los diversos sistemas conocidos sobre perfección del contrato, pues si bien en el de la **“emisión o declaración”** que sigue nuestro Código al disponer por el artículo 1009 que **“Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato”** y en el que coinciden la aceptación con la conclusión al producirse el acuerdo o consentimiento, distinto es el momento de su perfección en los otros sistemas, como resultan ser, en el de la **“expedición”** aquel en que el aceptante remite o se desprende de su declaración de voluntad, en el de la **“recepción”** al recibir o llegar a poder del oferente dicha declaración del aceptante, y en el de la **“cognición”** cuando el proponente adquiere conocimiento de la declaración del aceptante o, más propiamente, cuando puede procurarse tal conocimiento por estar en la esfera de su poder hacerlo, sin dejar de señalar respecto a este último sistema, como lo reconocen la doctrina y algunas legislaciones, la presunción de conocimiento que entraña el hecho de la recepción, a intento de no dejar al arbitrio o al capricho del oferente la perfección del contrato, con no desplegar la actividad necesaria para procurarse un conocimiento de la aceptación que bien pudo tomar con mediana diligencia.

## 7. EL PLAZO IMPLICITO EN LA OFERTA DE CONTRATO

La admisión de un plazo tácito o implícito en toda oferta contractual que no contenga uno expresamente fijado por el proponente, constituye tesis que la moderna doctrina en la materia

recoge, y en cuyo abono concurren razones de seguridad jurídica, de la confianza e interés que en los terceros de buena fe suscita una declaración seria de voluntad como debe ser una propuesta u oferta en firme, que predetermina los llamados intereses del tráfico y que el orden jurídico tutela, dando incluso relevancia a la esencialidad misma de la declaración de voluntad que la policitación entraña, en ejercicio de la autonomía. La razón de esta nueva tendencia es obvia: se trata de proteger intereses, en el ámbito de los negocios, merecedores de ello por el ordenamiento jurídico, y de asignar el valor que corresponde a una declaración de voluntad que para ser conceptuada como **“oferta”** verdadera, propiamente dicha, debe reunir los requisitos que ya se indicaron, de darse en forma seria que acuse una intención o propósito decidido de obligarse, contentiva de los elementos esenciales del contrato a que se dirige para que, con la sola aceptación del destinatario, dicho contrato quede concluído. La tesis contraria, de revocabilidad permanente de la oferta, que podría hacerse extensiva a la aceptación como declaración también de voluntad de la otra parte en tanto el contrato no se haya concluído en los supuestos distintos al sistema de la emisión, equivaldría a consagrar, como con razón se ha dicho, el arrepentimiento en los contratos, y a que concretamente el oferente pueda desistir de modo impune de su propuesta, lo que es inadmisibles en buenos principios. Escribe Castán (Op. cit., pág. 435): **“La doctrina moderna, encarnada ya en el Código civil alemán y por influencia del mismo en algunos otros y varios sudamericanos, estima que la simple declaración de la voluntad de una persona produce para ésta un cierto vínculo obligatorio, en cuanto no puede ser revocada sino después de un cierto plazo, expreso o tácito. Toda oferta contiene —añade—, como dicen Colin y Capitant, un plazo implícito, a saber: el tiempo normalmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta”**, y citando a DE BUEN, el mismo tratadista agrega: **“Nuestro Derecho parece estar inspirado en el sistema tradicional. No obstante, sostiene De Buen que, aún cuando no cabe duda que en el Derecho español el que hace una oferta puede retirarla mientras no sea aceptada, la regla general no es incompatible con el hecho de que, expresa o tácitamente, el que hace la propuesta se comprometa a mantenerla durante un cierto plazo, y quizá fuera legítimo deducir que el mero hecho de hacer una propuesta implica la voluntad de mantenerla**



el tiempo necesario, dadas las circunstancias, para que la persona a quien va dirigida manifieste su aceptación”, e invocando de igual modo el mismo autor, Códigos en los que se dispone que la oferta hecha a persona ausente sin fijación de plazo, obliga a quien la formuló a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla en circunstancias normales, reproduce asimismo las fundadas consideraciones del profesor Alberto Blanco para quien “Toda oferta lleva consigo la concesión de un plazo para la aceptación, y la opinión general es la de entender que ese plazo dentro del cual debe producirse la aceptación, implícito en la oferta, debe ser lógico, corriente, normal, quizá acostumbrado en el lugar donde el contrato se verifique, adecuado, en fin, a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su importancia, por su complejidad o sencillez, por su valor económico, por una serie de circunstancias que solo dado el caso práctico pudieran determinarse, quedando a la libre apreciación de los tribunales para decidir, con vista de esas circunstancias, si la aceptación se produjo dentro del plazo en que debía producirse y si el oferente, por tanto, está obligado a mantener su oferta una vez que la aceptación la ha convertido, coincidiendo ambas, en el consentimiento contractual”.

Las atendibles razones apuntadas, que dan plena justificación a la existencia de un plazo en toda oferta, con la admisión del tácito o implícito en defecto del expreso señalado por el proponente, ha llevado sin duda a incorporar en algunas legislaciones modernas, en sustitución del aludido término implícito o sobreentendido y quizá por las dificultades que su determinación encierra, “plazos legales”, en circunstancias que permiten concluir que toda oferta de contrato en firme contiene un plazo, bien el expresamente establecido por el proponente, o en su defecto el señalado por la ley, cual ocurre en nuestra nueva legislación mercantil según se verá al examinar, como paso a hacerlo, los aspectos básicos de los presentes comentarios, a través de las regulaciones vigentes de nuestros Códigos Civil y de Comercio.

## 8. LA OFERTA CONTRACTUAL EN EL DERECHO PATRIO

Nuestro Código Civil de 1888 que sigue, como denota la época de su promulgación, la doctrina tradicional de libertad para proponer y retirar lo propuesto mientras no haya aceptación, con-

sagra en el ya citado artículo 1010 el principio de revocabilidad de la propuesta, al establecer que “El que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte”, si bien añade que “el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición, la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada”.

No cabe duda que la disposición transcrita se refiere a la contratación entre ausentes, es decir, no reunidas las partes, que de serlo entre presentes y como es sabido, la aceptación ha de seguir inmediatamente a la oferta, dada la nota de coetaneidad en el conocimiento de las respectivas declaraciones de voluntad de las partes, de no mediar plazo, el que sería dable por fijación del proponente y que la haría vinculativa. El texto alude, pues, a la negociación entre ausentes, desde luego sin plazo establecido por el proponente, ya que de haberlo no podría retirar la oferta en virtud de la obligación así asumida de mantenerla durante la vigencia del mismo y que importaría renuncia implícita al derecho de retractación, configurándose el contrato si dentro de dicho término sobreviene la aceptación congruente o totalmente conforme con la policitud, siendo de agregar que si transcurre el plazo sin la adhesión del policitado, opera la caducidad de la oferta y huelga decir de su retiro, por ineficaz e intrascendente toda aceptación tardía o extemporánea.

Se advierte de lo expuesto que nuestro Código Civil adopta la tesis tradicional sobre revocabilidad de la oferta, sin plazo, mientras no haya aceptación, sea la de libertad de proponer y retirar lo propuesto, con la característica, propia del sistema, de la exigencia de una voluntad perdurante del oferente en tanto no se produzca la aceptación, desde que con sujeción al número 1014 del mismo Cuerpo legal y a sensu contrario, la muerte o incapacidad del sujeto proponente dejan inoperante o caduca la oferta si de tales hechos tuvo conocimiento el destinatario al tiempo de la aceptación. Se nota de ambas disposiciones legales —artículos 1010 y 1014 citados— la particularidad, que no se aviene con el verdadero fundamento del sistema de que, según el primero, no obstante haber sido retirada la proposición antes de la aceptación pura sin que de ello tuviera noticia la persona a quien se hizo, y de que, con arreglo al segundo, hubiere fallecido el proponente o se hubiere vuelto incapaz antes de la aceptación sin que el aceptante fuere sabedor de esos hechos, el contrato es tenido por exis-



tente y válido, lo que entraña que en esos supuestos de excepción, el nacimiento de la entidad contractual se hace depender en rigor —no obstante la claudicación de la oferta por su retiro o por la muerte o incapacidad sobrevinidas del sujeto proponente antes de la aceptación—, de la ignorancia de tales motivos por el aceptante, sea de su falta de conocimiento de los mismos, lo que equivale a tener por concluido un contrato sin el acuerdo o consentimiento, dado que al momento de la declaración de voluntad del peticitado, faltaba ya la correlativa declaración de voluntad del peticitante contenida en la oferta, al haber sido ésta retirada con anterioridad o al haber devenido claudicante por la muerte o incapacidad igualmente anteriores, todo lo cual hace pensar en situaciones realmente antijurídicas, permitidas, eso no obstante, por nuestra ordenación civil, lo que no es imperfección privativa de la misma, sino, a mi juicio, defecto del sistema acogido.

Tocante a la conclusión o formación del contrato, nuestro Código Civil como tengo referido, sigue el sistema de la “emisión”, sea el momento en que la aceptación se declara, con el artículo 1009 que preceptúa: “Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo los casos en que la ley exija alguna otra formalidad”, aludiendo con esto último a la categoría de los contratos solemnes como doctrina de excepción, sea a los que para su perfección precisan, además y como requisito esencial, la solemnidad prescrita por la ley sin cuya estricta observancia no hay contrato, siendo de advertir la prevalencia del consensualismo en el Derecho contractual moderno, que equivale a suficiencia del consentimiento para la perfección del contrato, como ámbito, el más apropiado, para apreciar los movimientos de la voluntad en la producción de efectos jurídicos. Nuestro Código de Comercio vigente, cabe anticipar, se adhiere a distinto sistema en lo que dice a la conclusión del contrato, como se verá con el examen de los textos pertinentes a la oferta en la compraventa mercantil.

Al viejo problema que en nuestro Derecho plantea la existencia de dos disposiciones en el Código Civil que notoriamente se contradicen, como con fundada razón apunta Brenes Córdoba en su “Tratado de Obligaciones y Contratos”, pág. 327 al decir de una antinomia entre las mismas sin posible conciliación, sean la del artículo 1010 que conforme se ha visto faculta a quien hace una proposición para retirarla mientras no haya sido aceptada, y la del 1013 que obliga al proponente a mantenerla en los tér-

minos que fija el artículo 1012, debe darse una solución que, a mi entender, no puede ser otra que la formal derogación de uno de los textos, dejando subsistente el que se estime más adecuado y conforme con la buena doctrina, lo que equivale a centrar el problema en la elección del sistema a seguir. Propone en el particular el repetido autor Brenes Córdoba (Op. cit., misma pág.) que: “En vista del conflicto en que aparecen los indicados preceptos legales, conviene atenerse a la regla del 1010, que es la correcta por estar en armonía con la buena doctrina, y desechar la del 1013, que se halla en condiciones opuestas”. La cuestión, sin embargo, es sumamente opinable, dirigida a calificar entre los sistemas en pugna, el que se avenga a la mejor doctrina para decidirse por uno, desechando el otro. Es oportuno consignar la circunstancia, que hace más delicado el problema, de que no obstante la general tendencia sobre admisión en el Derecho moderno de la fuerza vinculadora de las declaraciones unilaterales de voluntad, Códigos tan avanzados como el Civil italiano vigente de 1942, en punto a la propuesta de contrato mantienen el criterio tradicional de revocabilidad de la misma en el evento de no mediar plazo, sea de la no obligatoriedad de la oferta sin término. Así se advierte del artículo 1328 del indicado Cuerpo legal, al disponer que “La propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluido”, señalando como momento de la perfección y con lo que sigue el sistema de la “cognición” conforme el número 1326, aquel “en que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte”, si bien sienta una presunción de conocimiento a tenor del artículo 1335 al reputar conocidas las declaraciones dirigidas a determinada persona en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, todo lo cual denota que en la legislación italiana con arreglo a los citados textos, la propuesta sin plazo puede revocarse por el oferente desde que se declare hasta que la aceptación de la misma por el destinatario sea conocida por aquel, o más propiamente, hasta que llegue a su dirección. Admite, sin embargo, el aludido Código italiano, la irrevocabilidad de la propuesta dirigida a concluir un contrato del que deriven obligaciones solamente para el proponente apenas llegue a conocimiento de la parte a la que está destinada, e incluso que el contrato quede concluido si el destinatario no rechaza la propuesta dentro del término requerido por la naturaleza del negocio o por los usos (artículo 1333), e igualmente se acepta en dicho ordenamiento la



eficacia de los "actos unilaterales" a los que son aplicables las normas que regulan los contratos en cuanto fueren compatibles, desde el momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que van destinados (artículos 1334 y 1324).

Puede apreciarse, con lo anterior, la diversidad de supuestos contemplados en la legislación italiana en los que, no obstante la revocabilidad de la propuesta u oferta sin plazo, se reconoce la eficacia de declaraciones unilaterales de voluntad, sin decir de otras figuras que separadamente se disciplinan en el Código como verdaderos negocios jurídicos unilaterales, entre ellos la estipulación a favor de un tercero quien adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación, la promesa al público dirigida al cumplimiento de una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o lleve a cabo una determinada acción, por la que queda vinculado el promitente tan pronto la promesa se hace pública, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, así como los títulos de crédito como categoría de promesas unilaterales de prestación, derivando la promesa de pago en ellos contenida de una declaración unilateral de voluntad con carácter irrevocable como incorporada al documento literal y autónomo.

Se confirma, como tengo dicho, la gravedad del problema de decidir sobre el sistema que se ajuste a la mejor doctrina, entre los dos mencionados de revocabilidad de la oferta sin plazo y de la irrevocabilidad u obligatoriedad de la misma. Entran en juego, a no dudarlo, diversidad de factores en la determinación de la "mejor doctrina". Si por ésta debe entenderse, con racional criterio, la que traduzca o refleje las necesidades e intereses de las relaciones de convivencia, desde que el Derecho objetivo es ordenación de la conducta humana, resulta lógico y natural que los requerimientos de la vida negocial en cuanto importan necesidades económico-sociales, deben ser especialmente considerados por el ordenamiento jurídico para asignarles, mediante un fenómeno de recepción, significado jurídico. La mejor doctrina, en tal sentido, no será otra que la que tomando en cuenta las realidades de la vida de relación, ampare los intereses a ellas relativos, y con arreglo a tal criterio y apreciando la estructura que reviste y la función que desempeña una "oferta contractual", cabe decidirse por su obligatoriedad, aunque en la misma no intervenga un plazo fijado por el proponente. Ya el mismo Brenes Córdoba en párrafo transcrito en estos comentarios, de su obra de Contratos, ha preci-

sado la característica de la verdadera "oferta" de contrato, diferenciándola de la simple oferta u ofrecimiento, como "un compromiso de carácter definitivo condicionado tan solo por la necesidad de la aceptación para tener por formado el nexo de derecho". En este concepto se encierra lo que es esencial en una oferta en firme, como declaración seria de voluntad del oferente dirigida a la otra parte para celebrar con ella un contrato, que reúna los requisitos indispensables de éste para que, con la sola aceptación pura y simple del destinatario, quede concluido, que acuse una intención de obligarse, una decisión o resolución firme con carácter dispositivo y no de mera enunciación de un propósito para llevar a cabo un negocio, sea en definitiva, un acto de autonomía privada con su reconocimiento por el orden jurídico. No tan solo por el lado de la expresión de voluntad como ejercicio de la autonomía o poder creador de relaciones jurídicas en función o actividad normativa reconocida al particular por el ordenamiento, debe reconocerse la fuerza vinculativa de la oferta de contrato, si que también en el aspecto trascendente de la manifestación de voluntad con relación a terceros destinatarios de la misma en cuanto en ellos se suscita la confianza y el interés como factores que el Derecho moderno toma en consideración especial para protegerlos, en mérito a las exigencias de la seguridad jurídica, de los llamados "intereses del tráfico" que tanta relevancia han adquirido en el terreno del Derecho Mercantil. Tales razones abonan la tesis de obligatoriedad de la propuesta sin plazo fijado por el oferente, que son las mismas ya aducidas en este trabajo en pro de la admisión de un plazo implícito en toda oferta contractual, plazo tácito que no es otro, cabe reiterar, que el tiempo normalmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta o, lo que es lo mismo, el lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su importancia, su complejidad o sencillez, por su valor económico y una serie de circunstancias que derivarían del caso práctico en concreto para dejarlo a la prudente apreciación de los tribunales. Porque lo contrario, procede igualmente repetir, la revocabilidad de la oferta, no obstante la naturaleza de ésta que deriva de las apuntadas circunstancias, significa, cosa inadmisibles desde el punto de vista de la mejor doctrina y como ya indiqué con el respaldo de autorizadas opiniones de reputados escritores, dejar al arbitrio o al capricho del oferente la perfección del contrato, consagrando el arrepentimiento impune



en la formación del mismo. Si las razones expuestas justifican la admisión de un plazo implícito en la oferta, deben igualmente valer para que, acogiendo la tesis como más conforme con la mejor doctrina, se incorporen en los ordenamientos jurídicos y en sustitución del "tácito" por las dificultades que su determinación ofrece, "términos legales" o expresamente señalados por la Ley, en defecto de fijación por el oferente, durante los cuales sea obligatorio el mantenimiento de la propuesta, como así se ha establecido, en virtud de acertada innovación a mi juicio, en nuestra legislación mercantil, con arreglo al nuevo Código de Comercio, según paso a examinar.

Se contiene en el vigente Código Mercantil de 1964, una disciplina sobre la "oferta" y la "aceptación" de contrato conforme los artículos 442, 443 y 444 que, respecto a la primera —sea a la proposición—, guarda armonía con la moderna tendencia de asignar carácter vinculativo a la declaración unilateral de voluntad, como lo denota el segundo de esos textos relativo a la contratación entre ausentes a tenor del cual resulta obligatoria toda oferta con la determinación que se practica de plazos legales para la misma, en ausencia de fijación por el proponente. Acusa, sin embargo, dicha disciplina, como ya advertí al inicio de este estudio, la deficiencia de aparecer con ocasión de la compraventa, siendo así que los principios que informan la oferta como declaración de voluntad contractual, tanto como la aceptación con igual carácter, deben tener su emplazamiento en las normas generales de la contratación, por constituir partes integrantes de las diversas figuras o tipos contractuales.

Las dos conocidas modalidades "entre presentes" y "entre ausentes" de la oferta y la aceptación en el proceso generador del contrato, por razón de los factores de lugar y tiempo, se hallan expresamente contempladas en el citado ordenamiento legal con arreglo a las aludidas disposiciones que se conexionan con el aspecto de la determinación del momento en que el contrato, por la nota de conformidad entre una y otra que produce el resultado jurídico del consentimiento, debe tenerse por concluído. Así se observa que el artículo 442 se contrae a la negociación entre presentes, al consignar que "cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono" y añadir que "el contrato de compraventa que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio y demás circunstancias de la negociación". Es oportuno señalar

aquí lo que en el particular se concreta a establecer el Código Civil por el artículo 1011, para extraer, de un examen comparativo de ambos textos, los elementos que permitan establecer una posición conforme con la moderna dirección técnico-jurídica de la materia. Sienta este último precepto del Código Civil, que "si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que ellas acordaren otra cosa", con lo que considera que las partes están reunidas y que las respectivas declaraciones de voluntad son de inmediato conocimiento por ellas, sea de la oferta por el destinatario y de la aceptación por el oferente, lo que resulta adecuado y lógico, equivalente a que la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta, en el supuesto, claro es, de que la propuesta, aun dándose entre presentes, no contenga plazo ya que de existir éste la haría vinculativa a los fines de mantenerla durante su vigencia, y a lo cual alude el precitado artículo con la expresión final de "salvo que ellas (las partes) acordaren otra cosa". La regla transcrita del Código Civil respecto a la negociación entre presentes, de que "la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta" y que equivale, como tengo dicho, a que la primera debe seguir inmediatamente a la segunda dadas las circunstancias en que son emitidas las correspondientes declaraciones de voluntad y que resulta fundada, no figura en el Código Mercantil según el aludido artículo 442 que se refiere a la negociación entre presentes y cuyo reconocimiento expreso habría sido conveniente para eliminar dudas sobre el carácter vinculativo o no de la propuesta en tales circunstancias, ante la posibilidad de invocar los motivos por los cuales es defendida la tesis del plazo implícito en toda oferta, de que he hecho reseña. Al emplear el artículo 442 de referencia, la expresión cuando las partes traten "de viva voz" debe entenderse que alude a la negociación entre presentes pues cabe de ello inferir lo que es fundamental en esa modalidad del negocio, sea que las partes estén en comunicación directa, no necesariamente reunidas en un mismo lugar, pues lo importante es que sus manifestaciones o declaraciones de voluntad sean por ellas conocidas de inmediato, lo cual se confirma con la circunstancia de que ese mismo artículo considere, con acertado criterio a mi juicio y dando solución a un discutido problema, como realizado entre presentes el negocio llevado a cabo por medio del teléfono, al decir que las partes que "traten de viva voz", ya sea reunidas o por teléfono, situaciones éstas en las que el conocimiento



de las declaraciones de voluntad, resulta inmediato como es obvio, cual ocurre con la comunicación telefónica, que es rápida y de audición instantánea. No se contiene en cambio, en el Código Civil una declaración legal análoga, cuya conveniencia es innegable para resolver, como he referido, una cuestión que ha motivado diversidad de opiniones en cuanto a conceptuar el contrato celebrado, entre presentes o entre ausentes, y deducir de ello las reglas de Derecho aplicables respecto al tiempo y lugar en que debe tenerse por realizada la perfección de aquel.

Especial consideración merece el contenido del artículo 443 del Código Mercantil que se contrae, al decir de la negociación “**por correspondencia**”, a la que se verifica entre ausentes, sea cuando las partes no están reunidas o, más propiamente, cuando no están en directa comunicación sin que por lo mismo sus declaraciones de voluntad sean de inmediato conocimiento por ellas, así la oferta como la aceptación. Aspecto fundamental de esa disposición y que interesa poner de relieve, es el del carácter obligatorio o fuerza vinculante que por ella se atribuye a toda oferta contractual entre ausentes, ya por razón del plazo fijado por el proponente o en su defecto del expresamente establecido por la norma. Se dispone, en efecto, por el inciso a) del artículo en comentario, que “Si el proponente fija un término de espera, estará **obligado** a mantener su oferta hasta ese día”, y con sujeción al inciso b) que “Si no fija fecha de espera, estará **obligado** a mantener su oferta cinco días si se trata de la misma plaza, diez días de otra plaza dentro del territorio nacional, y si es en el exterior un mes”, términos que se contarán —añade— desde el día en que el proponente deposite la oferta en las oficinas de correos. De lo anterior se colige que en nuestro régimen jurídico mercantil, toda oferta de contrato, entre ausentes, es obligatoria, reviste carácter vinculante.

En conexión con el texto anterior, el artículo 444 del mismo Cuerpo legal determina el momento de la conclusión del contrato entre ausentes, al preceptuar: “El contrato quedará perfecto desde el momento en que, dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente **reciba** comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente”. Sigue con ello nuestra legislación mercantil, como se advierte, respecto a la perfección del contrato entre ausentes, el sistema de la “recepción”, sea del hecho o circunstancia de llegar a poder del oferente la declaración de aceptación, con lo que difiere de la civil, que tiene por concluido el

contrato, adoptando el sistema de la “emisión o manifestación”, cuando la aceptación se declara, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1009 del Código Civil: “Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato”. Atendida esa dualidad de sistema, es mi parecer que el seguido en lo civil, desde el punto de vista jurídico y en puro rigor, es el que se ajusta a los buenos principios, sobre la base de considerar el consentimiento que es la esencia del contrato, el acuerdo de partes que representa y que se produce, como es de evidencia, en el momento mismo en que tiene lugar la coincidencia de las declaraciones de voluntad de las partes, siendo innegable tal conformidad cuando sobreviene una aceptación pura y simple, una declaración de voluntad del aceptante congruente con los términos de la propuesta. No deben tener por lo tanto, significación o relevancia hechos o circunstancias posteriores al momento en que mediante la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes se da el resultado jurídico del acuerdo o consentimiento, pues como atinadamente escribe Sánchez Román (Op. cit., pág. 244): “A esa fuerza originaria y fundamental del contrato que representa el acuerdo de voluntades o consentimiento desde el momento en que la aceptación se conforma con la proposición, nada realmente añade el conocimiento que de la aceptación haya de tener el proponente tiempo después de prestada, ya que la aceptación por sí sola contiene la idea de una intervención, de un dominio, de un apoderamiento por el aceptante, dentro de los términos de la proposición, de la voluntad del proponente, y de otro modo la aceptación no produciría resultado alguno, pues la causa única que puede producir el vínculo es la voluntad del aceptante, y no, ni nunca, por suerte alguna de razón, cabe que sea el mero conocimiento que de la aceptación tenga el proponente, ya que lo contrario equivale a consagrar como buena la teoría del arrepentimiento en los contratos, lo cual es absurdo, y en buenos principios de justicia, sobre todo en materia de contratación, nadie puede ir contra sus propios hechos”.

No se ofrecen suficientemente claros, antes bien, denotan contradicción, los términos del artículo 444 del Código de Comercio en cuanto se alude a la **aceptación modificativa**, sea a aquella declaración de voluntad del aceptante que al no darse pura y simplemente para que se concluya el contrato, contuviere modificaciones o condiciones como reza el texto, supuesto en que se la considera como una contrapropuesta o nueva oferta. El contrato,



consigna la disposición legal, “no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no **acepte** los cambios y así lo haga saber”, lo que indica, a contrario, que no es la aceptación por el primitivo oferente de la contrapropuesta lo que perfecciona el contrato, por más que dicha aceptación sea pura y simple, sino cuando así lo haga saber, con lo que se contrae al conocimiento por el destinatario inicial convertido en proponente en razón de la aceptación modificativa, de la conformidad con ésta del proponente original —sistema de la cognición— y añade el texto para hacer mayormente compleja la cuestión, que “esa contestación de su parte” —se refiere a la del proponente original que aceptó la contraoferta— producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a **poder** del posible comprador” —sistema de la recepción—. Todo lo cual acusa falta de unidad en la regulación dispuesta y que lleva a admitir, como más aconsejable, el sistema de la “emisión o manifestación”, con el cual quedaría resuelta llanamente, sin la complicada y contradictoria fórmula que utiliza el Código, la situación que se presenta con la aceptación modificativa reputada como contrapropuesta, teniendo por concluido el contrato en el momento en que el oferente original declare aceptarla pura y simplemente.

## 9. LAS PROMESAS. LOS CONTRATOS PRELIMINARES Y EL PRECONTRATO

Un concepto de la “promesa” que aspire a traducir su naturaleza y su concreta significación jurídica, en términos de diferenciarla netamente de otros fenómenos y entidades que se desenvuelven en el plano de la voluntad, es difícil lograrlo, pues ni en los Códigos se encuentra una regulación unitaria de la misma, ni los expositores que he podido consultar suministran de ella una definición que permita caracterizarla con diafanidad. En los ordenamientos legales —como sucede en nuestros Códigos Civil y Mercantil— se hace mención de las “promesas” aisladamente y con ocasión de algunos contratos, principalmente del de compraventa, y en el campo doctrinal se alude igualmente a las “promesas” al ser considerada la estructura de ciertas entidades jurídicas con las cuales se identifican. Así se advierte que en la moderna “Doctrina del Negocio Jurídico” y particularmente en la categoría de los negocios jurídicos unilaterales como declaraciones de voluntad con sustantividad propia, son configurados algunos como verdade-

ras “promesas”; que en el terreno del Derecho Mercantil y con referencia a los títulos de crédito, las manifestaciones de voluntad en ellos contenidas son consideradas como “promesas de pago” como ocurre con el “Pagaré” que según nuestro Código de la materia es una “promesa incondicional de pago de una cierta cantidad de dinero” (artículo 799); que aun fuera de las relaciones jurídicas patrimoniales, en las de tipo puramente familiar se dice igualmente de las “promesas” como es ejemplo la “promesa recíproca de matrimonio” o esponsales; que incluso, tratándose de la ‘oferta de contrato”, puede decirse de ella como “promesa unilateral no aceptada”, y que se llega, en suma, para no citar otros casos, a admitir en el ámbito de las promesas, las de “vínculo unilateral aceptada” y las de “vínculo bilateral o sinalagmáticas”, dándose en las últimas, como declaraciones recíprocas de voluntad obligatorias, un marcado aspecto contractual que permite conceptualizarlas como “precontratos”.

Se confirma, con lo anterior, la dificultad de obtener un concepto genérico de la “promesa”, con elementos y características propias que la determinen como una categoría de declaraciones de voluntad, sin que pueda estimarse que toda manifestación de voluntad que se dirija a producir efectos jurídicos, constituya una “promesa”. Lo que de seguro puede afirmarse es que las “promesas” son declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, dirigidas a la producción de efectos de Derecho, y lo cierto también que, como tengo referido, resultan admitidas tanto en la Doctrina como en los ordenamientos jurídicos positivos, por lo que, con finalidad práctica, es lo indicado examinar tales supuestos para una posible delimitación de esas figuras.

Apreciada la “promesa” con relación a los negocios jurídicos unilaterales, es dable aceptar que algunos de éstos, como declaraciones unilaterales de voluntad con sustantividad propia y fuente de obligaciones, constituyen verdaderas “promesas”, entre otras, la llamada “promesa pública de recompensa”, las “promesas de pago” contenidas en ciertos títulos-valores principalmente en los al portador, en los cuales el emitente contrae una obligación por su sola manifestación de voluntad, conforme la teoría de la creación. Se trata, en consecuencia, de promesas unilaterales con virtualidad de causa o fuente de obligaciones, sin que precise el concurso de otra voluntad.

Distinta es la situación que se presenta respecto a la “oferta de contrato” ya estudiada, como declaración de voluntad de una



de las partes dirigida a la otra para celebrar con ella un contrato. Si esa oferta o propuesta, al revestir carácter vinculante por haber fijado un plazo el proponente o por mediar uno legal, lo que entraña que por sí sola obliga, ¿sería dable conceptuarla como una "promesa" en cuanto declaración de naturaleza recepticia? Indudablemente se trata de un ofrecimiento serio, vinculativo, para celebrar un contrato y, en tal sentido, de "una promesa", mas por requerir la aceptación del destinatario ya que es una parte integrante del contrato, para que éste se perfeccione, no sería impropia su calificación de "**promesa no aceptada**".

Diversamente de la oferta de contrato tenida como "**promesa no aceptada**" y por ello antecedente de aquel, puede darse una "**promesa de contrato aceptada**" sin constituir de momento el contrato principal a que se dirige, aunque revista carácter contractual o más bien precontractual, como sucede con la "**opción**", que es una "promesa de vínculo unilateral aceptada", cuya naturaleza examinaré por aparte.

Finalmente puede concebirse la "**promesa de vínculo bilateral recíprocamente aceptada**", en la que se dan declaraciones mutuas de voluntad de carácter vinculativo para ambas partes, que si bien participa de la nota contractual por la coincidencia de voluntades, no es propiamente el contrato principal a que la misma se encamina y que los promitentes desean celebrar, manteniendo por lo tanto su carácter preparatorio que autoriza para considerarla como un convenio preliminar o precontrato.

Se infiere de lo expuesto la posible existencia de diversas especies o variedades de la "promesa", siendo elemento diferenciador el modo como la voluntad del destinatario de la misma se produce. Esto puede verse con mayor claridad con referencia a un determinado contrato, por ejemplo al de compraventa, y apreciar respecto al mismo las figuras preparatorias de la "**oferta de venta**", la "**promesa unilateral de venta aceptada**" y la "**promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada**", sin que ninguna de ellas, desde luego, constituya el verdadero contrato que se proyecta. La primera, oferta o propuesta, es una "promesa unilateral de vender no aceptada": en ella la declaración de voluntad del promitente u oferente, es simplemente conocida por el destinatario quien no ha expresado su voluntad en orden a su aceptación, ya que de hacerlo y en forma congruente con la misma, daría lugar a la conclusión o nacimiento de la entidad contractual, conforme ya

se vio al examinar la oferta o propuesta como declaración unilateral, antecedente o parte integrante del contrato. La aceptación de la oferta, surte por lo tanto el efecto de configurar el contrato, al producirse, mediante la concurrencia de voluntades, el acuerdo o consentimiento, siendo de consiguiente la oferta por sí sola una "**promesa de vender no aceptada**", si bien conocida por el destinatario, sin que, huelga decirlo, tal conocimiento importe aceptación. En cambio, en la "**promesa unilateral de venta aceptada**", que es el caso de la "**opción de venta**", no puede afirmarse lo propio, que sea simplemente conocida por el destinatario, ya que de parte de éste existe también una expresión de voluntad en orden a aceptar dicha promesa, no para que se configure con ella el contrato principal que se proyecta, sino para que se produzcan los efectos propios de la promesa que serían, entre otros, la adquisición del derecho o facultad por el optante de decidir posteriormente sobre la conclusión del contrato definitivo a que se contrae la promesa, y para que ésta obligue al promitente. Tal aceptación por el destinatario, como declaración de voluntad, deviene como una adhesión o conformidad con la promesa, y no como una aceptación de naturaleza que permita afirmar que haya consentido en realizar el contrato principal de compraventa, es decir, de adquirir por un precio el dominio del bien a que se refiere la promesa. Habrá en tal supuesto un contrato preparatorio o precontrato, pero no un verdadero contrato de compraventa.

De igual modo cabe observar respecto a la última variedad de promesa señalada, la "**bilateral recíprocamente aceptada**" con relación a una compraventa, que por sí sola entraña un compromiso mutuo de celebrar un futuro contrato de compraventa que de momento los promitentes no quieren o no pueden verificar, vinculándose de esa suerte para la ulterior conclusión del contrato definitivo, y al darse en ella la nota de una conformidad de voluntades o acuerdo, que no es el consentimiento de dicho contrato principal, deviene, tal coincidencia de declaraciones de voluntad en la promesa recíproca, que importa aceptación por ambos promitentes, como un convenio preliminar o precontrato.

Las dos especies de promesas últimamente reseñadas, sean la "**unilateral aceptada**" y la "**bilateral recíprocamente aceptada**", son las que realmente integran la categoría de los llamados contratos preparatorios, previos o preliminares o, con técnica moderna, "**precontratos**". Es oportuno añadir, que dichas promesas, como



figuras prenegociales, al igual que la oferta o propuesta de contrato, no se circunscriben a la compraventa como con error estiman algunos, ello debido a la mayor frecuencia de ese tipo contractual en el ámbito de los negocios y lógicamente de la más acentuada intensidad de aquellas, equivocación en que incide nuestro Código de Comercio como ya señalé, al disciplinar la oferta contractual en la compraventa mercantil, pues bien pueden darse promesas respecto a otros tipos contractuales, como el arrendamiento o locación, el préstamo, el depósito e incluso en el de sociedad, o dicho de modo más concreto, que las promesas “unilateral aceptada” y “bilateral recíprocamente aceptada” como contratos preparatorios, pueden serlo, en cuanto vinculantes, para la celebración de futuros “contratos unilaterales reales” y de “contratos bilaterales consensuales”. La doctrina moderna, en efecto, acepta la posibilidad y el valor de las “promesas recíprocas” referidas a futuros contratos unilaterales reales, por más que respecto a éstos precise para su conclusión como requisito de esencia, la tradición o entrega de las cosas objeto de los mismos, como tal es la naturaleza del préstamo en lo civil según nuestro régimen jurídico, siendo por tanto válida la “promesa” de efectuar un préstamo, y admite igualmente la eficacia de las promesas recíprocas o contratos preliminares de “contratos principales consensuales”, como el caso de la promesa recíproca de compraventa, planteándose, sin embargo, el discutido problema de su asimilación o identificación con el contrato principal a que se dirigen, atendida su consensualidad y concurrencia de idénticos elementos, como es prueba de ello la existencia de las dos conocidas tendencias, radicalmente divergentes: la francesa que las equipara por darse en ellas los mismos elementos del contrato principal, como se advierte de la promesa recíproca de compraventa en la que se contienen tales requisitos de sustancia —consentimiento, cosa y precio— propios de la compraventa verdadera, con la fórmula que propugna de que “prometo vender y prometo comprar” equivale a “compro y vendo”, y la italiana que, con mejor sustento, al considerar el elemento volitivo que es esencial, las separa o distingue por cuanto, como con fundada razón aduce, si bien que han querido las partes es celebrar un convenio preparatorio con una promesa recíproca, no es autorizado reputarla como el contrato definitivo, por más que en ambas figuras se den los mismos elementos esenciales, por respeto a la voluntad de los contrayentes que es en materia contractual, la suprema ley.

Las diversas variedades de “promesas” como figuras prenegociales, se ofrecen reconocidas en nuestros ordenamientos jurídicos, aunque no en forma sistemática como ya observé respecto a la oferta de contrato con arreglo a las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y Mercantil, y sí en cambio a virtud de preceptos aislados. Independientemente de la “oferta contractual” ya estudiada, puede verse dicho reconocimiento legal de las otras promesas, la “unilateral aceptada” y la “bilateral recíprocamente aceptada”, con motivo de la compraventa civil, de conformidad con los artículos 1054 y 1055 del Código Civil que disponen, por su orden: “Tanto en el caso de “promesa de venta” como en el de “promesa recíproca de compraventa”, la propiedad se transmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa”, y “La “promesa de venta” y “la recíproca de compra-venta” cuyo cumplimiento no se hubiere demandado dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca por el mismo hecho”.

Se contraen ambos textos de nuestro Código Civil, como se advierte, a la “promesa de venta” y a la “promesa recíproca de compraventa”, determinando que el efecto primordial de la compraventa —sea la transmisión del dominio de las cosas vendidas— no tiene lugar en el momento de las promesas sino en el de la conclusión del contrato principal a que las mismas se dirigen, sea de la verdadera “compraventa”. Con ello deja establecida la sustancial diferencia entre las promesas, principalmente entre la “recíproca de compraventa” y el futuro y verdadero contrato de “compraventa” a que la misma se dirige, lo que es de importancia por cuanto la primera, por envolver un acuerdo de partes respecto a cosa y precio al prometer una vender y la otra comprar quedando ambos promitentes obligados, sería dado a pensar que tal convenio, referido a los elementos reales del contrato —cosa y precio—, devendría en rigor como una venta perfecta con sujeción al artículo 1049 del mismo Código al preceptuar que “La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio”, lo que no es así por la apuntada circunstancia del no transferimiento del dominio señalado por la ley en las promesas, que lleva a la consecuencia lógica, de la falta de nacimiento en las mismas, de las obligaciones recíprocas propias del verdadero contrato de compraventa.

Mas, si no es dudoso que nuestra ley practica un deslinde, como queda visto, entre las promesas de venta —incluso la bila-



teral aceptada o recíproca de compraventa— y el contrato principal de compraventa, atendido el efecto transmisor del dominio que opera con el último, cabría pensar si al aludir a la “promesa de venta” lo hace con referencia tan solo a la “promesa unilateral de venta aceptada” que según las explicaciones dadas configura la “opción” que encierra un acuerdo entre el promitente o persona que la concede y la otra parte, el optante, que adquiere la facultad de decidir sobre la conclusión del contrato principal de compraventa, o si también comprende la “oferta o propuesta de venta”, por ser ésta en rigor una promesa, sobre todo cuando al darse entre ausentes, reviste carácter vinculante por razón de un término o plazo, bien fijado por el proponente o, en su defecto, por la ley. Entiendo que con la expresión “promesa de venta” utilizada por el comentado artículo 1054 del Código Civil, se comprenden tanto la “promesa unilateral aceptada” u “opción” con su específica configuración ya señalada, como la “oferta o proposición de venta” obligatoria que, con la aceptación del destinatario que entraña la correlativa declaración de voluntad, da lugar, mediante el resultado del acuerdo o consentimiento, a la perfección de la compraventa.

## 10. EL PRECONTRATO

Con el examen y comentarios precedentes acerca de las “Promesas” y su especial configuración jurídica, se ha perfilado el concepto del “Precontrato” como un convenio preliminar o preparatorio por el cual se asume la obligación de celebrar otro contrato, sea como declaración de que se quiere un contrato futuro. Por su característica de contrato previo es, al decir de CASTAN (Op. cit., pág. 24): “Una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitiva”.

La figura del “precontrato”, tan solo por su modalidad de ser preparatorio, difiere del contrato futuro que constituye su objeto o finalidad, porque se advierte, de su estructura que deriva de la definición transcrita y que responde a su verdadero concepto, que en rigor es un contrato, por darse en el mismo todos los elementos de éste, con el acuerdo de partes del que surge una obligación de hacer, consistente en la celebración del futuro contrato.

Son en efecto, señalados por la Doctrina como elementos del precontrato, los mismos requisitos de sustancia y forma exigidos para el contrato principal que por su medio las partes declaran querer, entre ellos y con el acuerdo que presupone la capacidad, el objeto con la prestación posible, lícita, determinada o determinable, y el plazo que igualmente es esencial en el mismo, supuesto que genera una obligación a término, ante la imposibilidad legal de asumir una obligación indefinidamente.

La utilidad del instituto jurídico de referencia, como contrato preliminar, es la misma que justifica la celebración y admisión de las promesas, por su carácter preparatorio, de modo prevalente la “bilateral o recíproca” en que las partes se vinculan para realizar un futuro contrato, el cual no concluyen de momento, ya por no desearlo o en razón de no poderlo hacer por falta de algún elemento o requisito que, aunque no esencial, resulte necesario conforme la voluntad de los interesados, para concertar definitivamente el contrato principal.

La posibilidad conceptual del precontrato no ofrece duda, dando lugar a su expreso reconocimiento, por la utilidad que presta, en algunas legislaciones modernas, como en la italiana vigente con arreglo al artículo 1351 del Código Civil al disponer: “El contrato preliminar será nulo si no se hiciere en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo”. No es aventurado decir de un reconocimiento virtual de la figura, en nuestro ordenamiento jurídico, atendida su naturaleza preparatoria, con la admisión en el mismo y por el precitado artículo 1054 del Código Civil, de las “promesas”, principalmente de la “recíproca de compraventa” que entraña un convenio preliminar, un acuerdo de carácter obligatorio o vinculante encaminado a la perfección de un contrato principal de compraventa, sea en rigor de un precontrato.

Ha sido cuestión debatida en la doctrina y la jurisprudencia extranjera que importa señalar, con referencia al contrato futuro que es objeto del precontrato, si para su definitiva conclusión precisa que las partes otorguen un nuevo consentimiento, punto que se conexiona con el aspecto de la ejecución forzosa por incumplimiento cuanto a la posibilidad, ante éste de que los tribunales puedan condenar a los efectos propios del contrato principal, a instancia de la parte no incumpliente del precontrato. En el particular, la construcción jurídica moderna que considera el precontrato como un “contrato base” en el que las partes han convenido de momento



en unas "bases contractuales" con cuyo ulterior y normal desarrollo quede concluido el contrato principal proyectado, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de las mismas, se ofrece de todo punto fundada, pues si el contrato preliminar o precontrato ha de contener los elementos esenciales del principal que constituye su objeto, no se advierte la razón de que las partes tengan que expresar nuevamente su voluntad para la perfección del futuro contrato, siendo suficiente a esta finalidad desenvolver aquellas bases precontractuales, por cuyo incumplimiento, deviene lógico y admisible que el Juez pueda condenar a los resultados del contrato principal proyectado. Por lo mismo, juzgo acertada con relación a las "promesas de compraventa" que con carácter obligatorio contemplan los mencionados artículos 1054 y 1055 de nuestro Código Civil, al ser en rigor precontratos, la regla que se contiene en el número 1066 del mismo Cuerpo de leyes que equivale a admitir que por la vía judicial pueda suministrarse, ante el incumplimiento de dichas promesas, el resultado que hubiera proporcionado el contrato principal a que las mismas se dirigen, y por la cual "En la venta y en la promesa obligatoria de venta, si el dueño de la cosa se negare a llevar adelante el contrato, o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor por que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y le haga entrega de la cosa".

Por lo demás, en el aspecto de la responsabilidad por el incumplimiento "voluntario e imputable", vale decir "culposo" de las promesas vinculantes, la que se produce respecto a la "oferta o propuesta de contrato", como ya se vio, ofrecería carácter extracontractual, en tanto que la motivada por las citadas promesas "unilateral" y "bilateral o recíproca" aceptadas, devendría de índole contractual, por no ser el precontrato otra cosa que "un contrato que tiene por objeto la celebración de un futuro contrato". Este punto de vista de responsabilidad lo admite nuestro tratadista Brenes Córdoba (Op. cit., pág. 370) con referencia a la "promesa de venta" al decir que "Si el dueño, violando la promesa, traspasara la propiedad a un tercero, el estipulante tendrá acción personal contra el prometiente para exigirle en ese caso el pago de daños y perjuicios", y así resulta aceptado por la jurisprudencia extranjera, conforme se indica en estos comentarios en la sección: "Legislación Comparada, Jurisprudencia nacional y extranjera sobre el valor jurídico de los Actos Prenegociales".

## 11. EL CONTRATO DE "OPCION"

El iniciar esta parte final del presente estudio con las palabras que enseguida se incluyen, motiva intensa satisfacción a quien tuviera la suerte de escuchar las doctas enseñanzas del inolvidable maestro, en cuyos comentarios dejara fijados conceptos que en lo sustancial se mantienen inalterados. Al referirse, en efecto, a la "Promesa de venta" en su "Tratado de Obligaciones y Contratos", pág. 369, N° 647, escribe nuestro civilista BRENES CORDOBA: "Se designa como "promesa de venta", el ofrecimiento que hace el vendedor al comprador de transmitirle la propiedad de una cosa mediante un precio determinado. Si la promesa es aceptada inmediatamente, la compraventa queda concluida, pudiendo cualquiera de los estipulantes exigir del otro el cumplimiento del contrato. Pero si el comprador se ha reservado el derecho de contestar en cierto plazo, el traslado del dominio no tiene lugar sino una vez que exprese su aceptación. Esta es la **promesa de venta** propiamente tal, que no implica **compromiso** sino **de parte del propietario**: constituye un simple **proyecto de futura venta**, una "**opción**" como suele decirse, por ser **optativo** para aquel a quien se hace la promesa, **aceptarla o no**", y en el N° 650, pág. 371, añade: "El tiempo que nuestra ley señala a la prescripción del **derecho para exigir el cumplimiento de la promesa de venta** o de la recíproca de compraventa, se reduce al espacio de un mes, a contar de la fecha en que una u otra cosa fuere exigible".

Importa destacar de los anteriores conceptos, aunque concernientes a la compraventa, el criterio y los elementos que en ellos se traslucen para la caracterización de la "promesa de venta" y su equiparación, como lo practica el autor, con la llamada "opción", así como la referencia al plazo que nuestra ley señala para la caducidad del derecho a exigir el cumplimiento de tal promesa con lo que remite a lo dispuesto por el artículo 1055 del Código Civil, para inferir de todo ello, confirmando el punto de vista ya expuesto en estos comentarios, que la "promesa de venta" a que se contraen tanto el citado texto legal como el número 1054 del mismo cuerpo de leyes, es primordialmente la "**Opción**" como figura prenegocial, convenio preparatorio o precontrato.

Se compendian, en efecto, en los términos del párrafo copiado de la obra citada, los elementos que distinguen la "**Opción**" al parificarla con la "**promesa de venta**", conforme queda visto. Así



resulta del comentario, al decir que la "promesa de venta" u "opción" es "un ofrecimiento", sea una declaración unilateral de voluntad recepticia o dirigida a la otra parte, de "transmitirle la propiedad de una cosa mediante un precio determinado", en la que, si el destinatario se "ha reservado el derecho de contestar en cierto plazo, el traslado del dominio tiene lugar una vez que exprese su aceptación". Se logra de tal modo resumir los rasgos distintivos de la "promesa de venta" u "opción", los que constituyen su esencialidad jurídica: el carácter preparatorio o preliminar que es su nota dominante, desde que por sí sola no opera el traslado del dominio de las cosas a que se refiere, sino cuando la parte a la que se hizo la promesa la acepta dando lugar con esto a la conclusión del contrato que es el que produce, como su efecto inmediato y principal, dicho transferimiento de la propiedad; el derecho que se reserva o adquiere la parte a quien se hace la promesa, para contestar en cierto plazo, concepto en el cual se encierran dos elementos característicos de la opción, sean la facultad que corresponde al destinatario de la promesa para decidir sobre la conclusión del contrato definitivo proyectado, mediante su aceptación, y el plazo dentro del cual dicha facultad puede hacerse valer, sin dejar de advertir que la adquisición por dicho destinatario del derecho o facultad, en virtud de su conformidad o adhesión, presupone una declaración de voluntad que, al conjugarse con la declaración de voluntad que igualmente importa la promesa, suministra la nota del acuerdo o convención que sin ser propiamente el consentimiento del contrato principal que se proyecta—supuesto que el destinatario goza de un plazo para decidir sobre este último— configura un convenio preliminar o precontrato, y siendo éste en rigor un contrato preparatorio, resulta autorizado calificar la "opción" como un contrato. Corrobora lo anterior lo que tengo indicado sobre la posible distinción entre la "oferta de contrato" como declaración unilateral de voluntad del proponente conocida tan solo por el destinatario de la misma y no aceptada aún por este; la "promesa bilateral recíprocamente aceptada" en la que ambos promitentes resultan obligados, cual ocurre con la "promesa recíproca de compraventa", y la promesa en examen de "vínculo unilateral aceptada", con carácter de convenio preparatorio que obliga únicamente al promitente y otorga el consiguiente derecho o facultad a la otra parte para decidir sobre el contrato definitivo, sea la "promesa de vínculo unilateral aceptada" o

"Contrato de Opción", del cual interesa examinar su concepto técnico-jurídico, sus elementos personales, reales y formales, así como las consecuencias o efectos del mismo dimanantes.

## 12. ASPECTO CONTRACTUAL DE LA "OPCION"

Es oportuno indicar el diverso significado de la palabra "opción" utilizada con frecuencia en el lenguaje de las leyes, no siempre y por lo mismo con referencia a la indicada figura contractual, pues en una acepción amplia alude a la "facultad de elegir" que puede darse en situaciones jurídicas distintas del mencionado aspecto contractual, a modo de un "derecho potestativo" en cuanto con éste, al decir de SANTORO PASSARELLI (Doctrinas Generales del Derecho Civil, pág. 71): "el titular puede querer con efectos respecto a la esfera jurídica del sujeto pasivo, que no puede y no debe hacer nada y solamente se somete a las consecuencias de la declaración de voluntad", como son ejemplo de ello, en nuestro Derecho positivo, la facultad que en presencia del artículo 692 del Código Civil deriva, ante el incumplimiento de un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, a favor de la parte no incumpliente de exigir de la otra el cumplimiento o ejecución forzosa de la obligación, o bien pedir la resolución del contrato, lo que constituye, como ha dicho la jurisprudencia de nuestros tribunales, un "derecho optativo" sea una "opción"; de igual modo cabe apreciar en el derecho de retraer cuando se haya pactado, sea en el retracto convencional o pacto de retroventa contemplado en el artículo 1094 del Código citado, una "opción" como facultad reservada por el vendedor para recuperar, durante un plazo y mediante su ejercicio, el bien vendido, o en caso de no hacerlo para que la enajenación quede irrevocable; asimismo el derecho de elección en las obligaciones alternativas, reconocido por el artículo 654 Código ibidem, constituye una "opción" o facultad, y de modo expreso, para no citar otros casos, el número 1079 del mismo Cuerpo legal en materia de compraventa y en punto al ejercicio de la acción quanti minoris, sienta que "cuando hay lugar a aumento de precio por aumento de medida, el comprador tiene "opción" o de pagar el suplemento del precio o de desistir de la venta".

En el aspecto contractual que aquí interesa, la "Opción" es, según OSSORIO Y GALLARDO (El Contrato de Opción, 2ª Ed., 1930, pág. 81): "Un contrato, por virtud del cual el propietario



de una cosa o derecho concede a otra persona, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirirlo o de transferirlo a un tercero, obligándose a mantener mientras tanto lo ofrecido a su disposición en las condiciones pactadas". Con más precisión, a mi juicio, define Castán (Op. cit., pág. 43, N° 5) el contrato de "opción" como "El convenio por el cual una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir respecto a la celebración de un contrato principal".

Con el expreso reconocimiento legal de la figura en cuestión, asignándole carácter de convenio, el Código Civil italiano vigente, en su artículo 1331 declara que "Cuando las partes convinieran que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable, a los efectos previstos por el artículo 1329. Si no se hubiese fijado un término para la aceptación éste podrá ser establecido por el juez".

Resulta indudable, con lo expuesto, el carácter contractual que reviste la "Opción" en el aspecto considerado de "promesa de vínculo unilateral aceptada", ya que entraña, como se ha visto, "un acuerdo de partes para constituir una relación jurídica patrimonial", cuya característica o rasgo distintivo es la de un convenio preparatorio, un precontrato, con adecuado emplazamiento en el campo de las promesas, no como simple oferta comunicada o mantenida, sino como un acuerdo de voluntades con ánimo de crear una relación jurídica. Por lo mismo se ofrece inadmisibile la tesis, sostenida por algunos, de que la "Opción" es un contrato de naturaleza independiente, con sustantividad jurídica propia, pues como advierte el aludido escritor Ossorio (Op. cit., pág. 39): "Inclínome al parecer contrario: el contrato de opción es preparatorio, porque sirve de introducción para celebrar otro definitivo. En esto tiene índole igual que todas las promesas, todas las ofertas y, en fin, todos los convenios previos a un concierto ulterior", añadiendo: "El contrato de opción existe para crear otro".

Se señala igualmente como característica del contrato en comentario, en lo que dice a sus efectos, la de unilateralidad del mismo en cuanto importa obligación a cargo solamente de una de las partes, del promitente o concedente, con el compromiso que asume de mantener su promesa durante el plazo respectivo, e incluso se afirma que tal obligación implica una limitación o restricción del poder

dispositivo del bien a que se contrae la opción, aspecto este último al cual habré de referirme y del que disiento, al tratar de la naturaleza jurídica del derecho o facultad que deriva de la promesa. Mas, con relación al indicado carácter unilateral del contrato, tal calificación no resulta rigurosamente exacta, pues si por lo general reviste esa modalidad, nada impide y esto es frecuente en la vida negocial, que la otra parte, sea el optante, para la adquisición de la facultad o derecho que concede la opción, asuma la obligación de pagar cierta cantidad de dinero o "prima" u otra prestación, dando lugar a la llamada "opción remunerada", supuesto en el cual es de evidencia que existen obligaciones recíprocas, sin que sea atendible aducir que ello no altera la esencia unilateral del contrato, pues a mi juicio, al producirse también obligación a cargo del optante de pagar la retribución convenida por el derecho que adquiere, y al asumir de esa suerte el contrato carácter bilateral, la circunstancia sería relevante a los fines, ante un incumplimiento de esa obligación, de poder exigir el promitente la ejecución forzosa o de ejercitar la acción resolutoria en su caso, con aplicación, en nuestro régimen jurídico, de la regla del artículo 692 del Código Civil.

Por lo que hace a la perfección o formación del contrato de "Opción", deviene de naturaleza consensual, atendida la suficiencia del acuerdo de partes o consentimiento para que quede concluido, sin que la desvirtúe la circunstancia de la necesidad del requisito escriturario tratándose de la inscripción de la promesa en el Registro de la Propiedad cuando se refiere a bienes inmuebles, pues aparte de que no constituye una solemnidad propiamente dicha, el aspecto de la publicidad registral tiene su especial finalidad o alcance, conforme igualmente indicaré al considerar la naturaleza jurídica del derecho o facultad que dimana de la opción a favor del beneficiario u optante.

Configurada la "Opción" como un precontrato o convenio preparatorio, es conveniente advertir que no debe entenderse, como con error se estima, esto debido a la frecuencia en la vida económica del contrato de compraventa que predetermina una mayor intensidad en la realización de las promesas al mismo relativas, que su ámbito se circunscribe a la promesa de venta u "opción de venta", pues al envolver la figura un concepto general, bien puede referirse a otros contratos como principales, fuera del de venta, cual ocurre con la opción de arrendamiento de igual modo muy



frecuente en el comercio jurídico, con la particularidad en el arriendo de cosas de que en su contenido y a modo de un pacto figure una opción de compra a favor del arrendatario del bien locado, así como puede darse la opción respecto a la permuta, préstamo, sociedad, hipoteca, etc.

La importancia y utilidad que reviste el contrato de opción en la esfera de los negocios, es la misma que justifica la conveniencia de los precontratos o contratos previos o preliminares en cuanto las partes interesadas en una negociación que de momento no quieren o no pueden concluir, convienen en vincularse para la ulterior celebración de la misma. Sin embargo, en ocasiones es aprovechada la opción como instrumento para consumir verdaderos abusos en el logro de inmoderados proventos, constituyendo un tráfico indebido, cual sucede en el caso de que una persona, sabedora del interés de otra en comprar un determinado bien o de realizar cierta negociación, se hace conceder del propietario una opción para explotarla en su beneficio, frustrando la realización normal del negocio entre las personas directamente interesadas en el mismo.

Puede referirse el contrato de opción a negocios propios de las actividades civil o mercantil, de donde sus especies de igual nombre. Se clasifica también atendiendo a la finalidad en la obtención por el optante del respectivo derecho o facultad, según sea la adquisición del bien para sí, que es la "opción directa", o con el propósito de disponer del bien en favor de terceras personas que es la especie conocida por "opción mediadora" en la que el optante actúa a modo de un intermediario, siendo él en todo caso el titular del derecho derivado del contrato. Este derecho, por lo demás, debe tener carácter **exclusivo**, lo que se explica en razón de la obligatoriedad de la promesa que ha de ser mantenida por el término fijado a favor de la persona a quien se concede, que de otro modo, pudiendo otorgarse el mismo derecho o facultad a distinta persona, es obvio que perdería su fuerza vinculante.

Especial significado ostenta la determinación de los alcances de la obligación que asume el promitente o concedente a virtud del "Contrato de Opción", en cuanto a su poder dispositivo, como propietario, del bien a que el mismo se refiere, frente al derecho o facultad del optante para su definitiva adquisición. Con la tesis de la "limitación del dominio" como consecuencia del otorgamiento de una opción, sostiene un sector apreciable de la doctrina, que el

promitente en calidad de propietario queda en imposibilidad de hacer uso de la facultad de disposición del bien durante el término de la misma, sea que no puede venderlo, hipotecarlo, ni de otro modo gravarlo o enajenarlo, puesto que con ello frustraría el derecho del optante. La cuestión se conexiona, a mi entender, con el aspecto de la naturaleza jurídica del derecho o facultad nacida de la opción a favor del beneficiario u optante, cuya consideración precisa para decidir, con base en ello, en qué medida o términos el dominio o propiedad del concedente sobre el bien a que se refiere la opción, pueda resultar limitado o restringido por la existencia de aquella facultad del optante. Se impone, por lo tanto, dicha consideración previa sobre la verdadera naturaleza jurídica del derecho o facultad derivada de la opción.

### 13. NATURALEZA JURIDICA DE LA FACULTAD QUE NACE DE LA "OPCION"

Es tradicional la conocida distinción entre el derecho real y el derecho personal, mas el fundamento de la diferenciación ha sido cuestión polémica. Es de estimar como más racional y fundado el criterio que mira en el derecho real un poder recayente de modo inmediato y directo sobre una cosa, y personal el derecho que se da en una relación jurídica que entraña el poder de una persona de exigir de otra una prestación, entendida ésta como conducta o comportamiento. La especial configuración que ostenta el derecho o facultad que nace de la opción, lleva a conceptuarlo como personal, en relación a la posición jurídica del promitente. Este mismo problema de la naturaleza jurídica del derecho, bueno es consignarlo, se presenta con ocasión del contrato de arrendamiento, en el que sí es dudosa su calificación. No son a mi juicio análogas las situaciones que se presentan, respecto al derecho o facultad que nace de la "opción" y de los que dimanen de un contrato de arrendamiento de cosas. En éste, el arrendatario o locatario es el titular de los derechos de uso y goce, si bien con carácter temporal, sobre la cosa arrendada, poderes que recaen de modo inmediato y directo sobre la misma, aunque, y esto es lo que motiva la duda en la calificación de su naturaleza, el arrendador por razón del contrato, asume la obligación para con el arrendatario de procurarle, durante la vigencia del mismo, el uso y disfrute debidos de lo arrendado. No puede decirse lo propio,



como es obvio, respecto a la facultad surgida de la opción como un poder del optante sobre la cosa misma objeto de la promesa en términos de situarlo en una relación directa con ella, que es lo característico del derecho real. La facultad del optante respecto al bien objeto de la promesa, a lo sumo podría ser tenida como una "expectativa" o situación de espera o pendencia para transformarse, mediante la aceptación en tiempo y al quedar concluido el contrato principal, en un derecho real, al adquirir el dominio de la cosa como efecto del contrato definitivo, no de la promesa u opción. En ésta no opera, por sí sola, el transferimiento de la propiedad, fenómeno que se produce únicamente cuando se perfecciona el contrato definitivo con la aceptación del optante. Referida la cuestión a la promesa de venta, tanto como a la recíproca de compraventa, se confirma el anterior punto de vista, con el fundamento legal que indicaré: la "opción de venta" es un contrato preparatorio de otro principal de compraventa, que vincula para la celebración de este último, vale decir una "promesa de venta"; sus efectos son distintos con relación al contrato de compraventa, ya que la traslación del dominio tiene lugar únicamente con la venta, no con la promesa u opción, como predica el artículo 1054 de nuestro Código Civil ya citado: "Tanto en el caso de promesa de venta como en el de promesa recíproca de compraventa, la propiedad se transmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa". Si como se advierte, el desplazamiento del dominio tiene lugar legalmente por razón de la venta y no de la promesa, cabría preguntarse, ¿cuál es el derecho real que por la opción se concede al optante? La facultad que éste adquiere, lo es para decidir sobre la conclusión del contrato principal a que se contrae la promesa, no un derecho recayente sobre la cosa a que se refiere la opción, que sigue siendo de propiedad del promitente, con el poder dispositivo de la misma y pudiendo por tanto, enajenarla, si bien faltaría con ello a la obligación asumida con la opción, que entrañaría una responsabilidad a su cargo de daños y perjuicios por incumplimiento, al frustrar el ejercicio de la facultad del optante. Se concluye, por todo lo anterior, que es personal y no real el derecho o facultad de dicho optante, ejercitable únicamente en dirección de exigir del promitente el cumplimiento de su obligación y no de persecución del bien mismo objeto de la promesa, criterio éste que confirma la ya invocada opinión del expositor Brenes Córdoba, quien al comentar acerca de la promesa de venta, expresa que "Si el dueño, violando la promesa,

traspasara la propiedad a un tercero, el estipulante no tendría acción contra este último para anular su compra y obtener la posesión, por carecer de derecho real sobre el objeto, pues el que tiene es nada más que personal contra el promitente, para exigirle en ese caso el pago de daños y perjuicios".

No sería aventurado decir —lo que denota mayormente el carácter personal de la facultad derivada de la opción— de la posibilidad de una promesa de venta otorgada por persona que no sea propietaria del bien objeto de la misma, sea de una "opción o promesa de venta de cosa ajena". El punto de vista cabe considerarlo en conexión con la posibilidad jurídica también, en el Derecho moderno conforme algunas legislaciones que siguen la nueva orientación, de la validez de la venta de cosa ajena, con el sistema de la 'compraventa consensual productora de obligaciones', a diferencia del "consensual traslativo de dominio o régimen consensual puro" (Sobre estas construcciones jurídicas ver mi estudio "El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa", publicado en el N° 4 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 1964, pág. 83).

Si con el primero de dichos sistemas —compraventa consensual productora de obligaciones— se diferencian netamente los momentos de "perfección del contrato" y el del fenómeno de la transmisión del dominio que opera con posterioridad, revistiendo el convenio carácter meramente obligacional en cuanto genera a cargo del vendedor la obligación de proporcionar al comprador el dominio del bien, lo que entraña la validez de la venta de cosa ajena supuesto en el cual el enajenante asume el compromiso de adquirir del dueño el bien para cumplir o en su defecto indemnizar daños y perjuicios, es lógico concluir que si ello ocurre respecto al contrato principal de compraventa, con cuanta mayor razón debe aceptarse la eficacia de una opción o promesa de venta —que no transmite por sí el dominio— de cosa ajena, respecto a la cual resultaría superfluo hablar de derecho real alguno del optante sobre la misma, supuesto que al carecer el promitente de la propiedad del bien a que se contrae la opción, ningún derecho real por razón de ésta ha podido conceder. Ni aun con relación al otro sistema —traslativo o consensual puro— conforme al cual organiza la compraventa nuestro Código Civil al decir el artículo 1049 que "la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio" y que es el momento en que tiene lugar el transferimiento



del dominio como efecto inmediato y principal del contrato, dado el principio que caracteriza el sistema de "unidad de contrato y transmisión de propiedad", podría negarse validez a la "opción o promesa de venta de cosa ajena", porque si para restarle a ésta eficacia se invocara el artículo 1061 de dicho Código que sanciona con nulidad absoluta la "venta de cosa ajena" lo que hallaría justificación, dentro del sistema, por una inexistencia jurídica de la cosa vendida ante la imposibilidad, también jurídica de traspasar el dominio de lo que no pertenece al enajenante en el momento de celebrarse el contrato, ello no podría hacerse extensivo a la promesa de venta, respecto a la cual el artículo 1054 del propio Código, estableciendo la diferencia entre esa figura y el contrato principal de compraventa, declara que la propiedad se transmite desde el día de la venta, no de aquella, y al reconocer así la existencia de la promesa u opción sin el efecto transmisor del dominio, admite con ello virtualmente la validez de esa figura o convenio precontractual respecto a cosa ajena. Corrobora lo anterior lo que, en sus consideraciones respecto a la venta de cosa ajena tenida por absolutamente nula según nuestra legislación civil, apunta el repetido tratadista Brenes Córdoba tocante a la promesa de venta de cosa que pertenezca a otro, en pág. 377 de su obra citada, al decir que "La promesa de vender una cosa que pertenezca a otro pero que se tenga en mira adquirirla, no encierra vicio de nulidad, debiendo entenderse que el contrato está sujeto para su eficacia a una condición suspensiva", siendo igualmente oportuno añadir que en nuestro Derecho Mercantil, no cabe duda alguna sobre la validez de la promesa de venta de cosa ajena, al declarar expresamente el artículo 440 del nuevo Código de Comercio en vigor, que "**La promesa de venta de cosa ajena será válida.** Quien tal cosa ofreciere estará obligado a adquirirla y entregarla al comprador, bajo pena de abonar daños y perjuicios".

Por lo demás, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la promesa de venta u opción, referida a inmuebles, no puede asumir, a mi juicio, como acto formal con fines de publicidad para terceros, la virtud de convertir en derecho real el que ha nacido con carácter personal, porque no es racional ni admisible que de esa suerte logre modificarse la verdadera naturaleza de la relación jurídica, que no puede ser otra que la asumida con motivo del acto de su constitución. En nuestro sistema registral inmobiliario, cabe finalmente apuntar, no es susceptible de inscripción una pro-

mesa de venta u opción, a tenor de lo establecido por el artículo 459 del Código Civil, que alude como inscribibles a los títulos de dominio sobre inmuebles y a los en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca, y el que concede la opción, como queda visto, no ostenta ese carácter real, aun cuando, es mi parecer, resultaría conveniente por razones de seguridad e intereses del comercio jurídico, la permisión de inscribir la promesa de venta u opción referida a inmuebles, cual se autoriza en otras legislaciones, con igual razón por la que el precitado artículo 459 faculta la inscripción en el Registro de la Propiedad, de los títulos en que se consigna el arrendamiento de inmuebles.

Al dar por concluidos estos comentarios, espero que con los temas desarrollados se suscite algún interés, siquiera sea para intentar una revisión de nuestros ordenamientos legales —tan necesitados de ella— con fines de adaptar sus regulaciones a los avances de la doctrina y a las necesidades de la práctica, lo que sería bastante a compensar la dedicación que he puesto en los mismos.