

Problemas de la contratación entre personas distantes

ALBERTO DE ROVIRA MOLA

y

ALBERTO PALOMAR BARÓ

Abogados del Ilustre Colegio de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INDICACIONES HISTÓRICAS: 1. *Derecho romano*. 2. *Derecho español*.—III. MOMENTO DE PERFECCIÓN: 1. *Exposición doctrinal*: A) Teoría de la declaración. B) Teoría de la expedición. C) Teoría de la recepción. D) Teoría de la cognición. E) Teoría de WINDSCHEID. F) Teoría de KOEPPEN. G) Teoría de PESCATORE. H) Teoría de GIORGI. I) Conclusiones críticas. 2. *Derecho comparado*: A) Legislaciones que adoptan el sistema de la declaración. B) Legislaciones que siguen el sistema de la expedición. C) Legislaciones que acogen el sistema de la recepción. D) Legislaciones que sancionan el sistema de la cognición. 3. *Derecho español*.—IV. LUGAR DE FORMACIÓN.—V. CRUCE DE OFERTAS.—VI. SUSTANTIVIDAD DE LA OFERTA: 1. *Doctrina*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—VII. ACEPTACIÓN TARDÍA: 1. *Aceptación emitida o expedida fuera de plazo*. 2. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo*. 3. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente una vez transcurrido el plazo y por culpa del aceptante*. 4. *Falta de plazo de aceptación*. 5. *Modo de computar el plazo de aceptación*.—VIII. REVOCACIÓN DE LA OFERTA: 1. *Exposición doctrinal*: A) Consideración de la irrevocabilidad. B) El derecho de revocación. Su alcance. C) Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. D) Renuncia a la revocación. E) El caso de las ofertas con la cláusula «sin compromiso». 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—IX. REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN: 1. *Doctrina*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Derecho español*.—X. CASOS ESPECIALES SEGÚN EL MEDIO DE TRANSMISIÓN EMPLEADO: 1. *Contratación por nuncio o mensajero*. 2. *Contratación por telégrafo*: A) Cuestiones que presenta: a) Determinación de la identidad del expedidor. b) Supuesto de error en la transmisión. B) Derecho comparado. C) Derecho español. Consideración especial del artículo 51, párrafo 2, del Código de Comercio. 3. *Contratación por teléfono*: A) *Doctrina*. B) *Derecho comparado*. C) *Derecho español*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.258 del Código civil dice que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento», y el 1.262, que éste se ma-

nifiesta «por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.»

Por consiguiente, si existe una coincidencia completa entre la oferta y la aceptación, surge el consentimiento, que por sí mismo basta para el nacimiento del contrato, según la doctrina espiritualista que informa nuestro Derecho contractual y que tan claramente consagra el artículo 1.254 del propio Código civil.

Cuando las partes están *presentes*, es decir, cuando el oferente y el aceptante se hallan en tal situación que la oferta y la aceptación se declaran casi simultáneamente, no se plantea cuestión alguna por razón del momento de perfección del contrato, derivada de la existencia de un intervalo durante el cual pueda dudarse de si se ha verificado o no el encuentro de voluntades que es causa de aquél, pues dicho intervalo no existe.

En cambio, el problema se presenta cuando las partes no están presentes, sino que, por hallarse en lugares distintos, las declaraciones de una y otra no pueden hacerse en la forma simultánea que se acaba de indicar. En tal supuesto, existe una persona ante una oferta declarada hace más o menos tiempo por otra situada en distinto lugar; y, por tanto, si declara su conformidad con tal oferta, mediante la correspondiente aceptación, ésta tardará también un tiempo, más o menos largo, en llegar a la primera, es decir, al oferente. Esta falta de coincidencia de oferta y aceptación en un tiempo brevísimo, como sucede cuando las partes están presentes, da lugar al problema que tradicionalmente se ha venido llamando en la doctrina jurídica del «momento de perfección de los contratos celebrados entre ausentes».

En el presente trabajo nos ocuparemos, desde luego, del apuntado problema, pero también de otros, conexos o derivados del mismo, que nacen de la existencia del intervalo que media entre las declaraciones de las partes, y del hecho de que ambas residan en lugares distintos, no encontrándose en presencia material la una respecto de la otra.

Hemos de advertir, no obstante, que en la doctrina española la generalidad de los autores habla de «contratos entre *ausentes*» o de «contratos por *correspondencia*». En cuanto a esta última expresión, su empleo se basa en estimar que se refiere, en su más amplia acepción, a todas las relaciones que mantienen personas apartadas entre sí, pudiendo manifestarse en forma escrita (correspondencia postal o epistolar y telegráfica), oral (correspondencia telefónica) y mixta (por mandato o por mensaje). Sin embargo, la consideramos inexacta porque en la actualidad el sentido usual y corriente que tiene entre nosotros el término correspondencia lo identifica con la comunicación por medio de carta u otro escrito análogo, y, a lo más, con la telegráfica; y, por consiguiente, preferimos no hablar únicamente de contrato por correspondencia, porque los problemas que examinaremos surgen del hecho indubitado de que dos personas, que se proponen

contratar, se hallan en lugares distintos. Por otra parte, tampoco nos parece acertada la expresión «entre ausentes», ya que si bien la palabra ausente se dice del que está separado de alguna persona o lugar, es lo cierto que en el lenguaje jurídico dicho término tiene un sentido perfectamente claro y definido, expresivo de la situación de ausencia legal, que es preferible no utilizar para designar otros supuestos que nada tienen que ver con dicha acepción exclusivamente técnica.

De ahí que consideremos más conveniente emplear la locución «entre personas *distantes*», que hemos visto acogida en varios autores italianos (v. gr.: MESSINEO, VIVANTE), y reservar la de «ausentes» para aludir a los que están en la situación legal de ausencia. Además, el hecho de que en el ordenamiento jurídico patrio no exista sobre este particular una terminología definida, pues, como veremos, los textos legales únicamente citan la contratación por medio de carta y la que tiene lugar a través del telégrafo, facilita la adopción de unos términos claramente diferenciados de otros que tienen su propia esfera de aplicación.

Ahora bien, puede darse el caso de que entre dos personas que se hallen en diversos lugares, la comunicación recíproca de sus declaraciones de voluntad contractual se manifieste en forma análoga a la que se realiza entre personas presentes, de modo que aquéllas se producen casi simultáneamente; éste es el supuesto de la contratación por teléfono, a la que dedicaremos un apartado especial. Por esta razón, se ha distinguido entre los contratos celebrados entre personas distintas y los celebrados entre presentes, por una parte, y de otra, entre los contratos de formación simultánea y los de formación sucesiva o *ex intervallo*. Estas dos categorías no son coincidentes, pues si bien ordinariamente los contratos entre personas distantes son de formación sucesiva, en algún caso, como el indicado de la contratación por teléfono, son de formación instantánea; y en los contratos entre presentes, si bien generalmente constituyen supuestos de formación instantánea, no puede excluirse la posibilidad de que lleguen a ser contratos de formación sucesiva, por ejemplo, en el caso de que, en presencia las dos partes, una de ellas, el oferente, conceda a la otra un plazo de deliberación para aceptar.

Realmente esta diferenciación, que ha puesto de relieve MORENO QUESADA (1), tiene la ventaja de solucionar en forma definitiva la discusión doctrinal nacida en algunos casos de contratos celebrados entre personas distantes, como el tan repetido del teléfono, que si, por lo que se refiere a la cuestión del momento de perfección, se estima celebrado entre presentes, en cuanto al lugar en que debe considerarse perfeccionado, se reputa contraído entre ausentes.

(1) *La oferta de contrato*, en «Revista de Derecho Notarial», tomo IV, abril-junio 1956, págs. 113 y sigs.

Ofrecemos este trabajo bajo la expresión de «contratos entre personas distantes», puesto que toma como punto de partida de los problemas a estudiar el hecho de que los contratantes estén materialmente alejados uno del otro, tanto si, por razón del medio de comunicación entre ellos empleado, el contrato deba calificarse como de formación simultánea o como de formación sucesiva.

Es de toda evidencia que los contratos entre personas distantes constituyen en la actualidad un tanto por ciento muy elevado de los que se celebra, y es sobre todo en la esfera mercantil donde adquieren su más amplio desarrollo. Los comerciantes concluyen la mayor parte de sus operaciones por medio de cartas, telegramas y llamadas telefónicas. El comercio relaciona a personas que viven en distinta población e incluso en diferentes países, y que probablemente, a pesar de un frecuente e intenso trato, nunca se han conocido personalmente. Sin embargo, también en el Derecho civil, como es natural, tiene interés el examen de la contratación entre personas distantes, si bien el menor volumen de contratación los hace menos habituales.

Hemos de destacar aquí la circunstancia de que la doctrina y jurisprudencia extranjeras son particularmente abundantes en el tema que nos ocupa, siendo así que en nuestro Derecho, aunque no puede decirse que sean ciertamente escasos los autores que se han ocupado de esta cuestión, resulta, en cambio, sorprendente la escasez de jurisprudencia, lo que parece indicar, sobre todo en el ámbito comercial, donde, según acabamos de decir, el supuesto habrá de presentarse con mayor frecuencia, que la honestidad y buena fe de los comerciantes resuelve, sin necesidad de litigios, los problemas que hemos de examinar.

En los apartados siguientes expondremos, después de unas breves indicaciones históricas y del examen de los tradicionales problemas del momento y lugar de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes, las consideraciones que nos sugieren el cruce de ofertas, la aceptación tardía, la sustantividad de la oferta y la revocación de ésta y de la aceptación, así como las cuestiones especiales que ofrece el particular medio de comunicación empleado para contratar, todo ello, con una ligera referencia a las legislaciones extranjeras, con vista especialmente a las soluciones procedentes en el Derecho español.

II. INDICACIONES HISTÓRICAS

1. *Derecho romano*.—Sería inútil tratar de encontrar en los textos romanos una solución concreta a la diversidad de problemas de que se ocupa el presente trabajo, porque los jurisperitos de Roma, con su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de la contratación ni de las declaraciones de voluntad, sino que fueron estudiando, en los dis-

tintos casos que la realidad les ofrecía, las situaciones que merecían ser protegidas por medio de acciones y las circunstancias que facultaban a determinada persona para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada.

Por ello, puede afirmarse que los problemas que van a ser objeto de nuestra atención carecen de antecedente romano, algunos de ellos, como es natural, por imposibilidad material de que pudieran presentarse (contratación por telégrafo, por teléfono, etc.), si bien, en términos generales, es posible asegurar que el supuesto de la contratación entre personas distantes, por ser circunstancia que la vida jurídica había de presentar con relativa frecuencia, estaba previsto en el Derecho romano, según lo atestiguan los diversos fragmentos que aluden a la posibilidad de perfeccionar convenciones entre ausentes, por mensajero (*nuntius*) o por carta (D, II, 4, 2; XVII, 1, 62, § 1; XLIV, 7 38).

Claro es que esa posibilidad estaba limitada a los negocios no formales, que no requerían la presencia simultánea de las partes; por lo que los contratos procedentes del *ius gentium* eran los que precisamente admitían su perfeccionamiento *inter absentes*, por carta o mensajero. A ellos se refieren expresamente las fuentes, en general a la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato (D, XLIV, 7, 2, § 2), y en particular, a la compraventa (D, XVIII, 1, 1, § 2; C, IV, 50, 9), a la sociedad (D, XVIII 2, 4) y al mandato (D, XVII, 1, 1, § 1). En cambio, los negocios jurídicos formales, como la *stipulatio*, en los que era necesaria la presencia de las partes y la emisión oral de la voluntad, resultaban ineficaces de ser contraídos entre personas distantes (I, III, 20; § 12; D, V, 7, 2).

El caso más contemplado en las fuentes es el del *nuntius*, que se utilizó en Roma con gran amplitud (en los negocios no formales), con su específica misión de mero portador de la voluntad del *dominus negotii* o como simple instrumento para realizar un comportamiento con trascendencia jurídica. Así, como portavoz del *dominus*, aparte de los fragmentos citados, puede verse: D, II, 14, 2; XVII, 1, 1, § 1; XVII, 2, 4; XLIV, 7, 2; como instrumento, de un comportamiento pueden encontrarse en las fuentes varios casos en los que es posible adquirir la posesión valiéndose de un nuncio que ejecute el acto de aprehender y conservar el *corpus*, aun cuando no tenga el *animus*, que puede residir exclusivamente en el *dominus*; por tanto, es posible adquirir también la propiedad por *traditio* a través de dichas personas. He aquí varios supuestos: D, XXXIX, 5, 6, sobre adquisición de la piedra de una cantera mediante un mercenario; D, XL, 2, 22, y XL, 9, 15, § 1, que refieren casos de manumisión de esclavos realizados por *filiifamilias*; D, XLI, 2, 1, § 5, que expresamente dice que puede adquirirse la posesión por medio del esclavo o del hijo que está bajo potestad; D, XLI, 2, 51, que considera adquirido un montón de leña desde el instante en que el comprador le pone un vigi-

lante o guarda, pues, desde aquel momento se considera que se le entregó.

Por el contrario, parece seguro que el nuncio no podía ser utilizado para iniciar un proceso ante el magistrado (2).

Por otra parte, sería muy difícil encontrar en el Derecho romano apoyo para ninguna de las doctrinas que posteriormente tanto han dividido a la opinión científica y a las legislaciones respecto al momento de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes. Aunque las leyes romanas no solucionan dicha cuestión, no faltan autores (3) que se inclinan a pensar como más conforme al espíritu del Derecho romano la teoría de la cognición, o que invocan a favor de ésta, o por lo menos para excluir la doctrina de la declaración, ciertos textos, según los cuales un sordo no puede estipular porque no es capaz de percibir la respuesta del promitente (D, XLV, I, I pr.; D, XLV, I, I, § 15; D, XLIV, 7, 48). Pero, como dice ENNECCERUS (4), este argumento quiebra si se tiene en cuenta que una declaración que se hace por un medio que *no puede* llegar en modo alguno a la conciencia del destinatario no es una declaración a éste, de modo que ha de considerarse como no efectuada; y, además, que la especialidad del caso de la *stipulatio*, contrato esencialmente formal, no permite extender sus requisitos peculiares a todos los contratos.

2. *Derecho español*.—La contratación entre personas distantes, y de una manera especial la que tiene lugar por medio de la correspondencia, careció de regulación en el Derecho visigótico; el formalismo propio del Derecho romano, que como hemos visto, no construyó una teoría general de las declaraciones de voluntad, limitándose a indicar en algunos fragmentos de las fuentes la posibilidad de perfeccionar convenciones *inter absentes* por *nuntius*, o por carta, unido a la imposibilidad práctica en que se hallaba la mayoría del pueblo por su falta de cultura y de medios, de utilizar la escritura como instrumento de transmisión de la

(2) ULPIANO, XXXVI, 1, 67, 3, it., citado por ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1954, pág. 90, nota 195.

(3) ARIAS RAMOS: *Derecho romano* (Apuntes didácticos para un curso), Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1940, tomo I, vol. II, pág. 55; DÍAZ GONZÁLEZ: *Instituciones de Derecho romano*, 5.ª edición, Barcelona, Bosch, 1944, tomo II, pág. 344; GRASSI: *Istituzioni di Diritto romano comparato col Diritto moderno*, Catania, Società Internazionale degli Intellettuali, 1921, tomo II, pág. 27; MAYNZ: *Curso de Derecho romano*, traducido por Antonio José POU Y ORDINAS, Barcelona, Jaime Molins, editor, 1877, tomo III, pág. 163, nota 11.

(4) *Derecho civil* (Parte general), 13.ª edición por H. C. NIPPERDEY, traducción de la 39.ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, Bosch, 1935, vol. II, pág. 141, nota 6.

voluntad, determinaron que, ni en tiempos de la Monarquía visigoda, ni posteriormente durante la dominación árabe y la Reconquista, nuestra legislación se ocupara de una forma de contratación que difícilmente podía realizarse.

Es en la ley 187 de las de Estilo donde, por primera vez en nuestro Derecho, aparece la palabra *carta*, aunque con un sentido distinto al que se le da actualmente, considerándola equivalente a documento público, y estableciendo que la carta de escribano público en que se hiciera el reconocimiento de una deuda no valiera, aunque el deudor asegurase ser cierta, si aquél a quien se le reconocía no estaba entonces presente; sin la doble presencia de los obligados, la obligación no tenía realidad alguna, pues, como rezaba la ley, «*ca esto es de la sustancia del prometer uno a otro*».

Esta doctrina, tan alejada del espíritu que alienta ahora en nuestras leyes, se reflejó también en la legislación de Partidas, que mostró la misma falta de flexibilidad. Pero, con carácter excepcional, se reconoce por vez primera en dicho Código la validez de la promesa hecha por carta (dando a esta palabra el mismo significado que tiene hoy en día), de pagar la deuda ajena, o la propia hecha sobre *debdo antiguo*, siendo nula dicha promesa en los demás casos; reconocimiento que surge de los términos de la ley 3.^a, título 11 de la Partida 5.^a (5), que admite asimismo que dicha promesa pudiera ser hecha por mensajero cierto.

No nos hallamos aún frente al reconocimiento de la contratación por correspondencia, pero es lo cierto que se ha dado un paso hacia el mismo al admitirse que la carta pueda dar lugar a una relación contractual y al nacimiento de un obligación.

Es con el Ordenamiento de Alcalá cuando surge definitivamente la posibilidad de los contratos por correspondencia, al elevar a principio jurídico de carácter general la libertad contractual, según resulta de los términos de la ley única de su título XVI, dentro de cuyo principio general de libertad cabe perfectamente dicha modalidad de contratación, como forma especial de dar vida a las relaciones contractuales entre personas distantes.

Pero aunque virtualmente se desprenda del Ordenamiento la posibilidad del contrato por correspondencia, de modo expreso

(5) Queriendo un ome a otro obligarse por pagar la debda ajena, enviandol prometer, o dezir por su *carta firmada* o por su mensajero cierto, que el se obligaba a pagarle la debda, que la deuia fulano; nombrandole señaladamente, *como quier, que tal obligación como esta, non valdria, si la ficiesse nuevamente por su debda propia, non estando presente, el que prometiesse, e el que recibiesse la promission, pero vale quanto en la que es ajena, de qual manera quier que sea*. Otrossi dezimos, que si un ome deuiesse a otro marauedis que lo ouiesse a dar a cierto dia, e quando viesse aquel plazo, a que gelos deuia dar, *enbiasse dezir e rogar por su carta, que aquellos marauedis que le deuia, que non gelos podra dar en ante: mas que gelos daria en algun lugar que señalasse a otro dia cierto que nombrasse: tal obligación como esta vale porque es fecha sobre debdo antiguo...*

ninguna disposición posterior hace referencia a la misma, regulando la citada forma de contratación; si bien es cierto que a partir de los Reyes Católicos, y durante todo el reinado de la Casa de Austria, se organiza cada vez con mayor perfección el servicio de Correos, lo que es evidente que debió facilitar la contratación por medio de cartas.

Mas hemos de llegar a las Ordenanzas de Bilbao del año 1737 para que se reconozca expresamente el contrato por correspondencia, explicándose el hecho de que sean unas ordenanzas mercantiles las primeras en ocuparse de esta materia, por ser este modo de contratar más propio y natural entre comerciantes que entre individuos ajenos a la profesión mercantil. Pero los preceptos de las Ordenanzas son bastante escasos y deficientes, limitándose a establecer la obligación en que se encontraban los comerciantes de llevar varios libros (Capítulo IX, núm. 1), entre ellos un *copiador de cartas*, encuadernado, y en el que «se han de escribir en copia todas las cartas de negocios que se enviaren a los correspondientes, con toda puntualidad, consecutivamente y a la letra, sin dexar entre una y otra carta más hueco o blanco que el de su separación» (núm. V del mismo capítulo), y a reglamentar «las contratas de comercio que se hicieren entre mercaderes y sus calidades» en el capítulo XI, cuyo número VII establecía que «los negocios que se hicieren con personas ausentes, se han de justificar por lo que constare de los libros y cartas originales recibidas, y copias de las que se hubieren escrito», regulándose por los números I, II, V y VI de dicho capítulo las formalidades de la contratación, cosa que hacen igualmente los números V y VII del capítulo XII.

Estas disposiciones demuestran que en aquella época la contratación por correspondencia entre mercaderes debía de ser cosa frecuente, si bien este medio de contratación no preocupaba demasiado al legislador, que se inhibía de regular los problemas múltiples que el mismo ofrece.

Desde las Ordenanzas de Bilbao de 1737, cuyas reglas se insertan íntegras en las Ordenanzas del Consulado de San Sebastián, confirmadas por una Real providencia del Consejo del mes de agosto de 1776, nada se avanza con relación al particular que nos ocupa en el campo legislativo, hasta llegar al Código de Comercio de 1829, cuyo texto significa el paso del mero reconocimiento de la contratación por correspondencia hacia las Ordenanzas citadas, a la regulación del contrato mismo con sus especiales características y de las diversas consecuencias legales que esta forma contractual lleva consigo. Mérito éste que, como dice Lorenzo BENTO, «es preciso reconocer en el autor del Código, el insigne jurisconsulto don Pedro SÁINZ DE ANDINO, por cuanto para ello ni tuvo precedentes en nuestra legislación, ni en la legislación napoleónica, que representaba en la época en que él redactaba el Código de Comercio la obra legal más perfecta

hasta entonces conocida, pues ni en el Código de Comercio de Francia ni en el Código civil del mismo país hay precepto alguno que se refiera directa e inmediatamente a la contratación por correspondencia» (6).

El Código de 1829 contiene una Sección (la 3.^a del título II del libro I) dedicada por completo a la «correspondencia mercantil», en la que se establece, con todo detalle y la máxima precisión, la obligación de los comerciantes de «conservar en legajos y en buen orden todas las cartas que reciben con relación a sus negociaciones y giros, anotando en su dorso la fecha en que las contestaron o si no dieron contestación» (art. 56), así como la de «trasladar íntegramente y a la letra todas las cartas que ellos escriban sobre su tráfico en un libro denominado Copiador, que llevarán al efecto encuadernado y foliado» (art. 57), debiéndose poner las cartas en el copiador «por el orden de sus fechas, sin dejar huecos en blanco ni intermedios», salvándose las erratas que puedan cometerse al copiarlas «precisamente a continuación de la misma carta por nota escrita dentro de las márgenes del libro y no fuera de ellas», insertándose las postdatas o adiciones que se hagan después que se hubieren registrado, «a continuación de la última carta copiada con la conveniente referencia» (art. 58), prohibiéndose trasladar las cartas al copiador «por traducción, sino que se copiarán en el idioma en que se hayan escrito los originales» (art. 59), corrigiéndose la falta del copiador de cartas, su informalidad o los defectos que en ellos se adviertan en contravención de la ley «con las penas pecuniarias que van prescritas para casos iguales con respecto a los libros de contabilidad» (art. 60), y pudiéndose decretar por los tribunales «de oficio, o a instancia de parte legítima, que se presenten en juicio las cartas que tengan relación con el asunto del litigio, así como que se extraigan del registro copias de las de igual clase que se hayan escrito por los litigantes, designándose determinadamente de antemano las que hayan de copiarse por la parte que lo solicita» (art. 61)

Pero lo más importante de este Código es su afirmación de que los comerciantes pueden contratar y obligarse, aparte de por los demás medios que enumera su artículo 235, «por correspondencia epistolar» (núm. 4.^o del citado artículo), único medio de correspondencia posible en aquella época, regulando en el artículo 243 todo lo referente a la contratación por correspondencia, como sigue: «En las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta expida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva, y hasta este punto está en libertad el propo-

(6) En RAMELLA: *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, seguido de un estudio referente a la legislación española por Lorenzo BENITO, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1897, pág. 587.

nente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un término determinado. Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condición».

Dado que el Código de 1829 establece que los contratos se considerarán concluidos y surtirán efecto obligatorio desde que el que recibió la oferta expida la carta de aceptación, hemos de reputar incluido dicho cuerpo legal entre los que adoptan, para determinar el momento de perfección de los contratos entre personas distantes, el sistema de la expedición, a que aludiremos en el apartado siguiente.

Admite el citado Código la facultad del proponente de retirar su oferta hasta la expedición de la respuesta, facultad que, sin embargo, es renunciable, pudiendo obligarse el oferente a no disponer del objeto del contrato hasta después de desechada su oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado.

En cuanto a la aceptación condicional, la considera como nueva proposición u oferta, ya que no la estima obligatoria hasta que el primer oferente dé aviso de haberse conformado con la condición.

Finalmente, en su artículo 262 el Código de Comercio de 1829 admite la correspondencia como medio de prueba de las obligaciones mercantiles.

III. MOMENTO DE PERFECCIÓN

1. *Exposición doctrinal.*—El problema que con respecto a la contratación *inter absentes* ha provocado más discusión y soluciones diversas en la doctrina y en las legislaciones, es el relativo a la determinación del momento en que dichos contratos han de considerarse perfeccionados.

Las teorías formuladas sobre el particular son numerosas, pero de ellas destacan cuatro, que suelen citar todas las obras y trabajos que se refieren a esta materia. Nosotros las exponemos con la mayor brevedad posible, significando los pros y contras de cada una.

Para comprender más exactamente la posición de dichas doctrinas, conviene aludir antes a los periodos o estados por que pasa la aceptación de una oferta desde el aceptante al proponente. Son los siguientes:

- 1.º Declaración de voluntad del destinatario de la oferta, expresiva de la aceptación.
- 2.º Expedición o participación de dicha aceptación al oferente.
- 3.º Recepción de la misma por el proponente.

4.º Cognición o conocimiento por éste de la aceptación.

En el contrato entre presentes, los cuatro estados de la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en un mismo momento, de modo que cuando el destinatario de la oferta decide aceptar y emite una declaración en tal sentido, ésta es percibida y conocida inmediatamente por el proponente, perfeccionándose así el contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación, sin ninguna duda en cuanto al momento en que ha de considerarse perfeccionado.

Pero en los contratos entre personas distantes, la manifestación de la voluntad de aceptar, salvo en algún caso (contrato por teléfono, por ejemplo), ocurre en tiempo posterior al de recepción de la oferta, y da lugar a la necesidad de concretar el momento en que el contrato se perfecciona por la existencia del mutuo consentimiento.

Pues bien, los diversos criterios adoptados por la doctrina corresponden a cada uno de los cuatro estados de la aceptación, en forma que la declaración, la expedición, la recepción y la cognición de la aceptación han sido considerados como el verdadero punto temporal para referir al mismo el perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

A) Teoría de la declaración (*Ausserungstheorie* o *Declarations o Agnitionstheoric*).—Llamada también de la manifestación y de la emisión, y seguida, entre otros, por BOLAFFIO, DAHN, DEMOGUE, LITTEN, PIGOZZI y SUPINO, sitúa el momento de perfección en el primer estado de la aceptación, es decir, en aquél en que el destinatario de la oferta emite, manifiesta o declara su aceptación.

Según esta teoría, en los contratos *inter absentes*, desde el momento en que la voluntad del aceptante se halla en presencia de la voluntad expresa y duradera del oferente y se adhiere a ella también expresamente, surge el consentimiento recíproco de las dos partes y nace el contrato, sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos (7).

Pero se objeta que si el consentimiento, desde el punto de vista abstracto y filosófico, puede considerarse existente en el acuerdo simultáneo y puramente psicológico de las voluntades de las partes, desde el punto de vista jurídico sólo adquiere existencia cierta en el momento en que se afirma en un acto exterior e irrevocable (8); pues, por ejemplo, la aceptación contenida en una carta, cuyo autor puede no enviarla y aun destruirla, queda desconocida para el oferente, de modo que una aceptación en tales condiciones difiere bien poco de una voluntad aún no manifestada exteriormente.

(7) RAMELLA: Obra citada, pág. 173.

(8) PIGOZZI: *Della perfezioni dei contratti per corrispondenza*, en «Archivio giuridico», VIII, 1870, pág. 22.

No faltan, es cierto, casos de actos externos capaces de hacer constar la existencia de la declaración de voluntad, como si el aceptante, sin dar aviso al proponente, participara a un tercero la decisión de aceptar; o si, cuando el que acepta es comerciante, transcribe la carta de aceptación, escrita pero no expedida, en el libro copiador, o en el diario, supuestos que, independientemente de toda comunicación a la otra parte, permiten probar el hecho y la fecha de la aceptación. Pero es evidente que al escribir una carta de aceptación, o al leerla a un tercero, aun no se realiza un acto de disposición de la voluntad propia, sino que se prepara sólo un instrumento mediante el cual se quiere declarar dicha voluntad a la otra parte (9).

B) Teoría de la expedición (*Übermittlung*).—Según esta teoría, para la perfección del contrato es necesario que la declaración de voluntad de aceptar sea expedida o comunicada al proponente, es decir, estima que el segundo período de la aceptación es el decisivo para el perfeccionamiento contractual.

Los partidarios de la doctrina de la expedición (o transmisión), entre los cuales se cuentan DARQUER, GRAULT, GUIOUARD, HEPF, SERAFINI, SCHEURL, consideran, en oposición a la teoría precedente, que no basta la mera declaración de la voluntad de aceptar, sino que es preciso que el aceptante haga por su parte todo lo necesario para que la aceptación llegue al proponente. Escribir una carta de aceptación no equivale a la aceptación misma, que requería, por lo menos, la entrega de aquélla en las oficinas de Correos, para que la aceptación se manifestase de tal forma que su autor no la pudiese destruir, y aunque pudiera el aceptante retirar la carta de la Administración de Correos antes de su llegada al oferente, las formalidades necesarias para lograrlo constituirían todavía una prueba cierta del consentimiento prestado (10).

Pero tampoco esta teoría deja de presentar sus inconvenientes. Ante todo, se dice, como modificación que es de la doctrina de la declaración, no destruye las dificultades que ésta suscita. Se hace observar también que con la entrega de la carta en Correos, el aceptante no se despoja aún definitivamente de la aceptación prestada, pues mientras la correspondencia no se haya entregado al destinatario, el remitente puede retenerla o pedir su restitución, señal evidente de que el contrato no está aún perfeccionado. Así, pues, con la declaración de voluntad y con el primer acto de su transmisión, la aceptación no es aún completa, sino que necesita llegar efectivamente al destinatario (11).

Por último, contra esta y la anterior teoría está la circunstan-

(9) RAMELLA: Obra citada, pág. 174.

(10) RAMELLA: Obra citada, pág. 176.

(11) BEKKER: *Über Verträge unter Abwesenden*, en «Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts», II, 1858, pág. 346; SCHOTT: *Der Obligationenvertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, pág. 84.

cia de que, según ellas, la aceptación, una vez emitida o expedida, se hace irrevocable, mientras la tendencia general es que puede revocarse hasta su llegada al proponente.

La teoría de la expedición, por tanto, debe rechazarse, o llevar a los que la aceptan a acoger, cuando menos, los argumentos y consecuencias de la de la recepción.

C) Teoría de la recepción (*Empfangstheorie*).—Piensan sus partidarios, como ENNECCERUS, MAAS, REGELSBERGER, etc., que la aceptación no es definitiva hasta el momento en que el aceptante se haya despojado completamente de su declaración de voluntad, y esta llegue a la otra parte contratante con posibilidad de conocerla, importando poco si la conoce realmente o no. En este momento o estado de la aceptación, y no en los anteriores, se consigue la perfección del contrato.

Conforme a esta teoría, de estimar perfeccionado el contrato en tiempo anterior, se vendría a sentar la conclusión del mismo cuando uno de los dos elementos que lo constituyen aún no existía cumplidamente; mientras que, exigiéndose la necesidad del cuarto estado de la aceptación, se precisaría, para la existencia de la misma, un requisito que no depende del aceptante, pues toma vida de un acto del proponente, que no concurre al perfeccionamiento de la declaración de voluntad de aceptar.

Pero puede observarse, en contrario, que es absurdo declarar formado el contrato por el mero hecho de que el oferente haya recibido noticia del destinatario, ya que ésta, desconocida de él en su tenor, puede expresar tanto la aceptación cuanto la denegación de la propuesta (12).

Además, la mayor parte de las objeciones opuestas a la teoría de la cognición se oponen igualmente a la aceptación de esta doctrina. En efecto, la conclusión de los contratos *inter absentes* encontraría grandes obstáculos si debiera depender de un hecho puramente material cuyo cumplimiento puede ignorar el proponente, sin que ni él ni el aceptante tengan culpa alguna. También la prueba, si bien menos incierta que en la teoría del conocimiento, sería difícil de prestar cuando el remitente no hubiera recurrido al certificado postal, y en realidad, si arduo es probar el momento en que se ha leído, por ejemplo, una carta, no es menos difícil conocer el momento y la verdad de su entrega al destinatario (13).

Se alega también que, si la coexistencia de las dos declaraciones de voluntad es suficiente, no hay motivo que justifique la exigencia de que la respuesta llegue a su destino, pues si se quisiera oponer que el proponente no trata de obligarse, sino a condición de que la otra parte le ofrezca un medio de conocer la aceptación, poniendo al oferente en disposición de conocer la respuesta misma, apenas le sea entregada, podría responderse que, aun enten-

(12) RAMELLA: Obra citada, págs. 178-179.

(13) RAMELLA: Obra citada, pág. 179.

diendo existente tal condición, debiera ésta considerarse realizada desde el momento en que el aceptante hiciera cuanto estuviera en su mano para que así aconteciera (14).

D) Teoría de la cognición (*Vernehmungstheorie*).—Las teorías anteriores consideran perfeccionado el contrato en los tres primeros estados de la aceptación; según ésta, por el contrario, el contrato se perfecciona en el último, ésto es, en el momento en que el proponente llegue a conocerla (ASSER, BEKKER, GABBA, MITTERMAIER, REGNOLI, VIDARI, WACHTER, WURTH).

El fundamento de la teoría de la cognición (llamada también del conocimiento y de la información) reside en un principio general aplicable a todos los contratos, por el cual la declaración de voluntad es completa y eficaz cuando haya llegado a poder del otro contratante. Ninguna razón existe en este caso para que en los contratos entre personas distantes se admita una excepción a esta regla general. El principio es el mismo en ambos casos: en los contratos *inter praesentes* las palabras o los signos han de ser tanto oídos o vistos como comprendidos; en los *inter absentes*, la carta ó telegrama ha de ser recibida y leída (15).

Se añade también que entre los contratos entre presentes y los que median entre personas lejanas no hay sino una diferencia en cuanto al tiempo que separa las dos declaraciones, que es mayor en estos últimos; pero este intervalo, mayor o menor, en nada cambia los términos de la cuestión, ya que tanto en uno como en otro caso es necesario, para que el contrato exista, que las dos voluntades se manifiesten y reconozcan recíprocamente (16).

Se aduce, en fin, la enseñanza del Derecho romano, especialmente del D, XLV, 1, 1, pr. (*stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt; quia invicem exaudire debent*), entendido en el sentido de que la comunicación recíproca de las declaraciones de voluntad no era una condición de forma especial de la *stipulatio*, sino la aplicación a ésta del principio general por el cual el consentimiento no es vinculante sino cuando es conocido recíprocamente por los contratantes.

A estos argumentos se responde que, ante todo, asimilar los contratos entre personas distantes a los contratos entre presentes es negar la realidad de las cosas, pues la dificultad acerca del instante de perfección del contrato nace precisamente del intervalo de tiempo que media entre la proposición, la aceptación y la llega-

(14) DARQUER: *Contrat par correspondance*, París, 1885, pág. 72.

(15) LANGDELL, citado por PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 1.ª edición, Barcelona, Bosch, 1954, tomo II, vol. I (Doctrina general del contrato), pág. 224, nota 42.

(16) WURTH, citado por ROBERT: *Des contrats par correspondance*, Dijon, 1868, pág. 201, y RAMELLA: *Obra citada*, pág. 181.

da de ésta al oferente, cosa que por lo general no sucede cuando las partes están en presencia una de la otra.

Además, de requerirse para la perfección del contrato el recíproco conocimiento del consentimiento, vendría a ser imposible la conclusión de cualquier contrato entre personas distantes, pues si fuera menester esperar a que el proponente conociera la voluntad del aceptante, debería exigirse también, para ser consecuentes, que el aceptante supiese a su vez la llegada de su declaración a noticia del oferente antes de que éste revocase la suya, pues hasta este momento el aceptante podría alegar, según el mismo principio, que ignoraba por su parte si el contrato estaba o no perfeccionado y que no podía encontrarse comprometido por lo hecho sin su conocimiento. ¿Dónde se detendría semejante necesidad, en cada contratante, de conocer el pensamiento actual del otro? De aquí el absurdo de hacer imposible la perfección del contrato al subordinarla a un continuo e infinito cruce de voluntades recíprocamente conocidas (17).

Por tanto, expone la presente doctrina, sólo el aceptante debe tener noticia de la oferta y de la concordancia de la voluntad del oferente con la suya, y ello con el único objeto de relacionar aceptación y proposición, no en el sentido de que este conocimiento deba formar un elemento necesario de una u otra.

Respecto a la autoridad del Derecho romano, se observa que los textos invocados se refieren a un contrato esencialmente formal, la *stipulatio*, que no puede tener vida si el estipulante y el promitente no cambian su consentimiento de viva voz. He aquí por qué la obligación verbal entre ausentes fué declarada nula expresamente (I, III, 20 § 12: *Verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*), pues un obstáculo material impide a los *absentes*, al igual que a los sordos y mudos, el cumplimiento de las solemnidades propias de la estipulación. La especialidad del caso no permite, por tanto, y como ya hemos visto anteriormente extender tal condición a toda clase de contratos.

La doctrina de la cognición es incompatible también con la aceptación tácita, que en rigor lógico y con tal sistema debería llegar a noticia del proponente para que el contrato se considerara perfeccionado. Supuesto que el silencio implica en ciertos casos aceptación tácita, el proponente ignoraría si el destinatario de su oferta la acepta o no, con lo que el contrato jamás podría originarse. De aquí que algunos autores introduzcan, para las varias especies de aceptación tácita, una excepción, con lo que la teoría que sostienen deja de constituir un principio general (18).

(17) SERAFINI: *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, PAVIA, 1862, pág. 21; PIGOZZI: Obra citada, pág. 24; SCHOTT: Obra citada, página 17.

(18) SCHEURL: *Vertragsschluss unter Abwesenden*, en «Jahrbuch für der Dogmatik», II, 1858, pág. 251; SCHOTT: Obra citada, pág. 12.

Es de notar también que con el sistema de la cognición la prueba de la existencia y perfección del contrato se haría imposible en muchos casos, ya que desde su punto de vista dependería del solo arbitrio del proponente determinar si y cuando el contrato se hubiera perfeccionado, siéndole posible ocultar la noticia de la aceptación, bien para diferir la conclusión del contrato o para impedirlo por completo, si en el intervalo transcurriera el término conveniente para la llegada de la aceptación.

Expuestas brevemente las cuatro principales teorías que intentan encontrar una solución para el problema del momento de perfección de los contratos entre personas distantes, cabe aludir también a otras doctrinas que, frente a tanta diversidad de opiniones, caracterizadas por seguir un principio general aplicable a todos los casos posibles, han adoptado reglas especiales, según las varias formas bajo las que dichos contratos pueden presentarse.

E) Teoría de WINDSCHEID.—Partiendo de la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, entre declaración de voluntad y su transmisión, las cuales tienen lugar en diferentes estados, entre aceptación que contiene declaración de débito y aceptación que contiene declaración de crédito y entre aceptación declarada mediante participación enviada expresamente al proponente y aceptación tácitamente declarada, el ilustre pandectista alemán formuló las siguientes conclusiones:

1.ª En los contratos unilaterales pueden distinguirse dos supuestos:

- Si la proposición emana de quien quiere asumir la calidad de acreedor (estipulante), ofreciendo, por ejemplo, un préstamo a otro, el contrato se perfecciona sólo cuando la aceptación le es conocida. Hasta este momento, el aceptante puede revocar la declaración, siempre que la carta o telegrama que la contenga lleguen antes o al mismo tiempo que aquélla. Su posición entonces es la de quien promete bajo condición (*si voluerim*).
- Si la oferta parte del que habría de revestir la calidad de deudor (promitente), por ejemplo, si Juan escribe a Pedro que le conceda un préstamo, el primero está obligado tan pronto como el segundo expide la carta en que concede el préstamo pedido. Desde este momento las dos voluntades convergen en una intención común. Esto no impide que el mutuante pueda revocar su aceptación hasta el momento en que haya llegado a la otra parte, en cual caso no nace la relación obligatoria.

En la primera hipótesis se sigue el principio de la cognición, mientras en la segunda se aplica la teoría de la declaración, atemperada por las legislaciones alemana y suiza.

2.ª En los contratos bilaterales, el oferente se obliga desde el

momento en que se le envía la aceptación. El aceptante no se encuentra definitivamente obligado, por el contrario, sino con la llegada de la aceptación al proponente. En el intervalo entre la expedición y la recepción de la aceptación existe un *negotium claudicans*, y el aceptante se encuentra en una situación análoga al *impubes* que celebra un contrato sin consentimiento del tutor.

En cuanto a la revocación, la oferta puede revocarse hasta que la declaración de aceptación se verifica, y la aceptación hasta su llegada al proponente. En ambos casos, la revocación obra desde el instante en que se transmite, aunque se desconozca todavía, quedando tan sólo a salvo el resarcimiento de los daños producidos a la otra parte ignorante de dicha revocación.

Respecto a la aceptación tácita, aquél a quien se haya hecho una proposición se encuentra vinculado por la ejecución del acto que manifiesta la voluntad tácita de aceptar, por ejemplo, dando cumplimiento al mandato conferido.

No obstante el mérito indudable de la teoría de WINDSCHEID, el sistema por él creado ha sido objeto de una dura refutación. Se ha dicho, en primer término, que en la teoría no hay razón para distinguir entre contratos unilaterales y bilaterales, ni entre estipulante y promitente, mientras está en juego la naturaleza del consentimiento que es la misma en todos los casos y para todas las partes; y, además, que en los contratos bilaterales la doctrina sostiene unánimemente que el vínculo entre los contratantes se forma en un mismo instante, discutiéndose tan sólo cuál sea éste. Por el contrario, WINDSCHEID distingue entre los dos elementos del contrato y considera obligado al oferente antes que al aceptante. De este modo el contrato existe y no existe al mismo tiempo: si el proponente está obligado, es porque el contrato está perfeccionado, y siendo así, no se ve por qué razón no ha de estar comprometido el aceptante (19).

En contra de WINDSCHEID se ha hecho observar también que en la práctica, si bien es cierto que la materia en cuestión carece de un principio absoluto e inflexible, las reglas por él formuladas son tan múltiples y variadas y sin nexo alguno lógico entre sí, que más que el desarrollo completo de un principio semejan una larga exposición de soluciones particulares. Informada su teoría en las reglas de los sistemas que ya conocemos, suscita las críticas desfavorables que cada uno de ellos merece, sin presentar las ventajas que les son propias, y de aquí que, finalmente, sea rechazada (20).

F) Teoría de KOEPPEN.—Este autor se apoya, para la formulación de su particular teoría, en numerosos textos del Derecho romano, y, a diferencia de las tesis anteriores, que intentan determinar el momento de la perfección del contrato entre personas dis-

(19) RAMELLA: Obra citada, pág. 189.

(20) RAMELLA: Obra citada, pág. 190.

tantes a base de la noción del consentimiento, entiendo que la oferta de contrato entre personas lejanas no es sino la dilación de una obligación condicionada a su aceptación, que es a su vez el cumplimiento de la condición suspensiva a que está subordinada la existencia del contrato; de aquí que sea un caso idéntico al crédito nacido de legado, que se adquiere *quasi ex contractu* con la aceptación.

Pero también este sistema es rechazado universalmente, porque las fuentes del Derecho romano (D, XLIV, 7, 55), por muy ingeniosamente que hayan sido aplicadas por KOEPPEN a su tesis, no le prestan fundamento alguno, y si, según este sistema, la oferta no es más que un convenio condicionado a la aceptación del destinatario, es lo cierto que en virtud de la regla de la retroactividad de la condición, el contrato habría de considerarse perfecto desde el instante de la proposición, consecuencia insostenible en las legislaciones vigentes (21).

G) Teoría de PESCATORE.—En Italia fue el primero que, considerando imposible conseguir una solución única que pusiera término a la discusión doctrinal sobre esta materia, formuló varios principios intermedios entre las teorías de la cognición y de la expedición:

1.º En los contratos entre ausentes no se debe tener en cuenta como acto jurídico de aceptación sino el emitido por el aceptante, de tal suerte que le sea imposible reclamar contra él y deba inevitablemente llegar más tarde a conocimiento del proponente.

2.º El conocimiento de la aceptación por parte del proponente no es un extremo indispensable para la formación del contrato: así, pues, emitido y convertido en irrevocable el acto de aceptación, se forma entre ambas partes, y aun no habiendo llegado a noticia del proponente, el vínculo jurídico, en los siguientes casos: a) Si el proponente ha expresado su voluntad en este sentido. b) Si esta voluntad está implícita en las condiciones de la proposición misma. c) Si el contratante acepta inmediatamente, mandando su aceptación tan pronto como le sea posible.

3.º Si el contratante difiere por algún tiempo la respuesta para deliberar sobre su propia conveniencia, la aceptación retrasada no vincula al proponente sino cuando de ella tenga noticia *re integra*, sin que haya cambiado el estado de cosas existentes en el momento de la proposición.

Como puede observarse, este sistema, si no en los principios que lo determinan, al menos en sus resultados, se aproxima a la doctrinal de la cognición, estableciendo PESCATORE un principio hoy generalmente admitido: cualquier interrogación u oferta su-

(21) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la 7.ª edición italiana por la Redacción de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, Imprenta de la RGLJ, 1910, tomo III, pág. 216; RAMELLA: *Obra citada*, pág. 191.

pone la concesión del tiempo indispensable para enviar la respuesta (22).

En cuanto al momento de la formación del contrato, la solución propuesta se aplicará a un restringido número de casos; aquellos, por ejemplo, en que la respuesta se dé por telégrafo con la modalidad especial de urgencia. En los otros casos, que serán los más, la irrevocabilidad se determinará por la ausencia de revocación, pues sólo se podrá decir que una declaración de contrato es irrevocable cuando no se haya revocado. Esta declaración no será, por lo tanto, acto jurídico, salvo el caso de que haya llegado a su destino (23).

H) Teoría de GIORGI.—Este tratadista refuta los sistemas clásicos como doctrinas absolutas que han de traducirse en reglas positivas para todos los casos, si bien reconoce su utilidad para solucionar casos particulares, por lo que estima preferible examinar la cuestión desde varios puntos de vista, esto es, para los efectos de la competencia, para los efectos de determinar entre las varias leyes imperantes en lugares diversos donde viven el oferente y el aceptante cuál sea la reguladora del contrato, y para los efectos de establecer cuándo la promesa y la aceptación se hacen irrevocables, o para determinar el perfeccionamiento del vínculo contractual, la capacidad de los contrayentes y, finalmente, los efectos del contrato.

Dejando aparte los aspectos de su doctrina que se refieren al lugar de perfección del contrato, nos interesa destacar ahora que GIORGI sostiene que la proposición que requiere aceptación puede ser revocada mientras no es conocida del destinatario, y que, en cambio, la promesa unilateral es irrevocable.

Respecto a la muerte o incapacidad, pueden impedir la formación del contrato en los siguientes casos: 1.º Si el oferente declara expresamente que no se considera obligado hasta que no reciba aceptación expresa; y 2.º Cuando haya transcurrido el tiempo dentro del cual haya de hacerse la aceptación expresa.

Tiene la teoría de GIORGI el mérito de haberse sustraído a la rigidez de los cuatro sistemas que se disputaban la hegemonía, y si bien puede discreparse de las reglas que formula, inspiradas en el mismo espíritu que anima las concepciones de WINDSCHEID y PESCATORE, justo es reconocer que obedecen al deseo de simplificar, ofreciendo soluciones claras y sencillas.

1) Conclusiones críticas.—En los apartados anteriores hemos expuesto los argumentos más destacados de los autores en favor y en contra de cada uno de los sistemas que pretenden resolver la cuestión, tan interesante como debatida, consistente en determinar el momento en que se perfeccionan los contratos entre perso-

(22) RAMELLA: Obra citada, pág. 192.

(23) RAMELLA: Obra citada, pág. 192.

nas distantes. No se ha pretendido, por tanto, otra cosa que esbozar los criterios que han servido para defender una u otra teoría, porque esta materia ha llegado hace ya tiempo a un estado que podríamos llamar de saturación jurídica y sería inútil e ineficaz todo intento de establecer nuevos principios en lo que en la actualidad ha sido resuelto en la mayoría de las legislaciones, según tendremos ocasión de indicar seguidamente; y en el Derecho español, aunque, como veremos, las normas positivas se prestan a diversas consideraciones, es forzoso partir de la regulación legal para resolver los conflictos que en relación con este problema se presenten.

Nos interesa únicamente poner de relieve, a los fines de nuestra exposición, que tanto los sistemas, que podríamos llamar clásicos, de la declaración, expedición, recepción y cognición, como los de los otros autores que han intentado superarlos, tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y que a la hora de decidir, aparte de desechar los sistemas extremos de la declaración y de la cognición, no es posible adoptar una posición absoluta y rígida, sino que parece más oportuno inclinarse por criterios más flexibles que puedan adaptarse a los varios casos que la realidad ofrece. En este sentido es conveniente destacar el meritorio esfuerzo de las doctrinas más modernas para resolver, no sólo el específico problema del momento de perfección, sino también los demás que surgen del hecho de la distancia que separa a las partes contratantes y del intervalo que media entre sus respectivas declaraciones, y a este respecto no debemos silenciar que la legislación española, al concretarse únicamente a las cuestiones del momento lugar de perfección del contrato, ofrece la posibilidad de arbitrar las soluciones más convenientes en los demás casos, sin sujeción a un criterio rígido e inflexible.

2. *Derecho comparado.*—Si en la doctrina jurídica ha podido observarse una gran diversidad de opiniones respecto al problema del momento de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes, no es menor la discrepancia existente en las legislaciones, de las cuales unas siguen la teoría de la declaración, otras las de la expedición, las hay que acogen la doctrina de la recepción, algunas la de la cognición, y no faltan casos de sistemas de carácter mixto, que introducen determinadas modificaciones o derogaciones en alguno de los expuestos o intentan combinar varios de ellos.

El examen del Derecho comparado en esta cuestión nos permite formular una observación de mucho interés para valorar aquellas teorías, y es que, como vamos a ver seguidamente, las de la declaración y de la expedición son adoptadas principalmente por los Códigos de Comercio, mientras que las doctrinas de la recepción y de la cognición suelen ser incorporadas a los ordenamientos civiles: lo que parece indicar, por lo menos en términos

generales, la bondad de las teorías primeramente indicadas para las necesidades del tráfico mercantil, al paso que las enunciadas en segundo lugar obtienen mayor preferencia para regular las relaciones civiles sobre la base de la seguridad jurídica.

A) Legislaciones que adoptan el sistema de la declaración.— De los países que siguen el sistema de la declaración, algunos copian el artículo 54 del Código de Comercio español, planteando así la duda que suscita este precepto que, como tendremos ocasión de considerar, puede responder tanto a la doctrina de la declaración como a la de la expedición.

Transcriben literalmente el citado artículo 54 los Códigos de Comercio de Honduras (art. 87), Marruecos (antigua zona de Protectorado español) (art. 51), Méjico (art. 80) y Cuba (art. 54), según los cuales «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados *desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada*».

Además, siguen el sistema de la declaración Ecuador y El Líbano.

El Código de Comercio de la República del Ecuador previene en su artículo 145, primera parte, que «*desde la aceptación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda perfeccionado y surte todos sus efectos legales*».

El artículo 184 del Código de las Obligaciones y Contratos del Líbano dice que «cuando los tratos tienen lugar entre ausentes, por correspondencia o por mensajero, el contrato es perfecto *desde el momento y en el lugar donde el destinatario de la oferta ha emitido su aceptación*».

B) Legislaciones que siguen el sistema de la expedición.— Los Códigos de algunos países prefieren el sistema de la transmisión o expedición. Entre ellos pueden citarse:

Argentina, cuyo Código civil dispone en su artículo 1.154 que «*la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiere mandado al proponente*».

Brasil, que expresa en su Código de Comercio (art. 127, proposición primera) que «los contratos tratados por correspondencia epistolar se reputan concluidos y obligatorios *desde que el que recibe la oferta expide la carta de respuesta aceptando el contenido propuesto sin condición ni reserva*».

Colombia, cuyo Código de Comercio terrestre declara en su artículo 188, proposición primera, que «*en el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta, el contrato queda perfeccionado y produce todos sus efectos legales*».

Costa Rica, cuyo Código civil, en su artículo 12, establece que «si las partes no estuvieren reunidas, la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente para este objeto. Si no se ha fijado el plazo, se tendrá por no aceptada la propuesta si la

otra parte *no respondiere* dentro de tres días, cuando se halle en la misma provincia, dentro de diez, cuando se no se halle en la misma provincia, pero sí en la República, y dentro de sesenta días, cuando se hallare fuera de la República».

Suiza, que se adhiere también al sistema de la expedición en su Código de Obligaciones y Contratos, al decir su artículo 10 que «el contrato concluido entre ausentes produce sus efectos *desde el momento en que se expide la aceptación*», si bien añade que «si no se necesita una aceptación expresa, los efectos del contrato arrancan del momento del recibo de la oferta». Idéntico texto rige en Turquía, en virtud de la recepción del Código suizo de las Obligaciones.

Deben incluirse también en este lugar los Derechos anglosajones, en los que domina la teoría de la expedición, o, como dicen, la regla de la aceptación depositada (*the deposited-acceptance rule*).

C) Legislaciones que acogen el sistema de la recepción.— Constituyen el grupo más numeroso y entre ellas figuran algunos de los Códigos más modernos y progresivos.

El artículo 862 del Código civil austriaco consigna, en su apartado segundo, que «en cuanto a la promesa escrita es necesario distinguir si las dos partes se hallan o no en el mismo lugar. En el primer caso, la aceptación debe seguir y ser notificada a la parte que ha hecho la promesa dentro de veinticuatro horas, y en el segundo caso, dentro del término necesario *para recibir sus respuestas*; de otro modo la promesa se considera como no recibida».

El § 130 del Código civil alemán, con respecto a las declaraciones de voluntad en general, dice, en su párrafo primero, que «una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, si es emitida en su ausencia, se hace eficaz *en el momento en que llega a él*»; y con relación a los contratos, previene, en el § 147, párrafo segundo, que «la oferta hecha a un ausente sólo puede ser aceptada hasta el momento en que el oferente puede esperar *la llegada de la respuesta en circunstancias normales*».

El Código civil de China, a semejanza del alemán, dice en su artículo 95, párrafo primero, con referencia en general a las declaraciones de voluntad, que «la declaración de voluntad hecha de otro modo que de viva voz produce sus efectos *en el momento en que la notificación llega a la otra parte*», y en el 157, para los contratos, que «la oferta hecha de otro modo que de viva voz deja de obligar, si no es aceptada por la otra parte, dentro del término en que se pueda esperar en circunstancias normales *la llegada de la aceptación*».

En Italia, aunque el Código de 1942 parece seguir, en su artículo 1.326, párrafo primero, la doctrina de la cognición, al decir que «el contrato se perfecciona en el momento en que quien ha hecho la oferta *tiene conocimiento de la aceptación* de la otra parte», debemos considerar, no obstante, que el sistema mixto que

establece se acerca más al de la recepción, pues el artículo 1.335 cuida de aclarar que «la oferta, la aceptación, la revocación de ambas y toda otra declaración directa a una determinada persona, se reputan conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, si éste no prueba haber estado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener noticia». Por otra parte, el artículo 1.327 dice que «si a solicitud del proponente o por la naturaleza del negocio y los usos, la ejecución deba hacerse sin una previa respuesta de aceptación, el contrato se concluye en el tiempo y en el lugar en que se ha comenzado la ejecución», y para los actos unilaterales, el artículo 1.334 establece que «producen efecto en el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que son destinados».

El artículo 227, primera parte, del Código de Obligaciones y contratos de Marruecos previene que «la aceptación por correspondencia postal, telegráfica o telefónica no obliga al que hizo la oferta sino desde que la carta, el telegrama o el telefonema llegó a su conocimiento».

El artículo 1.807 del Código civil mejicano dice que «el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación».

El Código portugués expresa, en su artículo 653, que «el proponente está obligado a mantener su propuesta mientras no reciba respuesta de la otra parte».

El artículo 75 del Código de Comercio del Salvador dice que «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se reciba contestación aceptando la propuesta o las modificaciones con que ésta fuere aceptada».

El Código civil soviético dispone, en su artículo 134, que «el contrato entre ausentes se considera concluido en el momento en que proponente ha recibido la respuesta, salvo que no resulte lo contrario del espíritu de la propuesta».

El artículo 1.265, párrafo primero, del Código civil uruguayo expresa que «el contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente».

El art. 1.137 del nuevo Código civil venezolano establece que «el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte; pero, como el Código italiano, declara que «la oferta, la aceptación o la revocación, por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, al menos que éste pruebe haberse hallado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla», y en su artículo 1.138 vierte el contenido del citado artículo 1.327 del Código civil de Italia.

D) Legislaciones que sancionan el sistema de la cognición:— Entre los textos legales, de que hemos podido disponer, solamente

los Códigos civiles de Cuba y Honduras y el de Comercio de Venezuela siguen la teoría de la cognición; los dos primeros por ser sus artículos 1.262, párrafo segundo, y 1.553, párrafo segundo, respectivamente, copia fiel del artículo 1.262, párrafo segundo del Código civil español, que, como veremos, es uno de los pocos que adoptan el sistema del conocimiento; y el de Venezuela, al prevenir en su artículo 120, párrafo primero, que «el contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto *si la aceptación no llega a conocimiento del proponente* en el plazo por él fijado o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio»; pero el párrafo cuarto del mismo artículo establece que «en los contratos unilaterales, las promesas son obligatorias al llegar a conocimiento de la parte a quien van dirigidas».

3. *Derecho español.*—En nuestro ordenamiento jurídico, la resolución del problema que consiste en determinar en qué momento ha de entenderse perfeccionado un contrato celebrado entre personas distantes, ofrece la particularidad de que, contenida en el Código civil y en el de Comercio, adopta en cada uno de ellos un criterio diferente. Así, el Código civil, en el párrafo segundo de su artículo 1.262 preceptúa que *«la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento»*, mientras que el Código de Comercio declara, en su artículo 54, que *«los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada»*.

Por lo que se refiere al Código civil, ha de estimarse que el párrafo segundo del artículo 1.262 constituye una regla especial que modifica, en la modalidad de contratación que estamos examinando, las normas generales que, respecto al modo de perfección de los contratos y de expresión del consentimiento, consignan los artículos 1.258 y 1.262, párrafo primero, respectivamente. En efecto, es evidente que, conforme al artículo 1.258, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, pero en los que tienen lugar entre personas distantes, el problema estriba precisamente en concretar en qué momento debe entenderse existente dicho consentimiento; y, asimismo, si el párrafo primero del artículo 1.262 dice que *«el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»*, el párrafo segundo cuida de adaptar el caso general que contempla aquél a los supuestos especiales de contratación por medio de carta.

Por otra parte, el artículo 623 del Código civil, con relación a las donaciones, ratifica el contenido del 1.262, párrafo segundo, al expresar que *«la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario»*.

Parece, pues, que frente al sistema de la declaración, que resultaría de atender exclusivamente a los artículos 1.258 y 1.262, párrafo primero, del Código civil, éste adopta el del conocimiento o cognición, según se prefiera denominarlo.

No obstante la rotunda afirmación en que se produce, el artículo 1.262, párrafo segundo, plantea varios problemas. Dejando aparte el de si la aceptación obliga al aceptante desde que es emitida hasta que llega a conocimiento del oferente, o por el contrario, podrá éste revocarla empleando un medio de comunicación más rápido, lo que será objeto de particular atención en otro lugar de este trabajo, queremos detenernos a exponer ahora dos puntos de especial interés, que son: 1.º Si la regulación del Código se refiere exclusivamente a la contratación por carta o debe entenderse que rige en todo caso de contratación entre personas distantes; y 2.º Si el Código sanciona efectivamente la teoría de la cognición.

En cuanto al primer extremo, la opinión dominante (CASTÁN, MUCIUS SCAEVOLA, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) es que la solución del Código civil habrá que aplicarla, no sólo a los supuestos en que el contrato resulte de una aceptación hecha por carta, sino también a la efectuada por telegrama, telefonema y aun nuncio; y ello porque, aunque desde el punto de vista gramatical, en la palabra «carta» no puede entenderse comprendido todo género de comunicación, debe hacerse observar que, en realidad, el precepto del artículo 1.262 se basa en la consideración de que el concurso de voluntades no es perfecto hasta que la del aceptante llegue a noticia del oferente, y a este efecto resulta indiferente que se escriba una carta o se use cualquier otro instrumento de transmisión de la palabra, siempre que éste consiga la finalidad de poner en relación al aceptante con el oferente; y, además, por razones de analogía, no hay obstáculo en aplicar la regla del artículo 1.262, párrafo segundo, a todos aquellos supuestos en que la aceptación no tiene lugar en presencia del oferente.

Respecto al segundo problema enunciado, es de notar que los inconvenientes que concurren en el sistema de la cognición subsisten en el régimen del Código civil y dan lugar a que en algún caso la estricta observancia de dicha doctrina conduzca a resultados manifiestamente injustos. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que de mala fe el oferente retrase la toma de conocimiento no leyendo o no abriendo la carta recibida, a pesar de poder hacerlo, en los que, como dicen PÉREZ y ALGUER, «no puede admitirse lisa y llanamente la solución que resulta de la aplicación rigurosa del sistema del conocimiento, porque no puede suponerse que haya sido intención del legislador abandonar al capricho del oferente el perfeccionamiento del contrato, toda vez que existe coincidencia de voluntades, debiendo, por tanto, en tales casos, entenderse perfeccionado el contrato en el momento en que el oferente pudo tomar conocimiento de la aceptación re-

cibida» (24). Por eso PUIG PEÑA, a pesar de defender la doctrina de la cognición, entiende que, en definitiva, «hay que adoptar, para la solución de muchos supuestos, el criterio de la culpabilidad» (25). Y, a nuestro juicio, no es aventurado suponer que la conducta del oferente, que tienda maliciosa y unilateralmente a impedir la formación del contrato, incide en el supuesto de hecho del artículo 1.256 del Código civil, según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

La orientación más atinada en este punto viene esbozada por PUIG BRUTAU, quien, después de citar, como nosotros, a PÉREZ y ALGUER, dice que sus palabras «señalan certeramente en qué sentido de deforma la disposición legal: lo que está ordenado a base de una realidad (enterarse el oferente), se identifica o tiende a equipararse con una posibilidad (poder enterarse de la aceptación el mismo proponente). Por ello creemos que nuestro sistema hace tránsito, en la práctica, al que dispone que los contratos se perfeccionan al recibir el oferente la aceptación» (26).

Alberto BLANCO, ante las dificultades que suscitara la prueba de un hecho psicológico cual el conocimiento de la aceptación, opina que «mucho más lógico parece entender o que la recepción es suficiente, o presumir por ella el conocimiento de la aceptación» (27). Esta es la solución que ha prevalecido en el Código italiano de 1942, cuyo artículo 1.335, reproducido por el 1.137 del nuevo Código civil de Venezuela, desvirtúa el sistema de la cognición, que a primera vista parece imperar en dichas legislaciones, con una presunción, aunque *iuris tantum*, en virtud de la cual la aceptación se presume conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario de la misma, es decir, al oferente, a menos que éste pruebe haberse hallado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.

Aunque no exista en nuestro Derecho positivo un precepto análogo a los artículos 1.335 del Código italiano y 1.137 del venezolano, es lo cierto que en alguna ocasión deberá adoptarse la misma regla para resolver los problemas que la realidad ofrezca, cuando las circunstancias del caso y la necesidad de proteger el interés del aceptante, obliguen a trasladar el centro de gravedad de la perfección del contrato desde el instante del conocimiento al de la llegada de la aceptación, para evitar que una actitud dolosa del oferente impida la aplicación en sus propios términos del párrafo segundo del artículo 1.262.

Si pasamos a la esfera mercantil, nos encontramos con que

(24) ENNECERUS: Obra citada, pág. 147.

(25) *Tratado de Derecho civil español*, 1.ª edición, Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1946, tomo IV, vol. 2.º, pág. 55.

(26) Obra citada, pág. 226.

(27) Citado por CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, tomo III, 1951, pág. 387.

la casi totalidad de nuestros autores (BENITO, BLANCO CONSTANS, GARRIGUES, URUS MORATA, PÉREZ y ALGUER y, al parecer, CASTAN, se inclinan a pensar que el artículo 54 del Código de Comercio adopta el sistema de la emisión o declaración, sin que falte alguno que, como PUIG BRUTAU, estime que dicho precepto sigue la teoría de la expedición.

Ciertamente, la expresión del Código «desde que se *conteste aceptando* la propuesta» reviste cierta ambigüedad, pudiendo referirse tanto a la mera redacción de una carta de respuesta a la oferta o a la preparación de un medio de trasladar la aceptación al oferente, como al acto de enviar ésta al mismo, pues el texto legal no dice «desde que se *acepte la propuesta*», caso en el cual consagraría claramente el sistema de la declaración, sino «desde que se *conteste aceptando*», lo que parece dar a entender que, supuesta la aceptación y vertida ésta en una carta o en cualquier otro medio análogo, se ponga aquélla o éste a disposición del oferente, haciéndola salir de la esfera de poder del aceptante, mediante su remisión o expedición. Contestar es responder a una pregunta, por lo que es lógico que se conteste precisamente a aquel que la formuló (o a otra persona en su nombre), y de ahí que la respuesta de aceptación no tendría sentido a no ser considerada en relación con su destinatario. Si el artículo 54 se entendiera en forma que la contestación-aceptación debiera poder llegar a conocimiento del proponente, por haberla colocado su autor fuera de la esfera de acción de su voluntad, se evitarían los inconvenientes que presenta el sistema de la declaración, que si bien está a tono con la rapidez propia de las operaciones mercantiles, puede conducir al absurdo de que el oferente no llegue a tener noticia de la aceptación, no obstante haber el aceptante «contestado aceptando la propuesta», si, por ejemplo, la respuesta no se dirige al oferente o si, aun dirigida al mismo, no se hace lo necesario para que llegue a su conocimiento.

Sea cual fuere el entendimiento que quiera darse al contenido de su artículo 54, debe censurarse a los autores del Código de Comercio vigente por haber modificado la redacción del artículo 243 del de 1829, que claramente adoptaba el sistema de la expedición, y no hubiera provocado las dificultades apuntadas. A este respecto, y partiendo de la base de que el artículo 54 del Código de 1885 sigue la doctrina de la declaración, Lorenzo BENITO se pronunciaba en contra de la nueva redacción, «sin que el legislador haya explicado el porqué de la reforma», pues «aun sin haberlo explicado satisfactoriamente, estaría justificada la sustitución de un precepto legal por otro, cuando la ventaja del último fuera evidente; pero cuando, como en el caso actual, no ocurre esto, no es dar gran muestra de prudencia y circunspección en el arte de legislar introducir variaciones en la ley que nadie ha exigido y que no responden tampoco a una verdadera

necesidad» (28); y BLANCO CONTANS, sobre la misma base, estimaba que «debe reformarse el artículo 54 del Código de Comercio aplicando el sistema de la transmisión, más conveniente para el comercio, que no el de la declaración actual» (29).

La disparidad de criterio entre la regulación del Código civil y la del mercantil fué mal acogida por nuestros autores. Lorenzo BENITO, por ejemplo, se preguntaba qué diferencia hay entre los contratos civiles y mercantiles para que estén sometidos a leyes distintas; «si nuestro Código civil—decía—fuera de principios de siglo, como el Código de Napoleón, aun podría tolerarse que se inspirara en la teoría de la formación; pero siendo casi *fin du siècle*, y acentuándose cada vez más las corrientes que llevan al Derecho civil a vaciarse en los moldes de mercantil, no se concibe fácilmente cómo el legislador ha abandonado, sin razón ni motivo, la solución del Código de Comercio, que es la más apropiada para toda clase de contratación, dadas las condiciones económicas, de la vida moderna» (30).

Pero, a nuestro modo de ver, si, como expresa BOLAFFIO, «en las relaciones civiles, los contratos, normalmente fruto de gestiones ni simples ni breves, son concluidos, por regla general, entre individuos que se conocen personalmente, que se encuentran en presencia uno del otro, y, en cambio, en las relaciones comerciales, los mayores negocios por número e importancia se concluyen por medio de la correspondencia epistolar o telegráfica, entre casas y sociedades que tratan entre sí principalmente por la reputación que gozan de solvencia y de honestidad comercial» (31), parece aconsejable regular la materia de la contratación *inter absentes* en un sentido que tienda a facilitar hasta el máximo la contratación mercantil, donde las exigencias del tráfico han de triunfar sobre el principio de la seguridad jurídica, y, en cambio, establecer mayores garantías en el ámbito de la contratación civil, donde el problema se presentará con menor frecuencia y donde deberá velarse principalmente por la seguridad de las relaciones jurídicas; por lo que, si bien lo deseable sería que fuera uno y el mismo el criterio adoptado por la legislación civil y la mercantil, para evitar los conflictos que pudieran suscitarse en caso de duda sobre la naturaleza civil o mercantil de un determinado contrato, no es del todo desafortunada la dualidad legislativa que ofrecen nuestros cuerpos legales. Lo que sí merece censura es que el Código civil no se haya inspirado preferentemente en el sistema de

(28) RAMELLA: Obra citada, pág. 590.

(29) *Reformas que deben introducirse en el Código de Comercio vigente*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 93, 1898, pág. 346.

(30) RAMELLA: Obra citada, pág. 591.

(31) *De las obligaciones comerciales en general*, traducción de la 6.ª edición italiana por Delia VITERBO DE FRIEDER y Santiago SENTIS MELENDO. Buenos Aires, Ediar, S. A., 1947, págs. 1-2 (tomo III del *Derecho comercial de BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE*).

la recepción, y que el de Comercio, según se ha dicho, haya introducido la confusión en una materia que estaba claramente perfilada en el Código de 1829.

IV. LUGAR DE FORMACIÓN

Muy interesante es determinar el lugar en que ha de considerarse perfeccionado el contrato celebrado entre personas distantes, cuando éstas se hallen sometidas a la competencia territorial de distinto órgano jurisdiccional dentro del mismo país, o a las leyes de distintos países, para saber qué tribunal habrá de conocer de las incidencias del contrato o qué ley habrá de aplicarse.

Como advierte PUG BRUTAU, al hablarse de lugar de la formación del contrato se emplea un lenguaje figurado con el que se abrevia la expresión del problema de que se trata, que no consiste en saber propiamente dónde ha tenido lugar un acontecimiento físico, sino en resolver dónde es más justo que sea entablado un litigio y qué normas son las más procedentes para su decisión (32).

Desde el punto de vista dogmático, el problema del lugar de perfección de los contratos entre personas distantes puede examinarse en relación con el del momento en que se perfeccionan, de tal modo que según sea la solución que se haya dado a este último, se determinará el lugar por la referencia al de la oferta o de la aceptación, o al del domicilio del oferente o del aceptante. Así, si se adoptan las teorías de la declaración o de la expedición, lo lógico será entender que el lugar de perfección del contrato es el en que se hubiere hecho la aceptación, mientras que si se siguen los sistemas de la recepción o de la cognición es natural que el lugar de perfección sea el en que recibe la aceptación el oferente o el en que hizo la oferta.

VIVANTE, en relación con el Código italiano, entiende que el contrato deviene perfecto, generalmente, en el lugar en que el proponente recibe noticia de la aceptación (33), sosteniendo asimismo ARRILLAGA que, en caso de que el lugar de recepción de la conformidad sea distinto de aquel en que se hizo la oferta, es más acertado entender que el lugar de perfección del contrato es aquél en que se recibe la aceptación (34).

En el Derecho comparado pueden observarse distintas soluciones sobre la cuestión del lugar de formación del contrato, y así, mientras unas legislaciones consideran que el lugar de perfección es el de la formulación de la oferta (Código civil de Hon-

(32) Obra citada, pág. 240.

(33) *Istituzioni di Diritto commerciale*, 2.ª edición, Milano, Urico Hoepli, 1924, pág. 182.

(34) *Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas*, en «Revista de Derecho Mercantil», tomo XIV, núm. 40, 1952, págs. 64-65.

duras, art. 1.553, párr. segundo, *in fine*; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 227, párr. segundo; Código de Comercio de Venezuela, art. 123), otras reputan celebrado el contrato en el lugar de aceptación (Código de las Obligaciones del Líbano, art. 184) o en el de la residencia del aceptante (Códigos de Comercio de Colombia, art. 191, y del Ecuador, art. 147), o en el lugar en que el oferente recibe la aceptación (Código civil del Uruguay, art. 1.265), o en el que empieza a ejecutarse el contrato cuando el oferente no requiere aceptación expresa (Código civil italiano, art. 1.327 y Código civil de Venezuela, artículo 1.138).

En nuestro Derecho, el Código civil resuelve claramente el problema del lugar de perfección de los contratos celebrados entre personas distantes en su artículo 1.262, párrafo segundo, segunda parte, al disponer que, en el caso de aceptación hecha por carta—y lo mismo podrá decirse de la efectuada por cualquier otro medio de transmisión, según hemos indicado—, «*el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*».

Esta solución es la que también habrá de seguirse en materia mercantil, pues ante el silencio del Código de Comercio sobre el particular debe acudir, conforme a su artículo 50, a los preceptos generales del Derecho común, es decir, al Código civil. No obstante, hemos de poner de relieve que dicha conclusión no parece la más lógica, porque si es cierto que resulta plenamente adecuada en el Derecho civil, que considera celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, que normalmente será el mismo en que el oferente reciba y conozca la aceptación, lo que determina el perfeccionamiento del contrato, no lo es menos que en el Derecho mercantil el contrato se forma precisamente en el momento en que se contesta aceptando la propuesta.

El precepto del artículo 1.262 del Código civil se limita a sentar una presunción que deja a salvo el derecho de las partes para acordar, como lugar de perfección del contrato, otro distinto de aquél en que se hizo la oferta; y según hace observar MUCIUS SCAEVOLA, dicha presunción, como legal que es, dispensa de toda prueba al que, en caso de litigio, sostenga la competencia del juez del lugar donde se hizo la oferta, debiendo el que afirma que el contrato se perfeccionó en otro lugar, probarlo cumplidamente, prevaleciendo, en tanto dicha prueba no tenga lugar, la presunción legal (35).

V. CRUCE DE OFERTAS

Otro de los problemas que puede ofrecer la circunstancia de que la contratación tenga lugar entre personas separadas entre sí, es el de saber qué sucede cuando las manifestaciones de las partes

(35) *Código civil*, Madrid, edición y administración de las obras de Q. MUCIUS SCAEVOLA, 1904, tomo XX, pág. 592

no aparecen en la forma normal de una oferta seguida de aceptación, sino como ofertas independientes sobre el mismo contenido que se cruzan sin previo conocimiento de sus autores. Como dice RAMELLA, no es raro el caso, especialmente entre personas que mantienen relaciones mercantiles, de que mientras una hace proposiciones a otra, por ejemplo, de venta de determinadas mercancías por cierto precio o de ejecutar encargos especiales, esta última, antes de recibir aquella oferta, haya enviado al primero una proposición coincidente (36).

¿Puede, en tal caso, estimarse perfeccionado el contrato por la coincidencia de voluntades, existente en la realidad, sobre los términos de aquél? No han faltado autores que han creído en la eficacia de las ofertas cruzadas para originar el nacimiento del contrato. GIRAULT, ROBERT y VALERY, entre otros, entendían que la distinción que se hace en los contratos entre oferta y aceptación responde únicamente a la iniciativa de ordinario tomada por una de las partes, y sostenían que esta circunstancia no es condición esencial del contrato, toda vez que las legislaciones actuales no han impuesto ninguna forma especial a la manifestación del consentimiento, al modo de las formas solemnes de pregunta y respuesta de la *stipulatio* del Derecho romano. Añadían que, con el sistema opuesto, si ambos contratantes se envían cartas confirmatorias con que perfeccionar su consentimiento, se deducirá que el contrato tiene sus orígenes en lugares y tiempos distintos, consecuencia por sí misma inadmisibles. En fin, como el cruce de correspondencia se verifica generalmente entre personas relacionadas por sus asuntos y que están dispuestas a celebrar otros, mayormente es cierta la existencia del consentimiento recíproco de las partes sin necesidad de ulteriores informes (37). Entre los autores modernos, PUG BRUTAÚ, inspirándose en las orientaciones del derecho angloamericano, que atribuye fuerza vinculante al cruce de ofertas, parece adherirse también a la tesis afirmativa, y estima que el problema no debe resolverse en términos propios de la jurisprudencia de conceptos, sino con un criterio valorativo de los intereses en pugna (38).

No obstante, a nuestro juicio, no puede admitirse sin más un criterio favorable a la existencia del contrato, cuando es lo cierto que ni los mismos interesados han previsto siquiera la conclusión del mismo. En efecto, en el supuesto de cruce de ofertas existe *por casualidad* un resultado que es igual al contenido de un contrato, pues hay dos declaraciones de voluntad coincidentes, pero el resultado no ha sido *querido* inmediatamente por los autores de las ofertas, quienes, cada uno en particular, no han tenido intención de quedar obligados con su oferta más que por la aceptación del destinatario de la misma y no por su

(36) Obra citada, pág. 218.

(37) Citados por RAMELLA: Obra citada, pág. 219.

(38) Obra citada, pág. 209.

propia declaración. Si A ofrece a B la venta de un objeto por un precio determinado, su intención ha sido la de quedar obligado si B acepta cosa y precio; pero como ignora que B le hace una oferta coincidente no puede en modo alguno reputarse la oferta de A como aceptación de la de B ni ésta como aceptación de la de A. Las declaraciones de voluntad de A y B han coincidido, no intencional, sino fortuitamente.

El perfeccionamiento del contrato exige la coincidencia de dos manifestaciones de voluntad; pero esto sólo no basta, pues la doctrina enseña que éstas han de ser de naturaleza *recepticia*, es decir, que tanto la oferta como la aceptación deben ser dirigidas a un destinatario y recibidas por éste.

Se añade también, en oposición a quienes ven en el cruce de ofertas un principio apto para dar vida al contrato, que es posible que, al hacer la oferta, su autor haya contado con el tiempo necesario para el cambio de sus respectivas declaraciones contractuales, de modo que, si como consecuencia de un cruce de proposiciones desaparece parte del tiempo que normalmente había previsto antes de que el contrato se concluyera, nada autoriza a pensar que al autor de la oferta le resulte indiferente dicha circunstancia, pues por ser el tiempo en que se ha de celebrar el negocio un elemento constitutivo de la oferta, resulta que si con la aceptación se cambia el citado elemento temporal, será necesaria, para estimar perfecto el contrato, una nueva declaración del primitivo oferente en la que acepte la modificación, lo que quiere decir tanto como que el simple cruce de ofertas no es bastante a perfeccionar el contrato, aunque en las mismas se dé identidad en los elementos constitutivos (39).

En el ámbito del Derecho español creemos que el cruce de ofertas es inoperante. Si el artículo 1.262 del Código civil expresa que el consentimiento se manifiesta por el *curso de la oferta y de la aceptación* sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, y que para la perfección de éste es preciso que *la aceptación llegue a conocimiento del oferente*, y si el artículo 54 del Código de Comercio exige igualmente que *se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada* (nueva oferta), es claro que nuestro ordenamiento jurídico requiere que la oferta sea conocida por el destinatario de la misma de modo que como consecuencia de ella emita y envíe la aceptación, es decir, que las dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) han de ser no sólo coincidentes, sino causa la una de la otra.

Consecuencia de lo expuesto es que cada una de las ofertas podrá revocarse hasta que la aceptación sobrevenga, o sea, hasta que una de las partes, respondiendo a la oferta de la otra, emita y dé a conocer su aceptación.

En general, para evitar malas interpretaciones, sucede en la

(39) MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 112-113.

práctica que cada uno de los oferentes, o uno sólo de ellos, al recibir la oferta del otro se apresura a contestarle confirmándole su primitiva declaración de voluntad; pero en tal supuesto es evidente que el contrato se perfecciona, no en virtud de las dos ofertas independientes cruzadas, sino de la confirmación-aceptación que recae sobre una de ellas.

VI. SUSTANTIVIDAD DE LA OFERTA

1. *Doctrina.* El problema llamado de la autonomía o sustantividad de la oferta después de emitida, o, en otras palabras, el de saber qué ocurre cuando el oferente muere o deviene incapaz mientras está pendiente la aceptación, es otro de los que se plantean en la contratación entre personas distantes, derivado de la existencia de un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación.

El Derecho común sostuvo la tesis de que la oferta, antes de la consumación del contrato, no contaba con una existencia sustantiva, pues, como dice ENNECCERUS, «no tenía más soporte que la voluntad del declarante y, por tanto, caducaba si antes de consumarse, el declarante fallecía o perdía su capacidad» (40), con la consecuencia de que los herederos del muerto o incapacitado no estaban obligados a cumplir la oferta.

Los autores partidarios de esta orientación aducían, en esencia, los siguientes argumentos:

a) No cabe sucesión respecto de los herederos, ya que sólo se transmiten *mortis causa* los derechos y obligaciones, por lo que, en el caso de muerte de uno de los contratantes, sin que el contrato haya llegado a perfeccionarse, no surgen derechos y obligaciones que transmitir.

b) Las declaraciones de voluntad guardan una absoluta dependencia respecto de la persona que las emite, y corren su misma suerte si, antes de haberse transformado en elemento integrador del contrato, desaparece su voluntad eficaz por muerte o incapacidad sobrevenida. La perfección del contrato requiere la persistencia y coexistencia de las voluntades de las dos partes hasta el momento de la formación del mismo, por lo cual, si antes de haberse concluido acontece la incapacidad o muerte de una de las dos partes, no sólo no se da la persistencia de la voluntad, sino que ésta habrá desaparecido al faltar material y jurídicamente el sujeto.

c) La subsistencia de la capacidad del oferente es necesaria en tanto haya posibilidad de revocación, pues de otro modo, es decir, si fuera revocable la oferta, pero por la incapacidad sobrevenida no pudiera ejercitarse dicha facultad, nos hallaríamos con la anomalía de que el incapaz no podría hacer la revocación a que tiene derecho y que podría ejercitar caso de no haberle sobrevenido la incapacidad o muerte, quedando de tal modo la

(40) Obra citada, pág. 148.

oferta convertida en irrevocable, contra la regla general que no admite esta posibilidad.

d) Tanto la oferta como la aceptación son revocables hasta la conclusión del contrato, por lo cual debe admitirse su caducidad en los sistemas jurídicos consensualistas, regla que está de acuerdo con el principio que impide la cesión de manifestaciones de voluntad no obligatorias; igual que la revocación de la oferta las circunstancias de muerte o incapacidad tendrán naturaleza no recepticia, operando en consecuencia sin necesidad de que sean conocidas por los interesados (41).

Frente a la posición de quienes sostienen que la muerte o incapacidad del oferente produce, como consecuencia incontrovertible, la desaparición de la oferta, modernamente se sostiene, de acuerdo con la doctrina que recoge el § 130, párrafo segundo del Código alemán, la necesidad de atribuir a toda declaración de voluntad una fuerza en sí misma, de tal modo que, una vez emitidas, las ofertas gocen de la suficiente autonomía en relación a su autor para que los accidentes que a éste, en orden a su capacidad, puedan ocurrirle, no les afecten en absoluto. Y esta posición, que desde los últimos años del siglo pasado ha ido adquiriendo cada vez mayor predicamento en la doctrina y carta de naturaleza en varios países, como veremos al indicar la actitud de las legislaciones extranjeras, se apoya principalmente en las siguientes razones:

a) A la declaración de voluntad, una vez emitida, no le afectan la muerte o la incapacidad del autor, pues son cosas distintas la voluntad como producto y la voluntad como potencia, constituyendo la oferta un vínculo del promitente y atribuyendo un derecho al destinatario (KRÜCHMANN, SCHOTT) (42).

b) Frente a la regla de que el fallecimiento del oferente destruye la oferta, fundada en algo tan indiscutible como el hecho de que una persona muerta no puede contratar, cabe oponer que las reglas jurídicas no son posibles o imposibles, sino justas e injustas, acertadas o equivocadas, y aunque un hombre muerto no puede contratar, es posible considerar que la obligación correspondiente gravita sobre su herencia. Se trata, en definitiva, de un problema de intereses que ha de ser resuelto después de la más justa ponderación de los mismos (FULLER) (43).

c) Las necesidades del comercio y la seguridad del tráfico, que aconsejan considerar subsistentes las ofertas, a pesar de la muerte o incapacidad de su autor (BONFANTE) (44).

d) Si la voluntad unilateral se considera como fuente de obligaciones, no ofrece dificultad alguna entender que, siendo la ofer-

(41) Los argumentos expuestos pueden verse *in extenso* en MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 168-169, y autores allí citados.

(42) *Ober den Vertragsschluss*, Göttingen, 1892, págs. 101 y sigs., y obra citada, págs. 167 y 200 y ss., respectivamente.

(43) Citado por PÜIG BRUTAU: Obra citada, págs. 250-251.

(44) Citado por MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 171-172.

ta una de ellas, vincula, por tanto, al oferente desde el momento mismo en que es emitida (45).

e) Al argumento de que una persona fallecida no puede contratar puede objetarse que tampoco es posible lograr que un muerto pague las deudas que contrajo en vida y, a pesar de ello, no existe dificultad jurídica alguna para lograr que se hagan efectivas contra la herencia (CORBIN) (46).

La solución intermedia es acogida, entre otros, por BARRASSI. Este autor estima que merece un tratamiento distinto el caso de la incapacidad del de la muerte que puedan sobrevenirle al oferente una vez que emitió su declaración. En lo que respecta a la incapacidad, «no perjudicará al destinatario que razonablemente la ignore en el momento de recibir la declaración, porque en las declaraciones de voluntad el instante decisivo para apreciar los vicios de que puedan adolecer es el de la emisión, y, como consecuencia, después de haberse separado de su autor, se produce un cierto estado de autonomía en la declaración que la convierte en independiente del que la exteriorizó, aunque a él siga ligada en cierto sentido por la facultad de revocación que le asiste». En cambio, en lo referente a la muerte, opina que implica la desaparición de la oferta, porque «no es admisible la transmisibilidad de un negocio incompleto, como sucede con la oferta antes de ser aceptada», y, además, porque «no siendo la declaración (que se está formando) un fenómeno ideológico, sino una *res facti*, le es inaplicable el concepto de sucesión» (47).

También se opina, por otros autores, que el solo hecho de la muerte o incapacidad no basta para decidir si la oferta debe continuar o no vigente, sino que es preciso fijarse en otras circunstancias del caso; así, GIORGI considera «insuficientes la muerte y la incapacidad del promitente para impedir la formación del vínculo contractual cuando hayan ocurrido sin saberlo antes de la aceptación, de modo que (el aceptante) haya aceptado la promesa en plena buena fe» (48).

2. *Derecho comparado.*—Entre los Códigos que niegan la sustantividad de la oferta después de emitida están los de Argentina y Uruguay. El artículo 1.149 del Código civil argentino y el 1.268 del uruguayo consignan que la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar; el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado.

En cambio, los Códigos civiles de Alemania (§ 130, párr. segundo, y 153), Costa Rica (arts. 1.014), China (art. 95, párr. segundo) y Méjico (art. 1.809) admiten plenamente que la muerte

(45) MORENO QUESADA: Trabajo citado, págs. 170-171.

(46) Citado por PUIG BRUTAU: Obra citada, pág. 251.

(47) Citado por MORENO QUESADA: Trabajo citado, pág. 173.

(48) Obra citada, pág. 235.

o incapacidad del oferente no son obstáculo para la subsistencia de la oferta.

Siguen un sistema intermedio los Códigos civiles de Portugal e Italia.

El Código portugués expresa, en su artículo 655, que «si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente sin que el aceptante conociere su muerte, los herederos del proponente estarán obligado a mantener la propuesta en los términos del artículo 653, salvo que resulte lo contrario de la naturaleza de la convencion».

Por su parte el Código italiano declara, en la hipótesis de que el proponente se haya obligado a mantener firme la propuesta por un cierto tiempo, que la muerte o incapacidad sobrevenida al proponente no quita eficacia a la propuesta, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia (art. 1.329).

Pero la particularidad más relevante del Código de Italia estriba en su artículo 1.330, según el cual «la propuesta o la aceptación, cuando es hecha por un empresario en el ejercicio de su empresa, no pierde su eficacia si aquél muere o si deviene incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que resulte de otro modo de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias».

3. *Derecho español.*—También en la doctrina española se sostienen criterios diferentes acerca de la sustantividad de la oferta.

SÁNCHEZ ROMÁN afirma que la proposición puede ser retirada por «obra de un hecho de voluntad del proponente o de un motivo de Derecho, por la incapacidad o la muerte que le sobreviene después de hecha la proposición, antes de aceptarse y antes también de retirarse. La razón de justicia es la misma: donde no hay sujeto proponente no hay proposición ni voluntad, siendo indudable que los representantes o herederos de éste no están obligados a mantener la proposición hecha por su causante y a pasar por la aceptación posterior a la incapacidad o a la muerte de aquél» (49).

MUCIUS SCAEVOLA se pronuncia en el mismo sentido, sosteniendo que «lo que ata y liga es lo bilateral, el acuerdo de voluntades; lo unilateral es personal y, por consiguiente, intransmisible. Habiendo muerto la persona a quien se hizo la oferta sin cumplir lo dispuesto en el Código, sin prestar su consentimiento, no se perfeccionó el contrato y no hubo derechos y obligaciones que transmitir. Y lo mismo en el caso de muerte de la persona a quien se hizo la oferta sin aceptarla. Por el mero hecho de su

(49) *Estudios de Derecho civil*, 2.^a edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1898, tomo IV, pág. 227.

óbito queda desligado el proponente, y los herederos de dicha persona no pueden obligar a éste a la perfección del contrato, puesto que su causante no adquirió derecho alguno. La adquisición de derechos y la sujeción a obligaciones es coetánea y consustancial de la notificación de aceptarse la oferta, y el que de ellos—proponente y aceptante—muera antes de tal momento, como nada ha adquirido ni a nada se ha obligado, nada transmite a sus herederos» (50).

Por el contrario, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER entienden que «el problema de la sustantividad o no de la declaración de voluntad después de ser emitida no tiene solución general en el Código civil español ni en uno ni en otro sentido. Sería inoportuno tratar de arrancar una respuesta, afirmativa o negativa, al artículo 1.262, por cuanto lo más probable es que, al redactar este artículo, el legislador no tuviera presente la cuestión en modo alguno. El problema de la consumación de una declaración de voluntad, que resuelve ese precepto, es totalmente distinto del de la sustantividad de la misma, puesto que la declaración existe desde que es expedida y, por tanto, entonces queda separada del sujeto declarante, y tal existencia no puede negarse por la sola circunstancia de que los efectos de la declaración queden remitidos por la ley a un momento ulterior. Los artículos 226, 623, 633, apartado segundo, 666 y 1.738 resuelven cuestiones conexas externamente a la que ahora nos ocupa, pero es difícil traerlos a colación para resolver ésta. Sólo pueden invocarse con relación a los casos y problemas concretos a que afectan. En presencia de la laguna evidente del Código civil en esta materia deben considerarse las razones que aduce el texto (del Tratado de ENNECCERUS) como fundamento de la regulación legal alemana, y si se entiende—como a nuestro juicio debe entenderse—que la solución es la más racional, aplicarla sin reparo, en la seguridad de que ningún precepto legal se opone a éllo y que, por otro lado, ninguno impone la permanencia de la vida y de la capacidad del declarante como soportes de la declaración, como acaso fuera menester para fundamentar la solución contraria» (51).

CASTÁN, «aun reconociendo que la solución moderna no es absolutamente segura en nuestro Derecho (dada la dificultad de encontrarle apoyo ni en nuestra tradición jurídica ni en el sistema del Código civil, ni siquiera en la doctrina, que todavía no ha elaborado suficientemente la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones)», cree que «debe ser mirada con simpatía dicha solución y que, en último término, no se oponen a ella obstáculos legales tan considerables que una jurisprudencia progresiva no pudiera vencer». «Para llegar a ella—sigue diciendo tan ilustre civilista—es fundamental, en efecto, no confundir el

(50) *Obra citada*, pág. 589.

(51) *En ENNECCERUS: Obra citada*, págs. 149-150.

problema de la sustantividad de las declaraciones de voluntad con el de la perfección del contrato. Para que nazca un contrato o negocio jurídico bilateral se exige el acuerdo pleno y actual de las voluntades; pero esto no es óbice para que la simple declaración unilateral (recepticia) de voluntad—tanto la que se haga por vía de oferta como la que se emita por vía de aceptación— produzca los efectos anejos a esa declaración de voluntad. Podrían las mismas no ser vinculantes en el sentido de producir una obligación contractual; pero no para que haya graves obstáculos en admitir que en ellas nace una situación jurídica de la que pueden derivarse consecuencias relevantes para el Derecho, tanto en el caso de no revocación (que permite llegar a la formación del contrato), como en el caso de revocación (que incluso puede dar lugar en buena doctrina a una responsabilidad extracontractual a través de la llamada «culpa *in contrahendo*»). Desde luego no es un valladar infranqueable para la admisión de estas soluciones el artículo 1.262 del Código civil, que sólo aborda directamente el problema del consentimiento contractual y no excluye que, aun antes de producirse ese consentimiento, la propuesta no aceptada o la aceptación que no haya llegado todavía a conocimiento del oferente puedan producir determinados efectos jurídicos» (52).

PUIG BRUTAU, después de recoger argumentos de FULLER, CORBIN, OLIPHANT y FERSON, indica que «también en esta materia hay que evitar la creencia de que las reglas generales bastan por sí solas para decidir todos los casos concretos. La particularidad de que en ciertos casos la muerte del oferente debe ser considerada como un efectivo final de la oferta, mientras en otros casos la resolución procedente deba ser hallada en sentido contrario, siempre será difícil de traducir en las palabras de una regla general; en cambio, brotará de una manera natural del valor ejemplar de los casos» (53).

MORENO QUESADA recuerda que no hay en nuestro Derecho textos precisos que puedan ser invocados en contra de la autonomía de la oferta, de tal forma que impidan la aplicación del principio sin lugar a dudas, y al efecto cita la sentencia de 21 de junio de 1945, que dice que «en torno a la eficacia, perfección y sustantividad o no sustantividad de las declaraciones de voluntad una vez emitidas, se suscitan graves problemas no siempre claramente previstos por nuestro Código civil».

«En cuanto al contenido del artículo 633, párrafo segundo—continúa exponiendo el mismo autor—, no debe olvidarse que esta disposición, al exigir, para que surta efecto la donación de inmuebles, que se acepte en vida del donante, lo que establece no es que sea ineficaz la aceptación por haber desaparecido la base

(52) Obra citada, tomo I, 7.ª edición, 1949, págs. 685-686.

(53) Obra citada, pág. 252.

que soportaba la oferta, sino que, a pesar de ser plenamente válida, falta el requisito que impone el Código, igual que al exigir la escritura pública, de que viva el donante; este condicionamiento tiene su razón de ser en el carácter personalísimo de la donación, que impide a los herederos suceder al oferente en la relación entablada (como no podrían hacerlo en cualquier otro contrato de los *intuitu personae*), y que puedan recibir la aceptación para que, de acuerdo con el artículo 629, se perfeccione el contrato; es decir, que el principio que establece el citado artículo 633, párrafo segundo, está justificado en la especialidad del contrato de donación en lo que respecta a las personas de los contratantes, que es lo que determina la aplicación del principio sucesorio en cuya virtud se impide la subrogación en las relaciones de carácter personalísimo.»

Apoyo afirmativo, según MORENO QUESADA, lo hay en el artículo 1.057, párrafo primero del Código civil, conforme al cual «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona, que no sea uno de los coherederos: Y estima que la admisión de la autonomía de la oferta, «al no encontrar obstáculo legal que se le oponga y considerar las ventajas que a la seguridad y estabilidad de las relaciones pudiera proporcionarle, resultaría un camino a seguir por nuestra jurisprudencia, que cumpliría en esta cuestión, como en tantas otras, su trascendental misión de ir recogiendo las modernas tendencias doctrinales y adaptarlas a nuestro Derecho positivo, siempre que los principios que aquéllas sustenten no estén en pugna con las directrices fundamentales que informan nuestro Derecho» (54).

A nuestro juicio, el hecho de que ni el Código civil ni el de Comercio nada indiquen con respecto a la sustantividad o no sustantividad de la oferta en nuestro Derecho, 'abre el camino a la posibilidad de arbitrar la solución más conveniente y justa en cada caso, sin necesidad de someterse al imperio de reglas rígidas e inflexibles que impongan un criterio determinado.

Los escasos preceptos (citados por PÉREZ y ALGUER) que en nuestro ordenamiento jurídico parecen sustentar la opinión contraria a la sustantividad de la oferta, se refieren a supuestos especiales (donación, mandato, testamento, etc.), que no pueden extenderse, para resolver la presente cuestión, fuera del ámbito propio de su esfera de aplicación; y, por otra parte, tampoco el artículo 1.057, párrafo primero del Código civil, aducido por MORENO QUESADA, significa un claro apoyo de la admisión de la autonomía de la oferta.

En todo caso, nos parece interesante destacar que la ignorancia, por el destinatario de la oferta, de la muerte o incapacidad sobrevinida al oferente, habrá de tener forzosamente espe-

(54) Trabajo citado, págs. 180-183.

cial influjo en la solución que se dé a los supuestos en que se presente el problema, por la necesidad de conceder una protección eficaz a los terceros de buena fe.

VII. ACEPTACIÓN TARDÍA

La cuestión que se concreta en las palabras «aceptación tardía», se presenta cuando la declaración de voluntad del destinatario de la oferta, por la que la acepta, se formula fuera de tiempo hábil, sea cuando el oferente haya señalado plazo para la aceptación, sea cuando éste viene fijado por la ley, sea, en fin, cuando ni la ley ni el oferente hayan indicado el término hasta el cual puede aceptarse; y tiene por objeto determinar la eficacia que haya de atribuirse a la declaración del aceptante en tales circunstancias, y, por consiguiente, si se perfecciona el contrato por el concurso de una oferta y una aceptación válidas.

Nos proponemos examinar el problema general de la aceptación tardía a base de considerar las siguientes cuestiones:

A) Caso en que la aceptación se emite y expide después de transcurrido el plazo fijado por la ley o el oferente.

B) Caso en que la aceptación se emite y expide a tiempo, pero llega al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo.

C) Caso igual al anterior, en el supuesto de culpa del aceptante.

D) Caso en que ni la ley ni el oferente han señalado término para la aceptación.

E) Modo de computar el plazo de aceptación.

1. *Aceptación emitida o expedida fuera de plazo.*—Presupone lógicamente este supuesto que la ley o el oferente hayan señalado plazo para la aceptación. A nuestro juicio, es evidente que en este caso no puede hablarse de una aceptación eficaz y, por tanto, de la existencia de un contrato, porque requiriendo la aceptación una oferta válida a la que referirse, no es tal la que ha caducado por el transcurso del tiempo para el que fué declarada. Es indiferente, pues, que la cuestión se plantee en régimen de sistema de la expedición (y de la declaración) o de la recepción (y de la cognición), ya que si la declaración de la voluntad de aceptar se ha emitido o expedido fuera del plazo exigido, mayormente llegará al oferente o a su conocimiento en forma extemporánea. No puede considerarse aceptación la declaración de voluntad del destinatario de la oferta que no corresponde exactamente a ésta por no adherirse a un elemento de la propuesta cual es el plazo para aceptar. A lo más podrá hablarse en tales supuestos de que la aceptación tardía constituye una nueva oferta, pero entonces dicha aceptación retrasada, para ser eficaz como elemento cons-

tituyente del contrato, precisará ser aceptada a su vez por el primitivo oferente.

Esta es, desde luego, la solución que nos brinda el Derecho comparado. La mayoría de las legislaciones establecen, en defecto de señalamiento por el propio oferente, un plazo para aceptar, ya fijándolo en un número determinado de días (Código civil de Austria, art. 862; Código civil de Costa Rica, art. 1.012; Código civil de Portugal, art. 652; Código civil del Uruguay, artículo 1.266, párrs. segundo y tercero), o en el tiempo que tarde el correo en ir y volver regularmente (Código de Comercio de Colombia, art. 185, párr. primero; Código de Comercio del Ecuador, art. 142, párr. primero; Código civil de Méjico, artículo 1.806), ya con referencia al tiempo en que el oferente pueda esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales (Código civil alemán § 147, párr. segundo; Código civil austriaco, art. 862; Código civil chino, art. 157; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 226, párr. primero; Código de las Obligaciones suizo, art. 5.º, párrs. primero y segundo; Código civil soviético, art. 132), o en el ordinariamente necesario según la naturaleza del negocio y los usos (Código civil italiano, art. 1.326, párr. segundo; Código de Comercio de Venezuela, art. 120, párr. primero, y Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. segundo). Algunos Códigos (el alemán, § 150, párr. primero, y el chino, art. 170), indican especialmente que la aceptación retrasada de un contrato vale como nueva oferta, y otros (Código de Comercio de Colombia, art. 185, párrafo segundo, y Código de Comercio del Ecuador, art. 145, párrafo segundo) expresan que, vencido el plazo de aceptación, ésta se tendrá por no hecha.

No obstante, en algún país la aceptación tardía, en el supuesto que estamos examinando, puede tener eficacia si el oferente no avisa al aceptante que no considera válida la aceptación tardía (Códigos de Comercio de Colombia, art. 185, párr. tercero, y del Ecuador, art. 142, párr. segundo), o si le notifica que, aun tardía, la considera eficaz (Código civil italiano, art. 1.326, párr. tercero; Código de Comercio de Venezuela, art. 120, párr. segundo, y Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. tercero).

Por lo que se refiere al Derecho español, puede observarse que ni el Código civil ni el de Comercio señalan plazo de aceptación en los contratos de formación sucesiva celebrados entre personas distantes, por lo que la cuestión que ahora nos interesa únicamente existirá cuando el autor de la oferta haya fijado un término para aceptar.

En tal caso, creemos no cabe ninguna duda de que no habrá aceptación válida, porque no puede considerarse existente una oferta o propuesta cuando ha caducado el plazo para el que fue declarada, según puede deducirse fácilmente del párrafo primero

del artículo 1.262 del Código civil (el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación...) y del 54 del Código de Comercio (desde que se conteste aceptando la propuesta...). El mismo criterio viene sustentado por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de abril de 1961 declaró que no hay contrato sin el concurso de voluntades, y que éste no tiene vida legal cuando no hay más que la manifestación de un propósito que fué retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte. Análogo caso es el resuelto por la sentencia de 22 de diciembre de 1956, que tendremos ocasión de considerar más adelante.

Ahora bien, no vemos obstáculo para que en nuestro Derecho se considere la aceptación extemporánea como nueva oferta, que sólo contribuirá a la formación de un contrato cuando sobre ella recaiga la aceptación del primitivo oferente.

2. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente, sin culpa del aceptante, una vez extinguido el plazo.*—En tal supuesto el aceptante declara y expide su declaración de voluntad dentro del término fijado por el oferente o por la ley, pero aquélla, sin culpa por su parte y debido a circunstancias imprevistas (retraso en el funcionamiento del medio de transmisión empleado o cualquier otro caso de fuerza mayor, etc.) llega al oferente fuera del plazo señalado.

Evidentemente el problema no puede plantearse en el sistema de la expedición (y, por tanto, en el de la emisión), en el que el contrato se formaría al aceptarse o expedirse la aceptación de la oferta, y cualquier retraso en la comunicación de la voluntad no repercutiría sobre la validez de un contrato ya perfeccionado; en cambio, sí puede presentarse en los sistemas de la cognición y de la recepción. Claro es que todo depende de los términos empleados por el oferente al señalar el plazo, pues según lo haya indicado para aceptar o expedir la aceptación (como si dijera: «puede usted aceptar hasta el día 15 de los corrientes») o para recibir o conocer la misma (como si expresara: «necesito su respuesta por todo el día 15 próximo»), el destinatario de la oferta, para aceptar válidamente, deberá ajustarse estrictamente en cada caso al contenido, incluso temporal, de aquélla.

En la legislación comparada algunos Códigos se ocupan expresamente del problema, que resuelven en sentido favorable a la validez de la aceptación, imponiendo al oferente la carga de notificar al aceptante el retraso ocurrido en tales circunstancias. Así, el § 149 del Código alemán dice que «si ha sido enviada al oferente una declaración de aceptación llegada con retraso en tal forma que en una expedición normal le habría llegado a tiempo, y el oferente tuvo que darse cuenta de todo esto, ha de notificar al aceptante el retraso inmediatamente después de recibir la declaración—de aceptación—, en tanto que no lo haya hecho antes.

Si el oferente retrasa el envío de la notificación—del retraso—, la aceptación vale como no retrasada». Igual contenido ofrece el artículo 159 del Código civil chino. El Código de las Obligaciones suizo declara, en su artículo 5.º, párrafo tercero (segundo por el art. 226, párr. segundo del Código de Obligaciones de Marruecos), que «si la aceptación expedida a tiempo llega tardíamente al autor de la oferta, y éste entendiere no hallarse ya ligado, debe comunicarlo inmediatamente al aceptante». Análoga disposición contiene el artículo 133, proposición segunda, del Código civil soviético, según el cual «si la declaración de aceptación de la propuesta recibida con retraso resulta que fué expedida a tiempo, la aceptación se considera tardía sólo cuando el que ha recibido la respuesta ha informado inmediatamente del retraso a la otra parte».

El Derecho español no contempla especialmente el problema por falta de un precepto como el citado artículo 226, párrafo segundo del Código de las Obligaciones de Marruecos; pero de plantearse en la realidad no sería difícil encontrar la solución, que habría de ser distinta en materia civil y mercantil.

En efecto, por seguir el Código civil el sistema de la cognición (aunque en la práctica atemperado por el de la recepción), el contrato, conforme al párrafo segundo del artículo 1.262, no es perfecto hasta que la aceptación llega a conocimiento del oferente. Si, por tanto, éste ha fijado un plazo para aceptar y la aceptación, aun expedida dentro del mismo, no llega a conocimiento del oferente vigente el plazo, habrá de estimarse no perfeccionado el contrato.

Sin embargo, algún autor (55) se inclina por la perfección del contrato en base al principio de buena fe, ya que el aceptante que emitió su aceptación en condiciones de alcanzar a tiempo al oferente, está autorizado a pensar que así sucedió efectivamente y a actuar en consecuencia, y si no estuviera perfeccionado el contrato, podrían parársele perjuicios, lo que también se evitaría con el aviso de que por no llegar a tiempo se considera libre del contrato, y resulta preferible hacerlo así con objeto de que la presunción sea a favor de la perfección del contrato cuando nada se diga en contrario.

Aunque nos parece muy sensata y razonable la anterior consideración, estimamos que en el sistema del Código civil no hay posibilidad de admitirla, pues siendo terminante el precepto del artículo 1.262, párrafo segundo, en exigir por lo menos la llegada de la aceptación al oferente, y pudiendo éste señalar plazo de aceptación a su oferta, al amparo del principio de libertad consagrado en el artículo 1.255, no vemos cómo puede llegar a formarse el contrato si la aceptación llega fuera de plazo, aunque sea sin culpa del aceptante.

(55) MORENO QUESADA: Trabajo citado, pág. 205.

En cambio, como el Código de Comercio adopta el sistema de la declaración (o de la expedición, según se considere el tenor de su texto), una aceptación expedida dentro de plazo perfecciona el contrato y vincula al oferente, aunque llegue a este una vez transcurrido aquél; si bien debe hacerse notar que si la aceptación expedida, aunque fuere en el último día del plazo, no llega al oferente en el tiempo normalmente preciso, según el medio de transmisión empleado, creemos debiera ser el aceptante quien corra el riesgo de que aquél considere no perfeccionado el contrato.

Según nuestra opinión, el problema únicamente se planteará si las palabras del oferente no han sido suficientemente claras sobre el particular y sólo ha fijado plazo para aceptar en términos generales, pues si ha concretado si el plazo es para aceptar o expedir la respuesta de aceptación, o si lo es para que llegue a él, no habrá problema, tanto en la esfera civil como en la mercantil, ya que la aceptación no será válida si no concuerda exactamente con los términos de la oferta, uno de los cuales lo constituye, indudablemente, el plazo señalado por el oferente.

3. *Aceptación expedida a tiempo, pero llegada al oferente una vez transcurrido el plazo y por culpa del aceptante.* En el apartado anterior hemos considerado el caso en que la aceptación ha llegado retrasada al oferente sin culpa del aceptante, que la había expedido a tiempo. Corresponde ahora ocuparnos del caso en que la llegada tardía haya sido provocada intencionalmente por el aceptante.

A nuestro modo de ver, no existe duda de que tal supuesto se convierte, en los sistemas de la recepción y de la cognición, en el contemplado en el número 1, y, por tanto, de que hay aceptación tardía, ineficaz, que sólo puede ser considerada como una nueva oferta susceptible de ser aceptada a su vez por el primer oferente.

En cambio, en los ordenamientos jurídicos que se basan en la doctrina de la expedición o de la declaración, ¿qué posición habrá de adoptarse? En principio, naturalmente, la aceptación expedida a tiempo es eficaz para generar el contrato (art. 54 del Código de Comercio español), pero si por culpa o negligencia del aceptante, y aun con pleno conocimiento de que la aceptación llegará tarde, con la intención, por ejemplo, de que valga como nueva oferta, aquélla es recibida o conocida efectivamente por el oferente una vez transcurrido el plazo, deberá estarse a la misma solución indicada en el supuesto contemplado en el número 2, aunque creemos que este caso en la realidad rara vez habrá de presentarse.

4. *Falta de plazo de aceptación.*—¿*Quid* en el caso de que ni la ley ni el oferente hayan señalado plazo para aceptar? Es el problema que puede plantearse en las legislaciones que, como la nuestra, no cuidan de establecer para el caso de que el oferente no lo haya hecho, un término para la aceptación.

Realmente, se nota la falta de preceptos como el artículo 226, párrafo primero del Código de las Obligaciones de Marruecos, el quinto, párrafo primero del Código suizo de las Obligaciones y el § 147, párrafo segundo del Código civil alemán, que previenen que la oferta hecha a una persona ausente sin fijación de plazo, obliga a quien la hizo a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla por correo en circunstancias normales.

Los autores patrios no están de acuerdo en esta cuestión, pues mientras algunos se muestran partidarios de que la oferta subsista en tanto un hecho que no sea el simple transcurso del tiempo venga a producir su extinción, otros, por el contrario, estiman que cuando no se ha señalado plazo, hay que reputarlo prudencialmente fijado de acuerdo con las circunstancias del caso.

En la primera posición militan SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

El primero sostiene que «si no se fijó plazo para que la proposición fuera aceptada, en todo tiempo, mientras la aceptación no existe, puede aquélla retirarse» (56).

MUCIUS SCAEVOLA dice que «si el proponente no revoca su oferta, la mantiene, y al mantenerla, se está en tiempo de aceptarla» (57).

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER afirman que no existiendo en nuestro Derecho regla alguna positiva paralela a la del § 147, párrafo segundo del Código civil alemán, «se ha de entender que la aceptación puede hacerse en tanto no haya sido revocada la oferta», y que «no puede hacerse argumento en contra de la dilación que se deja al arbitrio de la persona a quien se hizo la oferta, pues el oferente puede impedir toda demora fijando plazo para la aceptación o revocando la oferta» (58).

En cambio, CLEMENTE DE DIEGO adopta una posición distinta, propugnando la necesidad de mantener la oferta por el tiempo que se señaló o el que prudencialmente se considere preciso de acuerdo con la naturaleza del contrato y las circunstancias de la oferta, según enseñan los principios del Derecho (59).

También MORENO QUESADA, sobre la base de que en la mayoría de las legislaciones el señalamiento por la ley de un plazo para aceptar es compatible con el ejercicio del derecho de revocación: de las exigencias del tráfico jurídico, y de la naturaleza especial de los contratos celebrados entre personas distantes, con acuerdo a los concluidos entre presentes, estima que en nuestro Derecho, a falta de precepto concluyente sobre el particular, hay que establecer una limitación a la vigencia de la oferta (60).

(56) Obra citada, pág. 227.

(57) Obra citada, pág. 589.

(58) En ENNECERUS: Obra citada, pág. 160.

(59) *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid Librería general de Victoriano Suárez, 1926, tomo V, pág. 302.

(60) Trabajo citado, pág. 189.

Por nuestra parte, creemos que de presentarse la cuestión en el Derecho español, el juez habrá de atender, para atribuir o no eficacia a la aceptación, a las circunstancias del caso, importancia del asunto, naturaleza del contrato, medio de transmisión empleado y, especialmente, a los términos en que haya sido formulada la propuesta.

Este último extremo es el que parece haberse tenido en cuenta concretamente en la reciente sentencia de 22 de diciembre de 1956, que resolvió el caso de una señora que ofreció a determinada persona la venta de una finca de su propiedad, y en la carta de oferta, entre otras condiciones, consignó al final: «... Le ruego que, a la brevedad posible, quede todo resuelto y liquidado y me diga el día que se ha de firmar la escritura de venta». La oferente, a los tres meses de hecha la oferta, la revocó; y, solicitado por el destinatario de aquélla el otorgamiento del correspondiente contrato de compraventa, y desestimada la demanda en las dos instancias, el Tribunal Supremo declara que «en el presente caso no existe más que un ofrecimiento, sin que conste la aceptación del mismo por la persona a quien se hace, hasta unos meses después que fué hecho y ya estaba revocado por la persona que lo hizo»; siendo de gran interés destacar que el primer considerando de dicha sentencia dice, con carácter general, que «respecto a la fuerza vinculante de la proposición, oferta o peticitación de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquélla no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente, en todo momento, el derecho absoluto de retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la concesión de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por una serie de circunstancias que sólo dado el caso práctico pueden determinarse».

5. *Modo de computar el plazo de aceptación.*—Cuando el oferente señala un término para aceptar, por referencia a una fecha fija hasta la cual está dispuesto a recibir la aceptación, nada importa el momento inicial de computación del plazo, puesto que lo único que tiene transcendencia es el instante en que finalizará. Tampoco presentará dudas la iniciación del mismo cuando por el oferente se fije el plazo en un tiempo dado, que haya de contarse a partir de la fecha en que el destinatario tenga conocimiento de la oferta. En cambio, cuando se haya limitado a establecer el período de tiempo durante el cual piensa mantener su oferta, puede surgir la dificultad de saber si dicho término corre a partir de la fecha de envío de la oferta o de la llegada de la misma al destinatario.

VIVANTE opina que el término comienza con la partida de la carta ofreciendo el negocio, cuya fecha se acredita con el sello

postal, por lo que se refiere al día, y se entiende que la hora es la en que partió el último correo de aquel día; o se acredita, tanto para el día como para la hora, de las indicaciones señaladas sobre el telegrama remitido al destinatario, o sobre el recibo entregado al remitente (61).

GASCA estima que el problema debe resolverse según la forma en que el oferente ha establecido el plazo. Si dicho oferente ha escrito: «en el plazo de tres días, a contar de la presente, respóndeme si aceptas», debe considerarse que el término corre desde el último correo del día en que se ha fechado la carta. Si ha escrito: «en el plazo de tres días, desde que recibas la presente carta», o simplemente: «en el plazo de tres días», el término corre desde el último correo del día en que la oficina postal ha entregado la carta al destinatario (62).

Entre nosotros, MORENO QUESADA cree que resulta más conforme con la voluntad presunta del oferente, que se empiece a contar desde el momento en que se exterioriza su declaración de voluntad—contractual—, si otra cosa no resulta de las circunstancias del caso, puesto que debe pensarse será su deseo establecer concretamente el tiempo de vigencia de la oferta para establecer a qué atenerse, pues de otro modo no hubiera señalado ningún término, lo que únicamente conseguirá con certeza si se computa de esta forma, ya que en otro caso, al no poder conocer exactamente cuándo llegará su oferta a noticia del destinatario, no podría tampoco saber cuál es la verdadera amplitud del plazo que concede, lo cual encierra un contrasentido (63).

A nuestro juicio, centrada la cuestión en el Derecho español, donde se presentará principalmente en los casos en que el contrato haya de concluirse por medio de la correspondencia postal, hemos de coincidir con el parecer expuesto por GASCA, entendiéndolo, en primer lugar, habrá de estarse a los términos con que el autor de la oferta haya formulado la indicación del plazo para aceptar, pues si éstos son precisos y concluyentes, no habrá motivo, como ya hemos tenido ocasión de decir, para dudar del modo de computar el plazo establecido.

En otro caso, no obstante, creemos, con MORENO QUESADA, que el término deberá contarse a partir del siguiente día al de la fecha del envío de la oferta, opinión que puede encontrar su apoyo en una aplicación analógica del contenido del artículo 1.130 del Código civil.

VIII. REVOCACIÓN DE LA OFERTA

En los contratos que se celebran entre personas distantes, el aceptante no sabe, por regla general, si, en el momento de aceptar,

(61) Citado por GASCA: *La compraventa civil y comercial*, traducción de J. SANTACRUZ TEIJEIRO y J. VICENTE GELLA, 1.ª edición, Madrid, «Revista de Derecho Privado», 1931, tomo I, pág. 860.

(62) Obra citada, pág. 860.

(63) Trabajo citado, pág. 192.

la oferta está todavía subsistente, es decir, si continúa mantenida por su autor. Es la cuestión de la revocabilidad o de la fuerza vinculante de la oferta.

Aunque están íntimamente relacionados, no puede confundirse el problema del momento de la perfección de los contratos con el de la revocabilidad de la oferta, pues con independencia de que la legislación de que se trate permita o no revocar aquélla, el contrato puede perfeccionarse en cada una de las sucesivas etapas por que atraviese su formación.

Por otra parte, tampoco puede confundirse el problema de la sustantividad de la oferta que, como hemos visto, se refiere únicamente a la necesidad de atribuirle, una vez emitida, la independencia necesaria para sustraerla a las circunstancias de su autor, y el de su fuerza vinculante, que se concreta en si el oferente está ligado por su oferta o puede en cualquier instante apartarse de ella.

Y, finalmente, hay que advertir que también son problemas distintos, aunque en la práctica puedan coincidir, el de si la oferta ha de ser mantenida durante cierto tiempo antes de la aceptación o con independencia de ella, y el de la aceptación tardía. El primero hace referencia a la viabilidad de la proposición como elemento del contrato, mientras que el segundo indica hasta qué momento el aceptante puede confiar en la celebración del contrato o en pretender el interés negativo del mismo.

Seguidamente, pasaremos a ocuparnos, desde el punto de vista doctrinal, de los argumentos aducidos en favor de la irrevocabilidad de la oferta, del alcance y amplitud del derecho de revocación, de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios al aceptante de buena fe, de la renuncia del derecho de revocación y de la llamada «oferta sin compromiso». Después de un breve examen del Derecho comparado, estudiaremos la cuestión en el Derecho español.

1. *Exposición doctrinal.*—A) Consideración de la irrevocabilidad.—La posición de los que sostienen la irrevocabilidad de la oferta se basa en los siguientes argumentos:

a) Toda proposición de contrato contiene tácitamente la obligación de mantenerla firme por determinado tiempo, porque sería contrario a la intención presunta de las partes que una de ellas hiciera una oferta sin conceder a la otra un cierto término para su examen y aceptación, durante el cual permanezca firme. Por esto, KOEPPEN ha llegado a considerar la oferta como una obligación subordinada a la condición suspensiva de su aceptación (64).

b) Las necesidades del tráfico mercantil aconsejan que las

(64) *Obligationsvertragen unter Abwesenden*, en «Jahrbuch für des Dogmatiks», XI, 1871, págs. 139 y sigs.: GIORGI: *Obra citada*, págs. 215-226.

proposiciones para contratar se basen en la confianza, en la seriedad con que se emiten y no en el capricho del oferente (65).

c) Los inconvenientes y peligros que ofrece la revocabilidad, que agrava y perjudica toda clase de contratación entre personas distantes, ya que en muchos casos debería el destinatario, inmediatamente después de haber declarado la aceptación y sin proceder a la celebración del contrato, proceder a su ejecución (66).

No obstante, sus oponentes contestan dichos argumentos en la forma siguiente:

Ad a) Que nada autoriza a presumir la intención del proponente de mantener su oferta por tiempo determinado, dado el hecho de que la decisión de obligarse no puede suponerse, antes bien, según los principios del Derecho, el acuerdo de los contrayentes es indispensable para la constitución de un vínculo contractual y para impedir la revocación de una proposición (67).

Ad b) Que los intereses del tráfico están convenientemente amparados con la acción de resarcimiento de daños, universalmente admitida (68).

Ad c) Que los supuestos peligros que entraña la revocación, desaparecen si se tiene en cuenta que el aceptante ya conoce la posibilidad de que tenga lugar, y que antes de empezar a preparar la ejecución del contrato, tomará las debidas precauciones, con el fin de asegurarse de que la oferta es firme y definitiva.

B) El derecho de revocación. Su alcance.—De lo expuesto en el apartado anterior puede concluirse que en el terreno doctrinal no existe ningún inconveniente serio que impida la revocación de la oferta. Ahora bien, es preciso considerar dos supuestos: el de que la revocación llegue a conocimiento del destinatario de la oferta antes o al mismo tiempo que ésta, y el de si puede revocarse una oferta después de aceptada por el destinatario de la misma.

En cuanto al primer caso, puede admitirse sin excepción alguna, porque, cuando llega antes, por ser la oferta una manifestación de voluntad recepticia, que precisa ser aceptada por el destinatario para su eficacia, no puede decirse que exista realmente cuando antes de ser eficaz, su autor ha declarado su voluntad en contrario; y cuando llega al mismo tiempo que la proposición, existen dos declaraciones de voluntad contradictorias, que forzosamente se destruyen entre si, de tal forma que impiden que el destinatario pueda manifestar su aceptación a una oferta inexistente.

Respecto al segundo supuesto, la doctrina clásica admite la revocabilidad de la oferta mientras el contrato no quede perfeccionado, a base de considerar que la obligación no surge más que

(65) Recogido por RAMELLA: Obra citada, págs. 112-113.

(66) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

(67) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

(68) RAMELLA: Obra citada, pág. 113.

del contrato perfecto, y que antes de ese momento de la perfección, la oferta no puede obligar al proponente.

Sin embargo, la doctrina más reciente, acogida, como veremos, en las modernas legislaciones de tipo germánico, sostiene un criterio distinto, y niega al oferente el derecho de revocar durante el tiempo necesario para que la respuesta del que acepte llegue a aquél en circunstancias normales.

Claro es que en esta materia de la revocación de la oferta no hay que perder de vista que, en puridad de principios y para ser consecuentes, la posición que se adopte habrá de ser congruente con el sistema seguido en orden al momento de perfección de los contratos *inter absentes*. Efectivamente, en la teoría de la declaración no podrá revocarse después de emitida la aceptación: en la de la expedición, la revocación sería ineficaz de llegar al aceptante antes de que hubiere transmitido su aceptación; en el sistema de la recepción, la oferta podría revocarse mientras llegase al aceptante antes que la aceptación al proponente; y, por último, en la de la cognición, la revocación podría efectuarse hasta el momento en que el proponente no tuviera noticia de la aceptación.

C) Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.— La doctrina admite que el oferente que revoca queda obligado para con la parte que no tuvo conocimiento de la revocación y que de buena fe confiaba en la celebración del contrato, a resarcirla de todos los gastos ocasionados y perjuicios sufridos con motivo de la revocación. La indemnización alcanza únicamente al llamado interés negativo del contrato (*Negative Vertragsinteresse*), o sea, a los quebrantos sufridos y ganancias perdidas (*damnum emergens y lucrum cessans*), y no a los intereses del cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*), es decir, a los que hubiera obtenido el aceptante de haberse celebrado el contrato.

Como dice RAMELLA, refutando otras teorías que se han formulado sobre el particular, como las basadas en el dolo del oferente, en la *bona fides* del aceptante, etc., parece que el derecho a la indemnización descansa en la necesidad de una protección de derecho para la oferta y en su naturaleza de medio propio para facilitar las transacciones comerciales y multiplicar la contratación por correspondencia, especialmente en los casos en que el aceptante se entere de la revocación después de haber empezado la ejecución del contrato; y que si no existiera semejante derecho de resarcimiento, el aceptante se vería obligado a no emprender la ejecución del contrato mientras no se hubiere cerciorado de la llegada de su aceptación, con lo que se produciría un estado de cosas contrario a la celebridad con que deben desarrollarse los negocios mercantiles (69).

(69) Obra citada, pág. 121.

Según las orientaciones de algún sector doctrinal (70), la acción de resarcimiento puede ejercitarse, no sólo cuando el contrato se perfecciona por la aceptación expresa, en cual caso el aceptante, después de enviar su adhesión, con ánimo de que llegue a tiempo y antes de que la oferta pueda revocarse, se prepara de buena fe para la ejecución del contrato, sino también cuando el aceptante, que está obligado a responder previamente con su adhesión, se encuentra pronto a poner en ejecución el contrato, aun cuando no lo haya manifestado y, por consiguiente, no se haya perfeccionado el contrato.

Sin embargo, suponemos algo aventurada esta última conclusión, pues la buena fe del aceptante ha de tener un límite en su propia diligencia, y nos parece que confiar en una oferta, antes de haber aceptado, y, a base de ella, realizar gastos, no es susceptible de acreditar especie alguna de indemnización; y esta es, desde luego, la posición que habrá de adoptarse en el Derecho español, como tendremos ocasión de poner de manifiesto.

D) Renuncia a la revocación.—La oferta puede llevar una renuncia expresa o tácita del derecho de revocación, caso en el que si el oferente, a pesar de la renuncia, revoca, estará obligado a indemnizar al aceptante los perjuicios que le hubiere irrogado.

No obstante, no todos los autores se han mostrado conformes con la precedente afirmación. Para algunos, la renuncia del derecho de revocación sólo es eficaz cuando ha sido convenida de común acuerdo con la otra parte, haciendo surgir la obligación del oferente de no revocar, que solamente puede nacer del concurso de voluntades. Así, MANRESA decía que la renuncia absoluta, la irrevocabilidad de la oferta, supondría una obligación existente antes de nacer, y un solo contratante obligado o no para siempre al arbitrio del otro, en contra de las razones que inspiran el artículo 1.256 (71).

PÉREZ y ALGUER desvían la cuestión, entendiendo que dicha renuncia no se opone al artículo 1.089 del Código civil, que declara taxativas las causas de obligación enunciadas en dicho artículo, porque «no se trata de que el oferente esté obligado por su oferta (obligación que sólo puede venir en virtud de la subsiguiente aceptación), sino de que esté vinculado, es decir, no que deba no revocar, sino que no pueda revocar por haber renunciado a tal derecho» (72).

La posición de PÉREZ y ALGUER, si bien demasiado sutil al distinguir entre vinculación y obligación, la estimamos correcta.

(70) DE ROSSI: *Dei contratti fra persone lontane secondo il nuovo Codice di Commercio*, en «Il Diritto commerciale», 1883, I, pág. 17; FRUGONI: *Sull' art 36 del Co. di Comm.*, en «Il Diritto commerciale», 1883, I, pág. 160.

(71) *Comentarios al Código civil español*, 3.ª edición, Madrid, Hijos de Reus, 1918, tomo VIII, pág. 650.

(72) En ENNECERUS: *Obra citada*, pág. 170.

pues la realidad es que el oferente no puede revocar precisamente por haber renunciado a su derecho.

Nosotros entendemos que exigir para la eficacia de la renuncia la conformidad de la otra parte implica un trámite que en la práctica no habría de seguirse, ya que quien declara su voluntad de contratar no suele solicitar la previa aquiescencia del destinatario a una de las partes de la oferta, sino que ésta constituye una petición de adhesión a la totalidad, en forma de aceptación; y, además, que la renuncia no implica, en la mayoría de los casos, una obligación del oferente que, como es natural, no puede venir más que del acuerdo con el aceptante y que, de obrar el oferente contrariamente a ella, puede provocar en la otra parte el nacimiento de un derecho a indemnización.

E) El caso de las ofertas con la cláusula «sin compromiso».— El problema de la revocación de la oferta no puede plantearse en los casos en que el propio oferente señala, al declarar su voluntad de contratar, que ninguna responsabilidad ha de afectarle por la existencia de la oferta y de la posible aceptación recaída sobre la misma. La jurisprudencia de los países de la Europa continental demuestra la existencia de semejantes ofertas (*«sans engagement»*, *«sensa impegno»*, *«freibleibend»*, *«ohne Obligo»*), seguramente debidas a especiales circunstancias de índole económica (v. gr.: inflación, déficit de producción, etc.) (73).

La dificultad que se presenta es la de distinguir las ofertas hechas en tales circunstancias de las meras invitaciones a formular ofertas. A nuestro juicio, contra el parecer de algunos autores, no cabe dudar de que son cosas distintas, porque las invitaciones a presentar ofertas dejan al oferente la posibilidad de decir la última palabra en la celebración del contrato, ya que en realidad quiere constituirse en aceptante del que, correspondiendo a la invitación, formula una propuesta; mientras que las ofertas «sin compromiso» parecen indicar únicamente que el oferente quiere sustraerse a toda responsabilidad en virtud de su declaración de voluntad y pretende quedar en libertad frente a la obligación asumida en firme por la otra parte al aceptar aquélla, de modo que si le interesa, pueda considerar perfeccionado el contrato a base de la aceptación del destinatario de la oferta «sin compromiso».

2. *Derecho comparado*.—Un examen de la legislación de diversos países revela que en ésta, como en otras cuestiones de las que plantea la contratación entre personas distantes, no es unánime la posición que adoptan, sino que, por el contrario, se observa una diversidad de orientaciones paralela a la que domina en la doctrina.

En primer lugar, es de notar que los Códigos civiles de Alema-

(73) Según PÉREZ BRUÑO: Obra citada, pág. 207.

nia (§ 130, párr. primero), China (art. 95, párr. primero) y Méjico (art. 1.808), y el de Obligaciones y contratos de Suiza (art. 9.º), siguen la pauta de la moderna doctrina, conforme a la cual la oferta es una declaración de voluntad recepticia y, por tanto, puede revocarse antes o al mismo tiempo de la llegada de la misma al destinatario.

Por otra parte, puede hacerse en términos generales una clasificación de las legislaciones en dos grandes grupos, con relación a la posibilidad de revocación de la oferta.

El primero de ellos comprende las legislaciones que adoptan el criterio tradicional de que la oferta puede ser revocada hasta la *conclusión* del contrato (Código civil de Italia, art. 1.328, párrafo primero; Código civil de Venezuela, art. 1.137, párr. cuarto; Código de Comercio de Venezuela, art. 121; Código civil del Uruguay, art. 1.265, párr. segundo), o hasta que haya sido *aceptada* por el destinatario de la misma (Código civil argentino, artículo 1.150; Código de Comercio del Brasil, art. 127; Código de Comercio de Colombia, art. 186; Código civil de Costa Rica, artículo 1.010; Código de Comercio del Ecuador, art. 143; Código de Comercio de Guatemala, art. 179; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 229). Sin embargo, es de observar que casi todos los Códigos citados contienen la reserva de que el proponente puede atribuir fuerza vinculante a su oferta, comprometiéndose a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado, de modo que la orientación general que siguen tiene carácter subsidiario, en defecto de declaración expresa del oferente.

El segundo grupo de los indicados abarca las legislaciones, más o menos inspiradas en el modelo germánico, que sostienen que la oferta no puede revocarse antes de la expiración del plazo que la ley o el oferente consideren indispensable para que la aceptación llegue al proponente: así, Código civil de Alemania, § 145; Código civil de Austria, art. 862; Código civil de China, art. 154; Código civil de Italia, art. 1.329; Código de las Obligaciones de Marruecos, art. 226; Código civil de Méjico, art. 1.804; Código civil de Portugal, art. 653; Código de las Obligaciones de Suiza, art. 3.º; Código civil soviético, art. 133.

Por consiguiente, mientras estos últimos textos legales atribuyen fuerza vinculante a la oferta y niegan la posibilidad de su revocación hasta tanto no transcurra el plazo fijado por la ley (en defecto del oferente) para que el destinatario de la oferta pueda aceptar, los del primer grupo únicamente otorgan a la oferta dicha eficacia vinculante en el caso de que haya sido el proponente el que, fijando un plazo para aceptar o rehusar, quede obligado mediante su oferta hasta la conclusión del plazo; por tanto, cabe afirmar, en términos generales y con PUG BRUTAU, que los ordenamientos jurídicos germánicos y latinos coinciden en la tenden-

cia a considerar que la oferta es, de momento, irrevocable (74).

Es de advertir, no obstante, que algunos Códigos no siguen una dirección bien definida, por lo que pueden incluirse en las dos agrupaciones expuestas, como hemos podido observar con el Código civil de Italia y el de las Obligaciones y contratos de Marruecos.

Finalmente, no debemos silenciar que determinados Códigos prevén expresamente la procedencia de indemnizar daños y perjuicios al aceptante de buena fe que se hubiere adherido a la oferta, ignorando la revocación del oferente; tales, el Código civil argentino (art. 1.156), el colombiano de Comercio (art. 187), el de Comercio del Ecuador (art. 144), el civil de Portugal (art. 653) y el de Comercio de Venezuela (art. 121).

3. *Derecho español.*—Ni en el Código civil ni en el de Comercio existe precepto alguno que trate expresamente la cuestión de la fuerza vinculante de la oferta, es decir, de la posibilidad o imposibilidad de que por el oferente sea revocada antes del perfeccionamiento del contrato; por lo que ha tenido que ser la doctrina, sobre la base de las orientaciones de los autores y de la legislación y jurisprudencia extranjeras, la que ha construido una teoría sobre este particular, si bien debe hacerse notar el cambio de posiciones que se observa entre la que podríamos llamar tradicional y la moderna, inspirada en las soluciones más progresivas ofrecidas por los nuevos Códigos de corte germánico.

Nuestros autores se inclinaban, en general, a establecer en el problema planteado la siguiente distinción: si el proponente había señalado plazo para la aceptación, no podía ser revocada la oferta hasta la expiración de dicho plazo; en cambio, si no se fijó plazo para que la oferta fuera aceptada, el oferente podía revocar la hasta que la aceptación no hubiera tenido efecto.

MUCIUS SCAEVOLA se preguntaba si el proponente podía revocar su oferta antes de ser notificada la aceptación. «De reconocer tal facultad—decía—, se ve desde luego la posibilidad de terminar ese período intermedio entre la oferta y la aceptación... La facultad revocatoria va implícita al criterio de no existir contrato sino desde el conocimiento de la aceptación. Puesto que el lazo o vínculo surge mediante el ayuntamiento o concurso de voluntades, puesto que hasta entonces sólo existe un acto unilateral, es visto que quien lo hace, ha de poder revocarlo, retirando su proposición, si bien con la obligación de indemnizar daños y perjuicios a la persona o personas a quienes hizo la propuesta y la aceptaron, siempre que a su vez no hubiera puesto en conocimiento de éstas la retirada de la oferta» (75).

Por su parte, MANRESA entiende que, «perfeccionándose el con-

(74) Obra citada, pág. 219.

(75) Obra citada, págs. 387-388.

trato por el consentimiento y naciendo éste con la aceptación, es indudable el derecho del proponente para retirar la oferta antes de que sea aceptada, puesto que aún no le liga vínculo jurídico alguno, que está por crear, ni con ello infiere agravio ni causa perjuicio a cuya reparación pueda obligársele, y así lo entiende y aun amplía el segundo párrafo del artículo 1.262» (76).

SÁNCHEZ ROMÁN expresa que «si se fijó plazo por el proponente, la propuesta no puede retirarse mientras no transcurra dicho plazo sin que haya sido aceptada; pasado el mismo, puede retirarse, y aunque se preste después de él la aceptación, no se causa el estado de consentimiento, no se produce el contrato, no queda obligado, en fin, el proponente a mantener su proposición y los compromisos que la misma para él contengan; y si, por el contrario, no se fijó plazo para que la proposición fuera aceptada, en todo tiempo, mientras la aceptación no existe, puede aquélla retirarse. El principio de Derecho consiste en que no obliga la proposición no aceptada; la razón de este principio descansa en la libertad de proponer, lo mismo que la de retirar lo propuesto antes de ser aceptado. La proposición es la expresión de una voluntad de contratar, en aquellos términos en que la misma estaba contenida; su retirada es la falta de esa voluntad, y sin ella no hay contrato posible» (77).

Sin embargo, más modernamente se inició en nuestra doctrina una corriente favorable a otorgar fuerza vinculante a la oferta, aun sin haber establecido plazo para la aceptación.

En este sentido, sostiene CLEMENTE DE DIEGO que, si bien «nuestro Código nada dice acerca del particular, enseñan los principios del Derecho que la oferta dirigida a una persona debe ser mantenida por el tiempo que prudencialmente se considere necesario, según la naturaleza y circunstancias de la oferta» (78).

Con un criterio análogo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER entienden, sobre la base del principio establecido en esta materia por el Código civil alemán, que el que «ofrece una cosa a una persona ausente sin hacer la advertencia de que se reserva el derecho de arrepentirse, debe quedar obligado para con la otra parte durante el tiempo que ésta pueda tardar en dar contestación a la proposición hecha. Lo contrario, además de suponer falta de seriedad con que debe procederse en esta clase de relaciones, dificulta por todo extremo la conclusión de los contratos, puesto que el que ha de aceptar no puede realizar operación alguna para la ejecución, por no saber si el que hizo la oferta se habrá arrepentido y será inútil, y aun perjudicial, cuanto haga en este sentido, como pactar ventas, proveerse de fondos, etc., para que se lleve a efecto la operación propuesta» (79).

(76) Obra citada, pág. 650.

(77) Obra citada, pág. 227.

(78) Obra citada, pág. 302.

(79) En F. NECCERUS; Obra citada, pág.

PUG BRUTAU se pronuncia, asimismo, en favor de la procedencia, en nuestro Derecho, de que el oferente pueda atribuir fuerza vinculante a su oferta, por suponer ésta, en todo caso, el deber de esperar un mínimo de tiempo, que será el razonable para que pueda surtir los efectos propios de la misma, esto es, dar lugar a la aceptación (80).

PUG PEÑA parece mostrarse igualmente partidario de que la oferta debe ser mantenida durante el tiempo prudencial necesario para que la otra parte pueda manifestar su aceptación, y al efecto, recoge las conclusiones en que se inspiran los modernos Códigos que tratan la cuestión, estimando que, además, el oferente sólo podrá retirar su proposición cuando la oferta todavía no haya llegado al destinatario, pues que se trata de una manifestación de voluntad receptiva, y cuando expresamente se reservó la facultad de revocar (81).

También CASTÁN parece adherirse a las orientaciones modernas (82).

En el campo del Derecho mercantil, más dinámico e internacionalista y donde las soluciones más progresivas tienen especial acogida, escribe GARRIGUES: «uno de los requisitos de la oferta es que haya de ser mantenida viva por algún tiempo. Esta duración no puede ser indefinida. En el comercio suele ser breve, porque los motivos que determinaron la propuesta cambian constantemente, a medida de las oscilaciones del mercado. Nuestro Código de Comercio no señala ningún plazo de vigencia de la propuesta contractual. A falta de señalamiento por el propio oferente (sea de un modo directo y expreso, sea de un modo indirecto, como si v. gr.: indica el medio con el que la respuesta haya de ser comunicada: carta, telégrafo, etc.), los Tribunales habrán de decidir si la revocación de la propuesta fué o no extemporánea, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias de los interesados» (83).

A nuestro juicio, la solución que haya de darse en el Derecho español a esta cuestión, que resulta en los contratos celebrados entre personas distantes (excepto en los supuestos en que las declaraciones de voluntad hayan sido emitidas por teléfono) del hecho de que entre el envío de la oferta y el perfeccionamiento del contrato transcurre un período más o menos largo, supone partir de dos consideraciones previas: una, que dicho problema ha de ponerse en relación con el sistema vigente en orden al momento de perfección de aquel tipo de contratos, y otra, que es preciso determinar el verdadero alcance de la fijación de un plazo para aceptar y su influencia sobre la revocabilidad de la oferta.

(80) Obra citada, pág. 219.

(81) Obra citada, pág. 51.

(82) Obra citada, tomo III, 7.^a edición, 1951, págs. 381-382.

(83) *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, S. Aguirre, 1940, tomo II, página 75.

En efecto, la oferta no obliga al proponente sino cuando la aceptación sobre ella llega a su conocimiento (art. 1.262, párr. segundo del Código civil) o la manifiesta su autor (art. 54 del Código de Comercio); si, por tanto, no le obliga, el oferente puede modificar su voluntad de contratar en la forma que estime más conveniente a sus intereses, ya por puro capricho, ya en virtud de circunstancias más serias, como pueden ser, en la esfera mercantil, la variación de las condiciones del mercado. Hasta que el contrato no se ha perfeccionado por el concurso de las voluntades de oferente y aceptante en el modo dispuesto por la ley, el primero es muy libre de rectificar su declaración o de anularla, privándola de poder ser utilizada como elemento formativo de un contrato.

No cabe duda de que en nuestro Derecho es aplicable la solución de algunos Códigos que, como hemos visto, consignan expresamente que la oferta puede revocarse mientras no haya sido aceptada por su destinatario. Confirma dicha conclusión el art. 1.257, párr. segundo del Código civil, relativo a los contratos en favor de tercero, según el cual, los contratantes pueden revocar la estipulación antes de haber sido notificada su aceptación, pues, como indica MUCIUS SCAEVOLA, «esa estipulación en favor del tercero (que por serlo no es contratante), viene a representar una oferta hecha por los otorgantes para que la acepte o no, la cual tampoco produce efecto hasta hacer saber la aceptación al obligado, y puede ser revocada por los que la hicieron antes de su aceptación» (84).

Nosotros estimamos que incluso puede revocarse la oferta mientras no se haya concluido el contrato; y esta opinión tiene apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de abril de 1904 se mostró contrario a reconocer fuerza vinculante a la oferta, fundándose en la consideración de que no existe contrato sin el concurso de voluntades y que éste no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte. Si bien en este caso el Tribunal Supremo confundió el problema de la fuerza vinculante de la oferta con el de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, lo cierto es que ningún precepto legal impone al oferente la obligación de no revocar. De los artículos 1.049, 1.258 y 1.262 del Código civil se deduce que la obligación no nace más que del contrato perfecto, por lo que, si todavía no se ha perfeccionado, no hay obligación para el oferente. Ya hemos visto antes cómo la sentencia de 22 de diciembre de 1956 (que, por cierto, cita expresamente la de 20 de abril de 1904 como exponente de la doctrina tradicional), en base a las circunstancias del caso, rechaza la fuerza vinculante de la oferta por su revocación antes de ser aceptada. Hay que concluir, por consiguiente, que el oferente es libre de revocar hasta el instante del perfeccionamiento del contrato.

(84) Obra citada, pág. 588.

La otra consideración versa sobre el hecho de que el plazo para aceptar tiene sus efectos propios, que no pueden ampliarse hasta el extremo de impedir que el oferente pueda revocar. El plazo de aceptación, analizado en el apartado anterior, tanto si viene fijado (en el Derecho español) por el propio oferente, como si, en su defecto, hay que estimarlo señalado según las circunstancias del caso, extiende su esfera de eficacia únicamente para indicar que en tal periodo la declaración de voluntad del aceptante servirá para formar el contrato si la oferta no ha sido revocada y, si lo ha sido, para pretender la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siempre que haya lugar a ello. Pero nada más.

En realidad, hay que distinguir entre la posibilidad de revocar y sus consecuencias jurídicas. La primera existe hasta la conclusión del contrato, haya o no fijado el oferente plazo para la aceptación (puesto que, aunque no lo fije, ha de entenderse señalado conforme a las circunstancias del caso de que se trate); pero de hacerse la revocación dentro del plazo para aceptar, aunque jurídicamente sea eficaz para impedir la conclusión del contrato (puesto que éste solamente puede nacer del concurso de voluntades, y la del oferente no existe por haber sido anulada), puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, cuando se demuestre que la revocación los ha ocasionado al aceptante al preparar de buena fe la ejecución del contrato y en base a la oferta revocada; indemnización que en nuestro ordenamiento jurídico habrá de hacerse efectiva al amparo del artículo 1.902 del Código civil, según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de junio de 1945, ha declarado que, tratándose de una oferta de dinero o promesa de préstamo, si ésta fué retirada debido a una falsa noticia, es imposible desconocer su influjo directo sobre el hecho de que no pudiera ponerse en marcha el negocio para el que se precisaban dichos medios.

De lo expuesto resulta que en nuestro ordenamiento jurídico es posible la revocación de una oferta en tanto no se haya concluido el contrato, por el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, si el contrato es civil, o por la emisión de ésta, si es mercantil; si bien debe advertirse, en relación con el medio escogido para declarar la revocación, que en materia comercial ésta no podrá efectuarse por medio del telégrafo, a no ser con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 51 del Código de Comercio, conforme ha declarado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de febrero de 1956, a la que nos volveremos a referir al tratar de la contratación por telégrafo.

Por otra parte, hemos de estimar, conforme a las conclusiones establecidas anteriormente, que en nuestro Derecho puede la

oferta tener fuerza vinculante si el oferente renuncia a su derecho de revocar, pues el párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil permite la renuncia de los derechos concedidos por las leyes, a no ser contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero; y dejando de lado que dicha renuncia no va contra el interés o el orden público, es evidente que la irrevocabilidad no puede lesionar los intereses del presunto aceptante, sino que, por el contrario, hay que reconocer que más bien los favorece, porque el destinatario de la oferta, sabiendo que el oferente no ha de revocar, podrá, con mayor seguridad y confianza, realizar lo conveniente para preparar por su parte la ejecución del contrato.

Ahora bien, si, a pesar de haber renunciado el oferente a su derecho de revocación, revoca, ¿puede el aceptante pretender que el oferente otorgue el contrato? Creemos que no, ya que nadie puede ser compelido a prestar el consentimiento para un vínculo contractual sin su voluntad, y no puede invocarse la aplicación analógica del artículo 1.124 del Código civil, que, según la sentencia de 17 de febrero de 1950, «regula de manera general la resolución de las obligaciones, bien que exista entre las partes un estado contractual perfecto y legítimamente configurado o también cuando haya entre ellas, por lo menos, una convención consensual que vincule a una y otra con recíprocos deberes», por lo que, si se trata únicamente de una renuncia unilateral, no se está en el supuesto por él mismo contemplado; en todo caso, según lo indicado, habrá lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Otra cosa sería si, por ejemplo, entre dos personas que sostienen habitualmente relaciones comerciales, mediara un convenio previo y recíproco de renuncia al derecho de revocar las ofertas que respectivamente pudieran hacerse.

Finalmente consignemos que es aplicable a nuestro Derecho cuanto hemos dicho en el número 1, E) de este apartado respecto de las ofertas con cláusula «sin compromiso».

IX. REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN

1. *Doctrina.*—Paralelamente a la cuestión de la revocación de la oferta puede ofrecerse en la contratación que tiene lugar entre personas distantes, el problema que resulta del siguiente ejemplo, según lo propone PUIG BRUTAU: «Después de remitir una carta de aceptación, el destinatario de la oferta cambia de parecer y manda un telegrama en el que advierte al oferente que debe hacer caso omiso de la carta de aceptación» (85).

La cuestión que se presenta es, pues, la de precisar si es lícito al aceptante retirar su declaración primitiva y si, por tanto, el oferente debe considerar o no perfeccionado el contrato.

En términos generales hay que observar que la admisibilidad de la revocación de la aceptación se determina por las diversas

(85) Obra citada, pág. 231.

teorías sobre el perfeccionamiento de los contratos *inter absentes*, ya que, en realidad, en los sistemas de la declaración y de la expedición, que consideran perfeccionado el contrato al declararse o expedirse la aceptación, respectivamente, no sería posible revocar ésta antes de la conclusión del contrato.

Sin embargo, algunos escritores (GIRAULT, HEPP, SERAFINI), adscritos al sistema de la expedición, reconocen, por consideraciones de equidad o utilidad, la validez de la revocación llegada antes de la aceptación o al mismo tiempo que ella; pero es evidente que tal criterio no resiste la más elemental objeción, porque, una de dos, o se sigue la doctrina de la expedición, con su natural consecuencia de estimar perfeccionado el contrato cuando se transmite la aceptación y de negar la posibilidad de revocarla, o si se quiere hacer posible la revocación no hay más camino que adoptar los sistemas de la recepción o de la cognición. Lo que en modo alguno es admisible es que un contrato perfeccionado al remitirse la aceptación quede al arbitrio de uno de los contratantes, el aceptante, negando el consentimiento prestado.

Si, como hace WINDSCHEID (86), se quiere justificar la excepción a base de considerar que el contrato se perfecciona por la aceptación emitida, pero bajo la condición suspensiva de que la misma llegue al proponente antes de cualquier revocación, se está en el caso de una condición meramente potestativa, cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del aceptante.

Todavía advierte PUIG BRUTAU que es posible, a pesar de seguir la teoría de la expedición, que el aceptante pueda revocar su aceptación, y ello en virtud de una consideración práctica: «En los países—dice—donde los servicios postales permiten recibir una carta después de haber quedado depositada y antes de su entrega al destinatario, el hecho de la remisión no debe tener necesariamente valor decisivo para la perfección del contrato. En tal caso, si todavía debiera sostenerse doctrinalmente que el aceptante no puede revocar su aceptación porque el contrato se perfeccionó al depositar su carta en el correo, se produciría una actuación absurda cuando, en virtud de lo que permiten los servicios postales, recupere dicha carta. En tal caso, el aceptante evitaría las consecuencias del contrato si ocultase al oferente lo que ha sucedido, con lo cual, como indica NUSSBAUM, la teoría le obligaría a adoptar la posición de un malhechor» (87).

La anterior consideración puede hacerse también en el Derecho español, ya que el artículo 12 del Reglamento de Régimen y Servicios de Correos de 7 de junio de 1898 declara que la correspondencia, interin no llega a poder del destinatario, es propiedad del expeditor, quien podrá recuperarla o modificar su dirección, bien en la oficina de origen o en las de tránsito o bien

(86) Citado por RAMELLA: *Obra citada*, pág. 166.

(87) *Obra citada*, pág. 232.

en la de destino, siempre que las operaciones necesarias para encontrarla no perturben la marcha regular del servicio y que el expedidor pruebe ante el jefe de la oficina de origen, de una manera indudable, su calidad de tal. Pero cabrá objetar que el hecho de que en la práctica pueda retirarse una carta de la oficina de correos no destruye el precepto legal que estima perfeccionado el contrato al enviarse la aceptación; lo que en realidad sucede es que la cuestión se reducirá al problema de la prueba por el oferente de la retirada por el aceptante de la carta que contiene su declaración de aceptación, en cuyo supuesto podrá sostener la conclusión y validez del contrato y exigir del aceptante su cumplimiento.

Desechada la posibilidad y eficacia de la revocación de la aceptación en los sistemas de la declaración y de la expedición, resulta notorio, en cambio, que con las doctrinas de la recepción y de la cognición no hay inconveniente en que el aceptante pueda revocar su aceptación antes de la llegada a poder o a conocimiento del oferente, según el caso. Si la revocación se realiza en tiempo hábil tendrá por efecto extinguir la aceptación como si jamás hubiese existido; por ejemplo, en caso de dos cartas contradictorias, una de las cuales manifieste la aceptación y la otra la revoque, debe prevalecer la llegada antes, y en caso de llegada simultánea, la de posterior fecha, y, por último, si la fecha es idéntica, no habrá aceptación, pues las cartas se excluyen recíprocamente (88).

Claro que, en realidad, la posibilidad de revocar la aceptación depende, en muchos casos, de una mera circunstancia de hecho. Como hace notar PRIG BRUTA, si alguien acepta por telégrafo una oferta hecha por correo, queda prácticamente sin posibilidad de revocar su aceptación; en el caso contrario, si acepta por correo una oferta que le ha sido hecha por telégrafo, resulta que tiene la posibilidad de revocar su aceptación utilizando un medio más rápido, a pesar de que en este caso acepta por un medio distinto del utilizado por el autor de la oferta y por un medio, además, inadecuado en vista de la forma rápida en que le ha sido cursada la proposición. Es decir, puede estimarse adecuado aceptar por telégrafo una oferta hecha por correo; pero ha de considerarse inadecuado lo contrario, esto es, aceptar por carta lo que ha sido ofrecido por medio de telegrama; a pesar de lo cual, si admitiéramos que el aceptante puede revocar en el caso de cursar su oferta por un medio distinto del que ha utilizado el oferente, tendríamos que podría hacerlo precisamente al aceptar de la manera más inadecuada. «Por todo ello, sigue diciendo el mismo autor, ha de estimarse que la posibilidad de revocar la aceptación no puede depender del hecho de que se acepte por el mismo medio

(88) MAIORANA: *Delle convenzioni fra persone lontane*, Catania, 1883, página 50.

utilizado por el autor de la oferta para cursar su proposición o por otro medio distinto» (89).

2. *Derecho comparado.*—Pocos cuerpos legales se ocupan expresamente de la revocación de la aceptación. Entre los que admiten que puede revocarse antes o al mismo tiempo de la llegada de la misma al oferente puede citarse el Código civil argentino, artículo 1.155; el Código civil italiano, artículo 1.328; el Código civil mejicano, artículo 1.808; el Código de Obligaciones suizo, artículo 9.º; el Código civil del Uruguay, artículo 1.265, párrafo tercero, y los Códigos de Comercio y civil de Venezuela, artículos 121 y 1.137, párrafo cuarto, respectivamente.

Es de notar que algunos de ellos, como el Código argentino y el suizo, a pesar de seguir el sistema de la expedición, admiten la revocación de la aceptación.

El Código de Comercio de Venezuela ofrece la particularidad de otorgar una acción de daños y perjuicios al oferente que, confiado en la aceptación, hubiere empezado la ejecución del contrato. En efecto, su artículo 121 citado expresa que «mientras el contrato no es perfecto, la propuesta y la aceptación pueden revocarse; pero aunque la revocación impide el perfeccionamiento del contrato, si ella llega a noticia de la otra parte después que ésta ha comenzado la ejecución, el revocante debe indemnizarle los daños que la revocación le apareja».

3. *Derecho español.*—El problema de la posibilidad de revocar la aceptación se presenta en nuestro Derecho a la vista del párrafo segundo del artículo 1.262 del Código civil, que ofrece la duda de si esa aceptación (que no obliga al oferente más que cuando llegó a su conocimiento), obligará también al aceptante o, por el contrario, podrá éste revocarla empleando un medio de comunicación más rápido. MANRESA se inclina a lo primero. «Obsérvese—dice—que si bien el proponente no queda obligado hasta entonces (el momento del conocimiento de la aceptación), no sucede lo mismo con el aceptante, el cual, desde el momento en que se conforma, pierde la facultad de retirar su aceptación, ya que el desistimiento, en el tiempo que media desde aquélla a su comunicación, es derecho que la ley expresamente limita al autor de la oferta. Indudablemente que con ello hay cierta desigualdad durante algún tiempo entre los dos contratantes; mas se explica aquélla, porque conociendo antes, como es natural, el aceptante la conformidad de las voluntades, antes también debe comenzar a ligarle la obligación que de tal conformidad es resultado» (90).

En cambio, PUIG BRUTAU se muestra decidido partidario de que el aceptante debe poder revocar su aceptación, siempre que la

(89) Obra citada, pág. 233.

(90) Obra citada, pág. 653.

declaración en tal sentido llegue a conocimiento del autor de la oferta antes de la declaración revocada. «Si alguien cursa una oferta a una persona que se halla en lugar distante y la primera noticia que de la misma recibe es la de que la oferta no le interesa, el contrato no se habrá formado ni habrá sufrido el menor quebranto el autor de la proposición, aunque el destinatario de ésta al rechazarla revoque una aceptación de la que el oferente todavía no tenga conocimiento» (91).

A nuestro juicio, en este punto, como en otros de la contratación entre personas distantes, y tratándose de contratos de formación sucesiva, hay que establecer una distinción paralela a la diversidad de regímenes que en orden a la determinación del momento de perfección de dichos contratos se sanciona en materia civil y mercantil.

En el campo de nuestro Derecho civil no cabe duda de que las palabras de PUIG BRUTAU, que acabamos de transcribir, señalan la verdadera solución del problema, sin infracción del artículo 1.262, párrafo segundo del Código civil, que indica únicamente la obligación del oferente en virtud de la aceptación, pero no la del aceptante en virtud de esa misma aceptación; y, además, porque, de aceptarse la posibilidad de revocar la aceptación, ningún perjuicio se le puede seguir al oferente, ya que del mismo modo que el destinatario de la oferta podía haber adoptado ante ésta la decisión de no aceptarla, con lo cual no se habría concluido el contrato, así también conduce al mismo resultado negativo el hecho de que el aceptante, después de emitida su aceptación, la revoque y transmita esa revocación por un medio más rápido al oferente, llegando ésta antes o al mismo tiempo que la aceptación.

Por el contrario, por lo que respecta al Derecho mercantil, el sistema de la declaración (si bien en la práctica con efectos propios del de la expedición), que acoge el artículo 54 del Código de Comercio, no permite, desde el punto de vista lógico, que el aceptante pueda revocar su aceptación, pues si, como ya se ha señalado antes, la aceptación o su envío (la contestación aceptando la oferta) provoca el perfeccionamiento del contrato, el aceptante no puede desdecirse de su aceptación y negar la existencia del contrato. Por el juego de los artículos 51, 57 y 50 del Código de comercio, en relación este último con el 1.256 del Código civil, se colige la imposibilidad de la revocación de la aceptación, que, además de ser contraria a la buena fe con que deben cumplirse y ejecutarse los contratos mercantiles, representaría dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato.

(91) Obra citada, pág. 234.

X. CASOS ESPECIALES SEGÚN EL MEDIO DE TRANSMISIÓN EMPLEADO

En los apartados siguientes vamos a considerar los problemas particulares que se presentan en los contratos celebrados entre personas distantes según el instrumento elegido por uno o por ambos contratantes para hacerse llegar sus respectivas declaraciones de voluntad.

Como podrá observarse, excluimos expresamente los casos en que el consentimiento contractual se manifiesta a través de una carta o de un mandatario; la exclusión del primer caso se justifica porque precisamente la contratación por correspondencia epistolar es el supuesto más frecuente de la que tiene lugar entre personas distantes, de tal modo que muchos autores estudian estas cuestiones con referencia exclusivamente a la contratación por correspondencia, y en cuanto al mandato, no nos ocupamos del mismo porque no introduce ninguna variación esencial que modifique las conclusiones establecidas anteriormente y, en cambio, nos llevaría a ocuparnos de los problemas específicos del mandato y a rebasar con exceso los límites impuestos al presente trabajo.

1. *Contratación por nuncio o mensajero.*—Si dos personas se hallan separadas entre sí y localizadas en lugares distantes pueden utilizar para contratar los servicios de un tercero en forma de intermediario, llamado nuncio o mensajero, con la función exclusivamente material de transmitir la declaración de voluntad de una parte a la otra.

En las breves indicaciones históricas expuestas al principio hemos vistos cómo la figura del nuncio había adquirido en Roma una relativa importancia y que constituía casi exclusivamente el medio utilizado para poner en relación para cualquier finalidad—por tanto, también contractual—a dos personas alejadas una de otra. Pero dicha importancia ha quedado tan notoriamente disminuida en la actualidad, a causa del desarrollo experimentado por los modernos instrumentos de transmisión de la palabra (telégrafo, teléfono), que bien puede afirmarse que ha sido desplazado por éstos y, desde luego, por la correspondencia epistolar como instrumento para la conclusión de contratos entre personas distantes, siendo de notar también que en la esfera mercantil los agentes corredores de comercio y comisionistas cumplen la función, aunque jurídicamente diversa, que antiguamente se encomendaba al *nuntius*.

La doctrina se ha ocupado bastante en tratar de buscar las diferencias que separan el nuncio del mandatario. Prescindiendo, de las discusiones de los autores, diremos únicamente con BONET, que en la práctica es fácil distinguir el nuncio del mandatario, pues bastará atender a cómo se formó la voluntad que dió vida y perfección al negocio, y si en ésta no entró para nada la voluntad del

encargado, de modo que el negocio igualmente hubiere devenido perfecto si el principal hubiere enviado, por ejemplo, una carta a un individuo, nos hallaremos con la figura del nuncio y será el recto criterio del juez el que, en casos dudosos, en concreto y atendiendo a las circunstancias especiales del caso, a la índole de las relaciones que medien entre las personas y la mayor o menor amplitud y determinación del mandato, decida si nos encontramos en presencia de un nuncio o de un mandatario (92).

Si el nuncio se limita a transportar, como si fuera una carta, la voluntad del que le envía, sin intervenir para nada en la formación de esa voluntad, es claro que no es necesario que sea capaz para contratar ni que tenga noción alguna respecto del negocio a que se refiere la declaración de voluntad de la que es portador, siendo preciso únicamente que traslade fielmente al destinatario el encargo recibido. Un niño, por tanto, puede hacer el papel de nuncio.

Esta última observación deja entrever un problema que presenta la actuación del nuncio, y es el de saber qué ocurrirá si el nuncio, maliciosamente o no, transmite erróneamente su mensaje. A este respecto hay que sentar un principio general y dos reglas particulares, según que el nuncio hubiere sido elegido por una sola de las partes o de común acuerdo entre ambas.

El principio general es que el contrato formado a base de la declaración inexacta del mensajero será nulo, siempre que el error sea suficiente a determinar su nulidad.

Si el nuncio hubiere sido escogido por una sola de las partes, por el aceptante, pongamos por caso, quien le encarga transmita al oferente su aceptación, y el nuncio no cumple fielmente, sino que modifica y tergiversa la declaración de voluntad que su principal le ha encargado comunicar, y si en virtud de la manifestación falsa del nuncio el oferente considera formado el contrato en términos distintos a los queridos por el aceptante, es notorio que únicamente pesara sobre éste la posible carga de resarcir a aquél cualquier perjuicio que le hubiere ocasionado por elegir un mensajero que no ha cumplido fielmente sus instrucciones, ello, naturalmente, con independencia de que dicho aceptante pueda dirigirse contra el nuncio por haberle desobedecido o por no haber realizado el encargo con la debida diligencia.

En cambio, si el nuncio infiel o negligente ha sido nombrado de común acuerdo por las partes, ninguna de ellas podrá exigir de la otra responsabilidad por consecuencia de un error que, si bien indirectamente, les es imputable a ambas.

Un caso particular que ofrece algún interés es el del intérprete que interviene para traducir al idioma de uno de los contratantes la declaración de voluntad del otro emitida en lengua diferente. En los supuestos de contratos concluidos entre personas de diversos

(92) *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 184, 1948, págs. 672-673.

países en que se habla distinto idioma no es raro que cada una de ellas escriba en el suyo propio y que cada una, a su vez, haga traducir la carta o escrito de la otra parte. Pues bien, aquí hay que distinguir dos casos: si la traducción se encarga a un intérprete oficial y éste se equivoca en términos que el contrato ha de estimarse nulo, ninguna responsabilidad alcanza al que acudió a tal clase de intérprete; en cambio, si se valió de una persona particular, aunque con conocimientos del idioma respectivo, pero no reconocido oficialmente como intérprete y perito en la lengua de que se trata, fuese o no empleado del que lo escoge, será responsable del error provocado por la inexacta o defectuosa traducción.

En cuanto al momento y lugar de perfección del contrato celebrado por medio de mensajero, se presentan las mismas divergencias ya examinadas con motivo de los contratos entre personas distantes en general. Se pregunta si el contrato se perfecciona en el lugar y tiempo en que se comunicó al mensajero la aceptación, o bien en el lugar y tiempo en que el mensajero refiere la respuesta misma al proponente.

Según la teoría de la declaración, cuando el aceptante de su respuesta al nuncio es como si la comunicara al que le envía, el cual, realmente, habla y escucha por boca de su mensajero; luego a él mismo, por consiguiente, es a quien el aceptante responde cuando comunica al mensajero su aceptación, y entonces también las dos partes se vinculan y el contrato se forma.

Por el contrario, según el sistema de cognición, el mensajero ejerce la función pasiva de una carta, de una carta que habla, por lo que el contrato ha de entenderse concluido en el lugar y en el tiempo en que la respuesta llegue a noticia del proponente. Si, efectivamente, el mensajero cumple, con respecto al remitente, la misma función que el telégrafo o la carta, el contrato se reputará concluido y perfeccionado directamente entre quien lo expide y a quien se envía. Por consiguiente, las reglas generales sobre los contratos por correspondencia derivadas de la doctrina del conocimiento encuentran natural aplicación en este caso.

Igualmente son posibles en la contratación por medio de nuncio que tanto el oferente como el aceptante revoquen sus respectivas declaraciones de voluntad en los términos indicados en los apartados anteriores, así como los otros problemas expuestos.

2. *Contratación por telégrafo.*—A) Cuestiones que presenta. Si en el caso de contrato que ha de concluirse entre personas distantes, el oferente o el aceptante, o ambos a la vez, quieren o necesitan hacer llegar rápidamente a la otra parte su respectiva declaración de voluntad, el telégrafo les ofrece un sistema especialmente adecuado para ello. Esta razón justifica la inclusión de la correspondencia telegráfica como un caso especial de la contratación *inter absentes*.

Respecto de los problemas que hemos examinado, el hecho de

que una o ambas declaraciones de voluntad se expidan por medio del telégrafo no da lugar, en principio, a ninguna diferencia notable, pues dándose el supuesto previo de todo contrato entre personas distantes, es decir, que los contrayentes se hallen en el momento de concluir el contrato en lugares distintos, el telégrafo, si bien acelera grandemente la recíproca comunicación de las manifestaciones de las partes, no las hace simultáneas, sino que subsiste entre las mismas un intervalo más o menos apreciable, por lo que, en todo caso, los contratos entre personas distantes, perfeccionados telegráficamente, no dejan de ser contratos de formación sucesiva.

Por consiguiente, encontramos en la contratación por telégrafo la posibilidad de los problemas expuestos en los apartados anteriores. No cabe duda de que se mantienen en la integridad de su planteamiento los del instante y lugar de perfección del contrato, el del cruce de ofertas y el de la aceptación tardía; pero, en cuanto a los de la revocación de la oferta y de la aceptación, si bien en teoría nada obsta a que pueda revocarse la voluntad declarada telegráficamente al destinatario, en los términos considerados anteriormente, en la práctica resultará casi imposible que pueda lograrse tal revocación, debido a que el telégrafo es un medio rapidísimo que transmitirá la declaración de voluntad seguramente antes de que pueda manifestarse el arrepentimiento de su autor. Claro es que entre nosotros existe la posibilidad de retirar el telegrama antes o después de ser expedido. El Reglamento para el Régimen y servicio interno del Cuerpo de Telégrafos, de 29 de noviembre de 1900, previene que «todo expedidor podrá, justificando su cualidad y pidiéndolo por escrito, detener, *si hay tiempo todavía*, la transmisión del telegrama que haya depositado» (art. 745) y «si el telegrama hubiese sido transmitido, el expedidor no podrá pedir su anulación sino por otro telegrama dirigido al jefe de la estación destinataria...» (art. 747). No obstante la posibilidad que ofrecen los citados preceptos creemos que será difícil llegar a tiempo para revocar. Quizá, pues, la llamada telefónica será el único instrumento efectivo para revocar declaraciones de voluntad expedidas telegráficamente, pero presenta la dificultad de su prueba, ya que el destinatario de la declaración que se quiere revocar puede negar el hecho de la revocación por medio del teléfono, con la consecuencia de que ésta habrá de aparecer firme.

Ahora bien, la particularidad de que la oferta o la aceptación se expidan telegráficamente plantea otras cuestiones de las que, aunque brevemente, hemos de ocuparnos.

a) Determinación de la identidad del expedidor.—Una de las diferencias sustanciales que desde el punto de vista jurídico separan el telegrama de la carta es que ésta constituye ordinariamente un autógrafo de su autor, pues, aunque esté escrita a máquina, acostumbra ir firmada por él, mientras que en el telegrama, el origi-

nal no es necesario que sea extendido por el propio interesado, es decir, por el verdadero remitente, sino que puede hacerlo otra persona en su nombre y, además, el hecho de recibir el destinatario, no el despacho original, sino una copia del mismo, no da en realidad la certeza de quién lo ha expedido. Aunque el artículo 439, párrafo segundo del vigente Reglamento telegráfico dice que el Gobierno puede exigir que se acredite la identidad de cualquier expedidor que presente telegramas para su transmisión, lo cierto es que tal exigencia raras veces ocurre, y si es posible que la persona realmente interesada no sea la misma que solicita la expedición del telegrama, no puede excluirse la posibilidad de un telegrama expedido a nombre de otro o por broma o fraude, que, por provocar en el destinatario el nacimiento de una falsa esperanza de contratar, le ocasione un perjuicio. Se presenta, por consiguiente, la cuestión enunciada: la de determinar la identidad del autor del telegrama.

Evidentemente existen algunos medios de probar que un telegrama lo ha expedido una persona determinada o lo ha hecho expedir de su orden. Si se trata de comerciantes que llevan el libro copiador de cartas y telegramas en la forma que impone el artículo 41 del Código de Comercio español (que ordena que «al libro copiador se trasladarán, bien sea a mano o valiéndose de un medio mecánico cualquiera, íntegra y sucesivamente, por orden de fechas, incluso la antefirma y firma, todas las cartas que el comerciante escriba sobre su tráfico y los *despachos telegráficos que expida*»), tendremos un principio de prueba de que el telegrama ha sido expedido por su autor con el alcance determinado en el artículo 48 del mismo Código.

La duda sobre la identidad del expedidor podrá evitarse haciendo uso del sistema previsto en el artículo 725 del Reglamento telegráfico, y al que en parte se refiere el artículo 264 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, es decir, mediante que un notario legitime la firma del expedidor del telegrama en la misma forma usualmente empleada para la legitimación de firmas, estampando su signo, firma y rúbrica y sello de la Notaría a continuación de la firma del expedidor del telegrama, o mediante el jefe de la estación expedidora o por persona que le sea conocida.

En la práctica, sin embargo, suelen obviarse los inconvenientes que ofrece la contratación telegráfica por la costumbre que existe en el comercio de ratificar los telegramas mediante carta posterior, y de ahí que muchos telegramas contengan la expresión «sigue carta», uso que convierte las cuestiones de la contratación telegráfica en las de la correspondencia epistolar, de prueba menos engorrosa desde luego, y que, además, sirve para evitar los inconvenientes a que, como veremos, da lugar el sistema español.

b) Supuesto de error en la transmisión.—Otro de los problemas que cabe estudiar con relación a los contratos concluidos

por telégrafo es el de la divergencia que puede resultar entre el texto redactado en la minuta de despacho por el remitente y el recibido efectivamente por el destinatario. La prueba de dicha divergencia la facilita el hecho de que reglamentariamente las oficinas expedidoras han de conservar los originales de los telegramas durante un plazo de seis meses, por regla general (v. art. 584 del citado Reglamento y Orden de 24 de mayo de 1955 relativa a las agencias de telegramas por teléfono), a no ser que la acumulación de documentos lo hiciere rebajar a tres (art. 585), pues durante ese plazo existe la posibilidad de solicitar por escrito copia certificada del telegrama expedido o recibido (art. 819 del Reglamento).

La doctrina ha discutido vivamente la cuestión de determinar a quién ha de ser imputado el error telegráfico. Algunos autores (DARQUER, GIRAULT, ROUSSEAU) estiman que el posible perjuicio causado por el error tiene que ir a cargo del remitente, pues el uso del telégrafo implica una culpa *in eligendo*, la cual, por leve que sea, basta para constituirle en la obligación de resarcimiento. WINDSCHEID entiende que, como por la comunicación errónea de la voluntad por intermediario no llega a formarse contrato, el autor de la declaración debe responder para con la otra parte de los daños que se le causen en el cálculo y legítima esperanza del perfeccionamiento del contrato. MEILI considera al remitente como un mandante que encarga a la Administración la transmisión de una noticia, y aplicando, por consiguiente, las relaciones entre mandante y mandatario, considera obligado al remitente a responder, respecto a terceros, de los actos realizados en su nombre por la Administración y de las pérdidas y daños dependientes de inexactitud o error en la transmisión. Según otros (HAUSER, HEPP, MITTERMAIER, SERAFINI), las consecuencias y daños causados por errores deben cargarse al remitente, pero sólo conforme a los principios generales, es decir, cuando la pérdida o el error sean por su culpa, y no existiendo ésta, y no concurra, por otra parte, culpa también del destinatario, el perjuicio deberá reputarse casual y ninguna acción podrá ejercitarse contra el remitente. Finalmente, otros autores (GIORGI, RAMELLA, SCHOTT) afirman que nada hay que autorice a atribuir, en principio, a cargo de uno u otro de los contratantes los daños producidos por transmisión errónea, por ser cuestión que depende del examen de las circunstancias del hecho, apreciadas por el prudente arbitrio del juez (93).

(93) DARQUER: Obra citada, pág. 109; GIRAULT: *Traité des contrats par correspondance*, París, 1890, núm. 157; ROUSSEAU: *Traité de la correspondance pour lettres missives et télégrammes*, París, 1877, núm. 124; WINDSCHEID, citado por RAMELLA: Obra citada, pág. 477; MEILI: *Das Telegraphenrecht*, Zurich, 1873, pág. 126, y *Das Telephonrecht*, Leipzig, 1885, pág. 209; HAUSER, citado por RAMELLA: Obra citada, págs. 478-479; HEPP: *Correspondance privée postale ou télégraphique*, Strasbourg, 1864, núm. 116; MITTERMAIER: *Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschungen*, en «Archiv für die zivilistische Praxis», XLVI,

La divergencia antes apuntada puede haberse producido, o por culpa del remitente (autor del telegrama), por ejemplo cuando su escritura es tan deficiente que induzca a error al funcionario encargado de la transmisión; o por culpa de la Administración, si el error es únicamente imputable al funcionario de la oficina de origen, de las intermedias o de la recepción; o, aunque de un modo indirecto, por culpa del destinatario, verbigracia: cuando hubiere indicado equivocadamente su domicilio al expedidor.

En nuestra opinión, una vez determinado, según las circunstancias del caso, si el error es imputable al remitente o al destinatario, el problema de la influencia del mismo sobre la validez del contrato y el de la responsabilidad del que hubiere dado lugar a aquél, habrán de resolverse por las reglas generales del Derecho común consignadas en los artículos 1.902 y 1.266 del Código civil.

En cuanto al supuesto de que el error sea únicamente debido a los funcionarios del servicio, y sea posible dirigir contra la Administración una acción de responsabilidad en el sentido de que haya de responder de los actos de sus agentes, omitimos toda referencia al criterio de los autores sobre este particular, también muy discutido, porque lo cierto es que la mayoría de legislaciones extranjeras, por medio de sus Reglamentos especiales, cuidan de exonerar a la Administración de toda responsabilidad. Y el mismo criterio sigue la legislación española; así, el artículo 141 del Reglamento de 1900 dice que «el Estado no acepta responsabilidad alguna respecto al servicio de la telegrafía. Los errores cometidos por el telégrafo no dan lugar a indemnización de ningún género, sean cuales fueren las consecuencias que se ocasionen a los expedidores o destinatarios, debiendo el público tomar las precauciones que estén en su mano, según las reglas que se establecen en este Reglamento, para procurar evitarlos». Esta regla está en concordancia con el artículo 1.903, párrafo quinto, proposición segunda del Código civil, que previene que el Estado no es responsable «cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», es decir, el 1.902.

Por consiguiente, en tales supuestos, el que se crea perjudicado podrá dirigir únicamente, al amparo del artículo 1.902, una acción personal de responsabilidad contra el funcionario o funcionarios culpables, que, por otra parte, estarán sujetos a la posibilidad de un expediente administrativo con arreglo a las normas internas del servicio. Y cuando no haya culpa en el expedidor ni en el destinatario, se considerará producido el daño, de existir, por una causa fortuita (94).

1863, pág. 1 y sigs.; SERAFINI: Obra citada, pág. 52; GIORGI: Obra citada, núm. 281; RAMELLA: Obra citada, págs. 479-480, donde cita también a SCHOTT.

(94) GARRIGUES: Obra citada, pág. 82.

B) *Derecho comparado.*—Las legislaciones que se ocupan de la contratación entre personas distantes por medio del telégrafo pueden agruparse de la siguiente forma:

Códigos que asimilan la correspondencia telegráfica a la epistolar, como son el de Comercio de la Argentina (art. 214), el de las Obligaciones y contratos de Marruecos (art. 227) y el civil del Uruguay (art. 1.265).

Códigos que exigen, para que la correspondencia telegráfica produzca efectos entre los contratantes, su reconocimiento por éstos, entre ellos el de Comercio de Honduras (art. 84, párr. segundo, que también la admite en el caso de estar autenticada por la oficina respectiva), el de Comercio del Salvador (art. 74) y el de las Obligaciones y contratos de Suiza (art. 12).

Códigos que, como el de Comercio y el civil de Méjico (artículos 80 y 1.811, respectivamente), adoptan una posición análoga a la del artículo 51, párrafo segundo de nuestro Código de Comercio, que seguidamente analizaremos.

Código de Comercio de Portugal, cuyo artículo 97 contiene una regulación bastante completa de la contratación telegráfica, estableciendo que «la correspondencia telegráfica será admisible en el comercio en los términos y para los efectos siguientes»: 1.º Los telegramas, cuyos originales hayan sido escritos y signados, o solamente signados o firmados por la persona en cuyo nombre sean hechos, y aquellos que se pruebe haber sido expedidos o mandados expedir por la persona designada como expedidor, tendrán la fuerza probatoria que la ley atribuye a los documentos privados; 2.º El mandato y toda prestación de consentimiento, aun judicial, transmitidos telegráficamente con la signatura reconocida auténticamente por notario son válidos y hacen prueba en juicio; 3.º Cualquier error, alteración o demora en la transmisión de telegramas, será, habiendo culpa, imputable, en los términos generales del Derecho, a la persona que lo haya causado; 4.º Debe presumirse exento de toda culpa el expedidor de un telegrama que lo haya hecho transmitir en los términos de los respectivos Reglamentos; 5.º La fecha del telegrama fija, no habiendo prueba en contrario, el día y la hora en que fué efectivamente transmitido o recibido en las respectivas estaciones».

C) *Derecho español.* Consideración especial del artículo 51, párrafo segundo del Código de Comercio.—En nuestro ordenamiento jurídico hemos de poner de relieve una vez más el distinto régimen vigente en el Código civil y en el de Comercio.

En cuanto al primero, sabemos que el artículo 1.262, párrafo segundo, nada dice respecto a la contratación por telégrafo, pues únicamente se refiere a la que tiene lugar por medio de carta; pero, por razones de analogía, hay que estimar que la regla establecida en dicho precepto será aplicable también a los contra-

tos entre personas distantes celebrados por medio del telégrafo, con la salvedad advertida en relación con la oportunidad de revocar la oferta o la aceptación.

En cambio, el Código de Comercio consagra un tratamiento especial y sumamente restringido de la contratación telegráfica, que constituye una excepción al principio general de libertad contractual enunciado en el artículo 51, párrafo primero. En efecto, el párrafo segundo de este mismo artículo expresa claramente que *«la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado»*. Por consiguiente, el Código subordina la validez y eficacia del contrato teleográfico al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º Conformidad previa de los contratantes al uso del telégrafo como medio de contratar. 2.º Escrituración de dicha conformidad. 3.º Consignación en los telegramas de las condiciones o signos convencionales que previamente hubieren pactado los interesados.

El espíritu restrictivo que anima dicho precepto y que casi impide en el campo mercantil que pueda contratarse por medio del telégrafo, parece que responde a la necesidad de eludir los peligros que éste lleva consigo en razón a su falta de autenticidad y de prevenir el riesgo de una falsa procedencia del telegrama.

Sin embargo, como hace observar ORÚS MORATA, si la finalidad perseguida por el legislador ha sido evitar los errores que la transmisión del telegrama puede ocasionar y la dificultad de identificar la persona del expedidor, no lo ha conseguido indudablemente. En efecto, por una parte, aun con el empleo de signos convencionales, el error puede producirse, ya que el peligro de transmisión de un signo por otro no desaparece por el solo hecho de que éstos hayan sido convenidos de antemano, y como precisamente el error de trasmisión de los signos es lo que puede dar lugar a las cuestiones que hemos considerado, la fórmula adoptada por el legislador español no resuelve ni poco ni mucho la dificultad; y en cuanto a la cuestión de identificar a la persona del expedidor, como los signos o claves que deben figurar en los telegramas para que los contratantes se sientan obligados no son tan secretos que no puedan ser conocidos, por ejemplo, por la dependencia del remitente, los riesgos siguen en pie, sin que la solución legislativa en esta fórmula y en la anterior haya conseguido otro resultado que limitar un principio general de contratación universalmente admitido y un medio eficaz y rápido en la vida comercial (95).

(95) *El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 2.ª época, núm. 9, octubre-diciembre 1931, págs. 19-20.

No obstante, algunos autores han querido justificar el sistema del Código de Comercio español. Así, MANRESA ha dicho que «el contrato previo, autorizando y regulando el uso del telégrafo, se acomoda a las relaciones mercantiles, permanentes de ordinario entre casas determinadas, más bien que a las de orden civil, aisladas y con frecuencia para un solo caso, en las cuales tal exigencia haría que fuese el telégrafo una dilación más bien que una ventaja de tiempo» (96).

Otros autores atenúan en la interpretación el rigor de nuestro Código. Así, RAMELLA dice que «el cambio de telegramas realizado regularmente con proposición de una parte y respuesta de la otra, no podrá menos de valer como medio probatorio de las relaciones jurídicas motivadas por esta correspondencia, puesto que resulta implícito el acuerdo y consentimiento sobre el uso de esta rápida forma de comunicación» (97).

A nuestro modo de ver, es del todo desacertado el sistema del Código de Comercio, pues en la contratación mercantil es donde con el uso del telégrafo habría de encontrarse el procedimiento más rápido y expeditivo para hacerse llegar los contratantes sus respectivas declaraciones de voluntad. Y los inconvenientes puestos por el Código hacen en la práctica inválidos los contratos por telégrafo. Precisamente en fecha reciente el Tribunal Supremo ha declarado que no es válida una revocación hecha por telégrafo sin el cumplimiento de los requisitos que el párrafo segundo del artículo 51 del Código de Comercio exige para la eficacia obligatoria de la correspondencia telegráfica (v. sentencia de 25 de febrero de 1956) (98).

3. Contratación por teléfono.—A) Doctrina. — Es evidente

(96) Obra citada, pág. 654.

(97) Obra citada, pág. 250.

(98) Es interesante citar aquí un proyecto de reforma del párrafo segundo del artículo 51 del Código de Comercio presentado al Senado por GONZÁLEZ ECHEVARRI (*La contratación por telecomunicación y la reforma del Código de Comercio*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», tomo III, número 22, julio-septiembre 1919, págs. 19-20), cuyo texto es el siguiente:

«La contratación mercantil celebrada por teléfono, telégrafo, radiotelegrafía u otro medio análogo de comunicación rápida será válida y producirá obligación y acción en juicio aun cuando no lo hubiesen escogido con anticipación los contratantes y sin necesidad de emplear signos o claves convenidos, siempre que se sometan a las reglas siguientes:

1.ª Los contratos celebrados por medio de conferencias telegráficas, radiotelegráficas o telefónicas o por otro medio rápido de comunicación se entenderán celebrados entre presentes siempre que personalmente hayan estado en comunicación los interesados o sus mandatarios. Si en virtud de medio mecánico las indicadas conferencias se traducen en forma escrita o impresa se entenderá realizado el contrato por escrito, bastando que las cintas en que consten las conferencias lleve cada una la firma del respectivo contratante. Si al contrato celebrado por conferencias de las indicadas asiste en cada uno de los receptores un notario o mediador de comercio colegiado que den fe de conocer a las partes autorizando la obligación, se reputará instrumento público, para cuyo efecto trasladarán en forma fehaciente lo consignado en la cinta al protocolo o diario de operaciones.

que uno de los medios más aptos para poner en comunicación a dos personas distantes es el teléfono, que permite acercar de tal modo a los que están naturalmente separados entre sí, que transforma la lejanía en una *quasi* presencia. Su desarrollo, que da lugar al hecho de que la inmensa mayoría de comerciantes y profesionales, y aun un gran número de simples particulares, dispongan de la instalación correspondiente, lo hace instrumento especialmente adecuado para que las personas que no están en una situación de presencia efectiva puedan tratar directamente sus asuntos o negocios; y si el teléfono sirve para seguir toda clase de conversaciones, es en el campo de las relaciones comerciales donde la comunicación telefónica cobra una especial relevancia, pues es cosa de todos los días el uso del teléfono para cerrar tratos mercantiles, sobre todo entre comerciantes de la misma plaza.

Ahora bien; cabe preguntar qué es lo que justifica la inclusión de este apartado en un trabajo destinado a exponer los problemas más corrientes que se presentan en la contratación entre personas distantes. Los juristas se han preguntado si los contratos celebrados por teléfono deben reputarse, a los efectos de los problemas que se han venido examinando, como contratos «entre presentes», o bien como los que nosotros denominamos «entre personas distantes».

La cuestión fué particularmente discutida en la doctrina italiana, francesa y alemana. No podían faltar las dos opiniones contradictorias, y así, mientras unos autores (GABBA, KOHLER, MEILLI, STUBENRAUCH) sostenían que los contratos por teléfono han de considerarse celebrados entre presentes, otros, en cambio (BOLAFFIO, VIDAL, VIDARI), estimaban que deben asimilarse a los concluidos entre ausentes (99).

La posición intermedia, que se muestra partidaria de ver en los contratos concluidos telefónicamente una naturaleza mixta,

2.º Las ofertas o aceptaciones de contratación mercantil por medio de telegramas, telefonemas o radiotelegramas serán válidas y harán prueba en juicio como documento privado, siempre que aparezca el original suscrito por el oferente, aceptante o sus mandatarios. Si la firma se declara auténtica por autoridad competente, se aplicarán los principios generales relativos al caso. Si la identidad de la persona que ha suscrito el original se halla establecida por otros medios previstos en los Reglamentos de telégrafos, teléfonos o radiotelegrafia, será admitida la prueba en contrario.

La fecha y hora de los telegramas y telefonemas o radiotelegramas serán aquellas en que realmente hayan sido expedidos por las oficinas correspondientes. Si hubo error, alteración o retardo, y salvo el caso de responsabilidad penal, se aplicarán las reglas generales sobre la culpa y sus efectos. Sin embargo, el remitente se presume exento de ésta si cumplió las disposiciones reglamentarias exigidas por la Administración.»

(99) GABBA: *Il telefono e la giurisprudenza*, en «*Monitore dei Tribunali*», 1882, núm. 41, y *I contratti per telefono*, en «*Giornale delle Legge*», 1882, núm. 40; KOHLER: *Vertrag unter Abwesenden*, en «*Archiv für Bürgerliches Recht*», I, 1889, pág. 301; MEILLI, *Telephonrecht*, pág. 202; STUBENRAUCH: *Vertrag unter Abwesenden*, en «*Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*», 1860, núm. 101; BOLAFFIO: citado por RAMELLA, *Obra*

que exige considerarlos, con respecto a determinados problemas, como contratos entre presentes y, con relación a otros, como entre ausentes, ha sido sostenida, entre otros, por NORSÁ y VALERY (100).

En nuestros días está prácticamente superada la discusión doctrinal sobre este particular, pues la opinión dominante es que la solución del problema de si los contratos por teléfono han de considerarse entre presentes o entre ausentes, no puede ser unitaria, y al efecto distingue entre la cuestión del lugar y la cuestión del momento de perfección de dichos contratos; de modo que desde el punto de vista del momento, el contrato por teléfono ha de tratarse como estipulado entre presentes, dado que no media un intervalo apreciable de tiempo entre las respectivas declaraciones de oferente y aceptante; y desde el punto de vista del lugar, el contrato ha de estimarse perfeccionado entre personas distantes (GASCA, GIRAULT, JOSSEKAND, MESSINEO, RAMELLA, etc. (101).

Evidentemente, conforme a la doctrina más corriente, no cabe una calificación única de los contratos celebrados por teléfono, ya que si bien es cierto que en realidad son contratos entre personas distantes, pues los sujetos están materialmente alejados uno del otro, no cabe duda de que las declaraciones de voluntad se producen inmediatamente una después de la otra, pero, a nuestro juicio, no se trata precisamente de saber si el contrato por teléfono es entre presentes o entre ausentes, sino el tratamiento jurídico aplicable a los distintos problemas expuestos en los apartados anteriores, cuando se planteen en los contratos celebrados por medio de teléfono. A este efecto, es preciso observar que lo que casi exclusivamente tiene interés en los contratos por teléfono es la cuestión del lugar de perfección, cuando los contrayentes residen en territorios sobre los que actúa la competencia de distintos órganos jurisdiccionales; y que, en cuanto al momento en que han de considerarse concluidos, hay que desechar la inútil ficción que los asimila a los contratos entre presentes y estimar que constituyen un tipo bien caracterizado de los de formación simultánea, puesto que las declaraciones de voluntad de las partes se suceden sin intervalo relevante. Esta circunstancia implica que los problemas que

citada, pág. 256; VIDAL: *Le téléphone au point de vue juridique*, París, 1886, página 94; VIDARI: *Sul contratto per telefono*, en «Giornale delle Legge», 1882, núm. 42.

(100) *Il telegrafo e la Legge*, Milano, 1883, págs. 53 y ss., y *Des contrats par correspondance. Rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats*, París, 1895, núm. 62, respectivamente.

(101) GASCA: Obra citada, pág. 839; GIRAULT, Obra citada, pág. 255; JOSSEKAND: Derecho civil, revisado y completado por André BRUN, traducción de la 3.ª edición francesa, por Santiago CUCHILLOS, Buenos Aires; Bosch y Cía. editores, 1950, pág. 47; MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, traducción de la 3.ª edición italiana, por R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO y M. VOLTERRA, con notas de Derecho argentino, por Vittorio NEPPi, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europea-América, 1952, t. I, pág. 336; RAMELLA, Obra citada, págs. 257 y ss.

precisamente nacen del hecho de que entre la oferta y la aceptación, y entre la emisión de ésta y su llegada a conocimiento del oferente, medie un período más o menos largo, no han de presentarse en los contratos celebrados por medio de teléfono.

Solamente, quizá, un problema aventaja en importancia al del lugar de perfección, y es el de la misma existencia del contrato concluido por teléfono, de tan difícil prueba, por no decir imposible, ya que, como todos los contratos verbales, únicamente adquiere una entidad objetiva al documentarse posteriormente, pues, como advierte el artículo 80 del Reglamento para el establecimiento y explotación del servicio telefónico de 30 de julio de 1914, los funcionarios afectos al servicio telefónico están obligados a guardar el secreto de las conversaciones telefónicas, así como el de los nombres de las personas que conferencien, constituyendo, según el artículo 111 del propio Reglamento, falta muy grave la violación del secreto de las comunicaciones.

B) Derecho comparado.—En las legislaciones extranjeras es norma general la de considerar que los contratos celebrados por teléfono se asimilan a los concluidos entre presentes, con la consecuencia de que las ofertas hechas por teléfono, como las dirigidas a una persona presente, deben ser aceptadas inmediatamente. Así, por ejemplo, Código civil alemán, § 147, párrafo primero; Código de las Obligaciones del Líbano, art. 185, párrafo primero; Código de las Obligaciones y contratos de Marruecos, artículo 225; Código de las Obligaciones suizo, artículo 4.º párrafo segundo.

Cabe destacar la particularidad del citado Código libanés, cuyo artículo 185, párrafo segundo, indica que, en el caso de contrato celebrado por teléfono, «el lugar de formación del contrato se fija entonces, sea por la voluntad de las partes, sea por el juez, de acuerdo con las circunstancias del caso».

Por lo que se refiere al lugar de formación, el citado Código marroquí, en su artículo 227, aplica a los contratos celebrados por teléfono la misma solución que a los concluidos por correspondencia postal y telegráfica, es decir, los presume celebrados en el lugar en que se hizo la oferta.

C) Derecho español.—La doctrina española se ha ocupado poco de esta cuestión. Algunos autores, como ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA y GARRIGUES, sobre la base de estimar que para incluir un contrato en el tipo «entre presentes» o «entre ausentes» hay que atender, no a la presencia real y efectiva de las partes, sino al medio de comunicación empleado, califican los contratos celebrados por teléfono como contratos entre presentes (102). SÁNCHEZ ROMÁN sigue la opinión más corriente al distinguir entre

(102) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1951, t. I, pág. 562. y GARRIGUES: *Obra citada*, páginas 72-73.

el aspecto del lugar y el del tiempo, y le parece, en cuanto a este último, que «puesto que la comunicación telefónica es rápida y la audición instantánea, no puede reputarse distinto el tiempo entre la oferta y la aceptación, y el contrato se estimará celebrado entre presentes»; y, en cuanto al lugar, que «será forzoso distinguir si las dos instalaciones telefónicas de que se valieron los contratantes están o no establecidas dentro de la misma jurisdicción, y cuando no fuese así, el contrato, para este efecto, se reputará celebrado entre ausentes y se le aplicarán las reglas de los contratos por correspondencia telegráfica o epistolar» (103).

En nuestra legislación no existe precepto alguno expreso que se ocupe de los contratos celebrados por teléfono. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER estiman que, entre nosotros, debe adoptarse, en los casos que hayan de resolverse por el Código civil o el Código de Comercio, la misma solución indicada en el Código de Marruecos, que considera celebrado entre presentes el contrato por teléfono, dado que las declaraciones se entrecruzan inmediatamente. Y añaden que como esta afirmación no despeja la otra cuestión que suscita el contrato entre ausentes, y es la del lugar en que se entenderá celebrado, creen que «cuando se trate de contrato telefónico celebrado entre residentes en distintas poblaciones, el lugar del contrato será, por analogía del artículo 1.262, párrafo segundo, proposición segunda, aquél en que se hizo la oferta» (104).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de enero de 1948, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el momento de perfección de los contratos celebrados por teléfono en un caso en que se concertó un contrato de seguro mediante oferta de una empresa de transporte a una entidad aseguradora que aceptó por medio de un agente en conferencia telefónica, y ha declarado que «dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento, como ha venido a reconocer en nuestra legislación el artículo 225 del Código de Obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos, al disponer que las ofertas y aceptaciones realizadas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente, se entenderán hechas entre presentes».

Por nuestra parte, hemos de estimar que, si se presenta la cuestión de tener que precisar el momento en que se ha perfeccionado un contrato celebrado por teléfono, habrá de resolverse de acuerdo con su naturaleza de contrato de formación instantánea, y, por consiguiente, no habrá lugar a distinguir ningún intervalo de tiempo apreciable entre la oferta y la aceptación, y si el problema se presenta con relación al lugar, hacemos totalmente nuestra la conclusión a que han llegado los ilustres anotadores de ENNECERUS.

(103) Obra citada, pág. 223.

(104) En ENNECERUS, Obra citada, pág. 148.

