

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

**EL PROBLEMA DE LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA EN LA
FORMACIÓN DEL CONTRATO**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil que presenta

RUTH AMPARO VELASQUEZ CURO

Dirigido por

RÓMULO MARTÍN MORALES HERVIAS

San Miguel, 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....pág.07

CAPITULO I

BASES PRELIMINARES..... pág.15

1. Alcances Históricos de la Oferta..... pág.15

1.1. Roma..... pág.15

1.2. La Policitación..... pág.19

2. Nociones de la Oferta..... pág.24

2.1. Definición..... pág.24

2.2. Naturaleza Jurídica..... pág.25

2.3. Requisitos de la oferta..... pág.27

2.3.1. Debe ser completa.....pág.27

2.3.2. Debe ser precisapág.27

2.4. Vigencia de la oferta..... pág.29

2.5. Extinción de la oferta..... pág.30

2.6. La retirada de la oferta..... pág.31

3. Nociones de la Aceptación..... pág.33

3.1. Definición..... pág.33

3.2. Naturaleza Jurídica de la Aceptación..... pág.34

3.2.1. Modos de aceptación.....pág.35

3.3. La aceptación de la oferta y su identidad con el contenido de la oferta..... pág.40

CAPITULO II

EL PROBLEMA DE LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA..... pág.44

1. La oferta en los sistemas jurídicos alemán, francés, italiano y en el *common law*..... pág.50

1.1. En el *Common law*..... pág.52

1.2. En el Derecho Alemán.....	pág.54
1.3. En el Derecho Francés.....	pág.56
1.3.1. La revocación de la oferta en la jurisprudencia francesa.....	pág.59
1.4. La revocación de la oferta en el sistema jurídico peruano y en los sistemas jurídicos latinoamericanos.....	Pág.62

CAPITULO III

FUNDAMENTOS PARA LA CONCEPCIÓN DE LA REVOCABILIDAD DE LA OFERTA.....pág.68

1. Principio general: revocabilidad.....	pág.71
1.1. Excepciones a la regla de irrevocabilidad en el ordenamiento jurídico peruano.....	pág.72
1.1.1. Por manifestación del oferente.....	pág.73
1.1.2. De la naturaleza de la operación.....	pág.73
1.1.3. De las circunstancias del caso.....	pág.74
2. El proceso de globalización como fundamento a favor para la admisión de la revocación de la oferta en el sistema jurídico peruano.....	pág.79
2.1. Principios UNIDROIT.....	pág.81
2.2. Anteproyecto del Código Europeo de Contratos (Gandolfi).....	pág.84
2.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (Convención de Viena).....	pág.85
2.4. <i>Draft Common Frame of Reference</i> (DCFR).....	pág.89
3. La declaración expresa de irrevocabilidad.....	pág.91
3.1. Ofertas irrevocables.....	pág.93
4. La Autonomía Privada.....	pág.95
4.1. La autonomía de la libertad como principio.....	pág.98
5. La Libertad de Contratar.....	pág.100
6. Desequilibrio en la tutela de los intereses de oferente y aceptante.....	pág.105
6.1. El fallecimiento y la incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta.....	pág.107

7. Un caso singular de irrevocabilidad de la oferta en la jurisprudencia peruana..... pág.116

CONCLUSIONES..... pág.121

BIBLIOGRAFÍA..... pág.124



*Tu bondad y tu amor me acompañan
a lo largo de mis días,
y en tu casa, oh Señor, por siempre viviré.
Salmos 23: 6*

A mis padres Delfina e Ignacio, por su infinito amor, como las estrellas en el cielo, como la arena en el mar. Porque sus palabras fueron mi sendero, su amor mi lámpara en la oscuridad, sus deseos mis sueños, sus temores mi fortaleza, su esfuerzo mis retos.

A mis hermanos Milton J., Marco A. y Sandra; por ser parte de ese amor silencioso, que nos distingue y nos hace uno. Mis amigos, mis cómplices.

A Tobías, porque en tus tiernos ojos descubrí el amor sincero e incondicional. Vuelvo pronto te dije, voy por el Hada Azul; pero en el camino los días se hicieron meses, y los meses años, tu larga espera terminó, y yo nunca logré cumplir mi promesa. Siempre juntos, siempre en mi corazón.

MLJL 28.11.12

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación nos ocuparemos del problema de la irrevocabilidad de la oferta en el sistema jurídico peruano. Que regula a la oferta como "obligatoria" y de "fuerza vinculante" para el oferente. Generando un estado de desequilibrio entre éste y el destinatario de la oferta, pues la oferta no es más que una etapa de formación del contrato, que puede o no concluir en el perfeccionamiento del mismo.

La irrevocabilidad de la oferta no es eficiente en la actualidad, pues el proceso de globalización establece la necesidad de unificar el derecho, dando como consecuencia la búsqueda de la armonización en los sistemas jurídicos. En este proceso, uno de los principales problemas es el de la determinación de la aplicación de la revocabilidad o la irrevocabilidad de la oferta como regla general.

Por lo que, y en análisis de los beneficios de orden práctico, que representa la aplicación de la revocabilidad de la oferta como regla general, se ha establecido en la mayoría de cuerpos normativos de unificación del derecho (de aplicación internacional), que la irrevocabilidad sea introducida, únicamente, como excepción a la regla.

Por tanto, la correcta regulación de la oferta debería estar destinada a que, por la oferta el oferente tenga la intención de obligarse en caso se perfeccione el contrato (con la recepción de la comunicación). Generándose entonces obligaciones a ambas partes, por el vínculo contractual.

Aunque, parte de la doctrina nacional sea renuente a la aceptación de la revocabilidad, nuestro Código Civil reconoce su aplicación como excepción. Sin embargo, la admisión de la revocación de la oferta debe darse en base a argumentos teóricos (autonomía privada de las partes y el derecho de la libertad contractual) y prácticos (el proceso de globalización y el desequilibrio de la protección de los intereses del oferente).

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que aqueja al sistema jurídico peruano, en la formación del contrato, es la aplicación de la “irrevocabilidad de la oferta”, como regla general. Una vez lanzada la oferta, con los elementos esenciales del contrato a celebrar, el oferente no tiene la posibilidad de revocarla, para así dejar sin efecto el derecho potestativo de perfeccionar el contrato, conferido al destinatario; es decir, el oferente se encuentra en un estado de sujeción. De esta forma se genera el problema en mención, pues surge un conflicto de intereses entre el oferente y el destinatario de la oferta –también denominado aceptante– pues el primero solo tiene la posibilidad de revocar la oferta, según lo estipulado en el Código Civil, antes o simultáneamente con la recepción o puesta en conocimiento de la oferta al destinatario.

Ante esta problemática nuestro Código Civil, equivocadamente, se limita a establecer que la oferta es obligatoria para el oferente, pues hace equiparable el término “obligatoriedad” con el de “irrevocabilidad”¹. Sin embargo, el oferente únicamente puede tener la disposición de obligarse en caso se perfeccione el contrato, pues la oferta no tiene fuerza vinculante para el oferente, ni tampoco puede dar origen a ninguna obligación; ya que solo estamos en una etapa de formación del contrato.

Entonces, si consideramos a la oferta como irrevocable ¿De qué autonomía privada y libertad de contratar podemos hablar? Si bien, debemos tener en cuenta los intereses de ambas partes, oferente y destinatario, no podemos perder de vista que el contrato, en esencia, se fundamenta en la autonomía privada de las partes. Por la cual éstas tienen plena libertad de regular sus

¹**Artículo 1282:** La oferta **obliga** al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso (El resaltado es nuestro).

Artículo 1384: la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

intereses y obligarse entre sí, claro está, bajo los únicos límites impuestos por el orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico en sí mismo. Es en virtud a ello que, la imposibilidad de revocar la oferta luego de la recepción de ésta limita la autonomía privada de las partes, la libertad de contratar y por ende la esencia misma del contrato.

El plazo para la aceptación se encuentra normado en el artículo 1375 del Código Civil peruano: "la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él"; de lo cual extraemos que la fijación del plazo puede ser determinado o determinable por el oferente, y, se entenderá que es determinado si se fija el momento exacto de la expiración de la oferta (año, mes, día, hora); y determinable cuando se proporciona un índice referencial cuya aplicación permite establecer con precisión el momento de vencimiento.

El problema que estudiaremos en este ocasión no se centra en la fijación del plazo de la oferta o cuándo se considera que esta caduca, sin embargo el lapso comprendido entre la oferta y la aceptación determina, para algunos autores, en qué momento se puede revocar o no la oferta; es así que nos encontramos ante el problema planteado líneas arriba. Anteriormente señalamos que la oferta, en nuestro sistema jurídico, es irrevocable, sin embargo, como excepción a la regla, el oferente puede revocarla, si pone en conocimiento del destinatario (aceptante) su voluntad de revocar la oferta, antes o simultáneamente con la llegada de la misma.

En cuanto a esta situación se plantean dos soluciones contrarias. La primera, un poco más clásica, sostiene que el proponente puede cancelar su oferta en todo momento antes de que sea aceptada (De La Puente 1983: 185). Esta solución es de origen francés; y aunque señalamos que se trata de una postura clásica, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés de 2005, en virtud al principio de libertad, se entiende que el oferente dispone de un importante poder unilateral de retractación, dejando al destinatario (aceptante) en una situación jurídica subjetiva pasiva frente a la oferta

recibida. Entonces, de esta postura, podemos colegir que mientras el contrato no se hubiera celebrado no surge vínculo alguno, de suerte que no puede admitirse que el proponente esté vinculado a su oferta.

La segunda solución, planteada por la doctrina, afirma que la oferta debe ser irrevocable en pro del interés del destinatario, para que éste tenga la posibilidad de meditar sobre la conveniencia de aceptarla o no, contando con la "seguridad jurídica" de que al menos dentro de un lapso la oferta se mantendrá vigente (Enneccerus 1981: 258). En ese sentido, el BGB en el párrafo 145 expresa que: "quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación", por lo que, entendemos que el legislador alemán ha sancionado la vinculación del oferente a su propuesta (la oferta), otorgándole la posibilidad que se excluya de esta vinculación, dando lugar a la revocabilidad, solo en el caso específico que éste exprese que así lo desea.

Al respecto, el Código Civil Italiano y el BGB Alemán, en un desarrollo legislativo, toman posturas opuestas. Por un lado, el primero plantea una mejor y más clara solución, a nuestro entender, dejando la posibilidad que la oferta pueda ser revocada mientras el contrato no haya sido celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato.

En ese sentido, solamente el contrato puede ser fuente de irrevocabilidad de la oferta (Ferri 2004: 49), así el Código Civil Italiano, en su artículo 1329, limita la revocabilidad de la oferta, únicamente en el caso que el oferente se comprometa a mantenerla firme por un espacio de tiempo específico, tiempo en el cual ésta es irrevocable la oferta.

Posiciones muy singulares son las adoptadas por el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), las cuales, a nuestra perspectiva, flexibilizan la irrevocabilidad de la

oferta de modo tal que la disposición de la revocación de la oferta recae en la autonomía privada del oferente, sin causar perjuicio del destinatario o aceptante.

El Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, señala que la oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, incluso si éste ha declarado por escrito que es irrevocable. Por el contrario se entiende que es eficaz mientras no sea revocada, rechazada o se extinga. La oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación, incluso si es irrevocable, queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario.

Por otro lado, se entiende que la oferta es irrevocable cuando su autor se obliga expresamente a mantenerla durante un cierto periodo de tiempo, o si, sobre la base de negocios precedentes realizados entre las partes, de tratos preliminares, del contenido de cláusulas o de la costumbre, se puede razonablemente reputar como tal. Lo mismo sucede si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes².

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), señala que la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, siempre que la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse si indica un plazo fijo para la aceptación.

Desde nuestra perspectiva creemos que una de las posturas más adecuadas es la adoptada por los Principios de UNIDROIT 2004, ya que este cuerpo normativo busca una postura unificada de los grandes sistemas jurídicos; que señalan que la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la

²Artículos 14, 15 y 17 de la Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos (Gandolfi).

aceptación. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse si en ella se indica un plazo fijo para la aceptación.

Creemos que, una forma de darle tratamiento a la revocabilidad sería aceptándola como regla general, siempre y cuando ésta se exprese antes de la declaración de la aceptación. Por otro lado, se entendería que la oferta es irrevocable cuando con ella se haya fijado un plazo determinado en el cual ésta sea irrevocable. Cabe señalar también que, en el caso que la revocación de la oferta genere daños, debidamente probados, al destinatario (aceptante), éste deberá ser indemnizado. De esta forma quedan protegidas ambas partes; el oferente en tanto se le permite hacer uso de su autonomía privada, y el aceptante por cuanto será amparado ante cualquier posible perjuicio que la revocación de la oferta le haya podido causar.

En ese sentido, desarrollaremos algunos conceptos, que consideramos importantes en relación a la oferta y la aceptación, para luego, desarrollar el tratamiento legislativo, dogmático y jurisprudencial de la revocabilidad de la oferta. En el desarrollo de la tesis se pretende describir el tratamiento legislativo que se da a este problema en cuerpos legales tales como el Código Civil Italiano, el BGB, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés, Código Europeo de Contratos, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el Marco de Referencia Común y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Ante el problema descrito nos planteamos los siguientes objetivos:

1. Identificar cual es el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le da al problema de la irrevocabilidad de la oferta, desde un enfoque legislativo y dogmático.
2. Describir cual es el tratamiento legislativo y dogmático que se le da a este problema, en cuerpos legales tales como el código civil italiano, el BGB, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Anteproyecto

de Reforma del Código Civil Francés, Código Europeo de Contratos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el Marco Común de Referencia y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

3. Determinar si la irrevocabilidad de la oferta impide el ejercicio de la libertad de contratar.
4. Establecer el tratamiento jurídico adecuado que se debe dar a este problema y su aplicación a nuestro sistema.

Para poder alcanzar los objetivos planteados, es menester, explicar previamente por qué el presente trabajo de investigación es útil y tiene un aporte académico significativo; por lo mismo, se justifica en razón a que, el contrato es fruto de la autonomía privada de las partes, por tanto no podemos pretender que la oferta sea irrevocable sin limitar la autonomía privada como eje en el cual circula la formación del contrato y más aún porque devenimos en contradicción con el principio de libertad de contratar que guía a nuestro sistema jurídico en lo que a formación del contrato se refiere.

Es por todo lo manifestado que ésta tesis es de utilidad para determinar el adecuado tratamiento jurídico (legislativo, dogmático y jurisprudencial) que merece este problema, pues en el mundo entero a diario se celebran multiplicidad de contratos, los mismos que tienen plasmados y buscan la regulación de los intereses de los individuos. Es por ello que consideramos, que tratándose de una de las instituciones jurídicas que mayor utilidad posee, se debe respetar la autonomía privada de los contratantes, por ser los principales protagonistas en la formación y ejecución del contenido de los contratos.

Ante lo indicado, nos planteamos la siguiente interrogante:

¿La irrevocabilidad de la oferta impide el ejercicio de la libertad de contratar?

A modo de respuesta, la hipótesis de este trabajo es que, si la oferta es irrevocable para el oferente y éste solo tiene la posibilidad de revocarla antes o simultáneamente que ésta llegue al destinatario, se limita la autonomía privada de las partes, ya que el oferente no tiene la posibilidad de extinguir la oferta ante nuevas y mejores posibilidades de contratar con otros sujetos. Además de limitar la libertad de celebración del contrato, como principio básico de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que, creemos que debe aceptarse la revocabilidad de la oferta como regla general, siempre y cuando con ésta no se haya fijado que se trata de una oferta irrevocable, puesto que el acuerdo de dos o más partes es el elemento esencial de todo contrato. Más aun, si tomamos en cuenta que son las partes quienes deben determinar libremente el contenido del contrato, siempre que se encuentren dentro de los límites de la ley.

Marco Metodológico

En el presente trabajo de tesis se hará uso del método dogmático, buscando realizar un análisis jurídico que ayude a la descripción y análisis de los institutos jurídicos para hacer posible la explicación de la revocación de la oferta del modo más adecuado, y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano.

A su vez, se empleará el método comparativo, ya que se pretende revisar y analizar la solución y descripción al problema planteado, desde el punto de vista doctrinario, normativo y jurisprudencial, identificando las principales semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos francés, italiano, alemán y argentino con relación al ordenamiento jurídico peruano.

También utilizaremos el método exegético, mediante el estudio riguroso de los cuerpos normativos, tales como el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés, Código Europeo de Contratos, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de

Compraventa Internacional de Mercaderías, el Marco Común de Referencia y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, con la finalidad de encontrar la voluntad o intención del legislador que la dictó.



CAPITULO I:

BASES PRELIMINARES

1. Alcances Históricos de la Oferta

1.1. Roma

Para realizar el desarrollo histórico de la oferta, nos remontaremos hasta la evolución del derecho privado en Roma. Para hablar de oferta, primero debemos detenernos en la formación del contrato. Cabe señalar que la oferta no aparece propiamente como tal en el derecho romano, sino más bien se trata las primeras concepciones que darán lugar a lo que se entiende por contrato.

En el derecho romano se tenía a la convención "*conventio*", "*pactum*", "*pactio*", es decir la convención o el pacto se refería al concurso de voluntades de dos o más personas en relación a cualquier cuestión; sin embargo, el derecho solo se ocupa de las convenciones en cuanto constituían manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir derechos.

Para que se de origen a las convenciones se requiere el concurso de acreedor y de deudor, "... una simple proposición no obliga a nadie..." no obligaría más que una promesa no aceptada (Sánchez 1975: 51).

Entonces, en el derecho romano, las convenciones requieren indispensablemente de la concurrencia de un acreedor y de un deudor. Es decir, para que exista un pacto se requiere de un concurso de dos voluntades, lo que implica que la aceptación responda a todos los ofrecimientos, de otra forma no se podrá considerar que existe un pacto, o una convención entre ambas partes.

Para que las partes pueden obligarse la una con la otra deben existir ciertos límites, los cuales deben ser entendidos de la misma forma por ambas partes, ya que de otro modo (que cada uno entiende que se obliga a una cosa distinta), no habrá convención. Las Instituciones de Justiniano establecen que se considera nula la convención por la cual una de las partes promete hacer diez mientras que el otro solo promete cinco. Este supuesto es considerado inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, pues el código civil establece que no hay contrato cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones.

El mismo supuesto lo podemos encontrar en las Instituciones de Gayo, en el comentario tercero, parágrafo 102: "También es inútil la *stipulatio* si aquel que ha sido interrogado no respondiere a lo que le ha sido preguntado, como por ejemplo, si una parte estipula que dará diez sestercios y la otra promete dar cinco, o si uno estipula pura y simplemente y el otro promete bajo condición".

Ortolán en su "comentario a las Instituciones del Emperador Justiniano", señala que: "Todo derecho se produce, por un hecho; por consiguiente no hay obligación que no traiga su origen en un hecho. Los hechos que la pura razón filosófica nos presenta como capaces de poder ser obligaciones, se refiere a los cuatro siguientes:

1. El mutuo consentimiento de las partes,
2. Los hechos por consecuencias de los cuales puede una persona haber causado a otro algún perjuicio por su culpa; caso que está subordinado a la máxima de la razón natural de que es preciso respetar el mal que se ha causado sin razón;
3. Los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona hallarse, ya voluntaria, ya involuntariamente, utilizada con los bienes de otro: éste debe enriquecerse con perjuicio de otro;

4. En fin, ciertas relaciones entre las personas, en la constitución de la familia o de la sociedad (Sánchez 1975: 52).

A pesar de lo descrito hasta este punto, el derecho romano no ha reconocido la obligación *vinculum juris*, sino solo en ciertos casos bajo la intervención del derecho de gentes. A pesar de la existencia de la convención o pacto (*conventio, pactum, conventus*) de dos o más voluntades que crean un derecho determinado, modificarlo o anularlo, pero el título de contrato "*contractus*" da un origen particular a la convención por la cual se produce obligación, a este tipo de convenciones se las reconoce como obligatorias y están provistas de una acción por el antiguo derecho romano.

En el Digesto de Justiniano (L, II, Tit. XIV) "*De Pactis*", en la ley I, la convención toma la denominación de pacto, relacionado fuertemente al significado de paz. Se puede entender que pacto es el consentimiento de dos o más personas en una misma cosa. En cambio la convención busca contraer o transigir algún negocio, es así que la mayoría de las convenciones toman distintos nombres, como por ejemplo la compra, el arrendamiento, la prenda, etc.

Justiniano siguiendo la opinión de Ulpiano, en el Digesto L. II, Tit. XIV, ley VII, establece: "De las convenciones del derecho de gentes, hay una que producen acciones y otras excepciones. 1 .las que producen acciones pierden el nombre de convenciones y toman el de contrato vg.: compra, venta, locación, conducción, sociedad, comandato, depósito, y los demás contratos semejantes". Iburguren comentando ésta parte del Digesto, nos dice: Resumiendo las ideas comprendidas en los textos citados, podemos citar, teniendo especialmente en cuenta la última parte del párrafo tercero, fragmento I, Tit. XIV, L.II, que los jurisconsultos romanos usaban los términos convención, y pacto

indistintamente, a diferencia del contrato, al que consideraban como una de las especies de la convención (Sánchez 1975: 54).

Entonces, prima facie, se podría decir que la convención constituía un contrato, el cual generaba obligaciones que contenían una acción, mientras que los demás pactos solo contenían una obligación natural. El contrato contenía dos elementos:

1. Primero, una convención o pacto y
2. Como objeto inmediato de ésta convención, una o varias obligaciones a crear.

Y también presentaba algunos caracteres:

1. Era una convención;
2. La convención era obligatoria;
3. Engendraba acción perfecta;
4. Llevaba un nombre.

En este lapso, en Roma, surgieron un grupo de convenciones, que eran plenamente obligatorios, daban acción, por ejemplo: las donaciones, el pacto de *constituto*, el de hipoteca, la permuta, etc. Es así que la convención podría ser considerada como el género y el contrato como la especie; pues existían ciertas convenciones que no poseían acción alguna, a pesar de ser perfectamente sancionables. Hasta esta etapa se desarrolló el periodo clásico del derecho romano.

Ahora surge otro periodo en el cual toda obligación surgía ya sea de un contrato o de un delito. Entre las primeras se encuentran aquellas obligaciones que son contraídas por la cosa, por las palabras, por escrito o por el mero consentimiento.

La teoría de las obligaciones representa uno de los aspectos que tuvo mejor y continuo desarrollo en el derecho romano. En las Institutas de Justiniano, comparadas con las de Gaius, se hace una clasificación más genérica, en primer término la de dividir entre las civiles y las pretorianas (llamadas también honorarias) las primeras son las constituidas por las leyes o reconocidas como ciertas por el *juscivile*, mientras que las segundas son las que el pretor constituye en virtud de su jurisdicción y recién después de ésta clasificación, Justiniano nos da otra subsecuente, que es la de Gaius señala solamente dos fuentes *obligatio ex contractun ascitur* y *ex delicto nascitur*, pero luego será éste mismo autor quien considerará insuficiente la cita de éstas dos únicas fuentes y agrupará los casos que escapan a ellas en la denominación genérica es *varriid causa rum figurae*; alcanzando una mayor con el mismo Justiniano, quien distinguirá entre varias figuras de causa las obligaciones que nacen cuasi *ex contractus*, como si nacieran de un contrato y cuasi *ex maleficio*, como si nacieran de un delito las cuales pasaran a la doctrina posterior como las figuras del cuasicontrato y del cuasidelito (Sánchez 1975: 55).

Hasta este punto podemos ver que, en el derecho romano la oferta no aparece propiamente como tal. Sin embargo es en el derecho moderno que se presentan antecedentes de la oferta de contrato, punto que nos trae a realizar esta reseña sobre la historia de la formación del contrato, la misma que seguiremos a continuación.

1.2. La Policitación

Si bien la *Polcitación* o Policitación no es propiamente una oferta da origen a lo que se conoce como oferta, pues lo que se entiende por esta figura es que se trata de una más como una propuesta. La *Polcitación* constituye una figura que se puede encontrar en el Digesto de Justiniano, "*pollicitationibus*", por esta figura no siempre se obliga el

que prometió, sin embargo su promesa le otorga cierto honor obligándolo a cumplirla, sin embargo si se prometió sin causa alguna no quedará obligado.

Es en el Digesto, siguiendo a Ulpiano, que encontramos los primeros atisbos de la oferta, "si el que prometió sin causa, empezare a hacer lo que prometió, está obligado. Se entiende que empezó a hacer la obra si sacó los cimientos, o limpió el sitio; pero si señaló el sitio que pidió, parece que es más cierto que la empezó. Lo mismo se dice si puso los materiales o empezó a hacer algunos gastos en el sitio público. Pero si no empezó la obra del mismo, sino habiendo ofrecido cierta cantidad para ella, en atención a ésta oferta, se empezó a hacer, estará obligado del mismo modo que si él la hubiera empezado".

En el Digesto, libro 50 Título XII, Ley II, hallamos, al ocuparse del consentimiento, una referencia a la promesa "Proemio: Si alguno ofreciese alguna cosa, se obliga por la oferta, cuya cosa obliga a la persona del que ofrece, no la cosa que se ofrece; porque la paga de la cosa que se ofrece libra del voto, pero no se hace sagrada", "El pacto es una convención y consentimiento de dos personas; pero la promesa, una oferta de uno solo que ofrece, por la cual está determinado, pero si la promesa se hizo por algún honor, se pida como deuda. Pero la obra empezada, aunque no sea por el honor prometido, el que la prometió esta obligado a perfeccionarla, y así está determinado.

Sin embargo, cabe señalar que una simple promesa u oferta adquiriría fuerza vinculante: en primer lugar, si la misma no había sido dirigida a la ciudad o a los dioses, o no se había empezado a cumplir, no podía ser exigida.

Ello nos pone frente a un régimen que acerca de la policitación tenía como norma general el derecho romano: la simple promesa no aceptada, o la policitación, solo tenía fuerza vinculante en los casos excepcionales que se han mencionado. Como vemos en los cuerpos

legales de Derecho Civil propios de este periodo la oferta aún no tenía fuerza vinculante.

Maynz, nos dice textualmente: “En toda convención es indispensable el concurso de acreedor y del deudor, una simple proposición no obliga a nada, no obligaría más que una simple promesa no aceptada, *pollicitatio*, en los casos siguientes: 1º cuando ella ha sido hecha a favor de un municipio, con tal que haya justo motivo o un principio de ejecución; 2º cuando consiste en consagrar una cosa a Dios, *votum*”.

Bonfante por su parte manifiesta que “...la promesa (*pollicitatio*) es suficiente para originar obligaciones en el derecho romano, cuando sea hecha a una ciudad por una *iusta causa* y cuando se haga a la divinidad (*votum*). La *iusta causa* puede ser un honor que se quiera conceder o que se haya concedido al promitente (*ab honorem decernen dumvel decretum*), o una calamidad ciudadana; pero también sin esto nace la obligación, si la obra prometida ha tenido principio (*ob opus coeptum*). Si el promitente cae en la miseria, puede librarse mediante el pacto de ceder una quinta parte de su patrimonio. Los descendientes herederos solo necesitan ceder la décima parte”.

En la parte pertinente, y referente a la última parte de lo manifestado por Bonfante, Justiniano, en el Digesto, Libro 50, Tit XII, párrafo I, establece: “Los padres de familia se obligan por el voto, y los que ya han llegado a la pubertad, y no están sujetos a la patria potestad. Los hijos de familia y los siervos no se obligan por el voto sin la autorización del padre o el señor. 2-Si alguno ofreció la décima parte de sus bienes: hasta que la separe de él, no deja de estar en su patrimonio; y si el que la ofreció muriese antes de la separación, su heredero como tal está obligado a la décima, porque la obligación del voto consta que obliga al heredero”.

En la obra ya citada, Ley IX, en Corpus Juris siguiendo a Modestino, establece: “Por lo que alguno prometió por el empleo honorífica de la

república, se obligan *in solidum* él y su heredero; y por lo que se prometió por la obra empezada, si no alcanzara para ella los bienes que se dejaran, respondieron los dos hermanos emperadores, que los herederos extraños se obligan a la quinta parte de lo que importa al patrimonio del difunto, y los descendientes a la décima parte; pero si el que donó incurriese en pobreza por la promesa que hizo para la obra empezada deberá la quinta parte de lo que importasen sus bienes, como determinó el emperador Pío”.

La opinión de Pablo, otro de los juristas clásicos más notables, junto con Gayo, Modestino, Ulpiano y Papiniano, es citada en la ley VII: “Si la ciudad padeció algún daño por caso fortuito, y por ésta causa prometió alguno hacer alguna cosa, aunque se haya empezado a hacerla, absolutamente se obliga, como el emperador Severo respondió a Dios”.

Siempre siguiendo a Paulus en la ley VIII, se lee: “Los dos hermanos emperadores respondieron, que de las promesas hechas a las ciudades debían conocer sus jueces: las palabras del rescripto son las siguientes: hará muy bien Estacio Rufino si la obra del sitio llamado proscenio, que prometió a los gabinios que edificaría, y ya la había empezado, la concluye; pues aunque por su contraria fortuna lo hubiera desterrado el prefecto de la ciudad de Roma por tres años, con todo, la oferta del don que ocurrió voluntariamente no se debe disminuir; porque el ausente puede concluir ésta obra por medio de un amigo y si no la quiere hacer, se podrán nombrar actores que pidan en nombre de la ciudad judicialmente; los cuales procederán lo mas pronto que pudieren antes de que parta para su destierro; y si determinasen que él mismo debe concluir la obra, mandarán que en cuanto a esto obedezcan a la república o prohibirán que se enajene el fundo que tiene en el territorio de los gabinios”.

Varela Stolle formula una distinción entre las convenciones y la policitación, en que ésta última consistía en una simple promesa no aceptada, y solo producía un vínculo de derecho en casos

excepcionales: Primero: La *policitación* hecha en favor del Estado o de una Ciudad, en cuyo caso, si el *policitante* había ofrecido por una razón especial, que llegara a tener efecto, quedaba obligado el mismo y sus herederos; y si no mediaba ésta circunstancia, solo quedaba obligado cuando había principiado a efectuarse la promesa. Segundo: El *voto* que era la promesa hecha a Dios con un objeto religioso o de piedad; solo será obligatorio jurídicamente para los herederos, si se había pronunciado materialmente, y en todos los demás casos, solo producía una obligación de conciencia. Tercero: También producía obligación la *policitación de dote*”.

Jors y Kunkel se refiere a la *policitación* al tratar de la donación que la misma... “constituía hasta cierto punto, una excepción la promesa de donación hecha a un municipio, que en la época clásica daba origen a una acción si la liberalidad se efectuaba ad honorem (es decir en prueba de agradecimiento por un favor concedido al donante, o para conseguirlo), o si, habiéndose prometido una obra, ésta se hubiere comenzado”.

En el derecho peruano, tanto en la exposición de motivos del artículo 1382, como en los comentarios al código civil de León Barandiarán (Barandiarán: 51-63), se toma a la oferta como sinónimo de propuesta y como sinónimo de *policitación*. El jurista peruano, citando a Con way y al *Restatement second of the law of contrats*, usa el término oferta o *policitación* indistintamente, haciendo la diferencia entre estos y los tratos del periodo preparatorio, considerados como meras negociaciones. Creemos que la *policitación*, si bien da pie al surgimiento o concepción de la oferta no es precisamente una oferta propiamente dicha, pues ésta carece de los elementos esenciales que deben estar presentes en toda oferta, pues ésta dará lugar a la celebración del contrato, por tanto, debe ser completa, precisa, dirigida a persona determinada o indeterminada y debe contener un plazo de vigencia.

2. Nociones de la Oferta

2.1. Definición

La oferta y la aceptación constituyen las fases esenciales en la formación del contrato, pues la conjunción de éstas determina la celebración del contrato, así como el momento exacto en el que se da origen a obligaciones entre ambas partes³.

La doctrina se ocupa ampliamente de la oferta, por lo que podemos mencionaremos algunas definiciones. La oferta es definida como una “declaración unilateral de la voluntad de carácter recepticio, dirigida a un destinatario determinado” (Ferri 2004: 41); “se denomina recepticio porque está destinada a solicitar la adhesión de otro sujeto” (Roppo 2004: 187).

“La formulación de una oferta constituye el ejercicio de un poder jurídico en sentido técnico –el poder negocial- es decir de aquella situación jurídica subjetiva de ventaja (activa) que permite a su titular realizar actos –obrar- que modifican la realidad jurídica”, por lo mismo se entiende que el efecto esencial de la oferta es legitimar a un determinado destinatario, para que en el ejercicio de su autonomía privada haga uso de su poder negocial dando lugar a la celebración del contrato, entendido éste como el reglamento de intereses jurídicamente relevantes (Forno 1997: 183).

Entonces, podemos definir a la oferta como una declaración de voluntad, por la cual un sujeto toma la iniciativa para la celebración de un contrato, llamado **oferente**, ésta declaración va dirigida a otro sujeto, **destinatario**, quien deberá aceptar o no la oferta para dar

³**Artículo 2.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de la UNIDROIT:**

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

lugar al perfeccionamiento del contrato. La oferta debe contener los elementos esenciales del futuro contrato, oferta completa o determinada, si faltara alguno de estos elementos, se entiende que es incompleta. Sin embargo, estos elementos deben ser susceptibles de determinación por las partes, en un acuerdo posterior, oferta incompleta o determinable. La oferta para conducir al contrato debe ser completa.

2.2. Naturaleza Jurídica

La doctrina se pregunta sobre la naturaleza jurídica de la oferta, dividiéndose entre quienes la califican como negocio jurídico, y otros como simple acto prenegocial; iremos señalando cada uno de ellos:

Bianca (2007: 241) considera a la oferta como una declaración que tiene la intención de construir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Por su parte Ferri (2004: 43) entiende a la oferta como un acto jurídico en sentido estricto, con eficacia autónoma. Creemos que la oferta no puede ser una mera declaración pues debe contener los elementos esenciales del futuro contrato. Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo con la posición de Ferri, pues la oferta no puede considerarse como un acto jurídico en sentido estricto, de ser el caso, sería la norma jurídica la que la valora como tal y consecuentemente le atribuye efectos jurídicos. Es decir, la voluntad del sujeto se limitaría únicamente a la realización del acto, más no daría la posibilidad, al oferente, de regular sus propios intereses, por tanto carecería de autonomía privada. Y es justamente en la oferta que el oferente debe estipular, libremente, los elementos del futuro contrato, por lo que es necesaria la presencia de la autonomía privada de la voluntad.

Entre las posturas que conciben a la oferta como negocio preparatorio, es decir que sirve como instrumento del negocio definitivo, está la

presentada por Roppo (2009: 114), que considera a la oferta como un elemento en vía de formación; por consiguiente no producen los efectos negociales propios del contrato, siendo considerada únicamente como un acto negocial precontractual.

Al respecto, si bien la oferta es parte de la etapa de formación del contrato, no es propiamente un acto “negocial” precontractual, pues estos actos se caracterizan por que en ellos las partes tienen la libertad de negociar las estipulaciones que estarán presentes en el contrato. En el caso de la oferta no hay lugar a que el destinatario pueda proponer modificar alguno de los elementos esenciales del futuro contrato, pues de ser el caso estaríamos ante una contraoferta. Distinto es el supuesto en que, tras una negociación entre las partes el oferente formule una oferta, lo que no ocurre en todos los casos.

Por otra parte Enneccerus (1981: 253) señala que la oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato. No es un acto preparatorio de contrato, sino que es una de las declaraciones contractuales, ya que no puede existir contrato sin la aceptación de la otra parte

Concordamos con Enneccerus en la medida que la oferta es unilateral, sin embargo creemos que se trata de un negocio jurídico unilateral, ya que, como dijimos requiere de ciertos requisitos y elementos (como el precio, la cantidad, el plazo, etc.) cuya determinación solo pueden nacer de la autonomía privada de la voluntad del oferente, creando así efectos jurídicos emanados de la voluntad de una sola parte. En razón a que, la oferta contiene un reglamento creado por el oferente, pues la oferta debe estar formulada de modo tal que baste con la aceptación del destinatario para que se perfeccione el contrato, sin necesidad de que las partes tengan que intervenir posteriormente.

2.3. Requisitos de la oferta

La oferta como fase esencial en la formación del contrato debe cumplir con ciertos requisitos, como los siguientes:

2.3.1. Debe ser completa

Para que la oferta de lugar al contrato debe tener un contenido suficientemente determinado, de manera que pueda culminarse con el procedimiento formativo del contrato por medio de la aceptación de dicho contenido. Así mismo, la oferta debe expresar la seria intención de contratar y cumplir con la forma prescrita bajo sanción de nulidad para el futuro contrato.

Entonces podemos ver que surge la necesidad de la existencia del requisito de la determinación o determinabilidad de la oferta, y por ende el contenido del futuro contrato.

La determinación, se refiere a que en la oferta estén presentes todos los elementos esenciales del contrato, como por ejemplo: el precio, la cantidad en la compraventa; pero la regulación debe estar determinada en todos sus aspectos, inclusive en los denominados elementos accidentales, tales como la condición o el plazo. (Cárdenas 2010: 146).

2.3.2. Debe ser precisa

La importancia de este requisito se da en razón a que el contrato se perfecciona con la simple aceptación del destinatario, es decir que, el contrato surtirá efectos desde el preciso momento en que se conjuguen la oferta y la aceptación:

"Estamos ante una oferta válida, con miras a celebrar un contrato, cuando la el oferente queda obligado en el caso que se de la aceptación de la misma"⁴.

Es por ello que, surge la necesidad imperante que la oferta sea lo suficientemente precisa.

El Artículo 14 de la Convención de Viena señala tres requisitos para que la oferta sea considerada precisa: la indicación y descripción de las mercaderías, la cantidad y el precio de las mismas (Oviedo 2009: 130); si no se establece la cantidad o especie – pero sí el género - de las mercaderías se deberán fijar parámetros para su determinación. Estos elementos no son fácilmente identificables, por lo que se toma de guía los usos y costumbres propios de esta actividad o por el tipo de contrato sobre el que versan. De otra forma se da lugar a problemas como en el caso *Pratt & Whitney* contra *Hungarian Airlines*, Tribunal Supremo de Hungría, 25 de Setiembre de 1992.

El demandante, una fábrica estadounidense de motores de aviación, luego de prolongadas negociaciones con el demandado, un fabricante húngaro de aviones Tupolev, hizo dos ofertas alternativas de diferentes tipos de motores de aviación sin dar un precio exacto. El demandado eligió uno de los tipos de motor ofrecidos e hizo un pedido. Se discutió si se había celebrado un

⁴Artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

contrato válido. El tribunal de primera instancia sostuvo que así había ocurrido, en razón de que la oferta indicaba las mercaderías y preveía el modo de determinar la cantidad y el precio.

El Tribunal Supremo falló que la oferta y la aceptación eran vagas y como tales ineficaces, ya que no fijaban ni disponían explícita o implícitamente la manera de determinar el precio de los motores encargados, el Tribunal sostuvo que no se había celebrado un contrato válido (Saavedra y Viscasillas 2000: 879).

2.4. Vigencia de la oferta

La vigencia de la oferta se da desde el nacimiento de oferta hasta que ésta se extingue. Uno de los criterios para determinar la vigencia de la oferta es el plazo, como es lógico el oferente no puede quedar eternamente ligado a su declaración. Podemos definir al plazo como el tiempo en el cual la oferta es válida y vigente, es decir, el tiempo en el que el destinatario dará o no su aceptación para el perfeccionamiento del contrato; es por ello que este tiempo debe ser el necesario para que el destinatario pueda analizar la oferta y decidir si acepta o no.

El plazo es determinado cuando el oferente establece un lapso fijo, en el que señala el tiempo exacto que debe transcurrir para que se produzca el vencimiento⁵.

Pero también puede darse el supuesto en el que el oferente no especifique un plazo de vigencia en su oferta, plazo indeterminado, en este caso se aplicará, de forma supletoria (Barboza 2013: 328), el artículo 1385 del código civil:

La oferta caduca:

⁵Artículo 1375 del Código Civil Peruano:

La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
3. Si antes de recibida la oferta o si simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

2.5. Extinción de la oferta

Si consideramos a la oferta como la declaración de voluntad dirigida a la formación del contrato, existe un lapso entre su emisión y la aceptación, y es este el tiempo en el que surgen la mayor cantidad de problemas, como por ejemplo la determinación de la vigencia de la oferta, o si ésta llega a su fin.

Las causas por las que se debería extinguir la oferta son: por falta de aceptación del destinatario de la oferta, por revocación, por caducidad, por el fallecimiento y la incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta.

1. *La falta de aceptación del destinatario de la oferta* –en el plazo establecido, o la declaración de no aceptación, es una de las principales causas por las cuales se extingue la oferta.
2. *La contraoferta*, se da en el caso en el que el destinatario de la oferta responda realizando modificaciones a los términos de la oferta.

3. *La Caducidad de la oferta:*

- a. Por falta de aceptación del destinatario de la oferta, cuando el oferente está en comunicación inmediata con el destinatario, siempre que la oferta se haya dado sin establecer un plazo determinado o determinable.

Si la oferta no especifica un plazo determinado o determinable, y el oferente no tiene comunicación inmediata con el destinatario, se entiende que la oferta caduca cuando ha transcurrido el tiempo suficiente para que la respuesta llegue a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación que utilizó éste.

4. *El fallecimiento y la incapacidad sobrevinida del destinatario de la oferta* extingue la oferta, aunque nuestro Código Civil establece, equivocadamente, que éste es un supuesto de caducidad⁶. Si bien ésta es una causal de extinción de la oferta, no se da propiamente por caducidad, ya que la caducidad de la oferta se da por la terminación del plazo, ya sea que éste sea determinado o determinable, o incluso cuando no se haya establecido plazo alguno –y se siguen los criterios señalados en el acápite anteriormente, es decir, que la caducidad de la oferta se establece en función al plazo.
5. *La revocación*, haremos referencia a la revocación como causal de extinción de la oferta en el siguiente capítulo.

2.6. La retirada de la oferta

La retirada de la oferta supone que la oferta contractual constituye una declaración del oferente, en la que expresa su voluntad de dejar sin

⁶Artículo 1387 del Código Civil Peruano:

La muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.

efecto una declaración anterior que contenía una propuesta. La retirada de la oferta solo puede ser posible si aún no se ha perfeccionado el contrato.

Sin embargo, la retirada de la oferta no es lo mismo que la revocación, ese a que esta última también es una declaración de voluntad del oferente de dejar sin efecto una declaración anterior, es decir, la cancelación de la oferta. Una de las diferencias más importantes es que la condición de irrevocabilidad de la oferta no implica que no se pueda revocar la oferta, ya que la retirada solo depende del requisito del no alcance de efectividad de la oferta, es decir, que esta se ponga en conocimiento del destinatario antes de la llegada de la oferta, y de esta forma el destinatario no podrá expresar ningún argumento, ya que no se ha creado la confianza de que la oferta surtirá efectos, por lo que no ha surgido ningún interés protegible, ni mucho menos ningún derecho.

La posibilidad de retirada de la oferta caduca cuando la oferta llega al destinatario, o cuando ésta se pone en conocimiento del aceptante juntamente con la llegada de la oferta (Díez Picazo 2011: 341).

En este mismo sentido, el inciso 3 del artículo 1385⁷ de nuestro código civil se refiere a la retirada de la oferta en términos de retractación, la que debe hacerse antes o simultáneamente con la llegada de la oferta al destinatario de la misma.

⁷Inciso 3 del Artículo 1387 del Código Civil Peruano:

3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

3. Nociones de la Aceptación

3.1. Definición

La aceptación constituye el tramo final del periodo de formación del contrato. Podemos definir a la aceptación como, la declaración por la cual el destinatario de la oferta expresa su voluntad de crear una relación jurídica negocial con el oferente, para ello debe manifestar su conformidad con todos los elementos contenidos en la oferta. La manifestación de la aceptación puede realizarse por el mismo medio por el que el oferente hizo llegar la oferta al destinatario, o por cualquiera de los medios que se establezcan por el oferente. Así mismo, si el oferente señala una formalidad para la aceptación, ésta debe cumplir este requisito.

Cabe señalar que, no cualquier manifestación del destinatario perfecciona el contrato, ya que se requiere que ésta contenga la voluntad de crear el vínculo contractual.

En el sentido de no estar condicionada y ser coincidente en todas sus características esenciales con la oferta. De existir variaciones se trata de una nueva oferta o contraoferta. De existir variaciones se trata de una nueva oferta o contraoferta. A su vez la aceptación condicional o extemporánea es considerada como nueva propuesta (Alzate 2009: 243).

Debemos recordar que, cualquier otra manifestación de voluntad, del destinatario, que no contenga un asentimiento no constituye una aceptación, sino más bien un rechazo o negativa a la formación del vínculo contractual.

3.2. Naturaleza Jurídica de la Aceptación:

En cuanto a la naturaleza jurídica de la aceptación, consideramos que es un acto jurídico en sentido estricto, entendiéndose por este:

“al acto según el cual la norma jurídica toma en cuenta únicamente la voluntad de la realización del acto. La norma jurídica valora lo que el sujeto quiere y conoce sobre el acto que está ejecutando. Esa voluntad de comportamiento es tomada en consideración por la norma jurídica para la producción de efectos jurídicos”(Morales 2011: 49).

Creemos que, se trata de un acto jurídico en sentido estricto en razón a que, basta con que el destinatario de la oferta declare su voluntad aceptando la oferta para perfeccionar el contrato. Es decir, que basta con que acepte para que la norma valore este comportamiento y de como efecto inmediato el perfeccionamiento del contrato, con todos los términos estipulados en la oferta.

3.2.1. Modos de aceptación

La declaración de la voluntad, de aceptación, se puede realizar de dos formas: de manera expresa o tácita.

Decimos que la aceptación es tácita cuando, el destinatario de la oferta realiza actos de ejecución contractual que demuestran el asentimiento, pero no basta con ello, sino que también el oferente – como destinatario de la aceptación- debe tener conocimiento de estos actos.

En ocasiones y especialmente en las negociaciones empresariales, es común encontrarse frente a contratos celebrados sin que la aceptación sea manifestada de forma expresa, sino que por el contrario, no se puede determinar claramente el momento y lugar donde ésta se produjo. Sin embargo, con base en elementos de otro orden puede deducirse y llegar al efecto deseado, que es la formación del consentimiento contractual (Oviedo 2009: 159).

En la práctica comercial surgen ciertos problemas cuando la aceptación es tácita, por lo que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías admite la aceptación tácita, generalmente en la ejecución de la prestación; ya que el silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente.

La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

No obstante, si en virtud de la oferta, de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes, que no alteren sustancialmente los de la oferta, constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete

verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta⁸.

En la jurisprudencia peruana tenemos un caso muy singular:

Expediente 3180-97

Sala N° 3

Lima, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS Interviniendo como ponente la señora Gastañadui Ramírez, y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que la manifestación de voluntad conforme a lo previsto en el artículo 141 del Código Civil, puede ser expresa o tácita, siendo expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo; y tácito cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revela su existencia. **Segundo.-** Que estando a lo expuesto por las partes en los actos postulatorios cabe determinar, si la oferta realizada por la demandante Promociones Noel Sociedad de Responsabilidad Limitada fue aceptada por la demandada Stampa Sociedad Anónima, o por el contrario las conversaciones que ambas partes reconocen haber mantenido, quedaron en actos preparatorios sin ninguna fuerza vinculante, debiendo tener en cuenta al respecto que conforme es de verse del documento de fojas once a trece que contiene la oferta presentada por la actora,

⁸Artículo 18 y 19 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

que en la campaña de publicidad que ésta se comprometió a realizar para promocionar un producto de la demandada, la contratante, esto es la emplazada tenía la obligación de proporcionar los elementos a obsequiar, los que fueron remitidos con las guías de remisión de fojas dieciocho y diecinueve, lo que permite concluir que al haber remitido los paquetes de bolsas para sándwiches, cinco mil folletos, cinco mil encartes y cinco mil tachuelas, estos actos constituyen conductas que revelan la existencia del consentimiento, lo que es congruente con la oferta, pues para qué se le iba remitir a la demandante dichos productos, si no era para la campaña publicitaria, actitud que lleva implícita la intención de contratar de la demandada, dando lugar a la formación del contrato. **Tercero.-** Que la intención de contratar es un acto volitivo del aceptante, el cual si bien en el caso de autos no ha sido acreditado de manera directa, se puede concluir que con el hecho de haber remitido las bolsas, folletos y encartes, así como al haber remitido vía fax los bocetos de fojas catorce, quince y diecisiete, la parte demandada ha dado respuesta afirmativa a la oferta presentada. **Cuarto.-** Que acreditada la existencia de la oferta, así como la de la aceptación, se concluye que se ha finalizado el contrato creando obligaciones y derechos para ambas partes, pues es evidente la aceptación de la emplazada al haber enviado a la actora los bienes en las cantidades que aparece en las guías antes mencionadas, concluyéndose, que dándose el elemento más importante para la formación del contrato, como es la conjunción de la oferta con la aceptación tácita, éste se ha formalizado. **Quinto.-** Que acreditada la existencia del contrato, así como el cumplimiento de la demandante de parte de las prestaciones a las que se obligó con la oferta que realizara como aparece de las denominadas "constancias de visita de promoción escolar Glad-lock", que cuenta con el sello de conformidad de los colegios donde se realizó la campaña publicitaria, la emplazada está obligada a honrar las obligaciones asumidas, esto es a pagar la suma de veinte dólares por cada visita a los colegios, hasta un número de cuatrocientos, como aparece de la oferta de fojas diez a trece y

de los contratos de fojas treinta y tres y siguientes, por lo que habiendo realizado la campaña a cuatrocientos colegios, la demandada está obligada al pago de la suma de ocho mil dólares americanos más el impuesto general a la venta. **Sexto.-** Que con relación a la indemnización, si bien está acreditado el incumplimiento de la demandada en el pago de las prestaciones asumidas, su pretensión en lo que a este extremo se requiere al amparo de lo previsto en el artículo 1331 del Código Civil, no resulta amparable puesto que la actora no ha acreditado los daños alegados, carga de la prueba que recae sobre el perjudicado. Por tales fundamentos, **REVOCARON:** la sentencia apelada de fojas cuatrocientos treinta y seis, su fecha veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete, que declara infundada la demanda planteada, la que reformándola, **DECLARARON:** fundada en parte la demanda interpuesta por Promociones Noel Sociedad de Responsabilidad Limitada mediante escrito de fojas trescientos cuatro a trescientos veintidós, ampliada a trescientos veinticinco a trescientos veintiocho, y en consecuencia, ordenaron que la empresa demandada Stampa Sociedad Anónima cumpla con pagar a Promociones Noel Sociedad Responsabilidad Limitada la suma de nueve mil cuatrocientos cuarenta dólares americanos más interés costas y costos del proceso; y los devolvieron.

SS. FERREYROS PAREDES / RAMOS LORENZO / GASTAÑADUI RAMIREZ

En este caso, conforme a nuestra legislación⁹, se entiende que el contrato se perfeccionó con el inicio de la ejecución (a través de una aceptación tácita), el aceptante comenzó a ejecutar el contrato desde el momento en que envió los insumos para la publicidad.

⁹Artículo 1380 del Código Civil Peruano:

Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

3.3. La aceptación de la oferta y su identidad con el contenido de la oferta

Hasta este momento, y siendo calificado por algunos autores como un aposición tradicional, se entendía como aceptación a aquella manifestación de vincularse contractualmente, esta debía coincidir con la oferta en todos sus términos, ya que de otro modo, de modificar el aceptante alguno de los términos de la oferta se entendía que no hay aceptación. Es decir, que no se podía establecer un vínculo entre manifestaciones distintas.

A esta nueva situación los anglosajones la han denominado "la regla de la imagen en el espejo", esta teoría afirma que de introducirse o modificarse alguno de los términos de la oferta se trataría de una nueva oferta, una contraoferta; bajo el sustento que se produce una inversión entre las partes, y el oferente pasa a ser el destinatario de la nueva oferta, la misma que en este caso es dada por el destinatario de la oferta primigenia, convirtiéndose así en el nuevo oferente. Otra consecuencia de esta nueva oferta es dejar sin efecto o dejar sin vigencia a la oferta primigenia.

Ahora ha surgido una nueva teoría denominada "teoría del espejo roto", esta se fundamenta en la desventaja de los compradores, ya que estos no se encuentran en la misma situación que los vendedores, atribuyéndoseles a estos últimos una posición privilegiada. Todas estas razones han producido una notable evolución en la jurisprudencia en los países europeos y en el derecho norteamericano. En esta evolución es muy notable desde finales de los años 70. Por ejemplo, el caso de *Buter Machine Toll vs. ExCell-Corporativo England, Ltd.*, se había producido un envío de dos formularios, con discrepancias entre ellos, aunque ambos habían sido recíprocamente aceptados y existía además un principio de ejecución del contrato. Lord Denning propuso distinguir

entre el fenómeno estricto de la formación del contrato y la determinación de su contenido.

El contrato fue formado si las partes se han puesto de acuerdo en aspectos sustanciales, aunque existan otros respecto de las cuales se han producido divergencias. Para la determinación del contenido del contrato, si ha sido aceptada tácitamente por la otra parte al dar comienzo a la ejecución del contrato. Si existen diferencias en los elementos esenciales, el contenido contractual debe construirse sobre los dos conjuntos, si de esta forma es posible conseguir un resultado armonioso. En otro caso, el contenido del contrato hay que integrarlo recurriendo a las vías de integración generales.

En Alemania una cierta ruptura de las reglas tradicionales se había producido ya en una sentencia de 26 de setiembre de 1935; en un caso en que existía una contraoferta, no aceptada expresamente, pero con prestaciones contractuales ejecutadas y recibidas sin objeción, se entendió que la relación contractual debía considerarse formada; que el párrafo 150, II, del BGB se debe aplicar en clave de buena fe y que el hecho de que las partes hubieran demostrado con sus actos un desacuerdo sobre algunos términos del contrato, no había impedido la formación de este (Díez Picazo 2011:347).

Al respecto, se considera como evolución influida por el derecho norteamericano el llamado "*Restatement second of the law of contracts*", recogiendo una serie de reglas, del mismo modo en el Código de Comercio Uniforme. Las más significativas son:

- a) Se considera como aceptación de un contrato una definitiva y tempestiva expresión de asentimiento o conformidad escrita que se envíe en un tiempo razonable, aunque en ella existan términos adicionales o diferentes de la oferta, con la única excepción de que hayan quedado sujetos a un asentimiento del oferente sobre los citados términos adicionales diferentes.

- b) Los referidos elementos adicionales deben interpretarse como propuestas de adición al contrato. Pero, entre comerciantes, estos nuevos elementos adicionales pasan a formar parte del contrato, salvo que concurran algunas de las consecuencias siguientes:
- a. Que la oferta expresamente hubiera limitado la aceptación a los términos en que la oferta estuviera concebida.
 - b. Que los elementos adicionales modifiquen sustancialmente la oferta.
 - c. Que el oferente formule una objeción a los referidos elementos adicionales dentro de un periodo de tiempo razonable tras su recepción.
- c) La conducta llevada a cabo por ambas partes, que signifique reconocimiento de la existencia de un contrato, es suficiente para que el contrato (de compraventa) quede establecido entre ellas, aunque las declaraciones escritas de las partes no lo hubieran perfeccionado. En este caso, el contenido del contrato queda formado por aquella parte de los términos de las declaraciones de los contratantes, en que éstos sean coincidentes, y por las demás reglas complementarias o supletorias derivadas de las disposiciones de la ley (Díez Picazo 2011: 358).

Pero que tipo de modificaciones o adiciones se podrían hacer sin cambiar el contenido de la oferta, de tal forma que se considere que ésta ya no es la misma en esencia; al respecto el código unificado de comercio señala algunas, tales como:

- a) Cuando el aceptante pida un expreso asentimiento del oferente sobre las modificaciones o adiciones por el introducidas, como señala el artículo 2.207 del UCC.
- b) Cuando las posibles adiciones se encuentran expresamente admitidas por la oferta.
- c) Cuando se encuentran admitidas de modo implícito en virtud de las prácticas existentes entre las partes.
- d) Cuando la aceptación se produce en firme y las adiciones o modificaciones se presentan como sugerencias que el aceptante realiza al oferente, pero sin condicionar a ellas la formación del contrato, porque, en este caso, hay solo propuestas de modificación o novación de un contrato ya formado.

Algunos autores afirman que en estos tiempos no podemos negar que se realicen ciertas modificaciones o adiciones, más aun si en el tráfico internacional existen divergencias lingüísticas en la traducción.

Aquí un caso en nuestra legislación:

CAS. N° 758-96/LIMA

Segundo.- Que en el cuarto considerando de la misma sentencia, el Juez establece como cuestión de hecho, que en la carta de fojas cinco cursada por el actor, o sea el recurrente, a los demandados, manifiesta estar de acuerdo con la adquisición del inmueble que se le oferta, empero condiciona en cuanto a la forma de pago requerida, manifestando en el punto tercero de la aludida carta de respuesta, que le resulta imposible aceptar los términos de la oferta por cuanto ella no contiene los elementos necesarios para poder formalizar un contrato, requiriendo además la entrega de documentos referentes al bien inmueble para tramitar la obtención de un préstamo bancario.

Tercero.- Que en el tercer considerando de la sentencia que se analiza se interpreta el sentido del Artículo mil trescientos setenta y seis del Código Civil expresando que según dicho dispositivo legal, la aceptación de la oferta debe ser completa, pura, simple y oportuna. Ello significa que la aceptación no debe contener condiciones, ni debe introducir modificaciones en la oferta, es decir, la aceptación debe consistir en el acuerdo pleno con la oferta pues de lo contrario equivale a una contraoferta.

Cuarto.- Que en consecuencia en la sentencia de vista sí se aplicó el Artículo mil trescientos setenta y tres del Código Civil pero en concordancia con el Artículo mil trescientos setenta y seis del mismo Código y se entendió que el contrato no quedó perfeccionado al no haber aceptación de la oferta y para arribar a otra conclusión tendría que hacerse una revaloración de la prueba lo que no es posible en casación por ser contraria a sus fines, por lo que es de aplicación el Artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil.

En la jurisprudencia peruana se viene aplicando la regla de la oferta inmodificable. Sin embargo, creemos que cierto tipo de modificaciones pueden ser aceptadas siempre que sean razonables y no afecten sustancialmente la oferta, es decir siempre que no cambien los elementos esenciales de la oferta; y siempre que el oferente haya dejado abierta la posibilidad a que el destinatario de la oferta pueda sugerir dichas modificaciones. Aunque hay que reconocer que se corre el riesgo que estas modificaciones pasen la fina brecha entre la oferta y lo que viene a ser propiamente una contraoferta, lo que podría dar lugar a un gran problema al momento de determinar cuándo se perfeccionó el contrato.

CAPITULO II:

EL PROBLEMA DE LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA

Este capítulo pretende realizar un estudio del tratamiento que se da a la revocación de la oferta, tanto en los sistemas jurídicos de origen romanístico, el *common law*, el sistema jurídico peruano, y los sistemas jurídicos latinoamericanos. Por lo cual, comenzaremos señalando brevemente el problema en común en todos éstos sistemas jurídicos.

Uno de los problemas que aqueja al sistema jurídico peruano, en la formación del contrato, es el de la "irrevocabilidad de la oferta". Una vez realizada la oferta, con los elementos esenciales del contrato a celebrar, el oferente no tiene la posibilidad de revocarla, y dejar sin efecto el derecho potestativo de perfeccionar el contrato, conferido al destinatario; es decir, éste se encuentra en un estado de sujeción. De esta forma se genera el problema en mención, pues surge un conflicto de intereses entre el oferente y el destinatario de la oferta –también denominado aceptante– pues el primero solo tiene la posibilidad de revocar la oferta, según lo estipulado en el Código Civil, antes o simultáneamente con la recepción o puesta en conocimiento de la oferta al destinatario.

Antes de ahondar más en el tema cabe hacer un paréntesis para precisar que, el legislador peruano y un sector de nuestros académicos emplean de manera muy imprecisa e impropia el término "obligatoriedad" y lo confunden con "irrevocabilidad", para describir a la oferta. Ante esta problemática nuestro Código Civil, equivocadamente, se limita a establecer que la oferta es obligatoria para el oferente, pues hace equiparable el término "obligatoriedad" con el de "irrevocabilidad"¹⁰. Sin embargo, "la oferta solo confiere al

¹⁰ **Artículo 1282 del Código Civil Peruano:** La oferta **obliga** al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso (El resaltado es nuestro).

destinatario el poder de perfeccionar un supuesto de hecho contractual determinado” (Bianca 2007: 241), mas no genera obligación alguna para el oferente frente al destinatario, la oferta se da a modo de interrogación, es por ello que se relaciona al asentimiento del destinatario; “quien efectúa una oferta, aún si ésta es irrevocable, no se obliga a hacer o no hacer alguna cosa, sino que se ubica en un estado de sujeción frente al destinatario” (Ferri 2004:42).

De este modo, podemos decir que solo por el contrato, más no por la oferta (como comúnmente confunde parte de nuestra doctrina nacional), se generan obligaciones para las partes, pues tanto oferente como destinatario de la oferta tienen una relación jurídico obligacional con el perfeccionamiento del contrato. Entonces lo adecuado sería hablar de **la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación**¹¹, es decir, que el oferente tiene la predisposición de obligarse con el perfeccionamiento del contrato. Lo que no significa que, está vinculado obligacionalmente a su oferta. Esta intención diferencia a la oferta de las meras negociaciones.

Ahora bien, si consideramos la oferta como irrevocable ¿De qué autonomía privada y libertad de contratar podemos hablar?; si bien debemos tener en cuenta los intereses de ambas partes, oferente y destinatario, no podemos perder de vista que el contrato, en esencia, se fundamenta en la autonomía privada de las partes, por la cual éstas tienen plena libertad de decidir con quién contratar, regular sus intereses y obligarse entre sí, claro está, que bajo los únicos límites de del orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico. Es en virtud a ello que consideramos que la

Artículo 1384 del Código Civil Peruano: la oferta deja de ser **obligatoria** si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación. (El resaltado es nuestro).

¹¹**Artículo 2.1.2. Principios UNIDROIT:**

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

imposibilidad de revocar la oferta luego de la recepción de ésta, limita la autonomía privada de las partes, la libertad de contratar y por ende la esencia misma del contrato.

Como señalamos anteriormente la oferta se dirige a otro sujeto, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato con su sola aceptación. El plazo para la aceptación se encuentra normado en el artículo 1375 del Código Civil peruano: "la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él"; de lo cual extraemos que la fijación del plazo puede ser determinado o determinable por el oferente, y, se entenderá que es determinado si se fija el momento exacto de la expiración de la oferta (año, mes, día, hora); y determinable cuando se proporciona un índice referencial cuya aplicación permite establecer con precisión el momento de vencimiento.

Parte de la doctrina señala que la eficacia de la oferta se determina por el tiempo en que es emitida, esta posición es respaldada por la Convención de Viena, que en su artículo 16 establece que la oferta es revocable hasta antes de que se perfeccione el contrato, el problema surge (en nuestro ordenamiento jurídico) en la determinación del momento exacto en el cual se perfecciona el contrato, problema que acarrea la dificultad para determinar hasta que momento, exactamente, se puede revocar la oferta.

Lo que da lugar a dos posiciones en relación al perfeccionamiento del contrato:

- a. La simple existencia de la aceptación genera el contrato, por tanto el vínculo entre ambas partes.
- b. No basta con que se produzca la aceptación, sino que es necesario que se ponga en conocimiento del oferente.

Creemos que, la segunda opción es la única manera de dar por sentado el vínculo entra ambas partes, es decir, no podemos considerar que se perfeccionó el contrato si el oferente no tiene conocimiento de la aceptación.

Pongámonos en el caso, por ejemplo, que el oferente al no enterarse de la aceptación, y vencido el plazo de vigencia de la oferta, formule una nueva oferta sobre la misma cosa a un tercero, la misma que podría ser aceptada inmediatamente, quedando así perfeccionado el contrato. Entonces estaríamos ante una colisión entre las dos aceptaciones, este y otros problemas podrían surgir de la falta de comunicación de la declaración de aceptación.

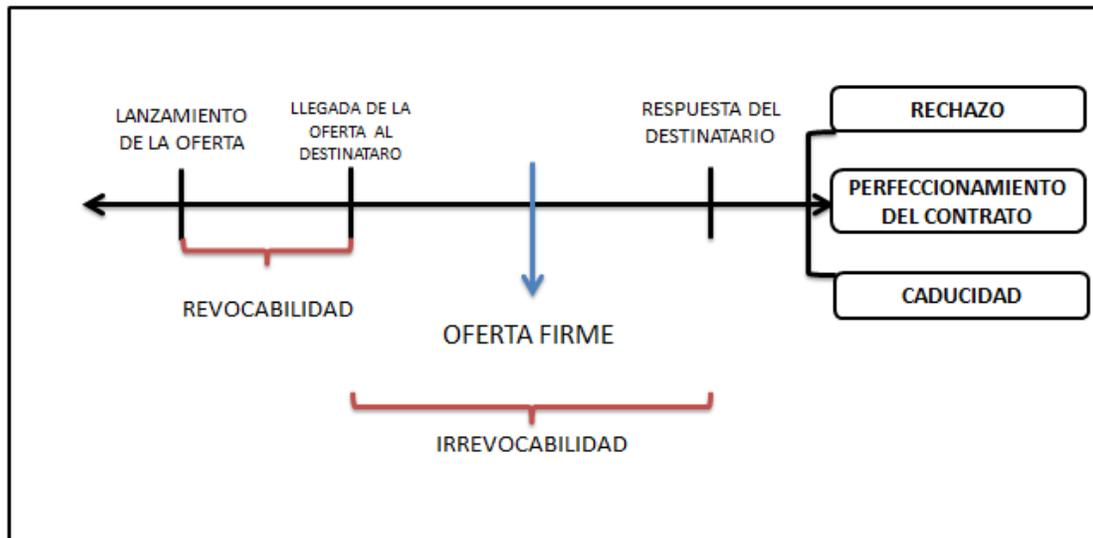
Nuestra legislación adopta la segunda postura, para que el contrato quede perfeccionado es necesario que el oferente tome conocimiento de la aceptación, conforme lo establecido en el artículo 1375¹². Pero ¿hasta qué momento se puede revocar la oferta? el lapso comprendido entre la oferta y la aceptación determina, para algunos autores, en qué momento se puede revocar o no la oferta; es así que nos encontramos ante el problema planteado al principio. En respuesta a esta interrogante, en nuestro sistema jurídico la oferta es irrevocable, como regla general.

Sin embargo, el oferente puede revocar la oferta únicamente cuando pone en conocimiento del destinatario (aceptante) su voluntad de revocar la oferta, antes o simultáneamente con la llegada de la misma. Solución que no ayuda en mucho, pues existen casos en los que la oferta se formula de forma directa y en corto tiempo al destinatario. De modo tal que no se puede dar lugar a la revocación de la misma.

¹² **Artículo 1375 del Código Civil Peruano:**

La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

SISTEMA JURÍDICO PERUANO



En doctrina se plantean soluciones contrarias a la interrogante antes planteada, la primera, un poco más clásica, sostiene que el proponente puede cancelar su oferta en todo momento antes de ser aceptada (De La Puente 1983: 185), esta solución es de origen francés. Aunque señalamos que se trata de una postura clásica, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés de 2005, en virtud al principio de libertad, se entiende que el oferente dispone de un importante poder unilateral de retractación, dejando al destinatario (aceptante) en una situación jurídica subjetiva pasiva frente a la oferta recibida. Entonces, de esta postura, podemos colegir que mientras el contrato no se hubiera celebrado no surge vínculo alguno, de suerte que no puede admitirse que el proponente esté vinculado a su oferta.

La segunda solución, planteada por la doctrina, afirma que la oferta debe ser irrevocable en pro del interés del destinatario, para que éste tenga la posibilidad de meditar sobre la conveniencia de aceptarla o no, contando con la seguridad de que al menos dentro de un lapso la oferta se mantendrá vigente; este argumento busca, evidentemente, la seguridad jurídica (Enneccerus 1981: 258). En ese sentido, el BGB en el párrafo 145 expresa que, "quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación", por lo que, entendemos que, el legislador

alemán ha sancionado la vinculación del oferente a su propuesta (la oferta), otorgándole la posibilidad que se excluya de esta vinculación, dando lugar a la revocabilidad, solo en el caso específico que éste exprese que así lo desea.

Al respecto, el Código Civil Italiano y BGB Alemán, en un desarrollo legislativo, toman posturas opuestas. Por un lado, el código civil italiano plantea, a nuestro entender, una mejor y más clara solución, dejando la posibilidad que la oferta pueda ser revocada mientras el contrato no haya sido celebrado. Sin embargo, si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución, antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato. Parte de la doctrina italiana considera que solamente el contrato puede ser fuente de irrevocabilidad de la oferta (Ferri 2004: 49). Concordamos con este planteamiento, pues solo con el contrato perfeccionado las partes aceptan obligarse mutuamente.

Más aun con lo estipulado en el artículo 1329 del Código Civil Italiano, el cual permite que se limite la revocabilidad de la oferta, siempre y cuando el oferente se comprometa a mantener firme la oferta por un espacio de tiempo específico, tiempo en el cual es irrevocable la oferta. Cabe señalar que este supuesto solo se aplica cuando el propio oferente, en atención al ejercicio de su autonomía privada, así lo quiere; pues tanto la oferta revocable o irrevocable debe nacer de la voluntad del oferente y no de la imposición del legislador.

Para que se configure la indemnización deben verificarse varias circunstancias: a) que haya habido una aceptación; b) que el proponente revoque la propuesta con efecto útil, es decir, que la revocación de la propuesta llegue a conocimiento de la aceptante antes que el proponente haya tenido conocimiento de la aceptación (de otra manera, el contrato, por efecto del conocimiento de la aceptación, estaría ya concluido); c) que el aceptante actuara de buena fe cuando emprendió la ejecución; d) que la ejecución haya sido emprendida por el aceptante antes de tener noticia de la revocación del proponente (Messineo 2007: 299).

En ese sentido, la libertad negocial en su concreta expresión, permite a las partes precisar el contenido del negocio jurídico confirmando la relevancia de la autonomía privada (Scognamiglio 2004: 145). Siendo así que la idea de contrato, conforme se entiende comúnmente hoy, sea como pacto entre sujetos que deciden autónomamente regular de un cierto modo y sin exclusiones rígidas los intereses propios (Bigliuzzi 1992: 610). Entonces, no se puede prohibir, sin excepción alguna, la revocación de la oferta, ya que de hacerlo se estaría limitando la esencia misma del contrato, ¿cómo podemos pretender que el contrato pueda ser producto de la imposición de una oferta "obligatoria"? si existen suficiente razones suficientes para que el oferente quiera revocarla, ¿cómo podemos decir que el contrato es fruto de la voluntad de las partes? Es claro que la oferta no puede dar lugar a que se impongan obligaciones al oferente. Sino que, es el contrato celebrado, con la plena voluntad de las partes, el único que puede obligarlos mutuamente.

Creemos que, una forma de solucionar este problema es a través de la aceptación de la revocación como regla general, en cualquier momento, siempre y cuando ésta se exprese antes de la declaración de la aceptación. Por otro lado, se entendería que la oferta es irrevocable siempre y cuando, con la oferta se haya fijado un plazo determinado en el cual ésta sea irrevocable. Cabe señalar también que, en el caso que la revocación de la oferta genere daños, debidamente probados, al destinatario (aceptante), éste deberá ser indemnizado. De esta forma quedan protegidas ambas partes; el oferente en tanto se le permite hacer uso de su autonomía privada, y el aceptante por cuanto será amparado ante cualquier posible perjuicio que la revocación de la oferta le haya podido causar.

1. La oferta en los sistemas jurídicos alemán, francés, italiano y en el *common law*.

Los contratos son diferentes de los negocios jurídicos unilaterales. Si bien no se trata de un negocio jurídico unilateral, que solo requiere de la declaración de la intención de una sola persona, un contrato necesita la

declaración de dos personas, pero hay más en el fenómeno del contrato que eso. Si fuera sólo una cuestión de la cantidad de personas que declararon su intención, se podría pensar que un contrato consta de dos declaraciones, es decir, oferta y aceptación. Esto sería un error, lejos de ser actos o negocios jurídicos independientes con consecuencias importantes, la oferta y la aceptación son declaraciones de voluntad que deben ser recíprocas con el fin de generar un contrato en el derecho. Poniendo énfasis en que debe existir voluntad, de ambas partes, para perfeccionar el contrato.

El BGB alemán tiene claramente la idea de que un contrato es algo más allá de un par de declaraciones. Por lo tanto, un contrato no surge de dos actos o negocios jurídicos unilaterales, sino por el acuerdo producido por dos declaraciones vinculantes de intención (libertad de contratar). Es decir, por la conjunción de dos voluntades que crea un vínculo jurídico contractual entre ellos.

Teniendo en cuenta esto, ¿qué problemas surgen en la formación de los contratos? la formación del contrato depende del acuerdo de las partes expresada en la oferta y la aceptación. No surge ninguna dificultad cuando el contrato se celebra entre personas que se encuentren en el mismo lugar o que, aunque separados, están en comunicación inmediata, por teléfono o de otra manera. El problema se origina cuando se trata de un contrato celebrado a distancia, ausentes interrelacionados, por el canje de cartas u otras formas de realización de las declaraciones de las partes, ya que las dos declaraciones se deben dar en serie, la oferta tiene que permanecer en vigor durante un periodo de tiempo, para que el receptor pueda manifestar su voluntad a fin de formar un contrato. Por lo tanto, la pregunta es ¿qué efectos jurídicos se unen a la oferta como una declaración individual de voluntad dirigida a la realización de un contrato? éste es el problema conocido como fuerza vinculante de las ofertas.

Ante la problemática planteada los comparatistas, con el uso de doctrina notable de cada uno de sus sistemas jurídicos a los que representan, señalan que la oferta no surge del acuerdo de obligacional de ni del oferente ni del destinatario, sino de la declaración del oferente, del deseo de unirse contractualmente, por lo que no genera obligaciones al oferente. Por lo tanto el deber de un vendedor de entregar las mercancías se debe a la declaración que hizo, y es a causa de la declaración del comprador que le debe el precio; es decir, que las obligaciones de las partes surgen solo después de perfeccionado el contrato.

Uno de los principales problemas en los sistemas jurídicos del mundo, es el de la naturaleza vinculante de las ofertas. En el sistema alemán, el oferente está vinculado a su oferta; es decir, la oferta es irrevocable; mientras que la familia romanista legal adopta una posición intermedia, oferta revocable con la aceptación de que el oferente decida que se trate de una oferta firme. Ante ello se ha formado un equipo de nueve comparatistas de todo el mundo, liderado por SCHLESINGER, para el tratamiento comparativo global de todos los problemas relacionados con la "oferta y la aceptación", en la formación del contrato, elaborando informes legales de cada uno de sus sistemas jurídicos. (Zweigert 1992: 608-620).

1.1. En el *Common law*:

En el *Common law*, la ley estadounidense permite al destinatario aceptar la oferta desde el momento que ésta llega hasta que transcurre el plazo fijado por el oferente, dando como consecuencia el perfeccionando el contrato. Sin embargo, el oferente es libre de retirarse en cualquier momento, incluso si ha declarado su disposición a retirarla antes de transcurrido el plazo que señala en su oferta.

La razón por la cual en el *common law* la oferta no origina ninguna obligación al oferente, se da porque en el derecho contractual americano la oferta es vinculante solo si el destinatario promete una

contraprestación. Es decir, que la única forma de que se generen obligaciones para las partes cuando reciben algo a cambio, cuando el contrato se ha perfeccionado. Las ofertas se hacen normalmente sin ninguna contraprestación por el destinatario y casi nunca se visten de forma solemne, por lo que normalmente el oferente no está vinculado por su oferta.

Sin embargo, en el desarrollo jurisprudencial se saca una regla básica en razón al *Restatement second of the law of contracts* (1981), esta regla establece, en el caso de que el oferente no señale un plazo determinado para la vigencia de su oferta, que ésta es considerada irrevocable, en el sentido que el oferente debe mantener su oferta un tiempo razonable.

El Código Uniforme de Comercio, actualmente en vigor en todos los Estados americanos, excepto Louisiana, establece que si las ofertas escritas, para comprar y vender en el mercado, se valoran como vinculantes, no podrán ser retiradas durante el período prescrito, o cuando no se ha señalado ningún plazo por un período razonable no superior a tres meses; esta es la regla general en Nueva York.

En Inglaterra, el Comité de Derecho propone, en la revisión de 1937, que "la oferta queda abierta por un periodo de tiempo determinado hasta que se de la *consideration*, o hasta que ocurra algún evento que especifique que la oferta se ha extinguido falta de *consideration*". En ausencia de cualquier regulación legal el principio básico sigue siendo que la oferta puede ser libremente retirada en cualquier momento hasta que no haya sido aceptada por el destinatario.

Podemos concluir que, en el *common law* la oferta es básica y esencialmente revocable, pues por ella no se genera ninguna obligación, ya que toda relación obligacional solo se origina de la *consideration*. Sin embargo, se da lugar a que en casos específicos (por

excepción) los tribunales establezcan que una oferta sea considerada como irrevocable.

Por el contrario, en los sistemas jurídicos romanísticos, la fuerza vinculante de las ofertas es bastante fuerte.

1.2. En el Derecho Alemán:

En Alemania, el oferente está obligado por su oferta, en el sentido de que no puede retirarla por el período de tiempo que especifica o, si no se especifica período por un tiempo razonable. La redacción del BGB deja claro, el oferente no tiene simplemente la obligación de no retirar la oferta, sino que en realidad no tiene poder para hacerlo; en vez de dar lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios, por lo tanto, un intento de retirada simplemente no tiene efecto jurídico alguno. Esta regla ha sido, en esencia, tomada por los códigos civiles brasileños, y de éste trasladado a los códigos latinoamericanos, y griegos; También se aplica en Suiza.

Este estudio comparativo ha mostrado los tres sistemas jurídicos diferentes, encontrando las diferentes consecuencias importantes para la emisión de una oferta. Para el *common law* una oferta no tiene fuerza vinculante en absoluto y ni siquiera es una causa de responsabilidad civil por daños y perjuicios. En el sistema jurídico romanística la retirada prematura de una oferta conduce a la responsabilidad por daños y perjuicios, siempre en el caso de las ofertas con periodos fijos, generalmente cuando se señala el periodo en la oferta. En el derecho alemán cada oferta es irrevocable, un pretendido retiro no tiene efecto legal alguno, a menos que el oferente se haya excluido del efecto vinculante de su oferta.

Sin embargo, la República Federal de Alemania desde 1974 unifica las normas que determinan la formación de los contratos de ventas internacionales, aplicando la ley uniforme sobre la formación de los

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (posición que veremos más adelante), adoptando la solución de que las ofertas pueden ser retiradas, empero es vinculante si se especifica un plazo en el cual el oferente no puede revocar su oferta (Zweigert 1992: 608-620). Por tanto, la regla de irrevocabilidad de la oferta, en este sistema jurídico, se va relativizando, con la aceptación de los preceptos normativos unificados.

Además, el mismo BGB regula una excepción a la regla de irrevocabilidad de la oferta, sí el parágrafo 109 regula el derecho a revocación de la otra parte: "1. Antes de que se conceda la aprobación al contrato la otra partes está autorizada a revocar. La revocación también puede serle anunciada al menor. 2. Si la otra parte tuviera conocimiento de la minoría de edad, puede revocar sólo si el menor hubiese declarado, falsamente, que tenía la aprobación de su representante; incluso en este caso no lo puede revocar si pudiese, en el momento de conclusión del contrato, que no se había concedido la aprobación."

Si bien, una vez dada la aceptación se entiende que éste queda perfeccionado, si se da la posibilidad de que el oferente revoque su oferta cuando descubre que el destinatario es incapaz, evitando así dar origen a un negocio viciado, o que pueda dar lugar al perjuicio de los intereses del oferente.

Entonces, como vemos la regla de la irrevocabilidad de la oferta en el sistema jurídico alemán no es inquebrantable, primero porque el mismo BGB contempla excepciones a la regla, y segundo porque por el proceso de unificación del derecho se ha visto en la necesidad de acogerse a la aplicación de la revocación de la oferta por consenso.

1.3. En el Derecho Francés:

En el derecho francés la doctrina clásica, que comienza con Pothier, sostiene que la oferta puede ser revocada en todo momento. Porque el concepto individualista del derecho no pudo concebir que la simple declaración unilateral de la voluntad pudiera obligar a su autor, pudiera auto limitarla. De aquí que la retractación (entendida como revocación) no imponía responsabilidad alguna; el oferente no se encontraba obligado sino por la aceptación (León 1990: 128). Ésta postura no es más que el respeto del principio de libertad que se encuentra en el espíritu del derecho francés, enraizado en éste desde la revolución francesa en 1789, y materializado en el *Code Civile* de 1804 (Código de Napoleón).

Sin embargo, es por el desarrollo jurisprudencial que esta concepción va cambiando. A partir de ello la doctrina francesa sigue este nuevo lineamiento. Por lo general, se dice que, para la validez del contrato se necesita que en el consentimiento o acuerdo de las partes, se aplique el principio de libertad contractual; además este consentimiento debe estar libre de vicios. Si bien, se habla de libertad en el consentimiento de las partes para la formación del contrato, y a la vez tanto la doctrina como la jurisprudencia acepta la revocación de la oferta, como producto del respeto de este principio de libertad contractual, esta revocación ya no es aceptada en forma irrestricta y plena, como en la postura de Pothier, sino que para la aceptación de la revocación se debe analizar otros factores en pro de salvaguardar los intereses de las partes.

Si el destinatario de la oferta no intervino con su aceptación para perfeccionar el contrato, el oferente está en una situación de espera; esta situación puede ser resuelta mediante la revocación de su oferta. Sin embargo, la jurisprudencia es la que decide si la oferta puede ser revocada o no; según las circunstancias de cada caso en concreto.

Si el oferente indica que mantendrá su oferta dentro de un plazo determinado, y revoca prematuramente su oferta, no habrá duda de que su comportamiento acarrea una responsabilidad, por lo que se enfrenta a una pena de daños y perjuicios. Sin embargo, para el jurista francés es difícil aceptar que la revocación se declare inválida (lo que si sucede en el derecho alemán) y con una aceptación ulterior se pueda perfeccionar el contrato. Podemos ver que en todos los casos la oferta sigue siendo *prima facie* revocable, pues ante todo se tiene presente que el contrato no puede surgir sino de la plena voluntad de las partes.

Ahora, si la oferta se hizo sin ninguna indicación de tiempo, hay que distinguir entre dos situaciones, la oferta al público es en principio libremente revocable, lo cual es lógico; cuando se realiza a persona determinada, los tribunales generalmente deciden que el oferente debe mantener su oferta por un plazo razonable, criterio que es resuelto por las costumbres y las circunstancias del caso. (Malinvaud 1990: 57-58). Si la oferta es revocada antes de este tiempo el destinatario, pese a no poder perfeccionar el contrato, tiene derecho a reclamar una indemnización.

Cuando el propietario de una parcela de tierra hace una oferta para vender a una parte interesada, y señala que la parcela puede ser vista hasta un día específico, se entiende que hubo un acuerdo implícito que mantendría la oferta abierta hasta el día de la visualización, y la retirada previa de la oferta hace responsable al propietario.

Existe cierta controversia sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad del oferente en el caso de producirse daños. El código civil italiano, establece que, si bien el oferente tiene derecho a retirar la oferta, éste es responsable en caso de ocasionarse daños, ya que la revocación puede constituir el abuso de un derecho, sin embargo esto no impide que la oferta pueda ser revocada.

La Comisión encargada de la reforma del Código Civil Francés, del Ministerio de Justicia, propone que la oferta no podrá ser revocada sino hasta que expire el tiempo expresamente previsto en cual la oferta es irrevocable, o hasta que expire un tiempo razonable¹³. Si bien, la postura de la revocación de la oferta irrestricta va cambiando, la presencia del principio de libertad contractual es imperante, pues el periodo de irrevocabilidad de la oferta nace de la voluntad del oferente; cabe precisar que el mencionado “tiempo razonable”, no sería fácilmente aplicable en nuestro sistema jurídico, pues determinar ¿cuándo el tiempo es razonable? implicaría la apreciación poco precisa de las partes o de un magistrado, lo que ocasionaría mayores problemas; consideramos que la aplicación de este tiempo razonable solo debería en situaciones excepcionales, por el tipo de operación comercial, cuya determinación tendría que sujetarse a los usos y costumbres propias de cada actividad.

Por otro lado, este proyecto de reforma prevé, como medida de protección a los intereses del destinatario de la oferta, que ante un eventual incumplimiento de la obligación de mantener la oferta, surge la responsabilidad extracontractual del oferente, teniendo que responder la pérdida de los beneficios previstos en el contrato¹⁴. Debemos aclarar, para evitar una interpretación equivocada, que la mencionada obligación de mantener la oferta, no quiere decir que la oferta sea obligatoria para el oferente *per se*, sino que el oferente, por su propia voluntad, decide mantener su oferta firme durante un

¹³**Art. 1116 PROJET D'ORDONNANCE n° du portantréforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

Elle ne peut être révoquée avant l'expiration du dé lai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un dé lai raisonnable.

¹⁴**Art. 1117 PROJET D'ORDONNANCE n° du portantréforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat.

determinado plazo, lo que no cambia la naturaleza revocable de la oferta (en tanto negocio jurídico unilateral).

En cuando a la responsabilidad originada, los juristas franceses le atribuyen la naturaleza extracontractual, distinto al derecho italiano, que si reconoce la aplicación de la responsabilidad precontractual. En nuestro caso tampoco se reconoce legislativamente a ésta institución jurídica, pese a que el artículo 1362 dispone que "*Los contratos deben negociarse, concertarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*", la jurisprudencia se muestra aún renuente a su reconocimiento, mientras que en la doctrina nacional aún se tienen ciertas discrepancias sobre su reconocimiento; no nos compete abordar esta problemática, sin embargo, creemos que lejos de su reconocimiento, se pueden aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual¹⁵, al igual que en derecho francés, ante la verificación de daños sufridos por la revocación de la oferta, dependiendo de cada caso en concreto.

El Tribunal de Casación francés señala que el tiempo eficaz para la aceptación depende de las circunstancias de cada caso en particular, sobre todo en la intención de las partes. Este razonamiento se da con miras a obtener resultados más equitativos.

1.3.1. La revocación de la oferta en la jurisprudencia francesa:

El derecho francés, a diferencia del italiano, no preceptúa la responsabilidad que se origina en el caso de que la revocación de la oferta de como consecuencia daños al destinatario de la misma. Por ello la indemnización que se da en el caso de verificarse el daño proviene de un desarrollo jurisprudencial. La Tercera Sala Civil de la Corte de Casación, se pronuncia respecto a la eficacia de la

¹⁵ **Artículo 1969 del Código Civil Peruano:**

Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

revocación de la oferta en la Cass. 3° civ., 7 de mayo 2008, n° 07-11.690, Bull. Civ. I, n° 79.

Se daba por hecho, hasta antes del 2008, que si la revocación anticipada de una oferta a contratar podría ser una fuente de responsabilidad. La revocación era plenamente eficaz en todos los casos, en el sentido de que prohíbe la continuación del proceso de formación. Sin embargo, la revocación podía conducir al autor de la oferta a una condena de reparación. Esta solución fue constante en el derecho positivo, cualquiera sea la naturaleza de la oferta; la Corte de Casación nunca consideró que la oferta debía mantenerse luego de producida la revocación.

El juez francés cree que cuando ambas partes no pueden entender (ponerse de acuerdo), de nada sirve imponer su formación y la ejecución de un contrato. Es en esta situación que la tercera sala civil de la corte de casación de justicia dictó, el 7 de mayo, una decisión que parece romper con esta tradición (Cass. 3° civ., 7 mayo 2008, N° 07-11.690). Una oferta había sido emitida y el oferente había indicado mantener esto hasta una fecha determinada. El día antes de esa fecha, el oferente revoca su oferta y al día siguiente, el último día del periodo para el mantenimiento de la oferta, el destinatario acepta.

Antes de que surja la controversia, la corte de apelación aplica la solución tradicionalmente adquirida, es decir, la concesión de daños y perjuicios, y conserva como siempre la plena eficacia de la terminación anticipada de la oferta. Esta decisión es censurada por la Corte de Casación en el argumento de que "si una oferta para comprar o vender en principio puede retraída hasta que haya sido aceptado, es diferente si la persona de la que emana prometió no retirar antes de un cierto tiempo".

Sin perjuicio de ello, la Corte de Casación dice que el principio de la libertad de revocación de una oferta todavía se acepta siempre y cuando éste no sea malinterpretado. En el caso que la revocación se de cuando el oferente no haya especificado que mantendrá su oferta vigente por un plazo determinado, este principio sigue siendo plenamente eficaz. En ausencia de un periodo especificado por el oferente, el principio sigue siendo el mismo: la revocación se produjo precozmente durante el plazo prudencial siempre califica para una acción de responsabilidad, siempre que la revocación haya causado un perjuicio. Esencialmente, sin embargo, es que sigue siendo eficaz.

El problema se presenta, en realidad, en el caso en que el oferente se ha comprometido a mantener su oferta dentro de un cierto tiempo. La corte de casación señala, en el caso en concreto, que la empresa debe mantener la oferta durante el periodo a que se comprometió. (Jacques 2009: 1-3)

Como vemos, en el desarrollo jurisprudencial se vislumbra que la oferta ya no es revocable de forma irrestricta, sino que se puede dar el caso del pago de una indemnización, en el caso que el oferente, con la revocación de la oferta, cause daños al destinatario. Pero lo que si da un giro al derecho francés es que se den casos, como el de la jurisprudencia en mención, en los que la revocación de la oferta se ineficaz. Sin embargo, cabe mencionar que el principio de libertad de revocación sigue en plena vigencia, siempre y cuando el oferente no especifique que mantendrá su oferta en un tiempo determinado.

1.4. La revocación de la oferta en el sistema jurídico peruano y en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

En el derecho de los países latinos se presenta gran influencia tanto del derecho francés como el alemán. El derecho germánico tiene una influencia importante en ciertos países como Grecia, Japón, Brasil, México, etc. Mientras que el derecho francés cobra gran importancia en su influencia en los países latinos a partir de la consagración de sus ideales de independencia política. Influyendo a códigos como el brasileño (1916), el mexicano (1928), el peruano (1936), el chileno (1857), etc. (Ayasta 1991: 149-187)

Ahora bien, la oferta contractual puede ser revocada sólo cuando el legislador reconoce tal posibilidad, en el sistema jurídico peruano, como en otros sistemas jurídicos latinoamericanos la elección es exactamente la contraria, es decir, se opta por la irrevocabilidad de la oferta. Sin embargo, lo que se quiere resaltar es que la oferta no es esencialmente irrevocable, depende del sistema jurídico y la influencia que cada uno tiene.

En Latinoamérica, el derecho brasileño ha servido como modelo tanto para el derecho peruano como el paraguayo. En el derecho brasileño la naturaleza jurídica de la oferta es regulada por el art. 427 del código civil de 2002, norma que transcribió literalmente el art. 1080 del código civil de 1916: "La propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resultare de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso". Clovis Bevilacqua, redactor del proyecto que sirvió de base para el código civil de 1916, citó como fuente del mencionado artículo al parágrafo 145 del BGB alemán, la *ratio* de este precepto es el interés social, que exige que la propuesta sea seria, que tenga estabilidad.

Si bien el derecho brasileño, en sus dos códigos civiles contempla que la oferta es vinculatoria para el oferente, es decir, entendida como irrevocable, se ha logrado superar éste problema, pues parece no cobrar mucha relevancia la regulación del legislador de 1916, ni la del 2002, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia se ha encargado de interpretar la vinculación del oferente con su oferta de forma diferente a la de la irrevocabilidad, muestra de ello es que al aceptarse la revocación se otorgue una indemnización al destinatario perjudicado, siendo así que la jurisprudencia en general está dispuesta a conceder no solo el interés negativo, sino también el positivo. Lamentablemente, el derecho peruano no ha logrado superar esta problemática.

En la actualidad, una de las grandes influencias en los países latinoamericanos, son los principios relativos a la formación de los contratos comerciales, básicamente en lo referente a la formación de los contratos civiles y comerciales. Es el caso de los Principios UNIDROIT, cuyas disposiciones se aplican en lo referente a los contratos en general. Es el caso, por ejemplo, de los países que integran el MERCOSUR o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), integrado por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay.

Prueba de ello es que, autores como Carvalho Santos, resalta que son dos los requisitos de la oferta: a) ser completa (contener los puntos esenciales que concluirán en el negocio) y b) que la oferta debe ser presentada con intenciones de obligarse; entendida esta intención como en el caso del Artículo 2.1 de los Principios UNIDROIT, es decir, que tiene la intención de obligarse ante el destinatario una vez perfeccionado el contrato.

Además, si bien el código brasileño prescribe que la oferta es vinculante para el oferente, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la revocabilidad de la oferta, reconociendo que el oferente que revoque su oferta está obligado a reparar los daños y perjuicios provenientes de la declaración de voluntad unilateral de revocar la oferta. al respecto

autores como Darcy Bessone y Caio Mário de Silva Pereira, sustentan que la obligatoriedad de la oferta no se confunde con la irrevocabilidad; sino que la obligación del proponente de la oferta nace con la obligación de reparar los perjuicios consecuentes de la revocación, lo que significa que podrá revocar cuando responda por el perjuicio ocasionado (responsabilidad precontractual de indemnizar los daños negativos). (Moreira 1996: 81-86)

En el derecho argentino, en el artículo 1150 del Código Civil, se reconoce que las ofertas pueden ser revocadas mientras no se haya hecho la aceptación, a no ser que se haya renunciado a la posibilidad de revocar. Tomándose a la irrevocabilidad como excepcional, solo cuando el oferente renuncia a la posibilidad de revocarla o señala el periodo en el que no podrá revocarla.

Un dato bastante curioso es que el mismo Clovis Bevilacqua, profundo conocedor del derecho alemán, acoge el modelo de permitir al oferente la revocación de la oferta pero obligándoles a indemnizar el interés negativo, ésta solución corresponde no a la solución acogida por el BGB, sino a la posición defendida por la pandectística alemana del siglo XIX anterior al BGB. De ello se desprende que en el propio derecho alemán existieron posturas diferentes a las de la irrevocabilidad, lo que nos demuestra que la revocación de la oferta puede ser perfectamente aplicable en nuestro sistema jurídico, por fundamentos tales como la el ejercicio de la autonomía privada de las partes, como elemento esencial del futuro contrato, y la libertad para contratar.

Es así que uno de los autores más prominentes en Alemania, Windscheid, llegó hasta el extremo de afirmar que la revocación de la oferta ni siquiera necesitaba llegar a la otra parte para ser efectiva. No obstante, la doctrina dominante sí reconoció un deber del oferente de indemnizar al destinatario que había confiado justificadamente en el

mantenimiento de la oferta y que había hecho inversiones con ocasión de ella.

El caso del derecho paraguayo es singular, lo que causa un problema significativamente mayor al nuestro, pues en su código civil de 1985, art. 677 prevé que "la propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resultare de los términos de su oferta, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso", lo curioso es que al mismo tiempo se acepta la revocación de la oferta, art. 680 "la oferta deja de ser obligatoria si la retira el oferente, y el destinatario recibe la retractación antes de expedir la aceptación".

Por su parte, el derecho argentino, fuertemente influenciado por el derecho francés, no solo acepta la revocación de la oferta, sino que también regula los casos en los que se debe indemnizar los posibles daños que se pueden provocar a los destinatarios. El código civil argentino en su art. 1150 establece que: "las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiere renunciado a la facultad de retirarlas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o, se hubiere obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada".

En Alemania, la idea de que un promitente pudiera vincularse unilateralmente renació como principio general sólo en la segunda mitad del siglo XIX, y fue defendida en particular por Franz Phillip von Kübel, miembro de la "Primera Comisión" para la elaboración del BGB y responsable de la parte del Derecho de obligaciones. Si bien Kübel no consiguió que la vinculatoriedad de la promesa unilateral fuera reconocida como regla general en el BGB, su idea triunfó en algunos supuestos concretos, entre ellos el caso de la oferta contractual. Von Kübel justificó su decisión básicamente con tres argumentos: 1) decía que la libre revocabilidad de la oferta creaba inseguridad jurídica; 2) que había un deber ético del promitente de mantener su oferta; y 3)

como argumento más importante, que se debían evitar procesos sobre una indemnización al interés negativo, porque la experiencia mostraba que litigios de este tipo eran de los más complicados.

Un dato interesante es que von Kübel no hiciera muchos esfuerzos para explicar el fundamento dogmático de la irrevocabilidad de la oferta. (Schmidt 2010: 135-147)

Sin embargo, y pese al amplio debate de la acogida de la revocabilidad e irrevocabilidad de la oferta, se debe tomar en cuenta los sistemas jurídicos que influenciaron en la regulación de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En Italia, un autor como Gabba decía que la regla de la revocabilidad era la regla conveniente para un pueblo de pícaros, mientras que la regla de la irrevocabilidad es la conveniente para una nación de personas serias. Sólo que esta idea de la irrevocabilidad de la oferta, que causa furor en Francia en la segunda mitad del siglo XIX, y que en el mismo momento causa furor en Alemania (y que, por ello, es recogida en el Código Alemán, porque éste se redacta cuando la idea estaba establecida), tarda en arribar a Italia. Por dicha razón, el Código Civil de 1942 registrará la victoria del principio de la libre revocabilidad de la oferta. ¿Fue un retraso? Quizás. ¿Fue acaso un error? Quizás. *Felix error*, en todo caso. Existen países que reconocen el principio de la revocabilidad. En los países del *common law* habría sido difícil elaborar una tesis de la irrevocabilidad de la oferta. Y el mundo del *common law* llega a la cita de la segunda posguerra manteniéndose fiel, entonces, a la idea de la revocabilidad, la cual vuelve a difundirse en el planeta gracias al nuevo prestigio adquirido por el derecho inglés y estadounidense. Así pues, Italia se encuentra afortunadamente, y felizmente, del lado de la parte vencedora; la Convención de Viena demostrar que la regla que cuenta con el favor de la historia, y en cuya dirección sopla el viento en popa, es la regla de la revocabilidad (Sacco 2004: 19).

Es así que la postura de la irrevocabilidad había declinado (en el transcurso del siglo XIX), siendo cambiada por la idea de la revocabilidad. Incluso la República Federal de Alemania desde 1974 unifica las normas que determinan la formación de los contratos de ventas internacionales, aplicando la ley uniforme sobre la formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptando la solución de que las ofertas pueden ser retiradas, empero es vinculante si se especifica un plazo en el cual el oferente no puede revocar su oferta (Zweigert 1992: 620).



CAPITULO III:

FUNDAMENTOS PARA LA CONCEPCIÓN DE LA REVOCABILIDAD DE LA OFERTA

En nuestro sistema jurídico la irrevocabilidad de la oferta es la regla general, y es tomada-erróneamente- como vinculante entre el oferente y su oferta. Existen teorías que estudian la revocación de la oferta, como señala De La Puente y La Valle, está la **teoría de la libertad de revocación**, la misma que señala que la oferta que no ha sido aceptada puede ser revocada en todo momento; y por otro lado está la **teoría de la obligatoriedad de la oferta**, por la que la oferta “vincula” al oferente y por tanto no puede revocarla.

El mismo autor sostiene que, por razones de orden práctico, la teoría de la obligatoriedad de la oferta consulta mejor con las necesidades del tráfico y los intereses de la vida social, mientras que por razones de orden teórico debe respetarse la naturaleza revocable de la oferta (De La Puente 1993: 356). Sin embargo, creemos que la revocación de la oferta debe ser adoptada no solo por razones de orden teórico, contrario a la postura de este autor, pues la revocación se fundamenta, también en razones de orden práctico (como iremos desarrollando), asegurando al mismo tiempo el tráfico comercial.

Aunque, no debemos olvidar que existen casos en los que la oferta debe ser irrevocable, protegiendo los intereses del destinatario, por ejemplo cuando éste realiza ciertas operaciones para celebrar el futuro contrato, o cuando su aceptación depende de otro tipo de operaciones comerciales con terceros; supuestos que no están presentes en todos los casos, por lo que depende de cada caso en concreto determinar cuando una oferta debe ser considerada revocable, en protección a los intereses del oferente; y cuando debe ser considerada irrevocable, protegiendo los intereses del destinatario de la oferta.

“A”, un comerciante de antigüedades, solicita a “B” la restauración de diez pinturas, bajo la condición de que dicho trabajo sea, realizado en tres meses y que el precio no exceda de cierta cantidad. “B” informa a “A” que, con el fin de saber si acepta la oferta, necesita comenzar a trabajar en una de las pinturas y

que dentro de cinco días le dará la respuesta. "A" acepta dicha propuesta. En base a la oferta de "A", "B" debe comenzar a trabajar inmediatamente. "A" no puede revocar su oferta dentro de esos cinco días. (UNIDORIT 2010: 47).

Ahora, veamos como la teoría de la obligatoriedad de la oferta no resguarda la seguridad jurídica, como argumentan los que están a favor de su aplicación. De La Puente, siguiendo la postura de Von Tuhr, dice que el principio de la obligatoriedad de la oferta sólo determina que el oferente no pueda revocar su oferta durante el plazo de vigencia de ésta, pero no le priva de la posibilidad, dolosa o culposa –por cierto, de formular posteriormente a un tercero una oferta que verse sobre lo mismo. La segunda oferta será tan válida y tan obligatoria como la primera. El mismo jurista se hace la interrogante de qué sucede si ambas ofertas son aceptadas ¿se han concluido dos contratos con el mismo objeto o la aceptación que llegue primeramente a conocimiento del oferte, al dar lugar a la conclusión de un primer contrato, determina que la segunda aceptación no tenga como efecto la formación del respectivo contrato? La solución que plantea es la siguiente:

La respuesta es difícil, pero me inclino por la primera solución. Pienso, en efecto, que si el objeto del contrato, como se verá más adelante, es crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones, es posible que una persona se obligue contractualmente a lo mismo frente a otras dos personas distintas, o sea que asuma dos obligaciones iguales. Lo que ocurría es que la obligación que es cumplida en primer término dará lugar a que la prestación en que consiste la segunda obligación, si no es fungible, resulte imposible por culpa del deudor. Si el contrato es de prestaciones recíprocas, ello determinará que el mismo quede resuelto de pleno derecho, no pudiendo exigir el deudor la contraprestación y estará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1432). Si el contrato fuera de prestación unilateral o de prestaciones autónomas, el deudor queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, debiendo comprender el resarcimiento tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1321). (De La Puente 1993: 361)

Es contraproducente que una oferta sea catalogada como "obligatoria", impidiendo que sea revocada, pero que se permita que el oferente pueda

realizar otras ofertas (sobre el mismo bien) a otros sujetos, si bien pueden existir casos en los que no se vean perjudicados ni oferente ni el destinatario de la oferta (cuando se trate de bienes fungibles), si existen otros en los que se estaría afectando al destinatario de la oferta (cuando se trata de bienes no fungibles).

Como dijimos anteriormente, de nada sirve vincular “obligatoriamente” al oferente con su oferta, si después de celebrado el contrato éste se tenga que resolver por incumplimiento; es decir, es poco eficiente celebrar un contrato que posteriormente no vaya a satisfacer el motivo que las partes pretendían. Si el autor toma a la oferta como “obligatoria” (entendida como irrevocable) y al mismo tiempo sostiene que el que sea irrevocable no impide que pueda realizar la misma oferta a otros sujetos, entonces si se estaría yendo en contra de la seguridad jurídica, porque se corre el riesgo de celebrar contratos, sobre el mismo bien, con múltiples sujetos, los mismos que van a terminar siendo resueltos. Y es el mismo autor el que, indirectamente, reconoce el riesgo que se corre:

Para paliar los peligros de esta solución en el caso de los contratos de opción (que también dan lugar a la formulación de una oferta irrevocable), el artículo 2023 del código civil dispone que la inscripción de estos contratos en el registro de la propiedad inmueble otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad.

Lamentablemente no existe una protección similar para el caso de las ofertas que versen sobre bienes muebles¹⁶. (De La Puente 1993: 361)

Consideramos que, es innecesario dar paso a un problema como éste, que además puede ser perfectamente evitado con la aceptación de la revocabilidad de la oferta, siempre que ésta sea justificada, más aún cuando en el día a día se celebran contratos no solo sobre bienes inmuebles, sino en su mayoría sobre bienes muebles. Pues esta postura no solo afecta la seguridad jurídica, sino que genera desconfianza al destinatario de la oferta, pues de que le sirve

¹⁶El resaltado es nuestro.

pensar que la oferta es irrevocable si ésta puede ser realizada a más de un sujeto.

1. Principio general: revocabilidad

Como vimos, existen diversas posiciones respecto a la revocación de la oferta, están aquellos que creen que la oferta no puede revocarse (que genera "obligaciones" para el oferente), aquellos que creen que la oferta se puede revocar en todo momento aun cuando se ha establecido plazo para la revocación, y por último están quienes piensan que la oferta solo tendrá el carácter de irrevocable si se estableció esta condición al momento de emitir la oferta.

Para ello se deben distinguir ciertas situaciones, tales como:

a) Si la oferta se dirige a una persona presente sin que se fije plazo para la aceptación, ésta ha de recaer inmediatamente y la posibilidad de revocar se reduce a un breve instante; b) si la oferta señala plazo, obviamente el oferente no puede revocar antes de que haya transcurrido ese plazo; c) en último caso, si la oferta no tiene plazo, se considera que existe uno implícito en la misma, plazo que es *"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"*.

En el capítulo anterior dijimos que ni la oferta ni la aceptación producen, por sí mismas, efectos jurídicos, es decir, no crean vínculos para sus autores en el plano del derecho: ellas estarían destinadas, únicamente, a hacer posible la celebración del contrato, es decir, que surten efectos en el momento en que oferta y aceptación hacen conjunción. Sin embargo, por tratarse de futuros elementos formativos del contrato, ambas deberán estar sustentadas en la capacidad de contratar y el libre consentimiento.

Es así que surge el principio general de la revocabilidad, es decir, que a pesar de la existencia de posiciones que no dan lugar a la revocación de la oferta, ésta es en sí misma revocable, por tratarse únicamente de una etapa de formación del contrato. El carácter no obligatorio de la oferta explica por qué esta es revocable para el oferente. El oferente puede revocar la oferta "mientras el contrato no se haya celebrado". El principio de la revocabilidad de la oferta es un principio fundamental de los sistemas jurídicos que se inspiran en el modelo francés; distinto es la orientación del modelo alemán (que declara que la oferta siempre es "obligatoria").

El principio de la revocabilidad de la oferta debe atribuirse al hecho de que ésta, como se ha anotado, todavía no está destinada a expresar una voluntad compromisoria en el plano del derecho, sino solamente a dar inicio a la fase previa a la celebración del contrato.

1.1. Excepciones a la regla de irrevocabilidad en el ordenamiento jurídico peruano.

Si bien, en nuestro ordenamiento jurídico la regla es la irrevocabilidad de la oferta, existen excepciones que muestran que la oferta es en esencia revocable; es decir, se puede vislumbrar la presencia del principio general de revocabilidad.

El artículo 1382 del código civil peruano señala las excepciones a la regla de irrevocabilidad por la que optó el legislador:

"La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso."

De La Puente hace mención de ciertas excepciones por las cuales el oferente puede revocar la oferta antes de que sea aceptada:

1.1.1. Por manifestación del oferente:

El jurista peruano señala que la oferta es "obligatoria" para el oferente, y que se guía por la teoría de la obligatoriedad, y que por ende es irrevocable; además cree que en términos prácticos es mejor esta teoría en razón a que responde a las necesidades del tráfico. Sin embargo, al referirse a las excepciones que el mismo código civil contempla, acepta que la oferta puede ser obligatoria (irrevocable) parcialmente, es decir, que el oferente pueda establecer, dentro del plazo de vigencia de la oferta, un lapso en el cual ésta puede ser revocada.

Entonces, podemos ver que la doctrina peruana acepta que la oferta no es irrevocable del todo, sino que es el mismo legislador peruano el que da lugar a que la oferta pueda ser revocada en ciertas excepciones, por lo cual no vemos por qué la oferta no puede ser revocada si el oferente así lo manifiesta. En este caso no habría afectación a los intereses del destinatario de la oferta, ni a la seguridad jurídica, pues el destinatario tendría conocimiento de las condiciones en las que fue dada la oferta; por lo que no se puede decir que se genera desconfianza, pues el destinatario se abstendrá de realizar actos, fuera del tiempo en el que la oferta es irrevocable, que pongan en peligro sus intereses.

1.1.2. De la naturaleza de la operación:

El mismo autor dice que, a pesar de haber pensado bastante no ha podido imaginar un caso en que la naturaleza de la operación pueda determinar que la oferta no sea obligatoria. Sin embargo, sabiamente, reconoce que no se puede descartar que existan operaciones cuya contratación exija que la oferta hecha con plazo determinado o determinable pueda ser revocada en cualquier

momento. En este caso, creemos que podría tratarse de las operaciones comerciales sobre mercaderías perecible, por tratarse de una actividad singular, pues la naturaleza de estas operaciones pueden hacer que el oferente tenga la necesidad de revocar su oferta antes del plazo estipulado, es por ello que este caso es contemplado como una excepción a la norma.

1.1.3. De las circunstancias del caso:

Se dice que éstas están recogidas en los supuestos contemplados en el artículo 1385 del nuestro código civil (que habla sobre la caducidad de la oferta), el mismo que se redactó siguiendo lo establecido en el código civil Brasileiro.

CÓDIGO CIVIL PERUANO 1984	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 1916
<p>Artículo 1382:</p> <p>La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.</p>	<p>Artículo 1080:</p> <p>A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.</p>
<p>Artículo 1385:</p> <p>La oferta caduca:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si se hizo sin concederé plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada. 2. Si se hizo sin conceder plazo 	<p>Artículo 1081:</p> <p>Deixa de ser obrigatória a proposta:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se, feitas em prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considerase também presente a pessoa que contrata por meio de telefone. 2. Se, feitas em prazo a pessoa

<p>determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiera transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.</p> <p>3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.</p>	<p>ausente, tiverdecorrido tempo suficiente para chegar a resposta a oconhecimento do proponente.</p> <p>3. Se, feita a pessoa ausente, nãotiver sido expedida a pesposta dentro do prazo dado.</p> <p>4. Se, antes dela, ou simultáneamente, chegar so conhecimento da outra parte a retrataçãodo proponente.</p>
---	--

Consideramos que esta excepción no se limita a estos supuestos, sino que también puede ser aplicada, por ejemplo, a la cláusula *sic rebús stantibus*. En los Comentarios al Código Civil Peruano que realiza León Barandiarán, se limita a reconocer que esta cláusula se aplica a la oferta "se tiene decidido que la oferta contiene incita la cláusula *sic rebús stantibus*" (León Barandiarán 1944: 58).

Por este principio se entiende que, las estipulaciones que se aplican en un negocio jurídico se dan habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento en que se originan, y ante cualquier alteración sustancial de las mismas se puede dar lugar a la modificación de dichas estipulaciones. Si esta cláusula se introduce en la oferta, el oferente podrá modificar (justificadamente) ciertas estipulaciones de la misma, siempre y cuando las circunstancias bajo las cuales se realizó la oferta hayan cambiado considerablemente, de tal forma que afecte lo estipulado en el mismo.

Por ejemplo, cuando la cosa ofrecida parece o se deteriora, en este supuesto también se da fin a la oferta; es el caso de quien ofrece comprar un inmueble en una suma determinada, se entiende que inserta una cláusula para dejar sin efecto su oferta si varían las circunstancias en la forma dicha, es así que los tribunales franceses incluyen los casos de gravámenes o limitaciones impuestas por derechos reales o personales (como parte de los supuestos de deterioro), como la constitución de una servidumbre sobre la cosa objeto de la oferta, o la celebración de un contrato de arriendo que el destinatario de la oferta pueda realizar sobre el bien; en estos casos el oferente está en la posibilidad de revocar su oferta. Estos son algunas de las conjeturas en las que el legislador peruano no se ha detenido a pensar, pues los excluye de las excepciones a la irrevocabilidad, limitándose a los contemplados en el artículo 1385.

Es preocupante que aceptemos la irrevocabilidad de la oferta sin analizar o concebir que puedan existir casos en concreto que justifican la revocación de la oferta; más aún si tomamos en cuenta que la regulación respecto a la oferta y la revocabilidad de la misma es una evidente copia fiel de otra legislación; la misma que jurisprudencial y doctrinariamente acepta la revocación de la oferta, como lo explica JanPeter Schmidt, en "La Revocación de la Oferta en el Derecho Contractual de los países Latinoamericanos y en el Derecho Uniforme".

En el derecho italiano, la oferta realizada por el empresario en el ejercicio de su actividad no pierde eficacia por muerte o incapacidad del empresario sobreviniente, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias. En tal caso, la oferta adquiere estabilidad, porque es imputada a la empresa, y no al empresario como persona física. Por este supuesto va dirigido a que la oferta sigue siendo válida, sin perjuicio de que se pueda revocar la oferta por causa distinta a la

muerte o incapacidad del empresario, es decir, no afecta la posibilidad de la revocación de la oferta.

Por otro lado, la aceptación también puede ser revocada, siempre que la revocación arribe a conocimiento del oferente antes de la aceptación misma. El principio parece obvio; cuando la aceptación ha arribado a conocimiento del oferente, el contrato se tiene por celebrado. Pero aquí se puede constatar una clara diferencia entre la revocación de la oferta y la revocación de la aceptación: para la primera vale el principio de la expedición, es decir, que la revocación es eficaz siempre que sea expedida antes de que el oferente tenga conocimiento de la aceptación; para la segunda, vuelve a ser válido el principio del conocimiento, es decir, que ella será eficaz sólo si es conocida por el oferente antes de la aceptación.

Para restablecer el equilibrio entre estas posiciones, que parecen ser bastante disparejas, cuando el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución del contrato antes de tener noticia de la revocación de la oferta, el oferente está obligado a indemnizarlo por los gastos y pérdidas derivadas del inicio de dicha ejecución, pero esta obligación no nace porque la oferta se "vinculante" (como muchos autores confunden), sino surge en razón a que todo daño debe reparado.

El fundamento de esta responsabilidad (limitada, como se aprecia, a la indemnización que se menciona en la norma) debe ser identificado en la protección de la confianza del aceptante en la futura celebración del contrato –cabe resaltar que el principio de confianza solo está presente en los casos en los que el destinatario de la oferta emprende acciones necesarias, destinadas al perfeccionamiento del contrato, hecho que no ocurre en todos los casos, depende de cada tipo de operación comercial. Piénsese en el caso de la aceptación expedida mediante

correo certificado, con el correspondiente comprobante (*ricevuta di ritorno*), que demuestra que la recepción se ha producido.

A pesar de todo, el oferente puede renunciar a la facultad de revocación, porque se trata de un interés que por definición es disponible. Este es el sentido de la fórmula en virtud de la cual "cuando el oferente se ha obligado a mantener su oferta por cierto tiempo, la revocación no tiene efecto".

Así pues, el efecto del compromiso del oferente para mantener firme la oferta por cierto tiempo no constituye, técnicamente, la asunción de un obligación (que siempre sería susceptible de ser incumplida), sino la pérdida de la facultad de revocación (y este es el llamado "efecto real" de la oferta irrevocable). Cuando el oferente haya renunciado a dicha facultad, ni siquiera la muerte o la sobrevenida incapacidad quitan eficacia a la oferta.

Por lo tanto, es necesario que la voluntad del oferente de (querer) mantener la oferta, sea clara e inequívoca. En todo caso, no es necesario que dicha voluntad se exprese con fórmulas sacramentales. Es más, es posible que ella se deduzca, implícitamente, de la fijación del plazo, cuando éste deba entenderse, no como un plazo para el arribo de la aceptación, sino como un plazo de irrevocabilidad de la oferta. En ausencia del plazo, entonces, la oferta (irrevocable) devendría en oferta simple, es decir, oferta revocable. (Di Majo 2004: 187-190).

2. El proceso de globalización como fundamento a favor para la admisión de la revocación de la oferta en el sistema jurídico peruano

Conforme las necesidades del hombre van cambiando, el derecho debe ir adaptándose a ellas; entonces surgen razones suficientes para preguntarnos si la regla de la irrevocabilidad de la oferta debe seguir siendo aplicada a nuestra realidad.

El derecho se establece para regular conductas en un determinado tiempo y lugar¹⁷, las necesidades del hombre van cambiando continuamente, sin importar el tiempo y el lugar; este cambio depende de ciertos factores como la economía, cultura, desarrollo social, político, etc.; en función a estas circunstancias el derecho va evolucionando, pues, no es posible el establecimiento de un sistema jurídico inmutable ni absoluto.

¹⁷RECASÉNS, citado por ROJINA dice que: "El derecho como hecho social. Esbozo de la temática de la sociología del derecho. Acabo de mostrar que el derecho, aparte de ser un conjunto de significaciones normativas, es también, desde otro punto de vista, un conjunto de fenómenos, que se dan en la realidad de la vida social. En efecto, el derecho en su producción, en su desenvolvimiento, en su cumplimiento espontáneo, en las transgresiones que sufre, en su aplicación forzada, en sus proyecciones prácticas, se muestra como un conjunto de hechos sociales". "a) el derecho, que es en un determinado momento, constituye el resultado de un conjunto de factores sociales; b) el derecho, que desde el punto de vista sociológico es un tipo de hecho social, actúa como una fuerza configurante de las conductas, bien moldeándolas, bien interviniendo en ellas como auxiliar o como palanca, o bien preocupando en cualquiera otra manera al sujeto agente. Consiguientemente, cabe asignar dos series de temas a la sociología del derecho: 1. El estudio de cómo el derecho en tanto que hecho representa el producto de procesos sociales; 2. El examen de los efectos que el derecho ya producido (de cualquier índole que sea) causa en la sociedad. Estos efectos pueden ser de varias clases: positivos de configuración de la vida social; negativos, es decir, de fracaso; de interferencia con otros factores (económicos, religiosos, etc.), produciendo combinaciones muy diversas e imprevistas algunas veces; de reacción, contribuyendo a formar corrientes adversas contra las normas vigentes, para derogarlas y sustituirlas con otras" (Rojino 1963: 93)

Todo ello como consecuencia del proceso de globalización, uno de los factores de mayor influencia para el cambio de los preceptos normativos en general, pues supone una serie de fenómenos en la esfera económica, social, política y legal. La globalización como un fenómeno jurídico se centra en los procesos de cambio en las normas, los usos y costumbre, y los procedimientos de los diferentes sistemas jurídicos; provocada por la presión económica, el aumento de las actividades transfronterizas comerciales, y el crecimiento en los tratados e instituciones de derecho internacional. Dando como resultado, inevitable, la necesidad de uniformizar la regulación en contractual, buscando un punto de equilibrio entre la legislación nacional y la internacional.

El problema surge al momento de tratar de concertar los grandes sistemas jurídicos cuyas regulaciones son opuestas, como en el caso de la revocación de la oferta, propugnada por el sistema jurídico romano francés; y la irrevocabilidad de la oferta, propia del sistema jurídico romano alemán; más aún cuando se trata de armonizar los preceptos acogidos en el *civil law* con el *common law*. Buscando básicamente:

La estandarización de los procesos legales, las interconexiones entre las legislaciones nacionales, y los sistemas de resolución de conflictos, y la internacionalización de la legislación, aplicación de la ley y práctica legal. Las nuevas formas de la ley en la globalización contribuyen a la arquitectura jurídica, que constituye todo un desafío.

La globalización jurídica se centran en factores tales como la liberalización de la inversión y reducción de barreras en el comercio transfronterizo. (Boulle 2009: 7-8)

Este proceso trae el mismo efecto en todos los sistemas jurídicos del mundo. Así, el problema de la revocación de la oferta se ha tratado mucho a raíz de este proceso; el debate se centra en si se debe optar por la revocabilidad o la irrevocabilidad de la oferta, debido a que las nuevas exigencias del mercado han cambiado, y se necesita no solo velar por la

seguridad jurídica en las transacciones comerciales, y al mismo tiempo por la fluidez del tráfico comercial.

En respuesta a este problema, la sociedad global ha asumido el gran reto de unificar el tratamiento jurídico en las relaciones comerciales. A través de la creación de, por ejemplo, el Código Europeo de Contratos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios UNIDROIT (*Institutinte International pour l'unification du droit privé*) sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cuyas posturas fueron tomadas a lo largo del desarrollo de este trabajo.

En nuestro sistema jurídico, por mucho tiempo se a dicho que la oferta debe ser irrevocable por seguridad jurídica o, como dice cierto sector de la doctrina nacional, por las necesidades del tráfico, consideramos que esta condición a cambiado por el auge del proceso de globalización, por la apertura de grandes mercados nacionales e internacionales (libre comercio), dando como resultado la integración económica en el mercado mundial. Una de las consecuencias de éste proceso es la necesidad de estandarizar la regulación en los contratos comerciales internacionales, sin tener que de afectar la seguridad jurídica y el libre tráfico, iremos analizando las posturas de cada uno de los cuerpos normativos, a que hicimos mención anteriormente, sobre el problema de la determinación de la aplicación de la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta.

2.1. Principios UNIDROIT

Los Principios UNIDROIT fueron creados con el objetivo de contribuir con el proceso internacional de unificación del derecho, en ellos se plantea la armonización en la regulación del derecho de obligaciones y contratos, tratando de estandarizar las posturas de los diversos sistemas jurídicos frente a los distintos problemas que surgen en las

relaciones comerciales, de tal forma que puedan ser utilizados por abogados, jueces y estudiosos del derecho de los diversos sistemas jurídicos.

La primera formulación dada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado se dio en 1994, posteriormente se hicieron ciertas modificaciones en el 2004 y el 2010; sin embargo la posición de mantener a la revocabilidad e la oferta como regla general permanece desde su creación.

El problema de optar por la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta como regla general, fue uno de los más controvertidos, pues existen diferencias sustanciales entre los países que son de raíz del *common law* y los del *civil law*. Entonces, tomando en cuenta que se busca asegurar no solo el tráfico comercial, sino también proteger los intereses de los contratantes; y tratándose de conciliar las diferentes posturas de los distintos sistemas jurídicos, se optó por elegir a la revocabilidad como regla e introducir a la irrevocabilidad como excepción.

“Artículo 2.1.4:

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

- a. Si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o*
- b. Si el destinatario pudo razonablemente considerar que a oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.”*

En los comentarios a este artículo, se entiende que la oferta es revocable como regla general hasta el momento en que se celebra el contrato, la comunicación de revocación de la oferta debe llegar al destinatario antes de que se emita la aceptación. Así las dos únicas excepciones se presentan cuando el oferente indica que se trata de una oferta irrevocable, he aquí un punto importante, pues solo por la voluntad del oferente se entiende que se trata de una oferta firme. Por otro lado cuando el destinatario realiza acciones para perfeccionar el contrato, siempre que de la oferta se entienda que se trata de una oferta irrevocable, solo en este supuesto, por excepción, podríamos decir que el destinatario depositó su confianza en el oferente. Este supuesto se presenta cuando:

La dependencia del destinatario pudo ser inducida ya sea por la conducta del oferente, o por la naturaleza de la oferta en sí (por ejemplo, una oferta cuya aceptación requiere extensa y costosa investigación por parte del destinatario o una oferta hecha con el fin de permitir al destinatario hacer otra oferta a un tercero). Los actos que el destinatario debe haber efectuado basándose en la oferta puede consistir en hacer los preparativos para la producción, la compra o contratación de equipos, incurrir en gastos, etc., siempre que tales actos podrían haber sido considerados como normales en el comercio de que se trate.(UNIDROIT 1994: 32)

Sin embargo, no podemos asumir que en todos los casos, ante la revocación de la oferta, se quebrantaría la confianza depositada, es claro que se trata de una excepción, lo que significa que casos como este pueden como no presentarse, por lo que no se puede tomar como argumento sólido para la postura de la irrevocabilidad de la oferta la afectación a la seguridad jurídica, por resguardar la confianza del destinatario para la formación del contrato, cuando existen casos en los que el destinatario no tiene ninguna intención de crear una relación contractual.

Creemos que la oferta es esencialmente revocable, en atención a que su naturaleza jurídica, de negocio jurídico unilateral, permite que sea el oferente el que decida revocarla o no. Además, el creer que la oferta es “obligatoria” conllevaría a que el destinatario de la oferta esté en posición de pedir el cumplimiento de la misma (ante una posible revocación), este es un grave error, pues el cumplimiento de las prestaciones solo pueden surgir de una relación contractual, mientras que la oferta no constituye un contrato, sino únicamente es parte del proceso de formación del mismo.

Posiciones muy singulares son las adoptadas por el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), las cuales, a nuestra perspectiva, flexibilizan la irrevocabilidad de la oferta de modo tal que la posibilidad de la revocación de la oferta recae en la autonomía privada del oferente, sin causar perjuicio del destinatario o aceptante. A continuación iremos desarrollando cada una de las posturas antes mencionadas.

2.2. Anteproyecto del Código Europeo de Contratos (Gandolfi)

El Anteproyecto del Código Europeo de Contratos (Gandolfi), se formuló con el objetivo de regular las relaciones contractuales de la Unión Europea, sin embargo, hasta el momento no es de aplicación oficial. Este cuerpo normativo se realizó tomando en cuenta el *Code Civile* de 1942 y el manuscrito aportado por el Prof. inglés Mc Gregor, en relación con el derecho contractual de su país (trabajo encargado al autor inicialmente por la *Law Commission* del Parlamento inglés, con vistas a una eventual unificación con el derecho escocés, idea ulteriormente abandonada).

El Código Gandolfi, señala que la oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, incluso si éste ha declarado por escrito que es irrevocable. Por el contrario se entiende que es eficaz mientras no sea revocada, rechazada o se extinga. La oferta, queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario.

Por otro lado, se entiende que la oferta es irrevocable cuando su autor se "obliga" expresamente a mantenerla durante un cierto periodo de tiempo, o si, sobre la base de negocios precedentes realizados entre las partes, de tratos preliminares, del contenido de cláusulas o de la costumbre, se puede razonablemente reputar como tal. Lo mismo sucede si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes¹⁸.

Creemos que el tratamiento que le da, este cuerpo normativo, a la revocación de la oferta es poco claro, ya que no hay una especificación de si la regla general es la revocabilidad o la irrevocabilidad, lo que puede causar problemas en su aplicación. Lo que si es de resaltar es que, toman a la irrevocabilidad como fruto de la autonomía privada de las partes, clarea influencia del *Code Civile*. Es decir, que la oferta solo puede ser considerada como irrevocable, cuando el oferente así lo manifiesta.

2.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (Convención de Viena)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), Convención de

¹⁸Artículos 14, 15 y 17 de la Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos (Gandolfi).

Viena, fue formulada en Austria, el 23 de mayo de 1969, y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Nueve de las diez naciones líderes en el comercio internacional son parte de la Convención. Las últimas naciones que accedieron en el año 2010 fueron la República Dominicana y Turquía.

Esto hace de la CISG un instrumento de derecho uniforme que potencialmente regula el 80% del comercio mundial: un éxito nunca antes alcanzado por ningún otro instrumento legal internacional. Dentro de la región Iberoamericana, Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, México, Paraguay, **Perú**, República Dominicana, Brasil y Uruguay han adoptado la Convención.

Curiosamente, los comentarios al artículo 16, que regula la revocación de la oferta, que por cierto está redactado en los mismos términos que los Principios UNIDROIT, fueron realizados por **Driur Ulrich G Schroeter, Akademischer Rat**, Profesor Asistente de la Universidad de Friburgo, Alemania. Siendo que el derecho alemán, tradicionalmente optó por la irrevocabilidad de la oferta como regla, sin embargo, por ser estado miembro de la Convención de Viena aplica la revocación de la oferta en lo que se refiere a contratación internacional de mercaderías.

En ese sentido, en los comentarios a la Convención de Viena, se señala que la determinación de si la oferta es vinculante (entendida como irrevocable) o revocable, representa uno de los mayores problemas en el proceso de unificación de la ley en la formación del contrato. Lo que se buscaba era "salvar la brecha entre los diferentes puntos de vista. Mientras que en los sistemas jurídicos germánicos y también en el escandinavo se establece que el oferente está obligado por su oferta, en los sistemas de la *common law* y Romano se ha adoptado el enfoque opuesto." (SCHLECHTRIEM & SCHWENZER2011: 596)

Así las excepciones a la regla de revocación se presentan cuando, el oferente o fija un plazo exacto en el cual la oferta debe ser aceptada, o señala expresamente que se trata de una oferta irrevocable. Por la diversidad de posturas de si el plazo señalado en la oferta indica que se trata de una oferta irrevocable, la Convención de Viena ha optado por tomar a este plazo únicamente como indicador del periodo en el que la oferta es vigente, más no como un indicativo de que se trate de una oferta irrevocable.

La importancia de señalar un plazo fue motivo de controversia en la Conferencia de Viena, ya que en países de la *common law*, la fijación de un plazo de aceptación por lo general sólo significa que la oferta caduca después de la expiración del plazo. Si bien los proyectos y las propuestas pertinentes en Viena siempre buscaron, independientemente de la intención del oferente de quedar obligado, que la indicación de un plazo determinado debería significar que la oferta era irrevocable hasta ese momento, el punto de vista opuesto prevaleció en última instancia, a saber, que la fijación de un plazo es sólo uno de los factores que indica una intención de obligarse. Incluso después de que la formulación fue aprobada, algunas delegaciones en Viena aún consideraron que la fijación de un tiempo para aceptar siempre indica irrevocabilidad. Como consecuencia, todavía algunos autores expresan la opinión de que una oferta sujeta a un plazo para su aceptación es irrevocable hasta que el tiempo límite expire. (SCHLECHTRIEM & SCHWENZER 2011: 602)

La segunda excepción se presenta cuando, de la redacción de la oferta se desprende que se trata de una oferta irrevocable; esta excepción es tomada como un principio integrador para prohibir ciertas conductas contradictorias. Así para que se verifique esta excepción es necesario que confluayan dos requisitos, de existir confianza (pero ésta debe de ser "razonable"), y debe haber un acto por del destinatario que actúa en confianza de la oferta.

Por ejemplo, el inicio de la producción de los bienes, la adquisición de materiales, la celebración de contratos para esos fines, la preparación de una licitación, la realización de cálculos costosos, la solicitud de ofertas de los proveedores o subcontratistas⁵⁸, el alquiler de espacio de almacenamiento, la reventa de las mercancías, la celebración de los contratos de transporte, la expedición de una carta de crédito o, en determinadas circunstancias, la contratación de nuevos empleados. (SCHLECHTRIEM & SCHWENZER 2011: 604)

Asimismo, en los comentarios realizados por los autores antes mencionados, existen ciertos requisitos para que la revocación surta efectos, así por ejemplo, que la comunicación de revocación debe llegar al destinatario de la oferta, no surtirá efectos cuando un tercero comunique la intención de revocación. Pero también puede darse el caso que se de la revocación de la revocación, y solo podrá surtir efecto cuando la primera revocación no haya llegado al destinatario; creemos que este requisito cobra gran relevancia, pues de admitirse que la segunda revocación de forma irrestricta si se restaría seriedad a la no solo a la revocación, sino también a la oferta misma, pues solo entonces el destinatario no tendría la seguridad, ni la confianza de si la oferta es seria o no.

Estos juristas plantean una alternativa singular para mantener el derecho de una parte a revocar, ante la terminación del derecho a revocar (por aceptación y consecuente perfeccionamiento del contrato), a través del derecho a rescindir un contrato celebrado. Creemos que es poco eficiente esperar a que el contrato se perfeccione para luego extinguirlo por rescisión, en términos económicos las partes habrán invertido en la celebración del contrato en vano, porque finalmente éste no cumplirá la causa por la que fue creado, y por ende no podrá satisfacer los intereses de ninguna de las partes.

Para la Convención de Viena, el carácter vinculante de la oferta solo se da cuando el oferente haya expresado que es irrevocable. “Una intención de obligarse puede traducirse sin ambigüedades por el texto («oferta firme», «se mantendrá abierta» «fest»), o las palabras que se entienden en el tráfico específico para expresar una intención de obligarse, por ejemplo «oferta abierta», «opción» y «garantía»”.

Es poco práctico tomar a la oferta como irrevocable, y peor aún como obligatoria, cuando por su naturaleza jurídica el único que puede decidir si se trata de una oferta firme o no es el oferente. Además, si se trata de pensar en proteger la “confianza” del destinatario, existen otros medios, por ejemplo el contrato de opción, o la promesa de contratar. (SCHLECHTRIEM & SCHWENZER 2011: 597-607)

2.4. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Después de la segunda guerra mundial, y los estragos que causó en Europa, se entabló una relación de cooperación entre los estados europeos, sobrellevando sus diferencias (principalmente la gran brecha entre Francia y Alemania), de tal forma que se iniciaron los proyectos de unificación del derecho, sobre todo en el ámbito de contratación de mercaderías, buscando un mercado de libre circulación entre los estados miembros, así la Unión Europea, en el 2003, anunció la creación de un Marco Común de Referencia, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), en el cual se pretendía alcanzar las mejores soluciones a los problemas jurídicos en cuanto a contratación se refiere, así como armonizar las definiciones, terminologías y normas sustantivas aplicables al derecho privado europeo.

Con este fin, los distintos grupos académicos se reunieron para unir, a través de un estudio comparativo, todos los principios preexistentes y

llenar las lagunas que aún se encontraban entre ellos; dando como resultado la elaboración del proyecto final en el 2009.

El DCFR opta por la regla de la revocación de la oferta, tomando a la irrevocabilidad como excepción.

4: 202: Revocación de la oferta

(1) La oferta podrá ser revocada si la revocación llega al destinatario antes de que haya enviado la aceptación o, en caso de aceptación por parte de la conducta, antes de que el contrato se haya celebrado.

(2) La oferta hecha al público puede ser revocada por los mismos medios que se utilizaron para hacer la oferta.

(3) Sin embargo, la revocación de una oferta no es efectiva si:

- (a) la oferta indica que es irrevocable;
- (b) la oferta establece un plazo fijo para su aceptación; o
- (c) era razonable que el destinatario de confiar en la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

(4) El párrafo (3) no se aplica a una oferta si el oferente tendría derecho bajo cualquier regla en libros II a IV a retirarse de un contrato resultante de su aceptación. Las partes no pueden, en detrimento del oferente, excluir la aplicación de esta regla como derogar o modificar sus efectos.

Algo que le da un toque singular a la excepción de irrevocabilidad, es que ésta no aplica cuando el oferente reserva su derecho a retirarse incluso cuando el contrato se perfecciona. Así, para que la retirada surta efectos se requiere de la comunicación previa, y dentro de un plazo no mayor a 14 días de celebrado el contrato. Como efecto de la retirada, se extinguen todas las obligaciones contractuales entre las partes. (Groupon a European Civil Code 2009: 197-202). Creemos que la

retirada después del perfeccionamiento del contrato podría generar complicaciones que afectan la seguridad jurídica, por lo que debería dársele un tratamiento especial de aplicación excepcional.

De todos estos cuerpos normativos podemos ver que en cada uno de ellos la revocabilidad de la oferta prima por sobre la irrevocabilidad. Pero, en cualquier caso, la mejor solución es que el oferente formule su oferta de modo claro y preciso, estableciendo si se trata de una oferta revocable o irrevocable. Caso contrario todo **destinatario diligente y razonable**, ante duda alguna, debería de solicitar se aclare si se trata de una oferta revocable o irrevocable, antes de realizar actos encaminados a la celebración del contrato.

3. La declaración expresa de irrevocabilidad

Como veníamos explicando, la declaración de irrevocabilidad no es más que una excepción a la regla de la general de revocación, por lo que, creemos que es eficiente su aplicación, por considerar irrevocable una oferta solo cuando el oferente lo manifieste así expresamente, de tal forma que no se afecten los intereses ni del oferente ni del destinatario. Por tanto, la declaración de irrevocabilidad solo nace de la voluntad del oferente, no de la ley.

La declaración de irrevocabilidad supone que el oferente manifieste al destinatario la seguridad de que la oferta no será dejada sin efecto, por tanto, se considera que la oferta es firme. La declaración de irrevocabilidad trae como efecto la renuncia o privación del derecho o facultad de revocar que el oferente tiene, esta declaración puede ser dada por un plazo determinado (Díez Picazo 2011: 343). Una de las consecuencias de la oferta firme es que no pueda dirigirse a más de un destinatario, de tal manera que se asegure el vínculo del oferente a su oferta.

Ya dijimos que la revocación de la oferta se determina por el plazo de vigencia de la oferta, sin embargo puede darse el caso en el que el oferente, por su propia voluntad (sin imposición del legislador) le de el carácter de firme a su oferta. De la misma forma, los Principios UNIDROIT, toman como regla general “la revocación de la oferta”, y como excepción a ésta la oferta firme:

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) Si en ella se indica. Al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable¹⁹,

Por lo que, esta declaración puede ser expresa o tácita. Estamos ante una declaración expresa cuando juntamente a la oferta se indica, por ejemplo: “Esta es una oferta en firme” o “Nosotros mantendremos nuestra oferta hasta recibir su contestación”. Sin embargo, para los Principios UNIDROIT también se puede tomar como una declaración tácita de una oferta en firma cuando en ella se especifica un plazo determinado para la aceptación, claro que esta concepción no necesariamente es acogida en todos los sistemas jurídicos, pues ello depende de la tradición de cada país o sistema.

Es decir, si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo se considera un indicio para la irrevocabilidad, se presupone que al señalar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por lo general no se atribuirá al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo. Para determinar si se trata de una oferta revocable o irrevocable, se hace uso de las reglas de interpretación, dispuestas en este mismo cuerpo legal. Por ejemplo:

“A” propone a “B” redactar una oferta por escrito con los términos en que estaría dispuesto a construir un edificio. “B” presenta una oferta precisa que

¹⁹Literal (a), inciso (2), del Artículo 2.1.4 de los Principios UNIDROIT.

expresa lo siguiente "El precio y demás condiciones no serán válidas después del 10 de septiembre". Si "A" y "B" operan dentro de un sistema jurídico donde dicha declaración es considerada como una oferta irrevocable hasta esa fecha, "B" puede esperar que su oferta sea considerada como una oferta irrevocable. Esta expectativa no podría presentarse en el supuesto de que "A" opere dentro de un sistema jurídico donde la declaración de "B" no se considere suficiente para indicar que la oferta es irrevocable. (Principios UNIDROIT 2012: 48)

Es lógico que los Principio UNIDROIT recurran a las reglas de interpretación, pues lo que buscan es tratar de conciliar las posturas de los diversos sistemas jurídicos; siendo que éstos principios son usados como una referencia jurídica para el mundo entero –en negocios internacionales, incluso en los casos de arbitraje o de justicia estatal –en los países de todo el mundo. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico no podríamos dejar tan abierta la posibilidad de determinar cuando se trata de una declaración de oferta irrevocable tácita, solo traería mayores complicaciones. Por lo que creemos que lo más prudente sería tomar como oferta firme aquella que señala expresamente que no podrá revocarse dentro de un plazo determinado.

La doctrina italiana nos dice que, para que la oferta no se entienda como oferta firme, se suele agregar a las ofertas ordinarias la cláusula sin compromiso", "manteniéndome libre" u otra equivalente. Sin embargo, aún sin cláusula de esta clase, que sólo sirven de precaución para el oferente, las propuestas pura y simples deben considerarse, en la duda, como propuestas revocables (Messineo 2007: 279-283).

3.1. Ofertas irrevocables

Existen supuestos en los cuales, la oferta, pese a tener el carácter de revocable se puede convertir en irrevocable, esto sucede cuando el oferente renuncia a este derecho mediante un pacto. Pero también se da el caso de la irrevocabilidad legal de la oferta, es decir que la oferta

vincula al oferente y al destinatario de la misma, dejando al primero en un estado de sujeción.

Al respecto surgen tres hipótesis:

a) Renuncia a la facultad de revocar la oferta

En este supuesto el promitente auto limita su poder de revocación, pactando mantener su oferta en un plazo determinado.

b) Ofertas que establecen plazo de vigencia

Este supuesto es el referido a la oferta firme, que tocamos en el acápite anterior.

c) Ofertas nacidas de la confianza

Este supuesto se basa en el principio de confianza, la misma que el destinatario de la oferta deposita en el oferente. En este caso se considera que la oferta deviene en irrazonable si esta se revoca antes de la aceptación de la misma. Como vemos este supuesto indica que la oferta es vinculante entre ambas partes.

Pero, no en todos los casos podemos decir, muy a la ligera, que el revocar la oferta quebranta la confianza del destinatario, sino que deben existir razones suficientes para que el destinatario crea que se trate de una oferta de este tipo. Como bien se tiene por entendido en los Principios UNIDROIT.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(b) Si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.²⁰

La confianza razonable del destinatario puede haber sido inducida por la conducta del oferente, o por la naturaleza de la oferta misma. Este sería el caso de una oferta cuya aceptación requiere de una investigación extensa y costosa por parte del destinatario o una oferta realizada con el propósito de permitir al destinatario transmitir la oferta a terceros. Los actos que el destinatario debe cumplir confiando en la oferta pueden constituir una preparación de la producción, compra o arrendamiento de material o equipo, incluyendo los gastos que ello importe, etc., siempre que dicha actividad pueda considerarse una actividad regular para el tipo de operación de que se trate, o bien consista en actos que deberían haber sido previstos o conocidos por el oferente. Por ejemplo:

“A”, un comerciante de antigüedades, solicita a “B” la restauración de diez pinturas, bajo la condición de que dicho trabajo sea realizado en tres meses y que el precio no exceda de cierta cantidad. “B” informa a “A” que, con el fin de saber si acepta la oferta, necesita comenzar a trabajar en una de las pinturas y que dentro de cinco días le dará la respuesta. “A” acepta dicha propuesta. En base a la oferta de “A”, “B” debe comenzar a trabajar inmediatamente. “A” no puede revocar su oferta dentro de esos cinco días. (Principios UNIDROIT 2012: 49)

4. La Autonomía Privada:

Una de los principales cimientos del derecho es que los contratos sean producto de la autonomía privada de la voluntad. Es decir, son las partes

²⁰Literal (b), inciso (2), del Artículo 2.1.4 de los Principios UNIDROIT.

las que deciden cómo regular sus propios intereses; siempre y cuando no contravengan el orden público o las buenas costumbres²¹, estos son los únicos límites a la autonomía privada de la voluntad. El fundamento de estos límites se da en razón a que “los hechos contrarios al Derecho y a la moral (...) no pueden jamás ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para lograr su ejecución” (Alterini 1989: 18). Además no se debe olvidar que la norma dispositiva, el uso y la buena fe tienen un papel muy importante en la integración de la voluntad contractual. Estos elementos son piezas fundamentales, tanto en la tradición jurídica europea como en la tradición jurídica latina (De los Mozos 1987: 437-438)

Es así que un contrato nacido como producto de la irrevocabilidad de una oferta, no puede tener en su contenido la regulación libre de los intereses del oferente. Es decir, se limita la autonomía privada de la voluntad del oferente, únicamente porque el legislador así lo prevé, cuando los únicos límites son, como dijimos el orden público y las buenas costumbres.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existen posiciones que dicen que la revocación de la oferta va en contra de la seguridad jurídica, con el argumento de que se trata de una voluntad subjetiva, que se quedó en el siglo XVIII, y que usar el argumento de la autonomía de la voluntad, para la revocación de la oferta, es insuficiente. Sin embargo, no se han detenido a pensar que no existe un conjunto de reglas que sustituya a la autonomía de la voluntad, pues las instituciones del derecho de los contratos continúan teniendo como principal soporte a la autonomía de la voluntad, “[...] la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica que afirma que las obligaciones contractuales reposan en la soberanía de la voluntad de las personas. Esta voluntad es la fuente y la medida de los derechos y prestaciones contractuales” (Adame 2003: 311); es por ello que recobra

²¹ **Artículo V del TP del Código Civil Peruano:**

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

gran importancia tomar en cuenta que ésta autonomía debe estar presente desde la formación del contrato, porque ella estará presente en todo el *iter contractual*.

La revocación, encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así como este postulado faculta a los particulares para crear relaciones jurídicas, igualmente las autoriza para modificarlas o para extinguirlas posteriormente. De ahí que el acto jurídico, que es la expresión normal del aludido postulado, se defina como la manifestación de voluntad de una o más personas directa y reflexivamente enderezada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Además, según ya lo sabemos, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada implica, de ordinario, el vigor normativo que a las manifestaciones de esta les atribuye la ley, como si las decisiones adoptadas por los agentes hubieran sido dictadas por el propio legislador. El acto jurídico viene así a erigirse en una norma o ley (*lex particularis*) para quienes participan en su celebración.

Por consiguiente, del mismo modo como la ley puede derogar sus propios mandatos y así disolver los vínculos jurídicos que ella haya establecido entre sus súbditos, la voluntad privada también puede dejar sin efecto las prescripciones libremente consentidas por quienes participaron anteriormente en un acto jurídico. Este paralelismo entre la *derogación de las leyes* y la *revocación* de los actos jurídicos fue prontamente reconocido por el derecho romano y consagrado en numerosas máximas, a manera de aplicación del principio general, según el cual "todo lo que se contrae conforme a derecho, perece por el derecho contrario" (*omniaquae jure contrahuntur contrario jure pereunt*) (Ospina 1994: 511-513).

Por tanto, la revocación es el mecanismo jurídico mediante el cual se tutela la voluntad del oferente, que constituye el elemento fundamental de la oferta. El fundamento de éste mecanismo es simple, al momento en que se

forma la voluntad del oferente ésta debe ser libre y espontánea; y debe permanecer así, tanto en el momento de la emisión, como en el periodo comprendido entre la emisión hasta antes de la caducidad de la misma. La voluntad debe persistir, siendo que esta voluntad es la que encamina la formación del contrato, y que pasará a ser el cimiento principal en la celebración y ejecución del mismo.

Por ello, al verse afectada tal voluntad es que se acepta que ésta sea revocada, entendiendo a la revocación como el mecanismo, la herramienta, remedio, etc., que busca proteger los intereses de los individuos, en este caso del oferente, más aun si consideramos que la oferta es un negocio jurídico unilateral, esto sirve para ratificar la gran relevancia que tiene la voluntad en la oferta.

El fundamento de la revocación busca garantizar la absoluta libertad en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar un futuro contrato. Ya que la oferta no crea ninguna relación jurídica que obligue al oferente por su simple emisión, sino más bien lo único obligatorio para las partes surge en el momento de perfeccionamiento del contrato. Por lo tanto la declaración de la oferta, aunque perfecta y eficaz, no genera una relación inmutable. Ya que nada debe impedir al oferente revocar su declaración en caso su voluntad hubiera sufrido algún tipo de alteración desde el momento en que emitió la oferta.

Por ello, la autonomía privada de la voluntad, como principio, es el fundamento para que el oferente tenga la libertad para rehusarse a contratar. La doctrina francesa le atribuye a la autonomía de la voluntad el valor de principio, así el consentimiento es el elemento primordial para crear una obligación, es decir, para crear una relación contractual.

4.1. La autonomía de la libertad como principio:

El principio de la autonomía de la voluntad es útil a los fines de explicar, comprender y justificar la fuerza obligatoria del contrato. Es decir, es el

contrato, y no la oferta, el que tiene fuerza vinculante y es fuente de obligaciones para las partes de lo hayan celebrado, siempre que sea producto del ejercicio de la autonomía privada.

La única característica de la oferta es que, el oferente debe tener la intención de obligarse una vez perfeccionado el contrato. Es decir, que no incumplirá en la ejecución de sus prestaciones.

En ese sentido, el hombre, al ser libre por esencia, no puede obligarse sino por su propia voluntad. De ello deduce que es la voluntad lo que determina al sujeto a contratar, la elección de con quién lo hace y, esencialmente, el contenido del contrato. Las obligaciones que las partes asumen, lo son tal como han sido voluntariamente queridas. La libre voluntad del sujeto establece la medida o extensión de las obligaciones que él asume. Y como se supone que la voluntad del sujeto no está dirigida a afectar sus propios intereses, se afirma que las obligaciones, voluntaria y libremente consentidas, son justas.

Este principio, tal como ha sido enunciado, fue desenvuelto con mayor énfasis en el siglo XIX por los filósofos del derecho y por los comentaristas del Código Civil francés. Tal como quedó expresado, afirmaban que la obligación contractual tiene por única fuente la voluntad de las partes, de suerte tal que la fuerza obligatoria del contrato no era el resultado de la autoridad del legislador. El Estado limitaba su acción en facilitar al acreedor la ejecución por el deudor del compromiso que libremente había consentido. La voluntad, entonces, se eleva a categoría esencial en la creación de derecho. (Stiglitz 1990: 516-517).

Entonces, si el contrato es producto de la autonomía privada de la voluntad, creer que la oferta es irrevocable no solo afecta a éste

principio, sino también al derecho a la libertad para contractual en sí mismo.

Es menester señalar que, GHESTIN (parte de la doctrina francesa) cree que la fuerza vinculante del contrato proviene incluso desde la formación del contrato, desde el respecto de la palabra empeñada, de tal forma que se protege la confianza y crear certeza entre las partes. Así, la confianza representa un elemento necesario para crear vínculos. (2014: 1-4)

Así el autor, en su participación en la formulación de la Convención de Viena dio su voto a favor de la irrevocabilidad, como regla general, en la formación del contrato. Sin embargo, esta respetable postura no fue la acogida, como señalamos anteriormente la Convención de Viena toma a la revocabilidad como regla general.

Cabe señalar que, indudablemente, es incuestionable que el contrato tiene fuerza vinculante para las partes. Si bien, la relación contractual requiere de la confianza entre las partes, para eliminar incertezas, no ocurre lo mismo con la oferta, pues se trata de un etapa que puede o no concretarse en el perfeccionamiento del contrato, así el destinatario no siempre tiene interés en iniciar una relación contractual, y por ende no siempre deposita su confianza en la oferta formulada. Por tanto, solo se debe tomar a la oferta como irrevocable, en función a la confianza que deposite el destinatario, cuando éste haya realizado actos encaminados a la celebración del contrato, como señalamos anteriormente.

5. La Libertad de Contratar:

La autonomía contractual es una especificación de la autonomía privada, que se desenvuelve en todos los sectores que tiene que ver con las

actividades humanas y son relevantes para el derecho, como la actividad comercial, las relaciones familiares, las relaciones sucesorias, etc. En el sector que concierne a las relaciones económicas, la autonomía (o libertad) contractual representa el modo como se manifiesta, en la celebración de negocios, la libertad económica.

Por ende, el ordenamiento jurídico considera como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad).

Los sujetos son libres de contratar o no contratar, nadie está obligado a celebrar contratos. El abuso derivado del ejercicio del derecho de no contratar es capítulo extraño a la concepción liberal. Por el contrario, se afirma que la potestad consistente en no contratar es una exteriorización precisamente de la libertad.

Reconocer la existencia de la libertad, dicen, significa permitir "hacer", dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía, en cambio, es "reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia". Existe autonomía cuando el individuo "no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en la esfera jurídica". En la autonomía, por consiguiente, hay, además de un "poder hacer", un "poder de gobierno sobre la esfera jurídica". Es decir, concluye, "el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo". (Adame 2003: 488)

Por ello la libertad contractual implica, que el sujeto que ha realizado una oferta, la revoque siempre que no haya sido aceptada, pues esto último habría significado que el contrato ha quedado formalizado.

Finalmente, la libertad de contratar o para contratar, incluye la de elegir la persona del contratante. (Stiglitz 1990: 519-520). La libertad contractual comprende en particular la "libertad de conclusión", es decir, la posibilidad para el individuo de decidir, y la "libertad de la configuración interna", o sea la posibilidad para ambos contratantes de establecer libremente el contenido del contrato. La "libertad de configuración interna" presupone la existencia de la "libertad de conclusión", pues ésta no existe si ambas partes no han decidido celebrar el contrato. Cuando la libertad de conclusión no existe, sólo cabe para el individuo una posibilidad, muy limitada, de influir sobre el contenido del contrato. Podemos colegir que el concepto de contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente

Para el caso de la revocación de la oferta, nos compete ahondar en la libertad de conclusión, pues en base a ésta que se da lugar al perfeccionamiento del contrato. Ésta libertad nos dice que nadie pueda ser constreñido ni a concluir contratos ni siquiera a concluir un contrato con persona determinada. Éste es uno de los fundamentos de la revocación de la oferta, pues si el oferente, antes de la declaración de aceptación, decide no celebrar un contrato con un sujeto determinado, tiene todo el derecho de extinguir su oferta. Las razones que puedan llevar al oferente a tomar esta decisión pueden ser diversas, como por ejemplo en el caso que pueda obtener un mejor beneficio si celebra un contrato con un tercero.

La libertad de conclusión es también llamada libertad de celebración del contrato (auto-decisión: todo sujeto es libre de celebrar o no un contrato), de ella se derivan la libertad de autorregulación de las partes y como consecuencia la libertad de auto-obligarse entre sí (fuerza vinculante del contrato).

La voluntad es la causa primera o principal del derecho: por lo tanto se puede afirmar que este es el credo filosófico y jurídico del siglo XIX. el estado, la ley, el acto jurídico que resultan de "la autonomía de la voluntad" (Rieg 1961: 1)

Toda persona es libre de contratar o no. El contrato no se impone. Es fruto de determinaciones volitivas libremente adoptadas. Cada persona decide si le interesa o no celebrarlo. Se considera, asimismo, que todas las personas están en una situación de igualdad – igualdad dentro de la libertad- de adoptar la decisión que juzguen oportuna (Hernández 1983: 228). Al decir que la oferta es irrevocable se pierde esta situación de igualdad de las partes, pues se estaría imponiendo al oferente a celebrar un contrato en contra de su voluntad, pues para que el contrato sea perfeccionado debe existir la concurrencia de dos voluntades, éstas deben ser consensuales, con la irrevocabilidad de la oferta no existe consensualismo, sino que el contrato se perfecciona por imposición de la ley, pues se limita el derecho del oferente de revocar la oferta en base a sus propios intereses, cosa que si se le permite al destinatario de la oferta, mostrando gran desequilibrio en ambos sujetos.

Sin embargo, el derecho germánico (Larenz 1959: 65-71) se dice que existen casos en que no se puede rehusar la conclusión de un contrato, pues se convierte en un deber moral. En este sentido conocemos una serie de obligaciones de contratar, que constituyen los casos de la llamada "contratación coactiva" ("kontrahierungszwang"), y pueden clasificarse en tres grupos:

- a) Obligaciones de contratar de los concesionarios de servicios públicos
- b) Obligación de contratar fundada en la prohibición de perjudicar con actos contrarios a la moral contenido en el párrafo 826, ocurre este caso cuando "a consecuencia del no contratar se produjese un perjuicio de modo contrario a las buenas costumbres" ej.: cuando un

médico rehúsa el tratar a un enfermo grave sin alegar motivos fundados.

- c) Obligaciones de contratar derivadas de la economía dirigida. Se da en para evitar el acaparamiento de las mercaderías escasas, el poner a disposición de la población la totalidad de los productos agrícolas, y, en cuanto a las viviendas, el obligar al propietario de espacio habitacional a ponerlo a disposición de los que careciesen del mismo. Ésta figura no subsiste en toda la República Federal alemana, pues se dio principalmente en la primera guerra mundial y se acentuó durante la segunda guerra mundial.

Si bien estos son casos en los que, pese a la falta de la libertad de conclusión, se celebra el contrato, éstos constituyen parte de las excepciones, no en la regla general, pues estos supuestos tienen características singulares, las mismas que no están presentes en todos los casos.

En el sistema jurídico italiano, surge el problema de establecer si, más allá de la normativa del código civil, que reconoce a las partes esta autonomía (art. 1322), asegurando a los particulares una protección más fuerte, es decir, de rango superior al del Código, y por lo tanto, de rango superior al de la ley ordinaria. Según la tendencia de la Corte Constitucional, la autonomía contractual encuentra protección en el dictado del art. 41 en la Constitución, que reconoce y garantiza la libertad de iniciativa económica privada. Se trata, sin embargo, de una protección indirecta (Sentencia de la Corte Constitucional n. 37 del 21 de marzo de 1969), porque no está prevista de manera específica; es una protección que deriva, más bien, de valores (iniciativa económica, propiedad privada) que la Constitución protege. La doctrina sostiene la tesis de que la libertad contractual, por ser expresión de la libertad de la persona, es protegida (indirectamente) por la Constitución.

La “libertad contractual” constituye una fórmula que debe ser decodificada, porque si es entendida genéricamente podría hacer creer que las partes pueden celebrar cualquier contrato, sin ningún obstáculo ni límite. Es obvio que ello es imposible.

En concreto, y en sentido positivo, la libertad contractual es la libertad de decidir si el contrato se celebra o no, de elegir a la contraparte, de elegir el contenido, de escoger la forma, de decidir la ley aplicable al contrato, de elegir las modalidades de resolución de las controversias emergentes del contrato. En sentido negativo, significa que las partes pueden actuar libremente, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. Según la llamada “norma de clausura” (*norma di chiusura*), en virtud de la cual se concede a las partes la posibilidad de hacer todo lo que no esté expresamente prohibido, parece ser más oportuno –desde el punto de vista didáctico- precisar los límites y prohibiciones que el ordenamiento impone a las partes que se han propuesto celebrar un contrato.

En la formación del contrato, el código civil establece reglas destinadas a regular la formación del contrato; sin embargo, las partes son libres de establecer excepciones a dicha normativa, el oferente, por ejemplo, puede comprometerse, como no, a considerar vinculante para sí mismo la oferta, sin tener noticia de la aceptación de la contraparte; también puede considerar vinculante el contrato una vez que la aceptación sea meramente emitida, aunque todavía no haya arribado al domicilio del oferente. Es decir, que es el oferente quien decide, por su propia voluntad, si su oferta es o no irrevocable, por su propia autonomía, (Alpa 2004: 137-140).

6. Desequilibrio en la tutela de los intereses de oferente y aceptante

Parte de nuestra doctrina nacional considera que la oferta debe ser irrevocable, buscando la

“Protección de la confianza que la contraparte hubiere depositado en el cumplimiento de las reglas o promesas efectuadas por el declarante. En virtud al riesgo de afectar el tráfico comercial y la seguridad jurídica necesaria para sustentarlo, se considera que la voluntad individual del declarante (incluso en actos unilaterales) no resulta siendo razón suficiente como para remover su compromiso precedente” (SAAVEDRA V. 2013: 315).

Al respecto consideramos que, no solo se debe tomar en cuenta la confianza que podría depositar el destinatario, ya que ésta es un elemento subjetivo que puede como no estar presente (pues no en todos los casos la oferta termina siendo aceptada); o el riesgo que la revocación de la voluntad del oferente podría ocasionar en el tráfico comercial o la seguridad jurídica, sino que también se debe evaluar que al destinatario de la oferta se le otorga el derecho de retractar su voluntad²²; clara muestra del desequilibrio en la tutela de los intereses del oferente y el aceptante.

En ningún caso, ni en la revocación, que ejercita el oferente, ni en la retractación del aceptante, se puede decir que se afecta el tráfico comercial o la seguridad jurídica, pues la etapa previa a la celebración del contrato no es más que un periodo expectativo, que puede o no concretarse. Es por ello que la oferta no es otra cosa que un estado en el cual se tiene la expectativa de crear un vínculo jurídico, a futuro, entre el oferente y el destinatario, más no se crea vínculo obligacional alguno.

El principio de la revocabilidad de la oferta debe atribuirse al hecho de que ésta, como se ha anotado, todavía no está destinada a expresar una voluntad compromisoria en el plano del derecho, sino solamente a dar inicio a la fase de la celebración del contrato. (Di Majo 2004: 188).

En los sistemas jurídicos en los que se regula la revocación de la oferta, se entiende que la misma se rige por el principio de la expedición, pues si la oferta es un negocio jurídico unilateral el oferente puede revocar su

²²**Artículo 1386 del Código Civil Peruano:** Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

voluntad libremente, sin la necesidad de la intervención de un tercero (ya sea el destinatario de la oferta o el legislador). Mientras que, en el caso de la retractación de la aceptación ésta se basa en el principio del conocimiento, pues la retractación solo cobra eficacia sólo si es conocida por el oferente antes o simultáneamente con la llegada de la aceptación.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y sin quitar el carácter expectativo, creemos que todo daño que pueda producir la revocación de la oferta debe ser indemnizado, en la búsqueda de restablecer el equilibrio justo entre los intereses de las partes; lo que no significa que la oferta no pueda ser revocada, no solo por un fundamento lógico jurídico, por tratarse de un negocio unilateral, sino también por un fundamento práctico, en pro del equilibrio en la tutela de los intereses, tanto del oferente como del destinatario.

La voluntad de contratar, para ser vinculatoria, debe persistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona.

Es claro, que en efecto, el proponente no podría esperar indiferentemente la decisión (en e sentido de la aceptación o en el del rechazo) del destinatario de la oferta; si así fuera, el proponente sufriría un perjuicio, aunque sólo fuese porque, prescindiendo de las oportunidades de concluir el contrato con otras personas que se le escaparían con el tiempo, puede también cambiar la situación del mercado y la oferta mantenida firme no ser ya conforme a dicha situación.

6.1. El fallecimiento y la incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta

Por este supuesto se extingue la oferta, aunque nuestro código civil establece, equivocadamente, que éste es un supuesto de caducidad²³.

²³ **Artículo 1387 del Código Civil Peruano:**

La muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.

Si bien ésta es una causal de extinción de la oferta, no se da propiamente por caducidad, ya que la caducidad de la oferta se da por la culminación del plazo, ya sea que éste sea determinado o determinable, o incluso cuando no se haya establecido plazo alguno – y se siguen los criterios señalados en el acápite anteriormente-, es decir, que la caducidad de la oferta se establece en función al plazo.

Distinto es el caso de muerte o incapacidad sobrevenida del oferente, en este supuesto la oferta tiene plena eficacia, por lo que, en nuestro sistema jurídico, se obliga a los herederos o representantes legales a vincularse con la oferta, con la única excepción que de la naturaleza de la operación u otras circunstancias los herederos no puedan mantener la oferta²⁴.

Sin embargo, consideramos que este supuesto debería ser tratado al igual que en la revocación de la oferta, es decir, que el vínculo que tienen los herederos o representantes legales con la oferta realizada debe ser considerado irrevocable siempre que del tenor de la oferta se entienda que ésta es irrevocable por un plazo establecido, o revocable siempre que haya razones suficientes que justifiquen la revocabilidad de la misma (la autonomía privada, la libertad contractual, error de cálculo del oferente, cuando el oferente no conoce al destinatario de la oferta, desequilibrio en la tutela de los intereses de oferente y aceptante).

Sin olvidar que del precepto legislativo se desprenden dos supuestos que son excepción a la regla, es decir que se puede dar lugar a la extinción de la oferta. El primero, que de la naturaleza de la oferta se determine que se trata de una prestación *intuitu personae*, en este supuesto ni los herederos ni el representante legal podrá mantener la oferta por razones obvias. El mismo precepto contempla que pueden

²⁴ **Artículo 1383 del Código Civil Peruano:**

La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransferible.

surgir otras circunstancias por las cuales la oferta tenga que extinguirse; al referirse a “otras circunstancias” podría ser el caso, por ejemplo, del cambio de la realidad en la que se formuló la oferta, por ejemplo que la cosa ofrecida perezca o se deteriore. En este punto se puede aplicar la cláusula *sic rebus stantibus* (abarcaremos este problema en el capítulo correspondiente a la revocación). O también que en el periodo de formación de la oferta existan circunstancias que dejen sin eficacia la oferta, por ejemplo, que ésta padezca de algún vicio que de lugar a su nulidad, anulabilidad o ineficacia (estas mismas patologías podrían estar presentes aún cuando la oferta se encuentre vigente).

El sistema jurídico italiano guarda mayor cuidado en el tratamiento que le da a este supuesto, la muerte o incapacidad legal determina la pérdida de la eficacia de la declaración, ya sea del oferente o del destinatario de la oferta, con la excepción del supuesto en el que la oferta sea irrevocable, en este caso la oferta no pierde eficacia por la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente²⁵; es decir, que la oferta sigue siendo revocable aún con la muerte del oferente o incapacidad sobrevenida, y solo podrá ser transmitida cuando en la oferta se haya declarado que se trata de una oferta irrevocable. El artículo 1330 del código civil italiano, señala:

La oferta o aceptación, cuando es realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no pierde eficacia si el empresario fallece o deviene incapaz antes de la celebración del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios, o que algo distinto resulte de la naturaleza de la operación o de otras circunstancias.

²⁵ **Artículo 1329 del Código Civil Italiano:**

Si el oferente se ha comprometido a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no produce efecto.

En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente no quita eficacia a la oferta, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias descarten tal eficacia.

La doctrina italiana señala que la *ratio* de ésta norma, tradicionalmente – postura criticable-, se identificaba en la idea que “liga la formación del contrato con la producción del “consentimiento” como encuentro de voluntades reales y actuales de las partes” y como un “remedio brindado para la protección del declarante, por encontrarse imposibilitado para ejercer el poder de revocación de su declaración”. Sin embargo, en términos más correctos y realistas “la *ratio* es vista en la exigencia de que la excepción sobre el negocio pendiente de conclusión se remita a aquel que recibe el peso de los efectos (el heredero), o bien que se sujeta a las formas y controles predispuestos para la protección del incapaz” (Roppo 2002: 139-140).

Sobre este punto creemos que, la legislación italiana hace un análisis más profundo, ya que no se limita a señalar si la oferta es eficaz o ineficaz ante la muerte o incapacidad sobrevenida, ya sea por parte del oferente o del aceptante, sino que también muestra un estudio más profundo de las operaciones contractuales en el ámbito comercial, como bien se desprende del segundo párrafo de esta norma; pues solo la oferta mantiene la eficacia si se trata de empresarios en el ejercicio de su actividad, y se exceptúa a los pequeños empresarios; los efectos de mantener la oferta traería consigo un impacto económico distinto en ambos grupos, pues las circunstancias en que se lanzó la oferta cambian.

Sin embargo, somos de la posición que excepcionalmente la oferta podría devenir en ineficaz, con la muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente, cuando con ella las condiciones de los herederos del oferente se vean afectadas, por ejemplo es el caso del estado de necesidad sobreviniente. Comprendemos que la razón por la que el artículo 1383 de nuestro Código Civil preceptúa que la oferta continúa siendo eficaz con la verificación de éste supuesto, se da en razón a la autonomía que mantiene la oferta.

Sin embargo, creemos que esta autonomía también debería ser tomada en cuenta tanto en la oferta como en la aceptación, es decir, que ante la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente o del destinatario la oferta se vigente para los herederos de ambos o para ninguno, buscando un equilibrio de condiciones; como es el caso, por ejemplo, del Código Europeo de Contratos (Gandolfi):

Artículo N° 18:

Muerte o incapacidad

En caso de muerte o incapacidad del oferente o del destinatario, la oferta o la aceptación no pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o por las circunstancias.

Es decir, que tanto la oferta y la aceptación son independientes, autónomos al oferente y al destinatario de la oferta, por lo que, nuestra legislación crea una situación de desprotección entre los intereses del oferente frente a los del destinatario.

Pero aún en el BGB alemán, que tiene por regla la irrevocabilidad de la oferta, en caso de muerte o incapacidad del oferente se hace una excepción, siendo el parágrafo 153 dispone que: "La perfección de un contrato no es evitada por el hecho de que el oferente muera o sea declarado incapaz para emprender negocios jurídicos antes de la aceptación, a menos que se pueda deducir una intención contraria por parte del oferente". Esta última parte del precepto alemán, deja abierta la posibilidad a que la disposición de la vigencia de la oferta después, de la muerte o incapacidad sobrevinida del oferente, recaiga en la voluntad de éste. Es decir, que sea el oferente el que determine si la oferta seguirá siendo eficaz.

Por lo que, es evidente que la importación legislativa materializada en nuestro Código Civil no es congruente, con el mismo cuerpo normativo del que se extrajo la regla de la irrevocabilidad. Por ello, es necesario

realizar un análisis respecto a la pertinencia de esta norma; la misma que debería correr la misma suerte de la oferta; es decir, que se admita la revocación, hecha por los herederos, siguiendo las mismas reglas que en la revocación de la oferta, como venimos planteando.

Casación 2950-98-Lima

Publicada el 17.09.99

Lima, siete de junio de mil novecientos noventa y nueve.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número dos mil novecientos cincuenta – noventa y ocho; con los acompañados, en Audiencia Pública de la fecha; y, producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por la demandante doña Elena Palomino Hernández, mediante el escrito de fojas doscientos cincuenta y cuatro, contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cinco, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, expedida por la Sala Civil Corporativa Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas ciento noventa y cinco, su fecha dos de julio del mismo año, declara infundada la demanda de fojas treinta y dos, sobre otorgamiento de escritura pública y fundada la impugnación a la consignación de fojas cuarenta y uno del cuaderno acompañado.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La recurrente sustenta su recurso en las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del Artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil; pero por resolución suprema del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fue declarado procedente

únicamente por la causal de inciso primero; que fundamentando en cuanto a esta causal, la demandante manifiesta que, la Sala Civil ha interpretado erróneamente el Artículo veintidós del Decreto Ley número veintiún mil novecientos treinta y ocho, así como los Artículos trescientos quince y mil trescientos ochenta y tres del Código Civil, porque producida la oferta para la adquisición del inmueble locado, la respuesta aceptando al oferta tuvo lugar dentro del plazo que otorgaba el Artículo veintidós del Decreto Ley número veintiún mil novecientos treinta y ocho, por lo que tanto una como la otra son jurídicamente cálidas; que existe también errónea interpretación del Artículo mil trescientos ochenta y tres del Código Civil, puesto que el fallecimiento de oferente no priva de eficacia a la oferta, ya que obliga a sus herederos o representantes legales; y, que lo propio sucede con la aplicación del Artículo trescientos quince del citado Código, calificando a la mera oferta como un acto de disposición, cuando éste recién se materializa con el otorgamiento de la escritura pública.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la demanda de otorgamiento de escritura pública de transferencia de dominio del inmueble sito en el jirón Huascarán número setecientos ochenta y siete, del distrito de La Victoria, provincia de Lima, se sustenta en que el propietario don Roberto Flores Patiño, mediante carta notarial ofertó el referido predio en primera opción de venta a la inquilina demandante doña Elena Palomino Hernández, por la suma de trescientos mil intis que deberían ser abonados al contado, oferta que la actora aceptó también mediante carta notarial dentro del plazo previsto en Artículo veintidós del Decreto Ley número veintiún mil novecientos treinta y ocho.

Segundo.- Que, las instancias de mérito, apreciando la prueba instrumental han establecido, que efectivamente, don Roberto Flores Patiño, el siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, con la carta notarial de fojas uno, comunicó a la demandante doña Elena Palomino Hernández, su determinación de vender el inmueble que ocupa como inquilina, concediéndole la oportunidad de adquirir dicho predio por el

precio y condiciones anotados; así como que la demandante con la carta notarial de fojas dos, entregada el veintiuna de abril del mismo año, aceptó la oferta, exigiendo que a la brevedad posible se le proporcione toda la documentación que en la misma se detalla.

Tercero.- Que, en realidad se trata de un derecho de prelación o de tanteo a favor del inquilino, que el citado Decreto Ley privilegió durante su vigencia, limitando el derecho de propiedad del locador por razones de interés social, pero como es lógico esta limitación de orden público, exigía también que la oferta provenga del titular del derecho.

Cuarto.- Que, la comunicación de la demandante aceptando la oferta, según lo admiten las instancias inferiores, fue entregada el mismo día que falleció el oferente don Roberto Flores Patiño y si bien esta circunstancia no altera el régimen legal de la oferta, porque obliga a sus herederos o representantes legales conforme a lo previsto en el Artículo mil trescientos ochenta y tres del Código Civil; no menos cierto es también, que esta misma norma se encarga de precisar que lo expuesto rige salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible.

Quinto.- Que, la Sala Civil admite igualmente que el predio en litis es un bien social y la oferta la hizo el esposo de la demandada, sin autorización de ésta, de modo que estando a lo prescrito en la primera parte del Artículo trescientos quince del Código Civil, la oferta de que se trata no sólo no puede obligar a doña Angélica Medrano González viuda de Flores sino que además tampoco obliga en la forma prevista por el citado Artículo mil trescientos ochenta y tres del mismo Código; que por lo expuesto y no habiéndose presentado la causal de interpretación errónea por las razones que anteceden, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declarando **INFUNDADO** el Recurso de Casación de fojas doscientos cincuenta y cuatro, interpuesto por la demandante doña Elena Palomino Hernández contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cinco, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y ocho; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos del

recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por doña Elena Palomino Hernández con doña Angélica Medrano Gonzales viuda de Flores, sobre otorgamiento de escritura pública; y los devolvieron.

SS. ORTIZ B.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ECHEVARRÍA A.; CASTILLO LA ROSA S.; VILLACORTA R.

Si bien, estamos de acuerdo con la resolución de los magistrados, creemos que los fundamentos por los que llegan a la decisión final son equivocados. Si bien, nuestro ordenamiento jurídico prescribe como excepción para la transmisión de la oferta a los herederos y representantes, aquellas ofertas que por la naturaleza de la operación u otras circunstancias sea intransmisible de la "fuerza vinculante" de la oferta; los magistrados toman a la falta de manifestación de voluntad de la cónyuge del oferente, por tratarse de un bien que forma parte de la sociedad de gananciales, como parte de una de las circunstancias que exceptúan la transmisión de la oferta a los herederos.

Creemos que, la razón principal para dejar sin efecto a la oferta no radica en las excepciones a que hace mención el Artículo 1383 de nuestro Código Civil, sino que la oferta no tiene validez por haber sido formulada con un vicio en su estructura. Por tanto la oferta es ineficaz desde el principio, y no intransmisible por la muerte del oferente.

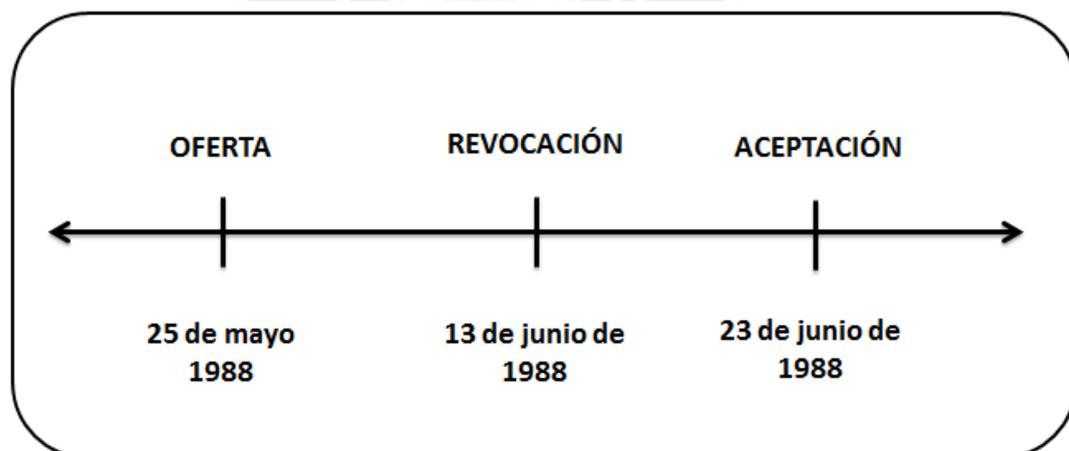
Ahora pongámonos en el supuesto que el oferente no haya fallecido, entonces aun así la oferta no tendría validez alguna, ni mucho menos podría surtir el efecto de "fuerza vinculante", y peor aún podría dar lugar a "obligaciones" al oferente, como erróneamente regula nuestro Código Civil a la oferta; una razón más que fundamenta que la oferta no puede ser tomada como irrevocable.

7. Un caso singular de irrevocabilidad de la oferta en la jurisprudencia peruana

Exp. N° 1881-91-Lima

EJECUTORIA SUPREMA. Lima, ocho de setiembre de mil novecientos noventa y dos. **VISTOS;** por sus fundamentos pertinentes; y, **CONSIDERANDO:** que aun cuando por la cuantía de la causa no sería procedente el recurso de nulidad, esta Sala Suprema conoce por las facultades que le confiere el artículo doscientos cuarenta y uno de la Constitución política del Estado y disposiciones pertinentes del Código de Procedimientos Civiles; que según la carta notarial de fojas cuatro, los demandados dieron la opción de compra al demandante, el veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, la misma que fuera revocada y puesta en conocimiento de este el trece de junio del mismo año, como consta de la carta notarial de fojas seis; de modo que, la carta notarial de fojas cinco, cursada por el actor con fecha posterior, esto es, el veintitrés del mismo mes y año, expresando su aceptación, tuvo lugar varios días después de haber conocido dicha revocatoria; que de acuerdo con lo preceptuado por el artículo mil trescientos sesenta y tres del Código Civil, el contrato se perfecciona en el momento y lugar en que se cierra el circuito, esto es, con el conocimiento de la aceptación hecha por quien promovió la oferta; que en consecuencia no basta la opción, sino también la aceptación oportuna, puesto que solo de la confluencia de voluntades emana el contrato, de ahí que la disposición de contratar, para ser vinculatoria, como señala la doctrina, debe mantenerse hasta el momento en que el contrato se perfecciona, lo que no ha sucedido en el presente caso por haber precedido a la aceptación la revocatoria de la oferta; que asimismo, cabe destacar, que la consignación del precio del inmueble en litis no se hizo sino después de catorce meses de verificada la opción y cuando esta había sido retirada, circunstancia que unida al fenómeno de la devaluación que vivía el país por aquella época, la oferta inicial resultaba diminuta, convirtiéndose para los demandados en una

excesiva onerosidad de la prestación; que por lo expuesto, y teniendo en cuenta que la disposición que la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, no es posible amparar la demanda no solo por no haberse perfeccionado el contrato sino además por los daños irreparables en que se podía incurrir: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento treinta y dos, su fecha veinticinco de julio de mil novecientos noventa y uno, que confirmando la apelada de fojas ochenta y nueve, su fecha quince de agosto de mil novecientos noventa, declara fundada la demanda de fojas once; y, en consecuencia, ordena que los demandados otorguen a favor del demandante la escritura pública de compra-venta del inmueble en litis, y sin lugar la impugnación de fojas treinta y nueve; reformando la primera y revocando la segunda en estos extremos, declararon **INFUNDADA** dicha demanda **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es objeto del grado; en los seguidos por don Augusto Egoavil Gonzáles con don Eliseo Becerra y otro; y los devolvieron: SS. CASTILLO - URRELLO - BACA - MENDOZA - SÁNCHEZ PALACIOS. Se publicó conforme a Ley. SILVIA ASTETE BENAVIDES Secretaria General de la Corte Suprema de la República. (***El resaltado y subrayado es nuestro***)



Como explicamos anteriormente, la regla general, en nuestro sistema jurídico, es la **"irrevocabilidad de la oferta"**; a pesar de **las** posibles contingencias que pueda traer consigo la aplicación de esta regla; y aunque el mismo magistrado tenga claro que es la autonomía de la voluntad la que debe estar presente, tanto en la etapa de la formación del contrato, como en el momento de perfeccionamiento del mismo, se sigue aplicando esta regla, solo por acogerse a lo prescrito en el Código Civil.

Si bien, equivocadamente, en este caso se toma a la oferta como un contrato de opción, en el fondo nos muestra el problema de la irrevocabilidad de la oferta en la etapa de formación del contrato. No solo desde una perspectiva teórica, de la determinación de si la oferta debe ser irrevocable o revocable; sino que, nos muestra ciertas características que dan lugar a reflexionar el fundamento de la revocabilidad de la oferta, lo que nos podría permitir prevenir ciertas patologías contractuales. Iremos desarrollando estos puntos en las siguientes líneas.

Es de lamentar que, existan quienes crean –en el análisis de esta misma jurisprudencia– que es más fácil recurrir a una referencia normativa antes que recurrir a la esencia del contrato:

“El camino que debió seguirse para evitar una conclusión injusta era otro distinto del seguido: consistía en negarle eficacia a la aceptación debido a su acaecer tardío, antes que recurrir a una solución extraída de la propia esencia del contrato como inútilmente en la naturaleza, en la sustancia, cuando a mano y sin tanto esfuerzo encaja una sencilla referencia normativa; antes que, con desdén, voltear la regla y hasta rehusarle cabida como excepción, a despecho de lo escrito y como si no estuviera allí.

Yerro y acierto de una sentencia: al equivocarse el camino y, sin embargo, llegar a destino.” (Cárdenas 2010: 81)

Cuando lo que debe prevalecer no es la normativa, pues solo es la representación del derecho en un determinado espacio y tiempo; el mismo

que no es inmutable, y que irá evolucionando conforme a las características y las necesidades de los individuos, como vimos anteriormente en lo referente a la globalización y los principios del UNIDROIT. Entonces, no podemos entender como se puede dar prevalencia a la norma antes que a la esencia misma del contrato, siendo que los principios que guían su formación, celebración y ejecución son piedra angular de nuestro sistema jurídico.

Si bien, el magistrado reconoce que el contrato, fundamentalmente, se da por la confluencia de voluntades concordantes, y que esa voluntad debe estar presente hasta la celebración del contrato; termina por ordena que los demandados otorguen a favor del demandante la escritura pública de compra-venta del inmueble. Cuando lo que debía primar es el principio de libertad de contratar, principio que, en buena cuenta, es el reconocimiento de la autonomía privada de las partes para celebrar un contrato; por lo que, por encima de la regla de irrevocabilidad, que adopta el Código Civil, debieron primar los principios contractuales reconocidos constitucionalmente.

Otro aspecto a tomar en cuenta, es el evidente desequilibrio en la protección de los intereses del oferente y el destinatario. Pues al dejar al oferente en un estado de incertidumbre respecto a si su oferta será o no aceptada, se ven afectadas otras oportunidades de obtener un mejor beneficio; más aún si analizamos que, para el legislador peruano, no importa la voluntad y ni las condiciones del oferente, es decir, no importa si éste ya no tiene la voluntad de celebrar el contrato (claro que el oferente debe tener razones debidamente justificadas). En el caso materia de análisis, la aceptación se dio mucho después de la comunicación de la voluntad de revocación, lo que evidencia la desproporción en la protección de intereses de ambas partes. Por lo que, lo ideal es encontrar un punto intermedio en el que el oferente no se encuentre en una posición de desventaja y que tampoco se afecte al destinatario con la revocación de la oferta.

Por otro lado, el magistrado se percata que, de entender que el contrato queda perfeccionado ante la negativa de dar lugar a la revocación de la oferta (pese a que se trata de un negocio unilateral y esta facultad solo recae en el oferente), este contrato sufriría de una patología contractual *a posteriori*; ya que, por la situación económica que sufría el país, la contraprestación que recibirían sería ínfima. Lo que nos lleva a preguntarnos ¿qué es más conveniente?, si dar lugar a la revocación de la oferta, antes de que se perfeccione un contrato sin la voluntad del oferente de celebrarlo (transgrediendo la libertad de contratar y la autonomía privada de la voluntad), o seguir aplicando la regla de irrevocabilidad que dará como consecuencia que, dicho contrato padecerá, indefectiblemente, de una patología contractual, que si bien se tienen previstos ciertos remedios para este tipo de supuestos, pudo ser evitada.

Máxime si tomamos en cuenta que, en este caso la solución no solo se queda en que se reduzca o se aumente la contraprestación, según sea el caso, sino que incluso el juez puede disponer la resolución del contrato; es decir, estaríamos ante un contrato celebrado, sin voluntad de una de las partes, y que incluso cabe la posibilidad de que sea resuelto.

Entonces, la tarea no termina en tomar una posición de si la oferta debe ser revocable o irrevocable, acogiéndonos cómodamente a la regulación que se tiene en el Código Civil, sino que también debemos ser cuidadosos de pensar en las posibles contingencias que pueda traer la irrevocabilidad de la oferta, desde una perspectiva teórico-práctica.

CONCLUSIONES

1. El código civil establece, que la oferta es obligatoria para el oferente. Limitando la revocabilidad únicamente cuando esta es puesta en conocimiento del destinatario antes o simultáneamente a la oferta, lo que genera perjuicio para el oferente, pues se atenta el ejercicio de su autonomía privada. Trayendo consigo, de ser el caso, la celebración de contratos que carezcan de la plena voluntad de las partes para celebrarlo.
2. Consideramos que no se puede creer en una vinculación de la oferta sin tener en cuenta la esencia misma del negocio jurídico futuro. Por lo que este último debe basarse plenamente en la autonomía privada de las partes, teniendo como único límite el respeto del ordenamiento jurídico, las buenas costumbres y el orden público.
3. El código civil peruano, equivocadamente establece que la oferta obliga al oferente. La oferta no genera vínculo obligacional alguno para el oferente, la relación obligacional surge con el perfeccionamiento del contrato, pues la oferta solo es parte de la formación del contrato. Creemos que el legislador peruano confunde el término obligación con la irrevocabilidad de la oferta.
4. La oferta es en esencia revocable, no solo por razones de orden teórico (por su naturaleza jurídica de negocio jurídico unilateral, por la autonomía privada de la voluntad y la libertad para contratar), sino que también lo es por razones de orden práctico, pues existen supuestos en los que la oferta no puede mantenerse, como en el caso del desequilibrio en la protección de los intereses del oferente y el destinatario de la oferta, cuando las circunstancias en las que fue emanada la oferta hayan cambiado sustancialmente luego de llegada

al destinatario de la oferta, o cuando por la naturaleza de la operación ésta no pueda mantenerse.

5. Acorde a las necesidades del mercado, que traspasan nuestras fronteras, la oferta no puede ser considerada irrevocable, pues no solo se atentaría al tráfico comercial, es por ello que los distintos códigos de unificación, tanto en Europa como en Latinoamérica optan por la aceptación de la revocación de la oferta. A pesar de las posturas en contra, como la germánica, que bajo el fundamento de la seguridad jurídica toman como irrevocable a la oferta; al respecto creemos que basta con que el oferente establezca en su oferta que se trata de una oferta revocable, irrevocable, o irrevocable solo por un tiempo determinado. Lo que se deriva de la propia autonomía de la voluntad del oferente, más no de la imposición del legislador. Por ende, surge la necesidad de replantear algunas ideas que han venido guiando nuestro ordenamiento jurídico en lo que a la fuerza vinculante de la oferta se refiere.
6. Estamos ante un desequilibrio en la protección de los intereses del oferente y el destinatario de la oferta, cuando se limita la revocación de la oferta y por otro lado se acepta la revocación de la oferta. Bajo el fundamento que se da lugar a la desconfianza del destinatario de la oferta, este argumento no es del todo cierto, pues, como dijimos anteriormente, basta con que el oferente establezca si su oferta se mantendrá firme o no, durante un periodo de tiempo, de tal forma que la otra parte pueda tomar las previsiones necesarias. Además, la oferta coloca al destinatario de la misma en un estado expectativo, pues no tiene la seguridad si su oferta será aceptada o no. Por ello, creemos que no hay porque tomar a la oferta como irrevocable, máxime si tomamos en cuenta que las operaciones comerciales son muy volátiles y el tráfico comercial es muy fluido, en ese entender se

da la posibilidad que el oferente tenga la posibilidad de beneficiarse más si crea una relación obligacional con un tercero; pues como dijimos no existe la seguridad de que su oferta siempre termine siendo aceptada.

7. En el caso que la revocación de la oferta genere daños, debidamente probados, al destinatario (aceptante), deberá ser indemnizado, quedando el oferente obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas. De otra forma si se estaría atentando las necesidades del tráfico comercial y los intereses del destinatario de la oferta.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

ADAME Jorge,

2003 *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos: libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá

ALPA Guido,

2004 "El contrato en el derecho privado italiano actual" en *Estudios sobre el Contrato en General*, traducción de Leysser L. León. Lima: Ara editores.

ALTERINI Atilio,

1989 *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno.* Imprenta Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

ALZATE Cristóbal,

2009 *Fundamentos del Contrato. Teoría General, Promesa de Opción y Responsabilidad precontractual.* 2º Edición. Grupo Ibañez Editorial. Bogotá.

AYASTA Julio,

1991 *El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos.* Ediciones P.J.P. Lima.

BARBOZA, Eduardo

2013 "La Oferta de Contrato". Homenaje a Manuel de la Puente y Lavallle Tomo I, Primera Edición. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima.

BEVILAQUA, Achilles

1944 Código Civil Brasileiro. Octava edición. Livraria editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro.

BIANCA Massimo,

2007 *Derecho Civil*, traducción de Fernando Hinestroza y Édgar Cortés. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

BIGLIAZZI GERI, Lina; y otros,

1992 *Derecho Civil. Hechos Jurídicos y Actos Jurídicos*, Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia.

BOULLE Laurence,

2009 The law of globalization: an introduction. Editorial Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International; Frederick, MD: Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers. Great Britain.

CÁRDENAS, Luis.

2010 "Un vacío en temas de contraoferta ¿Qué efectos produce en la oferta?". Diálogo con la Jurisprudencia N° 146. p. 128. Editorial Gaceta Jurídica Noviembre 2010. Lima.

CÁRDENAS, Luis.

2010 *Irrevocabilidad de la oferta contractual y revocabilidad limitada*. Lima <http://works.bepress.com/luiscardenasrodriguez/>

DE LA PUENTE, Manuel.

1983 *Estudios sobre el Contrato Privado*. Tomo I. Lima: Cultura Cuzco.

DE LA PUENTE, Manuel.

1993 *El contrato en general*: comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil: segunda parte (artículos 1414 a 1528). PUCP. Fondo Editorial. Lima.

DE LOS MOZOS José Luis,

1987 *El negocio jurídico: estudios de derecho civil*. Editorial Montecorvo, Madrid.

DI MAJO Adolfo,

2004 "La celebración del contrato" en *Estudios sobre el Contrato en General*, traducción de Leysser L. León. Lima: Ara editores.

DÍEZ PICAZO, Luis

2011 *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Thomson Reuters, sexta edición, España.

ENNECCERUS Ludwig,

1981 *Derecho Civil (Parte General)*, Bosch casa editora, volumen segundo - primera parte, decimoquinta edición Barcelona.

ENNECCERUS Ludwig.

1981 *Tratado de Derecho Civil*. Trad. Pérez Gonzáles y Alger. Barcelona, editorial Bosch.

EIRANOVA Emilio,

1988 *Código Civil Alemán Comentado*: BGB Bürgerliches Gesetzbuch. Editorial Marcial Pons, Madrid.

FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos,

2003 *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos: libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003.* Universidad Externado de Colombia Volumen I. Bogotá.

FERRI Luigi,

2004 *Lecciones sobre el Contrato*, traducción de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Editora Jurídica Grijley.

FORNO Hugo,

1997 "Los efectos de la oferta contractual", *Ius et Veritas* Número 15 año VIII.

GARRO Alejandro,

2012 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010 UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; [bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, en colaboración con Javier Mauricio Rodríguez Olmos y Pilar Perales Viscasillas. Editorial: Las Rozas, Madrid.

GHESTIN Jacques,

2014 "La forcé obligatoire du contrat", extraído de GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire y SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat: le contrat - le consentement*, que forma parte de GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, 4ta ed., Librairie Générale du Droit et Jurisprudence-Lextenso Éditions, París, 2014, Tomo 1, pp. 193-203. Traducción de José L. Gabriel Rivera.

GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE

2009 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition, Sellier European law publishers. Prepared by the Study Group on a

European Civil Code and the Research Group on EC Private Law
(Acquis Group)

HERNÁNDEZ GIL Antonio,

1983 *Derecho de Obligaciones*. Centro de Estudios Universitarios Ramón. Editorial Areces. Madrid.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW,

1995 *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*. International Institute for the Unification of Private Law and Alejandro Miguel Garro. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma: UNIDROIT

JACQUES Philippe,

2009 "Les responsabilités liées à la conduite d'une négociation". Revue Lamy Droit Civil. Supplémentau N° 58, Mars 2009.

LARENZ Karl

1958-1959 *Derecho de obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Editorial Revista de Derecho Privado Volumen 1. Madrid

LARROUMET Christian,

1999 *Teoría General del Contrato*, Volumen I, Temis. Traducción de Jorge Guerrero R. Bogotá.

LEÓN BARANDIARÁN, José

1944 Comentarios al Código Civil Peruano Tomo III. Librería e imprenta Gil. Lima.

LEÓN HURTADO Avelino,

1990 *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

LÓPEZ SANTA MARÍA Jorge,

2003 *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos: libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003.* Universidad Externado de Colombia Volumen II. Bogotá.

MALINVAUD, Philippe

1990 Droit des obligations: les mecanismes juridique des relation seconomiques. Litec Cinquième édition. Paris.

MARTÍNEZ Eva,

2000 *La Formulación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

MESSINEO, Francesco

2007 *Doctrina general del contrato.* Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra- Editorial ARA. Lima.

MORALES HERVIAS Rómulo,

2011 *Patologías y Remedios del Contrato.* Jurista editores. Lima.

MOREIRA José,

1996 "Comentárioao capítulo 2 do projeto UNIDROIT sobre Principios para os contratos comercuales internacionales em confronto com os sistemas jurídicos dos países latinoamericanos que integram o MERCOSUL" en: Ilprogetto UNIDROIT 'principi per I contratti commerciali internazionali' e l'unita e specificita del sistema giuridico lationoamericano = El proyecto UNIDROIT 'principios sobre los contratos comerciales internacionales' y la unidad y especificidad del sistema jurídico latinoamericano / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (CNR). del Seminario di

Studi = Memoria del seminario de estudios (13-14 dic.1993 : Roma). Università degli studi di Roma CEDAM, Padova.

OVIEDO Jorge,

2009 *Estudios de derecho mercantil internacional; Principios de UNIDROIT, lex mercatoria compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza*. Bogotá: Universidad de La Sabana. Grupo Editorial Ibáñez.

OSPINA Guillermo,

1994 *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Temis. Bogotá.

RIEG Alfred,

1961 Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil francais et allemand París: Libgénérale de droit et de jurisprudence R. Pichón et R. Durand-Auzias.

ROPPO Vincenzo,

2002 "La Formación del contrato en el derecho italiano", Revista Jurídica Proceso y justicia N° 33, 2002. Lima.

ROPPO Vincenzo,

2004 "Divagaciones no muy ortodoxas en materia de contratos" en *Estudios sobre el Contrato en General*, traducción de Leysser L. León. Lima: Ara editores.

ROPPO Vincenzo,

2009 *El Contrato en General*, traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica.

- SACCO Rodolfo,
2004 *El contrato en general*. En:Thémis -- Época 2, no. 49.
- SANCHEZ URITE, Ernesto A.
1975 *La oferta del Contrato: Fuerza Vinculante*. Editora Abeledo-Perrot,
1975 Buenos Aires.
- SAAVEDRA José,
2000 La Formación del Contrato en la Convención de Viena de 1980.
Lima
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6583/6674>
- SAAVEDRA V., Renzo E.
2013 *El negocio jurídico testamentario: contribución al estudio del negocio de última voluntad*. Jurista Editores. Lima.
- SCHLECHTRIEM & SCHWENZER
2011 *Comentario sobre La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Primera edición, Tomo I, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra.
- SCHMIDT, Jan Peter
2010 "La revocación de la oferta en el derecho contractual de los países latinoamericanos y en el derecho uniforme".Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di dirittod el l'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina 30
- SCOGNAMIGLIO Renato,
2004 *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, traducción de Leysser L. León. Editora jurídica Grijley.

SCOGNAMIGLIO Renato,

1996 *Teoría General del Contrato*, traducción de Fernando Hiestrosa.
Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

STIGLITZ Rubén,

1990 *Contratos: teoría general I*. Imprenta Depalma. Buenos Aires.

ZWEIGERT Konrad,

1992 *Introduction to comparative law*. Editorial Oxford: Clarendon
Press. Segunda edición. Inglaterra.

Cuerpos legales

Código Civil Italiano de 1942, traducción de Rómulo Morales Hervias.

Código civil Francés (1804). Code Civil. LITEC, 2000 Litec.

Brasil Código civil (1916). Código Civil Brasileiro. Editorial Atlas. Sao Paulo.

BGB, Alemán.

Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción, Anteproyecto de
Reforma del Código Civil Francés Libro III, títulos III y XX. Traducción de
Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia 2006.

PROJET D'ORDONNANCE n° duportant réforme du droit des contrats, du
régime général et de la preuve des obligations. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE,
Ministère de la justice.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa
Internacional de Mercaderías. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho
Mercantil Internacional. Naciones Unidas Nueva York 2011.

Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos
(Gandolfi).

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010

PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, Rome 1994.

