

CARACTERIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Por Alejandro E. Freytes**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones trascendentes al régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield para la formación del contrato, algunas superadoras del anterior diseño, otras en cambio, evidentemente inconvenientes y claramente ajenas a nuestra tradición jurídica.

SUMARIO: 1. El contrato en nuestros días. 2. Hecho y acto jurídico. 3. El contrato como acto jurídico. 4. El consentimiento. 5. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: a. El acuerdo y la conducta de las partes. B. La oferta. C. La aceptación. D. Formación progresiva y acuerdos parciales.

1. EL CONTRATO EN NUESTROS DÍAS

Es un dato irrefutable de la realidad que la noción de contrato como vínculo relacional con proyecciones jurídicas o como instrumento de intercambio de bienes y servicios ha sufrido y es probable que siga sufriendo mutaciones, desgajamientos o alteraciones de aquel diseño clásico que pergeñaron los autores racionalistas del siglo XVIII y XIX, y que hoy resultan

irreconocibles en la multifacética realidad negocial y en sus variados requerimientos operativos.

Ha dicho recientemente Denis Mazeaud¹, analizando la situación francesa a este respecto, que si la reforma del *Code* de 1804 se impusiera, ello implicaría aceptar que el Código Napoleón ha dejado de ser el estuche del derecho común de los contratos, la fuente de sus reglas fundamentales, pues lo esencial del derecho de los contratos se encuentra hoy fuera del ámbito del Código Civil francés, residiendo en la legislación de consumo, el Código de Comercio, en el Boletín Civil de los fallos del Tribunal de Casación, etc., presentándose como un ordenamiento diseminado, fragmentado, difuso y desintegrado.

Es que el paradigma contractual que imaginaron los juristas que abordaron el movimiento codificador en la Europa del siglo XIX, de donde se desplazó a la América Hispánica, se sustentaba en un vínculo relacional paritario, singular, de prestaciones equilibradas, fruto de una voluntad interna elaborada sin vicios que la afecten, manifestada sin restricción alguna por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, que podían discernir con la más absoluta libertad las cláusulas de un acuerdo que protegía sus intereses patrimoniales volcados en los moldes típicos que los códigos preordenaban.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Abogado, Escribano Público Nacional, Profesor en Ciencias Jurídicas, Profesor Adjunto de Derecho Privado III en la Facultad de Derecho UNC, Tutor Superior de Derecho Civil III y Notarial II en la Facultad de Derecho de la UBP, Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC, miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ MAZEAUD, D. *Las reformas al Derecho francés de los contratos*, La Ley, Bs. As., 2014-B, entrega del 17 de marzo de 2014.

¹ MAZEAUD, D. *Las reformas al Derecho francés de los contratos*, La Ley, Bs. As., 2014-B, entrega del 17 de marzo de 2014.

Pero el mundo ha cambiado sustancialmente desde aquella concepción presumiblemente igualitaria y equilibrada. Los cambios socio-económicos obligan hoy a modificar los moldes jurídicos, imponiendo una urgente adecuación a un orden que se presenta absolutamente distante y distinto de aquel otrora soñado.

Entre nosotros, Edgardo I. Saux, ha señalado con acierto² que tales mutaciones se han debido a tres causas especiales: la manera de contratar, la inexistencia de una voluntad interna sana y sin vicios, y una profusa legislación complementaria que ha conmovido los pilares sobre los que se asentaron las estructuras contractuales de nuestro Código Civil de 1871.

El mundo globalizado permite hoy una más ágil circulación de bienes y servicios, y ha debido abandonar el modelo de contrato de cambio celebrado entre partes que expresaban libremente su voluntad sin vicios ni cortapisas, fruto de la autonomía negocial más genuina y perfecta. Actualmente los contratos se celebran por mera adhesión³, sin tratativas previas que den tiempo a reflexionar, influidos por regulaciones estatales que le dan un marco inexorable y que contienen cláusulas generales idénticas

²SAUX, E. *Contratos en general. Disposiciones generales. Definición. Libertad de contratación. Efecto vinculante. Facultades de los jueces. Breves referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, 2014-I, **Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2014, p. 11 y ss.

³DREUX, G. *De la nature juridique des contrats d'adhesion*, en **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Sirey, Paris, 1910; DE CASTRO Y BRAVO, F. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**, Civitas, Madrid, 1985; GORLA, G. *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, en **Rivista di Diritto Commerciale**, Vallardi, Milano, 1963, n° 3 y 4; VALLESPINOS, C. **El contrato por adhesión a condiciones generales**, Universidad, Bs. As., 1984; MARQUEZ, J.F. – CALDERON, M. *Contratos por adhesión a condiciones generales en el proyecto de código civil y comercial de 2012*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, 2014-I, **Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 267 y ss.

para toda una categoría negocial. Con ello la noción de consentimiento como pauta basilar del instituto, se ha diluido generando una figura predispuesta, pre redactada y ofrecida en bloque a una categoría indeterminada de personas.

El contrato figura jurídica que ha sentido como ninguna otra los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización, ha visto conmovida la noción clásica de consentimiento, dando paso a nuevas modalidades contractuales, en las que no se advierte un reparto de riesgos fruto del ejercicio puro y genuino de la autonomía de la voluntad, sino la propuesta de un negocio pergeñado unilateralmente sin negociación de sus cláusulas, desplazando la custodia del equilibrio contractual al Estado y a sus órganos de control.

Hace relativamente poco tiempo encumbradas voces pronosticaron el crepúsculo del contrato⁴ y el mito perimido de la autonomía de la voluntad (Galgano, Gabrieli, Marchetti), tratando de advertir que la figura perdía los perfiles eminentemente consensualistas defendidos en el siglo XIX⁵.

Sin embrago, en el *corsi e ricorsi* de la evolución normativa jusprivatista, hay paradójicamente un reverdecimiento de la autonomía, fenómeno que Federico de Lorenzo⁶ ha llamado “el péndulo de la autonomía de la voluntad” evidenciado en varios de nuestros proyectos de reforma al Código Civil y manifestado a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los testamentos vitales, las modificaciones al régimen de la incapacidad, las directivas sobre el propio cuerpo,

⁴ GILMORE, G. **The death of contract**, Ohio, EEUU, 1974, p. 61.

⁵ STARCK, B. y BOYER, R. **Derecho Civil. Obligaciones**, Paris, 1986, tomo II.

⁶ DE LORENZO, F. *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, en obra colectiva, **Derecho Privado**, libro homenaje al Dr. Alberto Bueres, Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 447.

las disposiciones de trasplantes de órganos tanto entre vivos como para después de la muerte, los pactos de convivencia en cuestiones de familia, la tendencia a la supresión de la prohibición de los pactos de herencia futura, el alcance post mortem de disposiciones contractuales por ejemplo en el fideicomiso, el vínculo filiatorio fundado en la vocación procreacional, etc.

Esta tendencia se advierte incluso en los proyectos de unificación regulatoria del derecho contractual europeo como los Principios de UNIDROIT, el Proyecto Gandolfi, y el Proyecto Ole Landó tratando de resguardar a los vulnerables del tráfico negocial frente a quienes asumen un rol protagónico, para limitar los abusos contractuales y propender a una libertad contractual y de contratar sustentada por un marco de equidad, justicia y razonabilidad.

2. HECHO Y ACTO JURÍDICO

El contrato constituye una especie de un género mucho más amplio: el acto jurídico. La noción de acto o negocio jurídico, tiene más de dos siglos y medio de vida, apareció en 1749 en la obra de Nettebladt *Sistema elemental y universal de jurisprudencia positiva*, para referirse a la actividad voluntaria del hombre con trascendencia en el mundo del derecho⁷. Sin embargo, una formulación completa y armónica de la figura fue hecha recién un siglo después por Savigny en su *Sistema de Derecho Romano actual*, por lo que puede señalarse, sin temor a equívocos, que la

⁷Véanse GALGANO, F. **Diritto Civile e Commerciale**, Cedam, Padova, 1993, tomo I, p. 51, nota 22; DE CASTRO Y BRAVO, F. **El Negocio Jurídico**, Civitas, Madrid, 1971, p. 20, n° 16, entre otros.

noción de negocio jurídico fue un aporte de los pandectistas germanos del siglo XIX. Ellos elaboraron un sistema normativo que pretendieron extraer del *Corpus Iuris Civilis* en su primera versión justiniana, incluyéndolo como elemento central de la teoría general del derecho, de la que fueron sus artífices más destacados. Las obras más difundidas fueron las de Windscheid⁸ y Dernburg⁹ que tuvieron decisiva influencia en la codificación germánica posterior.

El concepto de negocio jurídico fue construido por los pandectistas para comprender por entero la vasta área en la que la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas depende, en mayor o menor medida, de la libertad de determinación del hombre, es decir, de la voluntad de los involucrados. El acto jurídico que como género admite varias especies dentro de las cuales el contrato es una de ellas, posee un común denominador: la voluntad que entraña una fuente indiscutida de la que manan las mutaciones jurídicas que el negocio entraña o provoca.

Esa noción constituyó para estos autores, una súper categoría lógico-jurídica fruto de un proceso de abstracción, una típica construcción generalizante sin contenido histórico previo que no correspondía a ningún tipo social anterior y efectivo, como alguna vez afirmó Galgano citándolo a Cerroni¹⁰.

Pero además, la noción de acto jurídico así concebida, como expresión de la voluntad del hombre que impacta en las relaciones

⁸WINDSCHEID, B. **Diritto delle pandette**, traducción y notas de C. Fadda y P. E. Bensa, Utet, Torino, 1930, tomo II.

⁹APARICIO, J.M., **Contratos. Parte General**, Hammurabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 32.

¹⁰GALGANO, F. **Diritto Civile e Commerciale**, Cedam, Padova, 1993, tomo I, p. 52.

jurídicas, sirvió para distinguirlo de otro concepto íntimamente vinculado a él, el hecho jurídico que alude a sucesos o acontecimientos que también generan consecuencias jurídicas, pero sin la determinación volitiva de los interesados.

En este esquema aunque los hechos incluyan a los actos jurídicos, solo estos últimos son obra de la voluntad del hombre, de su libre y amplio poder de determinación, y así los definió el Nuevo Código Civil y Comercial de reciente vigencia en sus Arts. 257 y 260 reproduciendo en esencia, a las previsiones de los Arts. 897 y 944 del Código de Vélez.

Desde esa perspectiva, la noción de acto jurídico aparece íntimamente relacionada con la voluntad humana y con la autonomía privada, que suponen que las personas están autorizadas a disciplinar sus propias relaciones, en cuanto se les atribuye una esfera de intereses que les pertenece y un poder de iniciativa para regularlos, que hunde sus raíces en la libertad individual¹¹.

3. EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

En el vasto universo del acto jurídico, anida una especie más reducida, el contrato, en el cual la voluntad de las partes no solo tiene la virtualidad de crear un vínculo recíproco entre ellas, sino que además, puede fijar el contenido de esa relación, sin más

¹¹NICOLAU, N. *El concepto de contrato*, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Alterini-López Cabana (Dir.), Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 577.

limitaciones que las derivadas de las normas imperativas, la moral y las buenas costumbres¹².

Así, el contrato constituye un instrumento técnico de valiosa utilidad para la consumación de operaciones jurídico-patrimoniales, y se apoya en tres presupuestos ideológicos que le sirven de sustento: la libertad de los contratantes, en cuanto seres independientes para obligarse; la libertad contractual que entraña la facultad fijar de un contenido negocial intrínsecamente equitativo; y su fuerza obligatoria, que como colorario de los dos anteriores, constriñe a las partes a honrar el compromiso asumido.

La autonomía privada, que supone la facultad de disponer de los propios intereses, genera así un instrumento normativo o reglamentario al que las partes deben adecuar su conducta, pues el ordenamiento jurídico las obliga a respetar escrupulosamente lo convenido, al tiempo que concede efectos jurídicos al contenido libremente acordado¹³. En ello consiste la llamada fuerza obligatoria del contrato, que Vélez Sarsfield inspirado en Marcadé, consagró en el Art. 1197 del Código Civil, y que el nuevo diseño contiene en su Art. 958 cuando declara la libertad contractual en estos términos *“las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”* y en el Art.

¹² ORGAZ, A. **Hechos y Actos jurídicos**, Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1963; *Tratativas contractuales y formación del contrato*, LL, 75-239; BREBBIA, R. **Hechos y actos jurídicos**, Astrea, Bs. As., 1979, tomo I; SALVAT, R. **Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General**, comentado por López Olaciregui, Tea, Bs. As., 1964, tomo II.

¹³ ALTERINI, A. – LOPEZ CABANA, R. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989; MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos en general. Principios y valores comprometidos en la contratación*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, 2014-I, **Problemática central. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014-I, p. 45 y ss.

959, cuando reafirma su efecto vinculante señalando que *“todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*

Desde esa óptica, el contrato es la expresión más sublime, amplia y genuina de ejercer la autonomía de voluntad, y constituye una categoría ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones, aportando certeza a las obligaciones asumidas, en la medida que el derecho puede procurarla¹⁴.

La doctrina tradicional enalteció el rango de la voluntad en el contrato, asignándole el papel de causa eficiente de los efectos jurídicos que produce. Sin embargo, si la observación se realiza en profundidad y con la necesaria cuota de realismo, se advierte que la que dota de eficacia a la declaración para que ella sea generadora de tales efectos, no es la voluntad en si misma de las partes, sino ley. Es el ordenamiento jurídico el que autoriza la autonomía privada y hace posible que el negocio produzca consecuencias jurídicas al investirlo de eficacia. En realidad, la declaración de voluntad constituye el supuesto de hecho, la matriz generadora de los efectos, que luego la ley reconoce y tutela¹⁵.

Es que la voluntad de los sujetos se mueve en pos de la realización de resultados empíricos, prácticos o económicos, que suponen un cambio que se quiere lograr en la situación preexistente, y que cuentan con la protección de la ley que hace

¹⁴TRABUCCHI, A. **Instituzioni di Diritto Civile**, 28ª edizione, Cedam, Padova, 1986.

¹⁵ La limitación de la voluntad autónoma resalta en la concepción de SANTORO PASARELLI, F. *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano, **Revista de Derecho Privado** Madrid, 1964, para quien “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, encaminado a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela jurídica, véase p. 139 y ss.

jurídicamente exigible su realización¹⁶. Así por ejemplo, en la compraventa el comprador piensa en la vivienda y el vendedor en la obtención del dinero en efectivo que necesita, pero ninguno de ellos repara en la evicción, en los vicios redhibitorios o en la resolución por incumplimiento. Sin embargo, ambos actúan con la firme convicción, aunque fuere inconsciente, de que el contrato que perfeccionaron cuenta con amparo jurídico, que existen normas y tribunales que autorizan a reclamar el cumplimiento de las obligaciones que de él emergen, aunque carezcan de la versación que les permita la representación mental de los efectos propios del negocio. El derecho, en auxilio de la voluntad de las partes, acuerda consecuencias jurídicas al acto, las que se ajustan a los fines prácticos que los negociantes persiguieron desde el inicio de las tratativas.

4. EL CONSENTIMIENTO

El tema de la formación del contrato supone el del consentimiento, que se ha interpretado desde antaño como el núcleo central o el corazón del acuerdo¹⁷. Como nuestro derecho

¹⁶ DANZ, E. **La interpretación de los negocios jurídicos**, Suárez, Madrid, 1926, p. 21; ROPPO, E. **Il contratto**, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 9 y ss; entre nosotros, LLAMBIAS, J. **Tratado de Derecho Civil. Parte General**, 5ta. edición, Perrot, Bs. As. 1973, tomo II, p. 299; BORDA, G. **Tratado de Derecho Civil. Parte General**, 6ta. edición, Perrot, Bs. As., 1976, tomo II, p. 72 entre muchos otros.

¹⁷ OSTI, G. *Voz Contratto*, en **Novissimo Digesto Italiano**, Utet, Torino, 1968, tomo IV, p. 460; VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría General del derecho civil alemán**, Depalma, Bs. As. 1942, volumen II-1, p. 250; MESSINEO, F. **Doctrina General del contrato**, Ejea, Bs. As., 1952, tomo I, p. 92.; LARENZ, K. *Derecho Civil. Parte General*, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1978, p. 705; APARICIO, J.M. **Contratos...**, ob. cit., tomo I, p. 195 y la abundante doctrina allí citada; del mismo autor, *Contratos en general. Observaciones al proyecto de Código*. LL, 2012-F, Sección doctrina, p. 1213; TARANTO, H. *Introducción al tema de la formación del contrato. La manifestación negocial. El consentimiento*, en **Contratos. Teoría General**, R. Stiglitz (Dir.), Depalma, Bs. As., 1993, tomo II; SOZZO, G. *La*

positivo, a diferencia de otros, nunca definió legislativamente los elementos constitutivos del contrato, la doctrina se ocupó de caracterizarlos como aquellos que le dan fisonomía propia, son estructurales, intrínsecos al acto, y resultan indispensables para que pueda asignársele naturaleza contractual.

Una clasificación tradicional de origen escolástico los llamó elementos esenciales, caracterizándolos como aquellos sin los cuales la figura en general o una variedad específica, no puede existir como tal. En el primer caso, referido al contrato en general, los elementos esenciales coinciden con los constitutivos, estructurales o de existencia. El primero se vincula a los sujetos (pluralidad de partes), el segundo a su génesis (consentimiento) y el tercero a su contenido (disciplinar las relaciones jurídico-patrimoniales que afectan los intereses de las partes). Surgían de la definición de contrato que Vélez, siguiendo a Savigny, incluyó en el Art. 1137 del Código Civil, y que aparecen ahora reproducidos con ligeras variantes en el Art. 957 del Nuevo Código Civil y Comercial.

El segundo de esos elementos esenciales, el consentimiento, es la manifestación o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes y la conjunción de esas manifestaciones que dan origen a una declaración de voluntad común. Las manifestaciones unilaterales tienen naturaleza recepticia pues van dirigidas recíprocamente una a la otra, se

formación del contrato en el proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación. Su comparación con el Código Civil vigente, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-I, Problemática central. Contratos en general, Rubinza Culzoni, Bs. As., 2014, p. 97 y ss.

intercambian, entrecruzan o combinan, para coincidir en una única voluntad encaminada a un fin común¹⁸.

El consentimiento constituye, el núcleo del derecho contractual, su parte más fundamental y problemática, y está enlazado con la razón justificativa de la vinculación de las partes, con el alcance de su responsabilidad en la formación del negocio, con los problemas relativos al momento en que se perfecciona el acuerdo, etc.

El significado de consentimiento emana de la raíz etimológica del término, que proviene de dos vocablos latinos: *cum* y *sentire*; sentir con otro, lo que traduce la idea de una pluralidad de personas que coronan las tratativas abordadas con la consumación de un acuerdo. Sin embargo, la palabra consentimiento, como ya se adelantó, es utilizada anfibológicamente para designar no solo al concurso de voluntades de dos o más personas, sino también para referir a la conformidad o adhesión unilateral de cada una de ellas al acuerdo que celebran, y cuya coincidencia resulta inexorable para alcanzarlo.

Ahora bien, el consentimiento requiere algo más que el intercambio de las diferentes manifestaciones de la voluntad, que la yuxtaposición de estas, que su unión o combinación, requiere una resultante, que supone la integración recíproca de esas voluntades en un negocio común o unitario. Y si bien es cierto que los intereses o fines que mueven a las partes a contratar pueden ser contrapuestos, el contrato representa la obra común de conciliación de esos intereses, por ello esas manifestaciones de la voluntad tienen idéntico contenido, pues el consentimiento

¹⁸SCHMIDT, J. *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982.

entraña la coincidencia total de las partes sobre las estipulaciones que se corporizan en el negocio, que le dan vida propia y autonomía respecto de aquellas.

En el consentimiento es dable distinguir dos elementos esenciales, el subjetivo, que alude a la voluntariedad del acto, y el objetivo que refiere a la manifestación propiamente dicha de la voluntad.

1. El elemento *subjetivo* tiene como núcleo central a la voluntad, puesto que el contrato constituye un medio de autodeterminación de los interesados¹⁹.

Tanto en el contrato como en el acto jurídico en general, las manifestaciones que emanan de las partes deben guardar siempre una estricta correspondencia con la voluntad interna de los manifestantes. Por eso el anterior Art. 897 del Código de Vélez y el Art. 260 del nuevo diseño, definen a los actos voluntarios como aquellos practicados con discernimiento, intención y libertad.

Desde esa perspectiva, se ha dicho que la voluntad está integrada por dos elementos positivos: el discernimiento y la intención, y uno negativo, la libertad. En su aspecto positivo la voluntad se compone entonces de un saber, el discernimiento, que implica un obrar consiente, y de un querer, la intención, que supone un conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto. El discernimiento es entonces saber lo que se quiere, la intención, querer lo que se sabe. El aspecto negativo por su lado, implica la ausencia de coacción externa, de violencia física (fuerza) y moral (intimidación), que afecten la libertad tornando involuntario al acto.

¹⁹APARICIO, J.M. **Contratos**...ob. cit. tomo I, p. 198 y ss.

La concordancia entre la voluntad interna y su exteriorización o declaración, dio lugar a una de las disputas jurídicas más celebres de las que tenga memoria el derecho privado. En la actualidad el ardor y el interés por el tema han declinado por estimárselo demasiado teórico y ya superado. Sin embargo, el planteo tiene importancia pues resulta indispensable determinar si el ordenamiento legal, prefiere lo que quiso el declarante (su voluntad real o psicológica) o lo que manifestó (su voluntad declarada), pues la solución que se adopte tiene impacto no solo entre los contratantes, sino también en los terceros, normalmente ajenos a una voluntad diversa a la declarada.

En esta disputa, la doctrina *clásica o subjetiva* liderada por Savigny²⁰, seguida por Windcheid²¹ y más modernamente por Stolfi²², sostenía que la voluntad es el elemento esencial y dominante del negocio jurídico, pues el querer efectivo de las personas es el que recoge el derecho para asignarle consecuencias jurídicas, y porque ese querer constituye la expresión más genuina de la autonomía individual en el campo social. La declaración en cambio, es solo un medio, un vehículo para que la voluntad se vuelva ostensible para los demás. Solo así se asegura que la voluntad sea un instrumento de autodeterminación, pues de lo contrario, habría una reversión a los sistemas primitivos en los que las formulas vacuas, las puras formas, prevalecían por sobre el verdadero querer de las personas, como ocurría en el antiguo derecho romano.

²⁰SAVIGNY, F. **Sistema de derecho romano actual**, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1839-1847 tomo II, p. 153 y ss.

²¹WINDSCHEID, B. **Diritto delle pandette**...ob. cit., tomo I, p. 235

²²STOLFI, G. *L'obbligo legale a contrarre*, **Rivista di Diritto Civile**, Cedam, Padova, 1932, p. 131 y ss.

Frente a la radicalidad de esta postura, reaccionó la teoría *objetiva de la declaración*, que vio en ella la verdadera fuente productora de los efectos jurídicos, con independencia de que corresponda o no al querer efectivo del declarante, defendida en Alemania por Danz²³ y Von Tuhr²⁴.

La teoría de la voluntad favorece y protege exclusivamente al agente que se manifiesta, dando un exagerado predominio al elemento anímico, subjetivo e interno, sin tener en cuenta la protección que también merece el destinatario de la declaración por las expectativas que ella le genera. La de la declaración al contrario, atiende exclusivamente a lo manifestado en mengua de la voluntad interna, en un intento de proteger el tráfico y amparar la buena fe.

Ambas posturas aparecen extremas. En realidad, el derecho debe dar soluciones justas a necesidades concretas de la vida social, y alejarse de los pruritos teóricos, abandonar posiciones irreductibles, intentando resolver las cuestiones reales con sentido práctico y justo en cada caso particular.

En un intento de superar a ambas posturas, la llamada teoría de la *responsabilidad*, asignó preeminencia a la declaración por encima de la voluntad si la divergencia entre lo querido y lo manifestado, se debe al dolo o culpa del declarante, en cuyo caso este debe asumir las consecuencias de una manifestación disorde con su voluntad.

Por su lado, la teoría de la *confianza* analizando a la inversa la conducta del destinatario, precisó que si éste obrando con

²³DANZ, E. **La interpretación de los negocios jurídicos**, Suárez, Madrid, 1926, p. 21 y ss.

²⁴VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría General del derecho civil alemán**, Depalma, Bs. As. 1942, volumen II-1, p. 250 y ss.

diligencia, conoció o pudo conocer que la voluntad del declarante es contradictoria a su manifestación negocial, debe soportar las consecuencias de la invalidez del acto, pues de lo contrario se lastiman la confianza y buena fe. Así por ejemplo, el Código Civil de Vélez atemperaba el rigor voluntarista en supuestos vicios de la voluntad por error (Art. 929), dolo (Art. 932), intimidación (Art. 939) y limitaba los alcances de la nulidad respecto de los terceros, liberándolos si eran adquirentes de buena fe y a título oneroso (Art. 1051). Hoy están reproducidas estas excepciones en los Arts. 272, 337, 390 y 392 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En realidad la teoría voluntarista se configuró cuando el contrato suponía un negocio elaborado artesanalmente por la voluntad de las partes que le daban vida, concibiendo un reglamento hecho a su medida para satisfacer intereses particulares, pero desde el advenimiento de la revolución industrial, la masificación, estandarización y despersonalización influyeron decisivamente en la formación del consentimiento, produciendo una verdadera erosión del papel de la voluntad en el negocio y un correlativo enaltecimiento de la declaración en provecho de la seguridad del tráfico y el amparo de la buena fe.

Hoy muchos contratos se celebran según modalidades muy dispares de aquellas que supuso la teoría voluntarista. La automatización de las conductas y la mecanicidad que ellas trasuntan, evidencian que muchas veces la voluntad y hasta la declaración de las partes permanecen en las sombras: la aprehensión de un billete, de un ticket o un vale contra el pago del precio ya fijado de antemano, son suficientes para consumir un convenio desprovisto de toda ceremonia, por ejemplo, al subir el micro, o aparcar el automóvil en una playa de estacionamiento.

Estas relaciones contractuales de hecho²⁵ como las llamó la doctrina germana, han superado la idea de contrato como instrumento de la voluntad individual, como expresión directa de la personalidad de los autores en el ámbito patrimonial y han dado paso a una figura objetiva e impersonal. Si para la tesis clásica, el contrato era la fusión íntima de voluntades, para la sociedad actual se presenta muchas veces como el resultado de conductas mecánicas, lindantes con lo inconsciente y concluidas por personas que en ocasiones, ni siquiera tienen comprensión cabal del acto que celebran.

2. *Elemento objetivo.* Para que la voluntad pueda tener gravitación jurídica, es menester que trascienda del fuero interno, se traduzca en acto y se manifieste al mundo exterior. La manifestación es la corporización de la voluntad, expresión de esta, que se agota al exteriorizarse. Con ella el negocio deja de estar sujeto a las fluctuaciones y vaivenes de la voluntad del agente, pasa a ser algo ya querido, voluntad objetivada, plasmada en la manifestación, autónoma e independiente.

La manifestación, en cuanto exteriorización de la voluntad puede realizarse a través de *declaraciones* o de *comportamientos* de los involucrados encaminados a la conclusión del acuerdo.

Los autores no coinciden sobre el número de especies, la terminología ni el criterio a seguir para hacer una clasificación de los modos de manifestación negocial²⁶.

Siguiendo el temperamento del Art. 1145 del Código de Vélez, tomado a su vez del Landrech prusiano y de las enseñanzas

²⁵MOSSET ITURRASPE, J. *Las relaciones contractuales fácticas (obligaciones que nacen del mero comportamiento)*, LL, 1993-B-274.

²⁶APARICIO, J.M., **Contratos...**, ob. cit., tomo I, p. 219 y la abundante doctrina citada en su nota 32.

de Savigny, el Art. 262 del Código Civil y Comercial, expresa que los actos jurídicos –y obviamente dentro de ellos el contrato– *pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material*. Estas especies entrañan los modos *expresos* de manifestación negocial, mientras que la manifestación *tácita*, según lo indica el actual Art. 264, *se revela con actos de los cuales se la pueda conocer con certidumbre*, utilizando una expresión más brumosa que la contenida en el Art. 1145 del Código Civil que caracterizaba al consentimiento tácito como aquel que derivaba de hechos o actos que presuponían la voluntad o autorizaban a presumirla, excepto cuando la ley exija una manifestación expresa de la voluntad, o las partes hubieren estipulado que las convenciones no fueren obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades

Otro modo de manifestación posible es el silencio²⁷, que continua teniendo ahora, como antes, una especie de carácter negativo, del que no es dable inferir una manifestación negocial, salvo casos en los que haya un deber de expedirse impuesto por la ley, por la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (Arts. 263 y 979 última parte). Aunque algunos consideraron al silencio como una declaración tácita o presunta, nadie ha discutido, al menos desde las épocas en que se le asignaba valor por imperio de las normas canónicas, que el silencio solo puede tener eficacia excepcional fundada en la necesidad de mantener incólume la seguridad jurídica en armonía con la buena fe creencia.

²⁷APARICIO, J.M. **Contratos...** ob. cit. tomo I, p. 227 y la completa reseña de su nota 40.

Pero tampoco es del todo exacto, según lo revelan las posiciones más modernas sobre el valor y entidad que debe dársele a las manifestaciones negociales, que el agente exprese siempre e íntegramente la voluntad querida por medio de las diversas manifestaciones reconocidas.

La escuela pandectística alemana de la segunda mitad del siglo XIX comenzó a estudiar de modo sistemático el contenido psicológico de la voluntad y las representaciones mentales de las partes al momento de contratar.-defendiendo la existencia de la base del negocio como un aspecto dinámico de la función económico-social del contrato.

Con el vocablo alemán “Voraussetzung” (presuposición) Bernard Windscheid, ya hacia 1850, definía la presuposición como una expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración de voluntad desistiría de formularla²⁸.

²⁸ WINDSCHEID, B., **DirittodellePandette**ob. cit. p. 332, párr. 97; LEHMANN, H., **Tratado de derecho civil - Parte general**, Ed. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1956, p. 417 y ss.; LARENZ, K., **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1956, p. 21 y ss.; **Derecho civil - Parte general**, **Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas**, Madrid, 1978, p. 535 y ss.; FLUME, W. **El negocio jurídico**, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 580 y ss.; MARTORANO, F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, **Rivista di Diritto Civile**, Tomo I, Cedam, Padova, 1958, p. 69 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, **Rivista del Diritto Commerciale**, Tomo II, Dott -Vallardi, Milano, 1985, p. 130; ESPERT SANZ, V., **La frustración del fin del contrato**, Tecnos, Madrid, 1968, p. 68 y ss.; LEÓN, P., *La presuposición en los actos jurídicos*, en **Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield**, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1935; RIVERA, J. C. *La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa*, **Revista de Derecho Comercial y de la obligaciones**, año XX, n° 115-120, p. 876 y ss.; SALAS, A. E., *La cláusula oro y la teoría de la presuposición*, JA, 1943-II-43 y ss., Sección Doctrina; MARTÍNEZ CARRANZA, E., *El cambio de las circunstancias y el acto jurídico*, Boletín del Instituto de Derecho Civil, n° 1-4, Córdoba, 1943, p. 310 y ss.; ORGAZ, A. *El contrato y la teoría de la imprevisión*, LL, 60-691; FORNIELES, S., *La cláusula rebus sic stantibus*, JA, 1942-IV-9; MASNATTA, H., *El cambio de circunstancias y el contrato*, JA, 1959-IV, 10, Sección Doctrina; APARICIO, J. M., **Contratos....**, ob. cit., tomo II, p. 298 y ss.; MORELLO, A. M., **Ineficacia y frustración del contrato**, Abeledo-Perrot, La Plata, 1975, p. 87 y ss.; RAY, J. - VIDELA ESCALADA, F., *La*

El negocio no es sólo lo dicho o “puesto” en el acuerdo por los declarantes, sino también lo “presupuesto”. Se manifiesta sólo aquello en lo que se está de acuerdo o en lo que se puede disentir ahora o mañana, expresándolo del modo más claro posible, tratando de evitar disensos futuros. Pero por debajo de todo lo que se expresa o piensa en el momento del perfeccionamiento, hay algo que no se piensa siquiera, y que sin embargo anida en la raíz más profunda de la voluntad humana. Esta sagaz distinción entre lo “puesto” y lo “presupuesto” constituye el genial aporte de Windscheid.

La doctrina fue completada por Karl Larenz que distinguió la base subjetiva de la objetiva que refieren a diferentes supuestos de hecho, producen diversas consecuencias jurídicas y merecen, por tanto, un tratamiento distinto.

Por “base subjetiva” entiende Larenz la común representación mental de los contratantes, de la que parten al concluir el negocio y que influye decisivamente en ambos al fijar el contenido del acto. Y es posible distinguir dos hipótesis: la inexacta representación de situaciones presentes o pasadas que se presuponen, o bien, la variación sobrevenida de circunstancias existentes al momento de contratar.

Cuando esa representación común no se realiza, y por ello la base subjetiva falta o desaparece, las partes han incurrido en un error en los motivos, generador de un vicio en la voluntad que lleva a la ineficacia del acto.

La “base objetiva” en cambio, es un conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o

frustración del contrato y la teoría de la causa, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXIX, N° 22, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 24 y ss.

subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de las partes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido.

La interpretación de un contrato, dice Larenz, no depende exclusivamente de las palabras utilizadas o de su significado literal, sino también de las circunstancias en medio de las cuales fue celebrado, y a las que las partes se ajustaron. Si posteriormente se produce su transformación, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse bajo las nuevas condiciones imperantes, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias absolutamente diferentes a las proyectadas. Ello ocurre: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye generando supuestos de imprevisión o bien, cuando la común finalidad objetiva del negocio, resulta inalcanzable, comprensiva de los supuestos de hecho que Krückmann calificó como de “imposibilidad de conseguir el fin”²⁹.

Admitida en la doctrina y jurisprudencia germanas con posterioridad a la construcción de Larenz, la doctrina de base del negocio, mereció consagración en la reforma integral de 2002 modificando el § 313 del texto originario del Código Civil alemán, y en el Código Civil y Comercial argentino que consagro la frustración del fin como un modo extintivo del negocio (Art.1090).

Ahora bien, la combinación de las voluntades declaradas no se logra generalmente de una manera instantánea, sino que requiere de un proceso de gestación, denominado *iter contractus* o

²⁹KRUCKMANN, E. *Cláusula rebus sic stantibus*, Kriegsklausel, -Streikklausse, separata de ArchZPr, 116, 1918 y en los trabajos aparecidos en ArchPr, 128, 131 y 157, citados K. LARENZ, **Base del negocio y cumplimiento de los contratos**, traducción de Carlos Fernández Rodríguez, **Revista de Derecho Privado** Madrid, 1956.

iter consensus, cuya extensión y complejidad depende del negocio de que se trate, en el cual pueden advertirse jalones o etapas, algunos necesarios y otros eventuales o contingentes, desarrollados durante las tratativas iniciales que preceden al momento en que se anuda el acuerdo.

La doctrina suele distinguir una formación *instantánea* del consentimiento, que ocurre cuando el proceso se inicia y se cumple en un lapso de tiempo indivisible sin solución de continuidad ni discusión entre las partes, como ocurre en los contratos por adhesión, y una formación *progresiva*, o de tracto sucesivo, que requiere elementos diversos y distintos momentos dentro de su formación, en la que se puede distinguir:

El periodo de la *ideación*, compuesto por actitudes meramente predispositivas a través de las cuales las partes piensan iniciar los contactos, precisan los puntos de discusión, fijan las cláusulas del futuro contrato, sin originar por ello vínculo jurídico alguno y sin limitación de la facultad de apartarse, siempre que fuere ejercida de modo regular y por causas justificables, pues de lo contrario puede generarse responsabilidad precontractual.

El periodo de la *concreción*, materializado en actos que aun siendo provisorios o preliminares del contrato definitivo, son vinculantes para las partes porque determinan los elementos del contrato en ciernes o constituyen figuras negociales autónomas (preliminares o preparatorios).

Este tramo supone la coincidencia de declaraciones de voluntad de las partes que confluyen a los mismos efectos jurídicos. La primera de ellas, con independencia de quien provenga, se denomina oferta, y la subsiguiente aceptación. Se trata de dos declaraciones de voluntad de contenido diverso,

opuesto y correlativo, que responden a distintos fines e intereses que se encuentran y aúnan en el contrato.

Estas manifestaciones no solo deben emitirse, sino también intercambiarse, pues las declaraciones o comportamientos que constituyen esas manifestaciones deben seguir un orden, una secuencia, caracterizado por la propuesta de un proyecto de reglamentación negocial de una de las partes y la recíproca aceptación de tal propuesta por la otra. Hay una suerte de derrotero inexorable entre la comunicación de la propuesta y de la aceptación como presupuesto indispensable del consentimiento.

Y si bien es cierto que hay algunos casos en los que resulta difícil identificar a quien corresponde la iniciativa de la oferta y a quien la de la aceptación, como ocurre cuando las manifestaciones de la voluntad se intercambian simultáneamente en un documento contractual, no hay dudas que en tales hipótesis las partes verifican un intercambio de manifestaciones idénticas para disciplinar sus intereses aunque lo hagan simultáneamente.

5. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

a. El acuerdo y la conducta de las partes. El capítulo 3 del título 2 del libro 3 del Nuevo Código Civil y Comercial, trata la formación del consentimiento contractual. Sus disposiciones se inspiraron en el Proyecto de 1998. El Código de Vélez Sarsfield en el Art. 1144 expresaba que el consentimiento debía manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra.

En el Art. 971 del Nuevo C. Civil y Comercial, bajo el título de “formación del consentimiento”, se expresa que *“los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta, o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”*. La disposición se inspira en lo sustancial en el Art. 2.1 de los Principios de UNIDROIT.

En el ordenamiento que sirvió de modelo hay preceptos que adicionan notas explicativas de cada uno de ellos y en este caso específico intentan resaltar el papel que debe atribuirse a la conducta de las partes en la formación del consentimiento, como elemento relevante para demostrar la existencia del acuerdo. Se hace entonces referencia a que en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos se perfeccionan después de prolongadas y tortuosas negociaciones, sin que sea posible en muchas ocasiones identificar de modo preciso la secuencia de oferta y aceptación, ni determinar si se ha anudado el acuerdo, ni cuándo se ha cristalizado el mismo. Es entonces cuando la conducta desplegada por las partes en trance a finiquitar el negocio, puede adquirir una singular relevancia para demostrar la existencia del convenio ya concertado. Se cita como ejemplo para ilustrar el comentario a las negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (*joint venture*)³⁰.

Incluso es posible que si estas negociaciones se prolongan en demasía, y restan solo puntos de escasa importancia para cerrar el acuerdo, las partes comiencen a cumplir las obligaciones que de él emergen o a exigir el respeto de los derechos ya concedidos. Estos comportamientos, como es obvio imaginarlo,

³⁰APARICIO, J. M. *Contratos en general. Observaciones...* ob. cit. p. 1218 y ss.

autorizan a presumir el perfeccionamiento del contrato, esto es, autorizan a inferir que se ha producido el encuentro y la conformidad entre una oferta y una aceptación.

El texto del Art. 971 impone formular las siguientes observaciones:

a) En puridad de concepto la previsión del nuevo ordenamiento, resulta inapropiadamente ubicado, pues conforme las notas explicativas del precedente utilizado, se alude a la importancia que puede adquirir la conducta de las partes durante las tratativas para *probar* la existencia del contrato, pero no al perfeccionamiento del contrato mismo. Es decir, no se está aludiendo a una formación progresiva o parcializada del negocio que termina su consumación por vía del consentimiento definitivo, sino a la relevancia que puede adquirir la conducta de los involucrados para corroborar la existencia del negocio. En definitiva, y en términos mas claros, se legisla sobre la prueba de la existencia del convenio, pero no sobre el consentimiento en si mismo considerado.

b) En segundo lugar, y como ya se ha indicado, el nuevo Código adopta el sistema de la recepción como el momento en que una declaración es susceptible de producir la ligazón nacida del acuerdo. Sin embargo, en el Art. 983, que en esto sigue al Art. 21 del Proyecto Gandolfi que a su vez se inspira en el Art. 1335 del Código Civil italiano, se expresa de modo evidentemente contradictorio *A los fines de este capítulo se considera que la manifestación de la voluntad de una parte es recibida por la otra, cuando esta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.* La alusión al conocimiento que se

formula en el precepto desvirtúa su sentido pues si se ha adoptado el sistema de la recepción dentro del *iter* de formación del contrato, es obvio que esta supone un momento anterior al conocimiento. Primero se recibe y luego se conoce. Y si se conoce es obvio que se ha recibido. Pero la recepción no implica necesariamente tener conocimiento del contenido de la misiva del destinatario aceptando la oferta del proponente en el supuesto de los contratos entre ausentes. En el Proyecto Gandolfi (Art. 11.2) y en el Código Civil italiano (Art. 1335) se adopta un sistema más coherente, que quizá se tuvo en miras al redactar la norma argentina, pero sin reparar en el yerro cometido. Allí, como ya se adelantó, se recepta la teoría del conocimiento para el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, aunque la declaración se reputa conocida cuando llega al domicilio del destinatario, salvo que este pruebe haber estado sin su culpa imposibilitado de conocer su contenido.

c) Finalmente, y ya que se aludió a conductas de las partes suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo, debió haber sido tratada con mayor detenimiento la aceptación por comportamientos concluyentes en cuanto configuran lo que la doctrina ha llamado negocios de actuación. Son tratados por el parágrafo 151 del BGB, el Art. 1327 del Código Civil italiano, el Art. 18.3 de la Convención de Viena de 1980, el Art. 2.6 apartado 3 de los Principios de UNIDROIT y el Art. 21 del Proyecto Gandolfi, como supuestos en los que por un acuerdo previo de las partes, por las practicas entre ellas acordadas, por autorización del oferente, por la naturaleza del negocio o por los usos, el contrato se concluye antes de que el oferente reciba la aceptación a consecuencia de un acto del destinatario que consiste en la

ejecución de su prestación o en la apropiación de la prestación de la contraparte.

b. La oferta. El nuevo Art. 972, caracteriza a la oferta como *una manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada*. Los requisitos de la oferta que siempre se entendieron como los caracteres que sirven para identificarla, se desprendían del Art. 1148 del Código Civil: la autosuficiencia, la intención de obligarse y su dirección a persona o personas determinadas.

La autosuficiencia alude a la precisión que debe tener la oferta, entendiéndola completa y suficiente, concebida en términos tales que baste un lacónico “sí” del aceptante para que el acuerdo quede perfeccionado. En el anterior diseño, a este respecto, se exigía que fuere formulada sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos del contrato, en el nuevo texto en cambio, se alude a las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir en caso de ser aceptada, fórmula que en realidad no traduce con fidelidad la idea que pretende enunciar, por cuanto lo fundamental para caracterizar a este elemento esencial del consentimiento, no son los *efectos* que el acuerdo pueda producir en el ámbito patrimonial de los involucrados en caso de que la propuesta se acepte, sino los *elementos esenciales* que la propuesta debe necesariamente contener para que plantee con toda precisión y detalle los aspectos más salientes del negocio aún en ciernes.

En lo atinente a la dirección de la oferta el Código Civil establecía que debía ser hecha a persona o personas determinadas, expresión demasiado estrecha que incluso no

coincidía con la opinión del codificador vertida en la nota al Art. 1148, con cita de la opinión de Zacharie. El nuevo Código Civil y Comercial, de manera más flexible y superadora, prescribe en el Art. 972 que debe ser dirigida a persona determinada o determinable receptando una opinión que era mayoritaria en la doctrina.

El tema de la dirección se vincula con la oferta hecha al público, que siempre se ha considerado una invitación a formular ofertas. El Art. 973 el Nuevo Código Civil y Comercial establece que *si la oferta va dirigida a personas indeterminadas es considerada como una invitación para que se hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión, resulte la intención de contratar del oferente, en cuyo caso se la entenderá emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos*. El análisis de los términos de formulación, de las circunstancias de su emisión y de la intención del oferente supone una farragosa tarea de interpretación que debe abordar el jurista para precisar si se está en el supuesto de una invitación a ofertar o en una oferta propiamente dicha. Hubiere sido mucho más simple, coherente e idóneo, reproducir el impecable Art. 1336 del Código Civil italiano que expresa que *la oferta al público, vale como oferta cuando reúna los requisitos de ella, es decir, contenga los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida y no resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos*.

El Código Civil y Comercial atribuye *fuerza obligatoria* a la oferta en el Art. 974, indicando que *la oferta obliga al proponente a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso*. Se revierte así el sistema de la fragilidad adoptado por el Código de Vélez que permitía su revocación mientras no hubiere sido aceptada (Art.

1150), El nuevo texto solo admite *la retracción si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta* (Art. 975).

La importancia practica del tema obliga a distinguir según se trate de contratos entre presentes (en los que no media un plazo entre la propuesta y su aceptación) en los que la consumación del acuerdo se produce inmediatamente, o entre ausentes, en los que mediando ese plazo, es posible que el aceptante no se exprese inmediatamente, provocando la posibilidad que mientras el mismo transcurre, el oferente se retracte de su formulación. Para este supuesto en concreto el Art. 974 prevé *el proponente queda obligado hasta el momento en que pueda razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación*.

Es indudable que en estos casos cabe distinguir dos hipótesis, según el oferente haya fijado un plazo para formular la aceptación o no lo haya hecho³¹. La norma solo alude al segundo supuesto habiendo omitido toda consideración al primero, fijando un sistema vacuo e incompleto. Hubiere convenido, como lo hace el parágrafo 148 del BGB consignar que si el oferente ha fijado un plazo para la aceptación de la oferta, la misma solo puede verificarse en ese plazo. Esa era además la previsión del Art. 924 inc. c) del Proyecto de Reforma de 1998 de la que el nuevo Código se aparta sin razón suficiente.

Por otro lado, en el Art. 924 in fine del Proyecto de 1998, que ha servido de antecedente, se previó que la vigencia de la oferta comience *desde la fecha de su emisión*, en el nuevo diseño, el Art.

³¹APARICIO, J. M. *Contratos en general. Observaciones...* ob. cit. p. 1221 y ss.

974 invierte la regla, y da vigencia a la oferta *desde la fecha de recepción*. La solución es también inapropiada, si se piensa que la recepción de la oferta puede demorarse por motivos extraños a la voluntad del oferente, que se vería perjudicado por la imposibilidad del destinatario de aceptar. E incluso si el retardo se debiere a causas imputables al oferente, hubiere sido conveniente que se prevea la prórroga del plazo de caducidad como lo hace el proyecto Gandolfi (Art. 15.4) en beneficio del destinatario que podría tener intención de aceptarla fuera del plazo ya vencido.

Otro de los temas que deben abordarse al tratar la oferta aparte de su posibilidad de revocación, es el de su *autonomía* que implica determinar si una vez formulada adquiere vida propia e independiente o queda sujeta a los avatares personales del oferente como su muerte o incapacidad. A ese respecto el nuevo diseño, mantiene el sistema tradicional adoptado por Vélez ratificando que la oferta caduca por el fallecimiento o la pérdida de capacidad del oferente antes de haber sabido de la aceptación o del aceptante antes de haber aceptado, pero estableciendo que tales hechos deben producirse antes de la recepción de la aceptación.

Con el temperamento que se adopta, el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la hipótesis tradicional de responsabilidad precontractual que ya fijaba el Art. 1156 del Código de Vélez, y que ahora reproduce el Art. 976 *El que aceptó una oferta ignorando la muerte o la incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación hubiere hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación*.

c. *La aceptación*. El Art. 978 el C. Civil y Comercial trata la aceptación que es la manifestación de la voluntad por la cual el

destinatario presta su adhesión a la oferta. El precepto menciona el primer requisito que debe observar este elemento del consentimiento para que sea idóneo a los fines del perfeccionamiento del contrato, consistente en la plena conformidad o concordancia con la oferta. En ese orden de ideas y coincidiendo con lo dispuesto por el Art. 1152 del Código Civil, prescribe que cualquier modificación que el destinatario haga al manifestar su aceptación no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato. En la parte final la norma menciona como excepción a la regla que acaba de formular, que las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. Se abandona así la estrictez de Vélez que no admitía ninguna modificación en ningún supuesto, y se sigue la formula adoptada por el proyecto de 1998 (Art. 929) que contenía idéntico reparo respecto al principio general de la absoluta e irrestricta coincidencia entre ambos elementos del consentimiento contractual.

Respecto a la tempestividad, el otro recaudo que se ha formulado desde la doctrina tradicional a la aceptación, el Art. 980 inc. a) establece que si la oferta es entre presentes debe considerarse concluido el acuerdo desde que esta es manifestada, cuando en realidad hubiere correspondido con mayor precisión indicar “inmediatamente”, pues en esos supuestos no hay solución de continuidad entre oferta y aceptación; caso contrario, si el contrato es entre ausentes prescribe el inc. b), la aceptación perfecciona el contrato si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta, lo que resulta coherente con el sistema adoptado para la formación de contratos de esta naturaleza.

El Art. 979 refiere a los modos de aceptación disponiendo que *toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta, importa aceptación*. También en este caso, como ya se adelantó respecto de la oferta, la norma ha omitido toda consideración, pese a su innegable importancia, a la aceptación por comportamientos concluyentes que configura lo que doctrinariamente se denomina negocio de actuación.

d. Fonación progresiva y acuerdos parciales. Consideración aparte y muy especial, merecen los llamados acuerdos parciales y la formación progresiva del contrato³². A ese respecto el Art. 982, reproduce el Art. 916 del Proyecto de 1998, estableciendo que *Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato, si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado conforme a las reglas del capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos*.

Los acuerdos parciales se vinculan con la formación progresiva del contrato. Las parteas abordan ciertos puntos que luego formarán parte del negocio, gestando paulatina y progresivamente el acuerdo a través de la concordancia sobre cada uno de ellos. Puede ocurrir que dejen constancia documentada de tal avance y de cada uno de los puntos sobre los que han

³²MESSINEO, F. voz *Contratto* en **Enciclopedia del Diritto**, tomo IX, p. 847; CARRARA, F. **La formazione dei contratti**, Milano, 1915, p. 20; FERRI, G. *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, **Revista di Diritto Commerciale**, 1969, tomo I, p. 187; VON TUHR, A. **Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán**, ob. cit., Volumen II-2, p. 161; FLUME, W. **El Negocio jurídico**, ob. cit., p. 734; BREBBIA, R. **Responsabilidad precontractual**, La Roca, Bs. As., 1987, p. 239.

alcanzado ya el consenso. Tales documentos reciben el nombre de minuta o puntualización.

El principio, el contrato se reputa celebrado cuando las partes han alcanzado acuerdo sobre todas y cada una de las condiciones del negocio y han aprobado el texto completo y definitivo luego de un pormenorizado análisis y discusión de cada una de ellas. Por eso los acuerdos fragmentarios o parciales que dejen puntos sin resolver para su tratamiento en el futuro, no constituyen oferta ni aceptación en sentido estricto, sino meras tratativas inconclusas³³.

Sin embargo, desde largo tiempo atrás la doctrina se ha interrogado si cuando media acuerdo sobre los puntos o elementos esenciales, es dable admitir el perfeccionamiento del contrato con independencia de que aún no hubiere consenso sobre puntos secundarios o cláusulas meramente accesorias. El Código Civil Suizo de las Obligaciones consagró una solución afirmativa a esta posibilidad en su art. 2. El parágrafo 154 del BGB adopta una posición contraria indicando que el contrato no puede considerarse concluido mientras las partes no se hubieren puesto de acuerdo sobre todos los puntos que lo integran, restando todo valor a la conformidad sobre algunos puntos concretos aunque hubieren sido documentados en un borrador.

La solución del Código suizo, admitido por una franja realmente minoritaria de la legislación comparada, ha sido duramente criticada porque la distinción entre puntos esenciales y secundarios es siempre arbitraria y porque si las propias partes

³³SANTARELLI, F. *La formación del consentimiento contractual, la oferta y la aceptación*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos, 2015 (febrero) 25/2/2015, p. 83.

han discutido algunos durante las tratativas subordinando la conclusión del negocio a su aprobación, es obvio que estos revisten importancia y afectan sus intereses, por lo que el acuerdo no puede estimarse consumado mientras no medie conformidad sobre todos los puntos que lo integran.

Ello no obstante, el nuevo Código Civil y Comercial en la primera parte del texto transcripto, adhiere al criterio suizo, siguiendo el temperamento adoptado por el Proyecto de 1998, en cuyos fundamentos se expresa que la teoría de la *punktation*, es la adoptada por el Código centroeuropeo y entre nosotros por la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980, aprobada por la ley 22.765.

En realidad, es inexacto que la Convención de Viena haya incorporado ese criterio. Su Art. 19.2 prevé un supuesto que si bien puede tener una relación de parentesco con el analizado, no hay dudas de que refiere a un supuesto diverso. Allí se prevé que la respuesta a una oferta que contenga elementos adicionales o diferentes de los de la propuesta que no alteren sustancialmente los de ella, constituirán aceptación válida si el oferente no objeta sin demora injustificada tal discrepancia. Es decir, no se trata de la formación progresiva del contrato, sino de la correspondencia o concordancia que debe mediar entre los dos elementos esenciales del consentimiento, admitiendo la posibilidad que el aceptante le introduzca alteraciones sin producir modificaciones esenciales, invistiendo al oferente con la facultad de impedir la formación del contrato, si no le agradan las modificaciones que le introdujo el aceptante al aceptar. De allí no puede colegirse, como lo hacen los fundamentos del Proyecto de 1998 que ha servido de antecedente al nuevo diseño, que la situación fáctica aluda a los acuerdos parciales y a la formación progresiva del contrato.

Es más, al discutirse el mentado Art. 19.2 de la Convención de Viena en el seno de la UNCITRAL, se dio un acalorado debate en torno a la dificultad del distingo entre los que cabe considerar elementos sustanciales de la oferta y los que no lo son. La posibilidad de hacer modificaciones si bien parece incorporar un sistema elástico en la formación del consentimiento, tiene la desventaja de transformarse en una fuente de controversias, por ello, para salvar el escollo se incorporó el apartado 3 al referido Art. 19, que indicó con claridad meridiana que las alteraciones en el precio, el pago, la calidad y cantidad de mercaderías, el lugar y la fecha de entrega y la responsabilidad por incumplimiento, son sustanciales, fijando así un estrecho margen al aceptante que desee alterar las condiciones iniciales del oferente.

En la segunda parte del Art. 982, se expresa que no se considera acuerdo parcial la extensión de alguna minuta o borrador respecto de alguno o de todos los elementos, siguiendo el precepto del parágrafo 154 del BGB, lo que constituye la consagración del sistema inverso adoptado en el Código Suizo³⁴.

Resulta así evidente que la norma argentina recientemente sancionada ha combinado dos fuentes antagónicas y dos soluciones antitéticas, en un vano intento de conciliar como si ello fuere posible, los sistemas adoptados por los dos cuerpos normativos europeos que evidencian sin ninguna duda, una disparidad irreconciliable.

Y por si ello no fuere bastante³⁵, no puede perderse de vista que el Art. 978 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone

³⁴FLUME, W. **El negocio jurídico...**, ob. cit. p. 741.

³⁵Lo comenta SOZZO, G. *La formación del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Su comparación con el Código Civil vigente*, en **Revista de**

que *Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.* En esencia el texto no introduce modificaciones conceptuales al Art. 1152 del Código de Vélez, que siempre se ha interpretado como la manifestación más precisa y acabada del recaudo de concordancia entre la oferta y la aceptación, pero es evidente que no se compadece con el texto del mentado Art. 982.

El sistema adoptado por el Código Civil de Vélez respecto de los acuerdos parciales en la formación progresiva del contrato, construido en torno al Art. 1152 además de ser el predominante en la legislación comparada, no había dado lugar a ninguna dificultad que tornare necesaria su modificación. La regla general según la cual la conclusión de un contrato requiere la conformidad de todos los puntos sometidos a discusión, pudo haber continuado vigente dando coherencia al sistema, sin perjuicio que según las circunstancias que rodean a la formación del consentimiento, siempre quede espacio para determinar hipótesis en las que existiendo conformidad sobre elementos esenciales, las partes consideren al negocio tácitamente concluido, ya sea porque han perdido interés en continuar las discusiones sobre elementos secundarios, o porque, como lo expresa el Art. 971, han desplegado una conducta suficiente para demostrar la existencia del acuerdo, ejecutando directamente lo ya convenido. Se trata de

situaciones de hecho que deben examinarse en cada caso particular desentrañando la voluntad de las partes y las conductas por ellas desplegadas durante la etapa de formación del acuerdo.

Aún admitiendo que pudiere encontrarse razón y sentido al brumoso Art. 982 del nuevo Código Civil y Comercial, lo cierto e innegable, como ha destacado Alejandro Borda recientemente³⁶, es que la norma introduce la teoría de la *punktation* a través de los denominados acuerdos parciales, lo que constituye un desacierto grave. No solo porque es una institución ajena a nuestra tradición jurídica, sino por el peligro que encierra su consagración.

Hay que reparar que esta norma establece que basta con que se alcance consenso sobre elementos *esenciales* particulares para que el acuerdo quede perfeccionado. Pero ha de repararse que no se alude a los elementos esenciales de los contratos (consentimiento, objeto, forma y causa), cuestión en la que no ha habido innovación, sino a los elementos esenciales *de un contrato en particular*. Si acudimos al articulado de la compraventa (título IV, capítulo 1) por ejemplo, veremos que no hay una norma expresa que establezca cuales son los elementos esenciales

³⁶BORDA, A. *Es perjudicial incorporar la teoría de la punktation al ordenamiento jurídico argentino*, ponencia presentada en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 26 al 28 de septiembre de 2013. En contra, sosteniendo que los acuerdos parciales permiten la consumación del consentimiento contractual, véanse CAMELO DIAZ, G. su comentario al Art. 982 en **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**, R. LORENZETTI (Director), Rubinzal Culzoni, Tomo V, p. 631; STIGLITZ, R. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General**, 2da. edición, La Ley, Bs. As., 2010, tomo I, p. 203; LEIVA FERNANDEZ, L. su comentario al Art 982 en **Código Civil y Comercial. Contratos. Tratado exegético**, A. ALTERINI (Director), La Ley, tomo V, p. 153 y ss; RIVERA, J.C. su comentario al Art. 982 en **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**, RIVERA J.C. – MEDINA, G. (Directores) La Ley, Bs. As., 2014, tomo III, p. 452.

particulares de la compraventa. Pero supongamos que fueren la cosa y el precio, ¿sería suficiente que hubiere acuerdo sobre ellos para que el negocio se estime concluido? Indudablemente que no. Obviamente resultan también importantes el lugar de entrega de la cosa, la forma de pago, las garantías por saldos insolutos, las penas por incumplimientos imputables, etc.

Así, con el sistema adoptado se avanza sobre la autonomía de la voluntad de los involucrados, creando un contrato al que las partes aún no han caracterizado como tal, que ha nacido incompleto, y que impone su integración judicial en caso de eventuales controversias. Y es bastante poco probable que los jueces se muestren solícitos a considerar a los acuerdos parciales como contratos definitivos, superando las discrepancias de los contratantes y la inexistencia de una conformidad contractual plena³⁷.

En definitiva, la regla fijada en el Art. 978 del Código Civil y Comercial de la Nación exige la “plena” coincidencia de la aceptación con la oferta para que haya contrato, por lo que el Art 982 del mismo plexo normativo solo puede ser interpretado como

³⁷La cuestión fue ampliamente debatida en el seno de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca entre el 1 y el 3 de octubre de 2015 que al tratar específicamente a los acuerdos parciales, produjo dos despachos: 1) *Mayoría: Los Arts. 978 y 982 regulan situaciones diferentes en la formación progresiva del consentimiento contractual. En tal sentido el primero atiende a la aceptación singular de una oferta y al tratamiento que debe darse a las modificaciones que introduzca el aceptante. El segundo contempla, en cambio, los supuestos de fraccionamiento del iter contractual en acuerdos sucesivos.*, A los fines de determinar si se alcanzaron los requisitos exigidos por el Art. 982 corresponde atender, entre otros factores a la naturaleza y finalidad del contrato, a las circunstancias en que se desarrollaron las negociaciones (Art. 1065) como así también a la protección de la confianza y a lealtad que como pauta hermenéutica establece el Art. 1067, siempre en el marco de una interpretación que conforme lo dispone la norma, en caso de duda el contrato se tiene por no concluido; 2) *Minoría: El acuerdo parcial solo permite demostrar el avance de las tratativas sin comprometer la libertad contractual de las partes, y es incompatible con la necesidad del consentimiento integral para el perfeccionamiento del contrato que exige el Art. 978 del C.C.y C.N.*

una excepción. De modo entonces, que si falta integridad en la aceptación y si la misma refiere a elementos esenciales del tipo contractual, no puede otorgarse a ese acuerdo eficacia vinculatoria definitiva.