

NICOLAS ROJAS COVARRUBIAS
ABOGADO

Oct. 2003

Henri Mazeaud
Jean Mazeaud
Léon Mazeaud
François Chabas

DERECHO CIVIL

Obligaciones

Tomo I

Traducción de Luis Andorno

ZAVALLIA

Editor

Capítulo 7

**La existencia del consentimiento:
oferta y aceptación; momento y lugar
de formación del contrato; representación**

II. La existencia del consentimiento

128. Definición. En el lenguaje corriente el consentimiento consiste en la voluntad de la persona que se obliga; ese término designa, en el lenguaje del derecho, el acuerdo de dos o varias voluntades. Por lo tanto, para que exista consentimiento, es necesario: 1° la existencia de voluntades individuales; 2° la conformidad de esas voluntades. El estudio del consentimiento también requiere el análisis de la voluntad de cada uno de los contratantes (existencia, vicios de esta voluntad, capacidad), y el examen de la conformidad, del acuerdo de las voluntades; por lo demás, esos dos aspectos del mismo problema no pueden estar disociados cuando se busca precisar las reglas jurídicas que los gobiernan.

El análisis del consentimiento es muy delicado, porque hace intervenir un elemento de volición, psicológico, interno, y la expresión, la exteriorización de esta voluntad. Los textos no presentan aquí ninguna ayuda, pues los redactores del Código Civil nada han precisado. Para permanecer en los cuadros de nuestro derecho positivo, será necesario apelar a una jurisprudencia abundante, sin descuidar el estudio de los Códigos recientes cuyos redactores han consagrado numerosas disposiciones a la existencia del consentimiento.

Tres problemas se plantean al jurista: ¿En qué consiste el consentimiento? ¿En qué momento existe? ¿Quién debe dar el consentimiento?

A. Naturaleza del consentimiento

129. *La voluntad y la necesidad de su manifestación.*¹ Si bien nuestro derecho positivo considera la voluntad interna como necesaria,² exige, sin embargo, que esta voluntad, para producir efecto, se manifieste, se exteriorice; debe demostrar, afirmar su existencia, por esta manifestación; cesa de ser un mero comportamiento del espíritu para penetrar en el plano social. La eficacia de la *voluntas* supone, por lo tanto, en el derecho francés, su existencia real (voluntad interna) y su manifestación (declaración de voluntad).³ Sin embargo, no se requiere ninguna forma, ningún ritual para vestir esta manifestación.

130. *El acuerdo de voluntades.* En principio, la voluntad aislada no produce ningún efecto jurídico. El hombre no puede, por su sola voluntad, tornar deudora a otra persona, encadenarla en los vínculos de la obligación. Las mismas razones no se oponen a que una persona se torne deudora por su sola voluntad, por su compromiso unilateral; sin embargo es dudoso que el derecho positivo francés admita la obligación unilateral como fuente de la obligación, y los Códigos modernos que hacen alusión a la misma, le dejan un campo de aplicación muy restringido. Bajo las reservas que serán precisadas,¹ se puede por lo tanto considerar que sólo el acuerdo de voluntades, complementaria la una de la otra, es creador de obligaciones.

129 (1) B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, L.G.D.J., 1968, prefacio de J. Carbonnier.

(2) Cf. *supra*, n° 123.

(3) Cf., a título de ejemplo, Cas. com., 30 de noviembre de 1971, D.1972.209, *Rev. trim. dr. civ.*, 1972.392, con obs. de Loussouarn.

130 (1) *Infra*, n°s 363 y ss.

Este acuerdo se realiza ya sea instantáneamente, ya sea después de un cierto plazo. Puede ser instantáneo, si las partes están presentes o se comunican por teléfono. A veces, las partes, aun en presencia una de la otra, reclaman un plazo de reflexión; las negociaciones preceden a su decisión. A veces, es la misma ley la que impone ese plazo de reflexión.² Entre ausentes que conciertan por cartas o por telegramas, un plazo separa necesariamente a la oferta de la aceptación; el acuerdo se realiza en dos tiempos, separados por un tiempo muerto.

Sea el contrato instantáneo o no, el consentimiento comprende dos pasos; está compuesto de dos voluntades expresadas: la oferta o policitud, y la aceptación.

a) La oferta o policitud

131. *Las diferentes ofertas.* La oferta, que se denomina también policitud, no llega a conocimiento de la persona susceptible de aceptarla sino por una manifestación exterior, pero que puede revestir las formas más diversas. Es expresa, cuando consiste en una invitación hecha directamente (~~así, aquella que es hecha por el notario, en nombre del arrendador, al arrendatario rural para permitirle a este último ejercer su derecho de tanteo: art. L. 412-3 C. rural~~). Pero es tácita, desde que el comportamiento, la actitud del oferente (autor de la oferta) indican necesariamente su voluntad de ofrecer; por ejemplo el hecho de exponer las mercaderías en un escaparate con indicación de su precio;¹ de colocar en un lugar público un distribuidor o un teléfono automático; de dejar un

(2) En esta ocasión importa distinguir plazo de reflexión (*infra*, n° 134) y plazo de revocación (*infra*, n° 139).

131 (1) Trib. com., Seine, 5 de enero de 1869, D.1869.3.14; trib. com., Seine, 28 de mayo de 1921, D.1923.2.152.

Sobre la obligación de marcado, etiquetado o fijado de carteles, cf. art. 28 de la ordenanza n° 1243 del 1° de diciembre de 1986, J.C.P. 1986.III.59487 (precio y competencia) completado por el decreto del 3 de diciembre de 1987, J.C.P. 1988.III.60886.

vehículo de alquiler en estacionamiento.² La jurisprudencia francesa considera que, en principio, el comerciante que expone mercaderías con carteles que indican sus precios, hace una oferta verdadera, y se encuentra obligado por la aceptación del primero que venga.

La oferta se hace tanto a persona determinada,³ como al público, es decir, en principio a toda persona que quisiera aceptarla.⁴

Hasta una época reciente, las ofertas hechas al público eran sobre todo ofertas de venta.⁵ Pero las especulaciones bursátiles recientemente han convertido en *vedette* a las ofertas públicas de compra; esas ofertas emanan de grupos financieros que buscan comprar las acciones de una sociedad para conquistar la mayoría.⁶

El contenido de la oferta, ya sea a persona denominada o al público, es objeto de atentos cuidados por parte del legislador cuando su destinatario normal es un consumidor y cuando emana de un profesional. Algunas leyes, reglamentando al respecto la forma, imponen menciones o cláusulas destinadas a informar al consumidor;⁷ pero existen también exigencias de fondo⁸ en ese sentido, que imponen al oferente la obligación de dar ciertas informaciones a su cliente potencial.

(2) Grenoble, 14 de abril de 1958, D.1958.414 con nota de Rodière; Civ. 1ª, 2 de diciembre de 1969, D.1970.104 con nota de G.C.M.

(3) Cf., sobre el rol del *intuitus personae*, Cas. com., 31 de enero de 1966, D. 1966.537 con nota de Cabrillac y Rives-Lange.

(4) Cf. *infra*, n° 133; *L'avant contrat*, tema del 62º Congreso de notarios de Francia, 1964, t. I, p. 38 y ss.; para la oferta hecha por medio de la prensa (que compromete al proponente): Civ. 3ª, 28 de noviembre de 1968, J.C.P. 1969.II.15797.

(5) Oferta que vincula al proponente "con respecto al primer aceptante en las mismas condiciones que la oferta hecha a persona determinada": Civ. 3ª, 28 de noviembre de 1968, Gaz. Pal., 1969.I.95, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969.555, con obs. de Loussouarn.

(6) Sobre las ofertas públicas de compra, cf. Fr. Malan, J.C.P. 1970.I.2304; Vialard, *L'offre publique de contrat*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 750 y ss.; Gide, Loyrette y Nouel, *Les offres publiques d'achat*, 1971; Malan, *La procédure simplifiée d'O.P.A.* (decreto del 17 de febrero de 1972), J.C.P. 1972.I.2484.

(7) *Supra*, n°s 32-2 y ss., 68 y 69.

(8) Véase Malinvaud, *op. cit.*, D.1981.chr.49; Boyer, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, 1977, prefacio de Lobin; M. de Juglart,

132. *Oferta verdadera y simple invitación a las negociaciones.* A veces se duda en decidir si la manifestación de voluntad constituye una oferta verdadera, o si no es más que una intención de entablar negociaciones. La distinción es importante; si hay oferta verdadera, una aceptación de esta oferta forma el contrato, y su autor se encuentra obligado a ejecutarlo.¹

El envío de tarifas, o de precios corrientes, ha sido considerado como una oferta,² contrariamente a la solución adoptada en principio por el Código suizo de las obligaciones (art. 7, ap. 2). En verdad, todo depende de las circunstancias; el legislador no debe establecer ninguna regla;³ pero la oferta debe, al menos, precisar el contenido de las cláusulas esenciales del contrato⁴ y, al menos entre comerciantes, su autor debe indicar su voluntad de estar obligado en caso de aceptación.⁵

op. cit., *Rev. trim. dr. civ.*, 1945.1; Ghestin, *op. cit.*, n°s 457 y ss., espec. n° 461 y ss. Cf. por ej.: art. 5 y ss. de la ley n° 22 del 10 de enero de 1978, modificada por la ley n° 1010 del 31 de diciembre de 1989 (protección a los consumidores en el dominio de ciertas operaciones de crédito) y su decreto de aplicación n° 509 del 24 de marzo de 1978 (respectivamente, J.C.P. 1978.III.46697 y 47199); art. 5 y ss. y 24 y ss. de la ley n° 596 del 13 de julio de 1979, modificada por la ley del 31 de diciembre de 1989 (crédito inmobiliario).

132 (1) La 3ª Cámara civil de la Corte de casación ha admitido que el anuncio aparecido en un diario proponiendo la venta de un terreno determinado a un cierto precio vinculaba al autor de la oferta a la persona que había declarado aceptarla: 28 de noviembre de 1968, Gaz. Pal. 1969.1.95, J.C.P. 1969.II.15797, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969.555, con obs. de Loussouarn; *contra*, a propósito de un anuncio publicado en la prensa por un intermediario, pero en razón de que la tarea confiada no era, en la especie, sino la de encontrar adquirentes (corretaje) y no la de concluir los contratos (mandato): Civ. 3ª, 12 de abril de 1976, J.C.P. 1976.II.18440.

(2) Nîmes, 13 de mayo de 1932, D.H. 1932.404.

(3) No obstante la oferta equívoca debe considerarse como ineficaz: Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 355. Dicho de otra manera, la voluntad debe ser seria, de donde la exclusión de las declaraciones *jocandi causa* o *ab irato*: Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 807-808.

Sobre la oferta por medio de la prensa, cf. *infra*, n° 133.

(4) París, 13 de diciembre de 1984, *Rev. trim. dr. civ.*, 1986.97, con obs. de Mestre.

(5) Com., 6 de marzo de 1990, J.C.P. 1990.IV.176.

133. *La oferta con reservas.*¹ El oferente tiene la facultad de rodear a su oferta de reservas. Cuando la oferta es hecha a persona indeterminada, a veces sus reservas son tácitas; pueden resultar de la voluntad presunta del oferente o de los usos. El propietario que ofrece su departamento en alquiler, el hotelero que pone carteles o publica el precio de sus habitaciones, se reserva el derecho de rechazar a ciertas personas, porque siempre esos contratos son concluidos *intuitu personae*. Un diario, aun cuando haya hecho conocer sus tarifas de publicidad, implícitamente conserva el derecho de fiscalizar las solicitudes de publicaciones que se le dirigen,² tiene también dicho deber si son inmorales o presentan un peligro para los lectores. Las ofertas de venta a crédito están subordinadas a la solvencia del comprador eventual.

La oferta al público no es pues una oferta hecha a no importa quién, cuando la consideración de la persona del aceptante es esencial para el oferente.

134. *Los efectos de la oferta.* ¿El oferente está obligado por su oferta, o conserva toda su libertad, hasta que una aceptación haya formado el contrato? La respuesta depende de la posición que se haya tomado en relación a la tesis del compromiso unilateral, que admite que una persona pueda obligarse por su sola voluntad. Sin discutir por ahora esta tesis¹ nos limitaremos a mencionar brevemente las soluciones del derecho positivo francés.

Mientras la oferta no ha llegado a conocimiento del destinatario, puede ser retractada útilmente. La carta o el telegrama todavía no distribuidos pueden ser reclamados a la administración de correos (decreto del 12 de enero de 1894, art. 28 y ss.,² instrucción

133 (1) Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., 1970, prefacio de J. Flour, n^{os} 378 y ss.; Célice, tesis precitada.

(2) A. Robert, *Une source mineure de droits civils: les affiches et les écriteaux*, J.C.P. 1958.I.1458, París, 3 de diciembre de 1959, J.C.P. 1961.II.12308 con nota de Gavalda.

134(1) Cf. *infra*, n^{os} 360 y ss.; Verdier, *Les droits éventuels*, tesis, París, 1953; Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, 1951; Aubert, tesis precitada.

(2) S. Lois annotées 1895, p. 297.

general sobre el servicio de correos, telégrafos y teléfonos, fasc. 4, art. 55 y ss.).

Aun cuando el destinatario haya tenido conocimiento de la oferta, la jurisprudencia decide que, en principio, el oferente no está obligado y puede retractarse hasta que haya mediado aceptación. Pero establece atemperaciones a esta regla. Parece admitir, por de pronto, que si la oferta ha sido hecha con un plazo de aceptación, no puede ser retirada durante ese plazo.³

A veces la jurisprudencia ha ido más lejos: ha admitido que toda oferta importa implícitamente un plazo razonable de aceptación, permitiendo a la otra parte reflexionar.⁴ Ese plazo, cuando no está fijado por la ley, varía según los usos, principalmente aquéllos de la profesión, y según las circunstancias; su duración es apreciada soberanamente en cada especie por los jueces del caso. En materia comercial, los plazos de aceptación son bastante breves: los negocios comerciales se tratan rápidamente. Varias leyes, con la pre-

(3) Cf., sin embargo, Nancy, 13 de noviembre de 1952, Gaz. Pal., 1953.I.208, D. 1953.12, que considera que el plazo propuesto no liga al solicitante sino cuando la oferta ha sido aceptada al menos tácitamente. De su lado, el fallo pronunciado por la Corte de casación el 17 de diciembre de 1958 (D.1959.33) no implica la convicción, pues no se pronuncia contra el retiro de la oferta en el curso del plazo estipulado por el oferente sino en consideración de circunstancias muy particulares: aceptación por el destinatario antes del retiro y sobre todo colusión entre el oferente y un tercero adquirente.

Inversamente, la Corte de casación ha juzgado que una venta era perfecta desde el acuerdo, aun cuando la intervención se hubiere producido después de la expiración del plazo de validez de la promesa de cesión: Civ. 3^a, 8 de junio de 1988, J.C.P. 1988.IV.289; refiriéndose al acuerdo y no a la aceptación, el fallo no significa (al menos así es de esperarlo) que en caso de plazo fijado por el solicitante, la oferta inicial permanecería válida después de la expiración del plazo. Cf. *infra*, n^o 135-2, nota 17.

A fortiori, el solicitante sólo incurre en responsabilidad si estaba obligado a no retirar su oferta antes de cierta época: Civ. 3^a, 10 de mayo de 1968, Bull. civ. 1968.III, p. 161. Pero un fallo parece admitir (a contrario) que el solicitante puede no creerse ligado por una oferta acompañada por un plazo de aceptación: Civ. 1^a, 19 de enero de 1977, D.1977.593, con nota de Schmidt-Szalewski, R.N. Defrénois 1977.1243, con obs. de Aubert.

(4) Req. 28 de febrero de 1870, D.1871.1.61; Soc. 22 de marzo de 1972, D. 1972.468.

Convierte en una promesa sinalagmática de venta, estiman que ese umbral es franqueado (y que la llamada promesa unilateral debe ser calificada de venta) cuando el monto de la indemnización de inmovilización es demasiado elevado.¹⁷

En razón de sus efectos diferentes, no es menos necesario distinguir entre la oferta o policitud y el antecrédito o promesa unilateral de contrato. Mientras que la oferta cae por la expiración de un plazo razonable¹⁸ o por la incapacidad o el deceso del policitante,¹⁹ la obligación contraída por el autor de la promesa unilateral de contrato no se extingue por la expiración de un plazo que se haya estipulado en el mismo, subsiste pese a la incapacidad del promitente que sobrevenga posteriormente y, en caso de deceso del promitente, pasa a sus herederos. No obstante, cuando la promesa unilateral no contempla ningún plazo, la jurisprudencia admite que el promitente puede constituir en mora al beneficiario a los fines de aceptar o rechazar el contrato.²⁰

b) La aceptación

136. Formas. A propósito de la aceptación, se encuentran de nuevo ciertos problemas relativos a la oferta. El aceptante debe tener la voluntad real de aceptar y debe manifestar exteriormente su voluntad. Esta manifestación no está sometida a ninguna for-

(17) Véase, por ej. Bergel, *Les ventes d'immeubles existants*, 1933, n° 325. Ver la discusión crítica en: D. Mazeaud, *op. cit.*, n°s 441 y ss.; pero aproximándose a la doctrina evocada en el texto, entre diversas decisiones: Com., 8 de noviembre de 1972, J.C.P. 1973.II.17565 con nota de P.L. (motivos; a contrario).

(18) Civ. 3ª, 21 de octubre de 1975, R.N. Defrénois 1976.493 con obs. de Aubert; para M. Aubert, sin embargo, si la oferta puede ser revocada después de la expiración de un plazo razonable, su caducidad automática, después de ese plazo, no tiene valor de principio.

(19) Cf. *supra*, n°s 134 y 135.

(20) Civ., 10 de junio de 1941, D.A. 1941.274; Civ. 3ª, 24 de abril de 1970, D. 1970, somm. 176, *Rev. trim. dr. civ.*, 1971.133, con obs. de Loussouarn.

ma; es suficiente que establezca la voluntad cierta de aceptar. Es expresa cuando es hecha verbalmente o por escrito, o cuando resulte de un gesto no equívoco, como aquel que consiste en introducir una moneda en un aparato distribuidor. Puede ser tácita; resulta, por ejemplo, de la ejecución de la operación propuesta por el policitante; por otra parte, a veces es difícil saber si se puede deducir de la actitud de una de las partes una aceptación tácita; aun más, del simple silencio que ha guardado frente a la oferta que le fue hecha. En fin, la aceptación debe ser conforme a la oferta.¹

137. El silencio.¹ Para establecer la aceptación es necesaria una manifestación de voluntad. ¿Puede admitirse que el silencio, el hecho de no responder a una oferta, constituya una aceptación tácita de esta oferta?

En principio, el silencio no vale como aceptación. En efecto, generalmente las personas que guardan silencio no entienden aceptar las ofertas que les son hechas. Aquellas que, cotidianamente, son objeto de ofertas publicitarias, no se consideran obligadas cuando no responden. Se llevaría a cabo un ataque a la libertad de los individuos si se los obligara a rechazar cada una de las ofertas que al oferente se le ocurriera dirigirles. El adagio "quien calla consiente" no tiene ningún valor jurídico.

En la ley se encuentra una aplicación del principio en el artículo 932 del Código Civil que dispone que la donación debe ser aceptada en términos expresos.

La jurisprudencia ha hecho frecuente aplicación del principio, principalmente en un caso donde un banquero había escrito a su cliente comunicándole que, salvo respuesta en contrario, lo ubicaba en la lista de suscriptores de acciones emitidas por una sociedad;²

136 (1) *Infra*, n° 138.

137 (1) Aubert, *op. cit.*, n°s 312 y ss.; Godé, *Volonté et manifestation tacites*, 1977, prefacio de Patarin, n°s 158 y ss.; Tiffreau, *Le silence et le contrat d'assurance*, R.G.A.T. 1989.761.

(2) Civ., 25 de mayo de 1870, S. 1870.1.341, D.1870.1.257.

igualmente a propósito de empresas de periodismo que dirigen un diario a eventuales lectores, indicándoles que, a falta de retorno del envío, serán considerados como aceptantes de un contrato de abono.³ El decano Voirin⁴ ha escrito muy acertadamente que el silencio "vuelve impenetrable la voluntad de aquel que lo guarda y permite dudar que, en su fuero interior, haya tenido la intención de tomar una decisión".

Sin embargo, existen circunstancias excepcionales en las cuales el solo hecho de conservar silencio debe ser interpretado como una manifestación de la voluntad de aceptar:

1° El legislador a veces otorga al silencio el valor de una aceptación. Ello es así en dos contratos de ejecución sucesiva, la locación y el seguro. El Código Civil (arts. 1738 y 1759) dispone que la locación no denunciada luego de su expiración se renueva por tácita reconducción si el locatario continúa en su goce. Pero la tácita reconducción no constituye una excepción al principio. Aquí el silencio estaba dotado anticipadamente de una significación, ya sea por la ley, ya sea por la convención inicial de las partes.⁵

(3) Trib. civ., Seine, 19 de abril de 1893, Gaz. Pal., 1893.2.162. Véase Gross, *Observations sur les contrats par abonnement*, J.C.P. 1987.I.3282. El 6 de abril de 1965 (Bull. civ. 1965.III, p. 236, n° 264), la Cámara comercial de la Corte de casación ha rechazado el recurso entablado contra un fallo que había decidido, a propósito del silencio guardado más allá de un plazo de 15 días fijado para rechazar una proposición, que ese "silencio sobre la oferta no vale necesariamente aceptación".

(4) Nota D.1939.1.5.

(5) Para otros ejemplos de tácita reconducción v. ley n° 462 del 6 de julio de 1989, art. 10 (locaciones). La tácita reconducción de fuente convencional es igualmente muy usada en el derecho de seguros pero su duración está limitada a un año (art. L. 113-15, C. de seg.). La tácita reconducción no es la continuación del antiguo contrato, sino un nuevo contrato: Civ. 1°, 17 de julio de 1980, Bull. civ. I, n° 220, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981.397, con obs. de F. Chabas; 10 de enero de 1984, *ibid.* 1985.157, con obs. de Mestre; Com., 13 de marzo de 1990, D.1990.I.R.84. *Non obstat*: Com., 4 de noviembre de 1986, J.C.P. 1987.IV.17 (una convención de duración fija, que prevé, a la expiración de esta duración y falta de denuncia, su renovación para un nuevo plazo, no es generadora de una nueva convención de duración indeterminada).

Ver
C.C. Chile
art.
1956

~~El artículo L. 112-2, ap. 5 del Código de seguros, considera "como aceptada la proposición hecha por carta certificada de prolongar o de modificar un contrato o de poner de nuevo en vigencia un contrato suspendido, si el asegurador no rechaza esta proposición en los diez días posteriores a su recepción". En este último caso se puede obrar no solamente por una reconducción, sino igualmente por una modificación de las convenciones primitivas.~~

2° Los usos profesionales, teniendo fuerza de ley supletoria, a veces también disponen que el silencio guardado durante un cierto tiempo obliga a la persona a la cual fue dirigida la oferta y de la cual ha tenido conocimiento.⁶

3° Las partes pueden válidamente decidir, en el momento de una convención que regla sus vínculos contractuales, que su silencio valdrá como aceptación.⁷ La tácita reconducción convencional no es más que una aplicación de esta idea.

4° La jurisprudencia estima que el silencio vale como aceptación:

a) Cuando la oferta es hecha en el interés exclusivo del destinatario. No teniendo éste ninguna razón para rechazarla, debe presumirse su aceptación y no su rechazo. También es así para la oferta hecha por un acreedor a su deudor respecto de una remisión parcial de deuda, oferta que seguidamente el acreedor había querido retractar, pretendiendo que no había sido aceptada.⁸

(6) Com., 21 de mayo de 1951, Bull. civ. 1951.III n° 168.

(7) Rapp. Civ. 1°, 12 de enero de 1988, J.C.P. 1988.IV.108, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.521, con obs. de Mestre: el fallo retoma la fórmula que se encuentra frecuentemente repetida después del fallo de 1870 (*supra*, nota 2): el silencio de aquel que se pretende obligado no resulta suficiente frente a la ausencia de toda otra circunstancia para probar en contra suyo la obligación alegada; pero en la especie, encuentra suficiente las circunstancias siguientes: el peticitante había dejado expresamente a su corresponsal la diligencia de proponer el precio que él mismo se reservaba de aceptar o rechazar, en un plazo de quince días. La Corte de casación estima que el hecho de que el peticitante dejara pasar el plazo sin manifestar su desacuerdo valía aceptación del precio propuesto por el destinatario de la oferta.

(8) Req. 29 de marzo de 1938, D.1939.1.5, con nota de Voirin; Civ. 1°, 1° de diciembre de 1969, J.C.P. 1970.II.16445 con nota de Aubert y Soc. 21 de julio de

b) Cuando las partes están en relaciones de negocios. Pero, en ese caso, la Corte de casación deja amplio margen de apreciación a los tribunales,⁹ que deciden si las relaciones comerciales son suficientemente estrechas como para justificar esta presunción. El silencio tendría una significación particular si hubiera sido guardado luego de una oferta hecha periódicamente, y jamás rechazada hasta ese momento; o cuando ya se hubiere entrado en tratos;¹⁰ igualmente deberían tenerse en cuenta los usos de la profesión, los hábitos de los comerciantes, principalmente su comportamiento anterior en las mismas circunstancias.

Los tribunales deberían hacer gala de gran prudencia, pues se trata de un tema excepcional. Especialmente, deberían ser sumamente cuidadosos cuando se trata de probar la aceptación de cláusulas accesorias de un contrato. Con frecuencia los comerciantes hacen figurar en su correspondencia una mención impresa, atribuyendo competencia, en caso de conflicto, a tal tribunal, o —es la cláusula compromisoria— a árbitros.

Se comprende que los tribunales consideren que tal cláusula ha sido aceptada tácitamente por el silencio del contratante, si figuraba en la correspondencia intercambiada en el momento de la formación del contrato.¹¹

Pero sería peligroso interpretar el silencio como una aceptación cuando esas cláusulas figuran por primera vez en la correspondencia posterior a la operación, por ejemplo en la factura.¹² A partir del

1986, Bull. civ. 1986. Véase, n° 421, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987.533, con obs. de Mestre (aceptación tácita de una oferta de asistencia benévola); Soc. 15 de diciembre de 1970, Bull. civ. 1970.V, n° 722 (oferta de un aumento de salario).

(9) Req. 14 de abril de 1942, S. 1942.1.123; ver también Soc. 25 de noviembre de 1943, D.A. 1944.31.

(10) Montpellier, 3 de julio de 1885, S. 1886.2.56.

(11) Civ., 9 de enero de 1933, D.H. 1933.164; Civ. com., 17 de octubre de 1961, D. 1962.106; *contra*: París, 25 de noviembre de 1952, D.1953.43.

(12) La Corte de casación (Req. 27 de enero de 1909, D.1909.1.173) ha admitido, en este último caso, que el silencio valía como consentimiento; sin embargo parece, según la redacción del fallo, que ha decidido así en razón de relaciones de negocios anteriores de los contratantes, y porque, en un trato precedente, se

momento en que el contrato ha quedado concluido, todas las cláusulas accesorias sobre las cuales las partes no han expresado su voluntad se encuentran definitivamente fijadas por la ley, y se imponen a los contratantes con la misma fuerza que las cláusulas expresamente aceptadas; una de las partes no podría pues, sin la voluntad de la otra, descartar esas disposiciones supletorias; eso sería modificar el contrato. En efecto, un comerciante verifica las condiciones del contrato antes de su conclusión, pero no presta ninguna atención especial a la correspondencia posterior; principalmente las facturas son remitidas al servicio de contabilidad, que examina únicamente su conformidad en cuanto al precio y a las entregas.

Por otra parte, ocurre con bastante frecuencia que la correspondencia de cada contratante contenga una atribución de competencia diferente. No sería posible en ese caso aplicar una de esas dos cláusulas, pues estaba establecido que ninguna de las partes había querido aceptar la cláusula propuesta por su contratante.¹³

Más grave todavía, pues no se trata esta vez de cláusulas accesorias, sino de la existencia misma del contrato, cabe preguntarse si el silencio conservado durante un lapso bastante prolongado cuando el contrato ha sido ejecutado por el cocontratante y sus condiciones son conocidas, no significa aceptación de estas últimas. La Sala en lo comercial de la Corte de casación¹⁴ ha juzgado

había procedido de la misma manera. La corte de Angers (12 de mayo de 1931, D.H. 1931.387) ha rechazado más categóricamente considerar que el silencio pueda, en esas condiciones, valer como aceptación; esta decisión debe ser aprobada; véase, sin embargo, Civ. 1°, 5 de diciembre de 1973, D.1974.398, con nota de Solus y Perrot quien, por cierto, considera principalmente que una cláusula anexa contenida en un documento separado debe ser conocida por el cocontratante antes de la conclusión del contrato, pero parece acordar un rol a una cláusula anexa que no figuraría más que en la factura.

(13) Civ. 2° civ., 16 de noviembre de 1961, Gaz. Pal., 1962.1.179. La pregunta se hará menos frecuente después que las cláusulas atributivas de competencia territorial no son válidas más que entre comerciantes (art. 48, N.C. de proc. civil).

(14) Com., 26 de mayo de 1987, J.C.P. 1987.IV.266. Com., 9 de junio de 1987, J.C.P. 1987.IV.287: la aceptación de una cláusula (de reserva de propiedad) por el comprador puede resultar de la ejecución del contrato, en conocimiento de causa por el susodicho comprador.

que el hecho de conservar una factura sin protesta durante varios meses, vale como aceptación tácita del precio; no obstante que la tercera Sala en lo Civil¹⁵ considera que no se puede deducir la existencia de un contrato de empresa por el solo hecho de que el cliente hubiera "recibido la factura por los trabajos sin formular la menor reserva u oposición".

Cuando en el transcurso de la ejecución de un contrato, una de las partes propone una modificación, el hecho de que la otra prosiga la ejecución del mismo no vale como aceptación tácita de la modificación.¹⁶

138. *Concordancia entre la oferta y la aceptación.* La oferta y la aceptación deben ser complementarias: la aceptación concurre a la formación del contrato sólo cuando es conforme a la oferta. En caso contrario, no se estaría en presencia de una aceptación, sino de una oferta nueva que emana de la otra parte, sujeta, a su turno, a ser aceptada.¹

Cuando el defecto de concordancia es total —por ejemplo, lejos de aceptar el precio ofrecido por el peticitante, la otra parte propone un precio diferente—, ciertamente el contrato no se ha formado.² La solución es más dudosa cuando las diferencias no son sino accesorias. Con frecuencia la jurisprudencia francesa parece decidir que el contrato no está concluido en tanto subsista un desacuerdo, aun sobre una cláusula accesorias.³

(15) Civ. 3^a, 9 de marzo de 1988, J.C.P. 1988.IV.183, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.520 con obs. de Mestre.

(16) Cas. As. plen. civ., 3 de mayo de 1956, J.C.P. 1956.II.9345; Soc. 8 de octubre de 1987 (Bull. civ. V, n° 542) y 14 de enero de 1988 (*ibid.*, n° 41), *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.520, con obs. de Mestre.

138 (1) Civ. 1^a, 12 de marzo de 1985, Gaz. Pal. 1985.pan.209.

(2) Civ. 3^a, 4 de enero de 1973, D.1973.663, R.N. Defrénois 1974.289, con obs. de Aubert. En el sentido de la nulidad absoluta: Civ. 3^a, 15 de abril de 1980, Bull. civ. 1980.III, n° 73, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981.155, con obs. de F. Chabas.

(3) Soc. 15 de noviembre de 1940, J.C.P. 1941.1602; Civ. com., 30 de diciembre de 1958, Bull. civ. 1958.II, n° 256; Civ. 1^a civ., 26 de octubre de 1964, Bull. civ.

La cuestión se ha planteado principalmente a propósito de las "promesas sinalagmáticas" de venta en las cuales las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, pero agregan que el acuerdo no tomará su efecto definitivo sino después de haber sido ratificado por ante escribano. Este problema parecería no tener sino poca relación con la cuestión de la concordancia entre la oferta y la aceptación, de no haber sido porque la Corte de casación consideraba a la mención relativa a la intervención del escribano como una cláusula del contrato, sobre la cual las partes no están de acuerdo, lo que le ha permitido formular el siguiente principio general: "la venta se ha perfeccionado entre las partes desde que se ha convenido acerca de la cosa y del precio, en tanto que el defecto de acuerdo definitivo sobre los elementos accesorios de la venta no puede impedir el carácter perfecto de la venta a menos que las partes hayan entendido retardar la formación del contrato hasta la fijación de esas modalidades", deviniendo entonces "un elemento constitutivo de su consentimiento".⁴

1964.I, n° 470, para quien el rechazo de un elemento complementario de la oferta impide "la conjunción perfecta de la voluntad de los contratantes"; Civ. 3^a, 26 de abril de 1976, Bull. civ. 1976.III, n° 175, R.N. Defrénois 1977.390, con obs. de Aubert; 22 de marzo de 1977 (desacuerdo sobre el precio), Bull. civ. 1977.III, n° 144, R.N. Defrénois, 1977.1515, con obs. de Aubert (pero sobre el poder soberano del juez de fondo, v. Civ. 3^a, 16 de julio de 1974, D. 1974.681 con nota de Malaurie, R.N. Defrénois 1975.383, con obs. de Aubert); v. también Civ. 1^a, 15 de junio de 1973, Bull. civ. 1973.I, n° 204, p. 181, *Rev. trim. dr. civ.*, 1974.151, con obs. de Loussouarn, para quien, cuando un contrato ha sido concluido primero verbalmente, y segundo, cuando el envío del *instrumentum* por el peticitante ha sido seguido de una carta del destinatario proponiendo algunas modificaciones menores, el juez debe dejar a cargo del peticitante la prueba de que las modificaciones propuestas modificaban el acuerdo verbal. Sobre el problema de las condiciones dichas "substanciales" y de la contra-proposición, cf. Aubert, *op. cit.*, n°s 285 y ss.; Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 707; *supra*, n° 135; B. Célice, *op. cit.* Sin embargo, por interpretación de la voluntad de las partes, se ha admitido que un contrato de venta había sido concluido, a pesar de una divergencia relativa a una cláusula atributiva de competencia: trib. com., Cherbourg, 6 de septiembre de 1912, S. 1914.2.49 con nota de Demogue.

(4) Civ. 3^a, 14 de enero de 1987, D.1988.80, con nota de Joanna Schmidt, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.526, con obs. de Mestre.

a destino? Pero, lo que ante todo condena a este sistema, es que el mismo pone la formación del contrato y su prueba a discreción del peticionante. Si tarda en tomar conocimiento de la respuesta contenida en la carta no obstante que haya sido distribuida, retardará a su gusto la formación del contrato, del cual es así el dueño. Igualmente tiene en su poder la prueba del momento en el cual ha sido informado; en cambio, el hecho de que su adversario no tenga en su poder ningún medio para procurarse una información a ese respecto, hace que se rompa la igualdad de las partes, necesaria en este campo.

Es por ello que los adversarios de los sistemas de la emisión renuncian al sistema de la información y se repliegan sobre el de la recepción, en el cual se presume que el peticionante —hasta la prueba en contrario, que corresponde aportar— conoce la aceptación desde que la misma le ha llegado. Pero, ¿no existe una contradicción entre exigir como elemento esencial de la formación del contrato el concurso conciente de voluntad, es decir, el conocimiento por parte del peticionante de la aceptación, y contentarse con establecer este conocimiento con la ayuda de una presunción tan frágil? Por otra parte, la posibilidad para el peticionante de hacer caer la presunción de que ha estado informado desde la recepción por la prueba en contrario, pone aún a su adversario a su discreción en el plano de esta prueba contraria.

De ahí que los argumentos presentados por los partidarios de los sistemas de la información y de la recepción no habrían tenido aceptación.

Por el contrario, se puede invocar en favor de los sistemas de la emisión un argumento decisivo: el contrato se forma por el consentimiento de las partes; así pues, ese consentimiento existe desde que hay acuerdo de voluntades, es decir, desde que existe oferta y aceptación. Exigir el conocimiento de la aceptación (conocimiento probado o presumido por la recepción), es agregar una condición de formación a los contratos que la ley no exige.

Se admitirá entonces, como la Sala de admisión de recursos del Tribunal de Casación, el 21 de marzo de 1932, y la Sala civil,

sección social, el 2 de julio de 1954, el 22 de abril de 1955 y el 22 de junio de 1956,² que el contrato se forma en el momento en que la aceptación es definitiva (contrato por correspondencia) y, por consiguiente, en el lugar donde está dada esta aceptación (contrato por correspondencia y contrato por teléfono). Era la tesis que, en vísperas de la redacción del Código Civil, ya formulaba Pothier para el contrato por correspondencia.

Pero la regla no es imperativa; las partes son libres de retardar la formación de su contrato,³ pueden convenir que el contrato no se forme sino en el momento en que el peticionante reciba la aceptación o cuando tome conocimiento.

C. La representación

147. *La manifestación de voluntad debe emanar de las partes o de sus representantes.* Las partes contratantes no están obligadas sino por sus propias voluntades, que sólo ellas pueden manifestar. Pero este principio sufre una excepción: en caso de representación, la manifestación de voluntad no emana de la parte ligada por el contrato, sino de la persona que la representa; la voluntad del representante obliga al representado. Por ejemplo, el menor está representado por su tutor; el mandante por el mandatario que ha elegido.

a) Efectos de la representación

148. *Relaciones del representado con el cocontratante y con el representante.* Por efecto de la representación todo pasa, frente a la persona que contrata con el representante, como si tratara con

(2) Cf. *supra*, 143.

(3) Cf., para la venta, Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n^{os} 912 y ss. En este sentido: Com., 7 de enero de 1981 (*supra*, n^o 143) que opta, en principio, por el sistema de la expedición, salvo estipulación en contrario.

el representado; es el representado, no el representante, quien se convierte en acreedor o deudor,¹ y quien responde por las faltas cometidas por el representante en la ejecución del contrato. En las relaciones del cocontratante y el representado, el representante se borra.

Por el contrario, las faltas del representante son susceptibles de comprometer su responsabilidad frente al representado; obligado por las consecuencias de las faltas de su representante, el representado tiene, en efecto, un recurso: en las relaciones entre el representado y el representante, el representante es responsable de las faltas que él ha cometido en la conclusión o en la ejecución del contrato.²

b) Condiciones de la representación

149. *Enumeración.* El representado no está obligado sino cuando se hallen reunidas tres condiciones en relación al representante: es necesario que el representante tenga: 1° el poder de representar; 2° la voluntad de representar; 3° la voluntad de contratar.

150. *Primera condición: el poder de representación.* El representante tiene sus poderes, ya sea fuera de la voluntad del representado: representación forzosa, ya sea por voluntad del representado: representación voluntaria o convencional.

En la representación forzada, los poderes son dados al representante por la ley o por el tribunal. Por la ley: es la representación legal: así, el tutor es el representante legal de su pupilo.¹ Por el tribunal: es la representación judicial. Así, el artículo 219 C. Civ.²

148 (1) Civ. 1° civ., 13 de enero de 1965, Gaz. Pal., 1965.1.327; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1415.

(2) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1402.

150 (1) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 1296.

(2) Cuyas soluciones no han sido modificadas por la ley n° 570 del 13 de julio de 1965.

permite a los tribunales conferir a cada uno de los esposos el poder de representar a su cónyuge; o también los tribunales recurren frecuentemente a los administradores judiciales, que reciben la misión de administrar aquellos intereses cuya suerte está en suspenso hasta la terminación del proceso.³

Representación voluntaria o convencional: El mandato es el contrato por el cual el representado (mandante) da a una persona (mandatario) poder para representarlo.⁴ El mandato, como todo contrato, necesita una voluntad no viciada de los dos contratantes. El mandante debe ser capaz. Se precisa⁵ que la capacidad del mandatario sea indiferente respecto a la ejecución del mandato: un mandatario incapaz obliga a su mandante frente al cocontratante; por el contrario, su incapacidad impide que asuma válidamente obligaciones frente al mandante.

Poder general y poder especial: El poder conferido al representante puede ser tanto general, como limitado a ciertos actos. El artículo 1988 C. Civ. dispone que el mandato concebido en términos generales confiere poderes de administración y no de disposición; por lo tanto, una enajenación por un mandatario no es generalmente posible sino con un mandato expreso para enajenar. A veces el propio legislador, a fin de que el mandante no quede obligado a pesar suyo, por actos considerados como muy peligrosos, exige un poder especial para el acto particular contemplado; así por ejemplo, en otro tiempo, para la confesión judicial (art. 352 antiguo C. proc. civ.; esta regla está descartada por el artículo 417 del nuevo Código de procedimientos civiles) o, conforme a una parte de la jurisprudencia,⁶ interpretando en ese sentido el artículo

(3) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 1091.

(4) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1382 y ss.

(5) *Infra*, n° 154.

(6) Civ., 11 de enero de 1921, D. 1924.1.135; Civ., 18 de mayo de 1942, Gaz. Pal., 1942.2.47. Pero después de estos fallos, la corte de París se pronunció en sentido contrario: 20 de junio de 1957, J.C.P. 1958.II.10346 con nota de Derrida; 4 de julio de 1957, D.1957.659; 12 de febrero de 1963, J.C.P. 1963.II.13281 con nota de Level; el recurso deducido contra el fallo precitado del 4 de julio de 1957 ha sido rechazado por Civ. com., 25 de mayo de 1959, S. 1960.7.

1989 C. Civ., para el compromiso. De todos modos, el mandato siempre debe ser interpretado de una manera restrictiva (art. 1989 C. Civ.).

151. *Poder aparente de representación.* Ya sea que el representante actúe más allá de sus poderes o aun sin ningún poder, es posible que el representado se encuentre obligado. Es lo que se produce en el caso de representación aparente, principalmente de mandato aparente.¹

La persona que ha tratado con el representante aparente, debe haber sido de buena fe; debe haber creído en los poderes del representante aparente.² Pero eso no es suficiente. Para obligar al representado aparente, es necesario:

O bien, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, que el representado aparente haya cometido una falta, ya sea eligiendo un mandatario capaz de engañarlo, ya sea creando una apariencia susceptible de abusar de la buena fe de los terceros.³

O bien, en ausencia de toda falta del representante aparente, que el error cometido por el tercero haya sido invencible; se aplica aquí el adagio: *error communis facit jus*,⁴ como se aplica al heredero verdadero por los actos cumplidos por el heredero aparente;⁵ los terceros tienen derecho de atenerse a la apariencia cuando es invencible. La Corte de casación ha ido más lejos; no ha exigido

151 (1) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1391; Léauté, *Le mandat apparent*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 288 y ss.; Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en matière commerciale*, L.G.D.J., 1959, prefacio de M. Cabrillac y nota en D. 1964.402; Lescot, *Le mandat apparent*, J.C.P. 1964.I.1826; Sourieux, *La croyance légitime*, J.C.P. 1981.I.3058.

(2) Civ. 1° civ., 4 de enero de 1965 (Jourdain), D.1965.218.

(3) París, 17 de febrero de 1966, D.1966.546; Angers, 3 de abril de 1973, J.C.P. 1973.II.17478 con nota de Rodière; Com., 5 de diciembre de 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990.272, con obs. de Mestre.

(4) Sobre el error común, cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 91, y para su aplicación al propietario aparente, cf. *infra*, n°s 1402 y ss.

(5) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. IV, n°s 1259 y ss.

que el error fuese invencible; ha obligado al representado aparente desde que la creencia errónea del tercero cocontratante en los poderes del representante haya sido "legítima",⁶ es decir que su error haya sido "particularmente excusable".⁷ Pero ha vuelto temporariamente a un mayor rigor, retomando, en un caso en que el error no era "a la vez verosímil y excusable", la exigencia de un "error común".⁸

152. *El contrato consigo mismo.* Los poderes del representante, cualesquiera fuera su extensión, ¿encuentran un límite cuando el representante desea contratar consigo mismo? Encargado de vender un bien, el representante desea comprarlo.

Técnicamente, esta operación es posible, pues está formada por el acuerdo de dos consentimientos, el del representado, dado por el representante, y el del representante de la contraparte, que él da por sí mismo. Pero, en la práctica, ello es extremadamente peligroso. Ignorante de que el representante tiene la intención de tratar, el representado le revelará lo que hubiera guardado en secreto si hubiera creído encontrarse frente a un cocontratante, principalmente las condiciones mínimas a las cuales está decidido a arribar. Teniendo en la operación un interés personal, el representante, conscientemente o no, descuidará los intereses del representado en beneficio de los propios.

También la ley establece medidas protectoras para el representado en ciertos casos de representación forzosa: encomienda al tutor subrogado reemplazar al tutor cada vez que este último esté en oposición de intereses con el pupilo; prohíbe al tutor la compra o la locación de un bien perteneciente a su pupilo (art. 450, ap. 3,

(6) Ass. pl. civ., 13 de diciembre de 1962, D.1963.277 con nota de Calais-Auloy; Com., 6 de junio de 1989 y 16 de enero de 1990, *Rev. trim. dr. civ.*, 1990.270 con obs. de Mestre; Civ. 3°, 20 de abril de 1988, *ibid.* y J.C.P. 1989.II.21229 con nota de J. Monéger.

(7) Calais-Auloy, nota en D.1964.402.

(8) Civ. 1° civ., 30 de noviembre de 1965, D.1966.449 con nota de Calais-Auloy.

C. Civ.).¹ La jurisprudencia ha extendido a todos los asistentes de incapaces la prohibición de contratar con el incapaz: *nemo potest auctor esse in rem suam*.

Igualmente, es necesario tratar con severidad el contrato consigo mismo en la representación convencional. La Sala civil² ha estimado que "el mandatario que a espaldas de su cliente, se libra a operaciones como contraparte, comete un dolo". La prohibición para el mandatario de actuar como contraparte, resulta evidente de la voluntad de las partes sanamente interpretada: el mandante no ha podido querer correr tal riesgo. Pero, no siendo esta regla sino supletoria, nada impide al mandante atribuir expresamente al mandatario el poder de tratar consigo mismo. Este poder podría igualmente resultar de usos particulares: en materia de sociedad se admite que las personas que tienen el poder de representar a la sociedad pueden concluir, en nombre de ésta, contratos con ellos mismos; pero tales contratos en las sociedades por acciones, están sometidos a rigurosas condiciones, destinadas a asegurar la protección de la persona moral.³

153. *Segunda condición: la voluntad de representación.* El representante debe actuar con la voluntad de representar y debe manifestar esta intención.

Cuando un representante que actúa con un poder general, como por ejemplo el tutor, contrata con la intención de actuar por su propia cuenta, este acto no tiene efecto sobre el representado.

El representante debe manifestar su intención de actuar por cuenta de otro: si bien el cocontratante puede no saber con quién trata, debe saber al menos que no trata con el representante. Si

152 (1) Después como antes de la ley n° 1230 del 14 de diciembre de 1964; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 1298. *Adde*, en materia de venta: art. 1596 C. Civil. Cf. Mestre, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1990.265.

(2) Civ., 10 de diciembre de 1912, D.1914.1.97 con nota de Lacour; cf. *infra*, n° 193, y Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1393.

(3) M. de Juglart, Ippolito, Pontavice y Dupichot, *Traité* precitado, t. II, 3ª edición, n°s 722 y ss.

éste deja ignorar la calidad en la cual trate, se obliga personalmente frente al cocontratante sin obligar al representado;¹ pero si ha actuado en base a las instrucciones de su mandante, tendrá un recurso contra éste. Tal es siempre la situación del comisionista; el contrato de comisión se caracteriza por el hecho de que el comisionista trata en su propio nombre por cuenta del comitente (art. 94 C. Com.). En este punto, el derecho francés rechaza el sistema de la voluntad interna: otorga efecto solamente a la voluntad declarada.²

154. *Tercera condición: la voluntad de contratar con respecto al representante.* El representante no está en la situación de un mensajero que se conforma con transmitir una orden, y cuya voluntad es indiferente. Hay una iniciativa, cuyos límites varían según la misión que le fue dada. Su propia voluntad juega un papel.

También la voluntad del representante debe existir: la demencia del representante impediría la formación del contrato.

Del mismo modo, la voluntad del representante no debe estar viciada: una violencia ejercida sobre el representante para constreñirlo a concluir un contrato en nombre del representado permitiría demandar la nulidad de ese contrato que no está formalizado, falto de una voluntad libre.

Más delicada es la cuestión de saber si el representante debe ser capaz. Ella está resuelta por la ley para los representantes legales: el artículo 442 C. Civ. exige la capacidad del tutor, salvo si es el padre o la madre del pupilo, en cuyo caso puede ser menor.¹ En la representación convencional, el artículo 1990 C. Civ., modificado por la ley n° 570 del 13 de julio de 1965 (art. 4), permite otorgar mandato a un menor no emancipado; la jurisprudencia

153 (1) Cf. *infra*, n° 807.

(2) Cf. *supra*, n° 123.

154 (1) Después como antes de la modificación del artículo 422 C. Civ. por la ley n° 637 del 14 de diciembre de 1964; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 637.

cia, extendiendo a todos los incapaces el antiguo artículo 1990 C. Civ. que tenía en vista al menor emancipado,² decide que la incapacidad del representante no constituye obstáculo para la validez del contrato que ha concluido en nombre del representado.³

Existe entonces una diferencia entre el efecto de un vicio del consentimiento del representante convencional y el efecto de su incapacidad. Esta diferencia está justificada tanto en derecho como de hecho.

En derecho, las reglas de las incapacidades tienden a asegurar la protección de los intereses del incapaz en sí mismo; así pues la incapacidad del mandatario le impide comprometer su responsabilidad contractual frente al mandante (art. 1990 C. Civ.)⁴ y no necesita protección contra los actos que aprueba en nombre de otro, puesto que esos actos no le atañen. Además, si la voluntad del representante es necesaria en el contrato que concluyó por otro, la voluntad principal continúa siendo la del representado.

En los hechos, el representado conoce la incapacidad de su representante; lo ha elegido pese a esta incapacidad; no podría quejarse. La situación es bien diferente en caso de vicio del consentimiento del representante, vicio que el representado no ha podido prever, por ejemplo una violencia ejercida contra el representante. Si el Código Civil ha exigido la capacidad del representante legal, es porque el representado legal no elige a su representante.

c) Fundamento de la representación

155. Sustitución de una persona por otra. Los partidarios de la autonomía de la voluntad explican los efectos de la representación

(2) El menor emancipado es casi plenamente capaz después de la ley n° 1230 del 14 de diciembre de 1964; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n°s 700 y ss.

(3) Civ., 5 de diciembre de 1933, D. H. 1934.49; Civ., 14 de febrero de 1937, Gaz. Pal., 1937.1.906; Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 1397.

(4) Después como antes de la modificación del artículo 1990 C. Civ. por el artículo 4 de la ley n° 570 del 13 de julio de 1965.

por la voluntad del representado: si está obligado, es porque él lo ha querido. Esta explicación es válida, pero solamente para la representación convencional.

En realidad, la representación se explica por la sustitución, que la ley ordena o permite, de una persona por otra. La persona sustituida no es entonces más que la prolongación de la misma por la persona que la sustituyó. Se encuentra una sustitución análoga en materia de responsabilidad civil, donde es el fundamento de la responsabilidad de los comitentes.¹ Ella permite resolver los problemas planteados por la responsabilidad del Estado, de las colectividades públicas y, más generalmente, de las personas morales.

156. Conclusiones. El análisis técnico del consentimiento, condición esencial de la formación de los contratos, su descomposición en una oferta y en una aceptación, fueron descuidados por los redactores del Código Civil. De ahí que la jurisprudencia se vio obligada a resolver las múltiples dificultades surgidas en este campo. Las soluciones que les ha dado son generalmente felices, porque no ha querido enredarse en un sistema *a priori*. La carencia del legislador no es menos lamentable: en ciertos campos, como en el del contrato entre ausentes, la Corte de casación ha vacilado durante mucho tiempo —y puede ser que todavía vacile— en pronunciarse firmemente. Ello es fuente de inseguridad.

Para que un contrato se forme válidamente, no es suficiente la voluntad de existir y demostrar su existencia por una manifestación exterior. Para obligar a su autor, la voluntad debe ser sana; se dice que ella no debe estar atacada por un vicio. Esta vez, los redactores del Código Civil, guiados por los autores de nuestro antiguo derecho, han establecido las reglas que fueron suficientes para ser interpretadas por la jurisprudencia.

155 (1) Cf. *infra*, n° 483.