

do los otros no aceptaren, habrá contrato; en caso contrario éste no se formaría por falta de consentimiento. (1)

§ II.—¿QUE ES CONSENTIR?

Núm. 1. *Del ofrecimiento.*

468. El consentimiento es un concurso de voluntad y la etimología de la palabra "consentir" indica que dos personas quieren una misma cosa, pues una de ellas hace un ofrecimiento, es decir, declara querer esta cosa, y la otra declara querer lo que se le propone; hay, pues, dos elementos en el consentimiento: el ofrecimiento y la aceptación. Este concurso de voluntades formará un convenio si una de las partes entiende conferir á la otra el derecho de exigir en juicio el cumplimiento de lo que le ofrece y si la otra entiende adquirir este derecho.

469. Se da el nombre de "policitación" al ofrecimiento que no ha sido aceptado todavía. La policitación no obliga á quien hace el ofrecimiento sino hasta que es aceptado. Pothier, que quiere demostrar que el derecho positivo está de acuerdo en el derecho natural, tiene cuidado de probar que, según el puro derecho natural, la policitación no produce ninguna obligación propiamente dicha, pues el que ha hecho una promesa puede desdecirse mientras no ha sido aceptado su ofrecimiento por aquel á quien lo hizo. La razón es sencilla y decisiva: la obligación tiene por correlativo necesario un derecho que permite exigir el cumplimiento, y así como no hay derecho sin obligación, no hay obligación sin derecho. Ninguna persona puede adquirir un derecho sin su voluntad; yo no puedo daros por mi sola voluntad un derecho sobre mis bienes, sino que es necesario que vuestra voluntad concorra con la mía para

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 291, nota 7, pfo. 343 y las autoridades que citan.

que adquiriréis la propiedad de la cosa que os quiero transmitir; y del mismo modo no puedo acordaros un derecho contra mi persona sin que vuestra voluntad concorra con la mía para adquirirla, por la aceptación que hacéis de mi promesa. Pothier añade que el derecho romano admitía una excepción á este principio, revalidando las simples policitaciones que un ciudadano hiciese á su pueblo, pero que en el derecho francés no hay más que policitaciones obligatorias. (1) Esto no tiene ninguna duda, y, sin embargo, la cuestión ha sido llevada ante los tribunales; hé aquí por qué hemos reproducido la demostración de Pothier, por muy elemental que sea, pues debe insistirse sobre los principios, aun cuando parezcan evidentes.

407. En los títulos "De la Venta" y "Del Alquiler" examinaremos las dificultades á que dan lugar las promesas de vender y de alquilar, limitán los por el momento á relatar algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Pothier tiene razón de discutir las cuestiones de derecho bajo el punto de vista de la equidad natural, porque los hombres están dispuestos á escuchar la voz de una equidad, muchas veces engañosa, de preferencia á los principios de derecho que ignoran la mayor parte. Dos cortes de apelación han sido engañadas. La Corte de Montpellier ha declarado válida una proposición no aceptada, bajo el pretexto de que sería muy duro que una de las partes no pudiese proceder mientras que la otra puede ejercer sus derechos con todo rigor. Esto era violar el principio elemental prescripto por el art. 1,101, según el cual, el contrato no se forma más que por el concurso de la persona que se obliga y de la persona en favor de quien se consiente la obligación; la sentencia fué casada por exceso de autoridad. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 4.

2 Casación, 14 de Agosto de 1818 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 47, 1º).

Hay cuestiones que jamás deberían llevarse ante los tribunales: la ley obliga á los hijos á administrar alimentos á sus padres, pero ¿á falta de la ley no bastaría la voz de la naturaleza? Cuando hay muchos hijos cuya posición es diferente, la parte con que contribuya cada uno debe regirse conforme á las facultades del dador, de donde nacen controversias que el juez está llamado á decidir. En uno de estos juicios, una persona se valió de la promesa que un hijo había hecho de acoger, alimentar y vestir á su anciano padre, pero éste había rehusado; desde luego no había ninguna obligación y la deuda civil y natural continuaba pesando sobre todos los hijos, los cuales fueron condenados á pagar al autor de sus días una modesta pensión que se elevaba á 200 francos. (1)

Singulares complicaciones han hecho llevar ante la Corte de Casación juicios en que se trataba de resolver que un ofrecimiento no aceptado no es obligatorio. Un obrero es herido trabajando en una cantera. Acción de daños y perjuicios contra el Director y contra la Compañía. ¿Ante qué tribunal debe intentarse la demanda? El obrero persigue al Director ante el tribunal de su domicilio, y la Compañía pretende que habiendo hecho ofrecimientos venía á ser deudora principal y que el proceso debía llevarse ante el tribunal de su domicilio. Sentencia que rechaza esta pretensión. Recurso de casación. La Corte decidió que como los ofrecimientos hechos por la Compañía no habían sido aceptados, el empleado quedaba como deudor principal y que, por consiguiente, la acción había sido intentada válidamente ante el juez de su domicilio. (2)

El principio de que la policitud no es obligatoria se aplica á todas las materias, porque el derecho común obli-

1 Grenoble, 8 de Abril de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

2 Rejet, 19 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 221).

ga á todo el mundo, tanto á los municipios y al Estado como á los particulares. Un propietario es vulnerado por los trabajos de utilidad pública hechos por un ayuntamiento, y declara aceptar la indemnización propuesta por los peritos, pero el ayuntamiento rehusa. Nueva apreciación que valúa el daño en 40,000 francos, en tanto que la parte vulnerada se había contentado desde luego con una indemnización de 23,000 francos. El ayuntamiento invoca entonces el ofrecimiento primitivo; pero el Consejo de Estado da la razón al propietario porque sus ofrecimientos habían sido rehusados y no había resultado ningún lazo de obligación, quedando, por consiguiente, en la plenitud de sus derechos. (1)

En materia de derecho fiscal existe también el principio de que los ofrecimientos no aceptados no producen ni contrato ni obligación, pues no hay lugar para percibir los derechos que no se deben sino por convenio definitivo. (2)

471. Para que el concurso de voluntades forme un contrato, se necesita que la aceptación y el ofrecimiento sean idénticos, es decir, que concuerden en todos sus puntos, lo cual resulta de la noción misma del consentimiento. ¿Puede decirse que dos personas quieren la misma cosa cuando una quiere vender el fundo A y la otra quiere comprar el fundo B? ¿Cuando uno quiere vender en 20,000 francos lo que el otro no entiende comprar más que en 15,000? ¿Cuando uno quiere prestar y el otro quiere comprar? En todos estos casos hay ofrecimientos no aceptados y no nace obligación. Sin embargo, se han propuesto ca-

1 Decreto del Consejo de Estado, de 13 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 3, 39).

2 Rejet, de la Corte de Casación de Bélgica, 16 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 271), y Dalloz, en la palabra *Registro*, 166.

sos en los que, á pesar de la diferencia que separa á las partes, hay ó puede haber concurso de voluntades. Yo ofrezco prestaros 20 y aceptáis 10: ¿habrá préstamo por 10? Cuestión muy controvertida; Pablo y Ulpiano dicen que sí, Gayo que nó y Justiniano se atiene á esta última opinión; pero los autores modernos se dividen. (1) Todavía agitan estas cuestiones inútilmente á la escuela, porque es cuestión de intención, y ¿cómo decidir *á priori* cuál será la voluntad de las partes interesadas en las diversas circunstancias? Abandonamos al juez el cuidado de resolver las cuestiones de hecho, quien lo hará mejor que el más profundo de los teóricos.

472. Generalmente el ofrecimiento y la aceptación se hacen entre personas presentes, la una sigue inmediatamente al otro y el contrato se forma en el mismo momento; pero puede también suceder que una de las partes haga un ofrecimiento y que la otra se reserve á aceptar ó rehusar, y, en este caso, la aceptación se hace después de un plazo más ó menos largo. Cuando las dos personas interesadas no están presentes, el ofrecimiento se hace por correspondencia, en cuyo caso hay, necesariamente, un plazo entre el ofrecimiento y la aceptación. Nace entonces la cuestión de saber en qué época puede ó debe hacerse la aceptación y bajo qué condiciones será válida. La cuestión presenta dificultades que la prodigiosa rapidez de las correspondencias telegráficas ha aumentado; las distancias casi se han suprimido, pues se habla y se responde por medio del telégrafo con la rapidez del relámpago; los cambios llevados á efecto por las vías de correspondencia, han amenazado también hacer cambiar los principios de derecho que rigen el ofrecimiento y la aceptación.

473. Hay un primer punto que no es dudoso. La polici-

1 Laronyière, t. 1<sup>o</sup>, pág. 9; art. 1, 101, núm. 10. Toullier, t. 3<sup>o</sup>, 2, pág. 17, núms. 27 y 28.

tación puede proceder tanto de quien entiende obligarse como del que entiende adquirir un derecho, importando poco cuál de las futuras partes contratantes tome la iniciativa. En los convenios sinalagmáticos esto es evidente, puesto que quien hace el ofrecimiento será, si es aceptado, acreedor y deudor, siendo lo mismo de las promesas que no deben obligar más que á una de las partes. Generalmente el futuro deudor es el que toma la iniciativa: yo prometo una recompensa á quien encuentre y me remita una cosa que he perdido; esto, precisamente, es aceptado tácitamente por todos los que están en el caso de poder encontrar la cosa, en el sentido de que quien la encuentre tendrá una acción contra el dueño. (1) Sin embargo, se presentó un caso en el cual el ofrecimiento fué declarado no obligatorio: un viajero perdió en el camino su petaca, que contenía una suma de 20,000 francos; hizo averiguaciones y el que la encontró negó haberla encontrado. El propietario de la petaca ofreció una recompensa de 2,000 francos al que la restituyera, y solamente entonces el que la había encontrado se resolvió á devolverla y se le ofreció la suma de 200 francos que rehusó. La Corte da la razón al dueño, porque era manifiesto el dolo del que encontró la cosa, pues había obligado á ofrecer una recompensa muy fuerte, y ninguna persona puede aprovecharse de su dolo, y, por consiguiente, el ofrecimiento era nulo respecto de quien lo había provocado por su mala fe. (2)

474. Se ve por este ejemplo que no es necesario que el ofrecimiento se haga á determinada persona, sino que basta que se dirija á las que están en el caso de poderlo aprovechar. Una Empresa de transportes se anuncia al público

1 Fallo del Tribunal de Turín, de 3 de Agosto de 1810 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 48).

2 Bruselas, 31 de Enero de 1828 *Rosieris*, 1828, 3, 370.

por medio de los diarios, por avisos y por cartas circulares. La Compañía se obliga á transportar mercancías, según la tarifa señalada por ella, á dia fijo. Este ofrecimiento es aceptado tácitamente por todos los que recurran á la Empresa, y, por consiguiente, se ha formado la obligación recíproca y la Compañía debe cumplirla, no pudiendo rechazar las mercancías, dando arbitrariamente la preferencia á unas en perjuicio de otras, lo cual sería faltar á la ley del contrato que se formó sobre la fe del ofrecimiento aceptado por las partes interesadas. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) Lo mismo sucede con todos los que ejercen un comercio ó una industria y que anuncian al público las condiciones bajo las cuales trataran con los parroquianos, pues están ligados de antemano, con todos los que se presenten á tratar, con las bases que han determinado ellos mismos. (2)

475. Del principio que el ofrecimiento no aceptado no obliga á quien lo hace, se deduce que el ofertante puede retractarse sin otra razón que el cambio de voluntad, pues sólo ésta se encuentra en juego y la voluntad del hombre es inconstante y no tiene que dar cuenta de su cambio de voluntad, porque ésta no ha dado derecho á ninguna persona.

La Corte de Burdeos ha aplicado este principio á la subscripción que una persona hace de una obra de librería, decidiendo que es un simple ofrecimiento que no es obligatorio sino hasta que lo acepta el editor; pero dudamos que sea justa la aplicación. El editor es quien hace al público ofrecimientos, anunciando la publicación de una obra bajo las condiciones que determina, y los que aceptan estas condiciones, subscribiéndose, se obligan definitivamente, sin

1 Aix, 8 de Febrero de 1853 (Daloz, 1855, 2, 329), y los autores citados por Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 102.  
2 Massé y Vergé, acerca de Zachariæ, t. 3º, pág. 553, nota 5.

que sea necesario que intervenga una nueva aceptación del editor, porque ya aceptó de antemano. Esto nos parece cierto cuando el editor envía prospectos de subscripción, pues en el prospecto firmado que se le devuelve consta la aceptación del subscriptor y se ha formado el contrato. En el caso, había circunstancias particulares que originaron la decisión de la Corte: el prospecto había sido presentado por un dependiente; acosado por solicitudes, una persona se subscribió, pero arrepintiéndose luego, buscó al dependiente para rescindir una subscripción que sus recursos no le permitían, y como no pudo encontrar al dependiente, escribió al editor, el abate Miguel, proponiéndole borrar su subscripción. La delicadeza, sin duda, habrá debido obligar al editor á satisfacer este deseo; pero en derecho, una obligación no puede rescindirse desde el momento en que se forma el contrato; (1) así, pues, la retractación del ofrecimiento no puede tener lugar sino después de haber estado largo tiempo en estado de policitud, (2) y, en el caso, no había ofrecimiento, había aceptación del ofrecimiento.

476. ¿Hasta cuándo puede retirar su ofrecimiento el policitante? En derecho estricto, la policitud no obliga más que al que hace el ofrecimiento y, por lo mismo, puede retirarla en seguida ó después de algún tiempo de haberlo hecho y de no ser aceptado. Hemos dicho en estricto derecho, porque ciertamente podría reclamarse, en nombre de la equidad natural, que el ofertante deje un plazo moral á la otra parte, á fin de que tenga tiempo para reflexionar y decidirse; pero, en derecho, esto sería poner una restricción á la libertad del ofertante, la cual, en principio, queda entera, porque únicamente su voluntad está de por medio, él sólo podría encadenarla, y un simple ofreci-

1 Burdeos, 13 de Junio de 1852 (Daloz, 1855, 2, 322).

2 Turín, sentencia de 1870 (Daloz, en la palabra *Venta*, número 713).