

tos en el curso de un juicio, en la audiencia, los cuales son simples peticiones que no obligan al ofertante sino cuando son aceptadas por la otra parte; esto se hace generalmente pidiendo acta del ofrecimiento y de la aceptación; es decir, que el escribano hace constar en una hoja de los autos lo que se ha dicho. Pero no es necesario que el juez dé acta á la parte en favor de quien se hizo el ofrecimiento, pues basta que acepte, porque la aceptación queda en los términos del derecho común cuando las declaraciones se hacen en juicio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre estos principios. (1)

481. Los ofrecimientos hechos y retirados antes de la aceptación, pueden causar un perjuicio á quien fueron dirigidos, preguntándose si el ofertante está obligado á indemnizarlo. Pothier responde afirmativamente y supone que después de haber hecho el ofrecimiento, el ofertante lo retira, muere ó queda privado del uso de la razón. El contrato no puede formarse aunque la aceptación haya tenido lugar en la ignorancia de la denuncia ó del cambio de voluntad de quien hizo el ofrecimiento. Pero, dice Pothier, si mi carta ha causado algún daño á mi corresponsal, por ejemplo, que haya bajado el precio de las mercancías y el comerciante haya perdido una ocasión que se le presentaba para venderlas antes de la baja, estaré obligado á indemnizarle en virtud de la regla de equidad, que dice que ninguna persona debe sufrir por el hecho de otra. Los autores modernos son de la misma opinión; (2) pero nos parece que no puede sentarse como regla absoluta la obligación, para el ofertante, de reparar el daño que experimente la otra parte por la retractación del ofrecimiento.

1 Merlin, *Recopilación*, en la palabra *Contrato Judicial*. Larombière, t. 1º, pág. 13, núm. 16 del art. 1,101. Véanse las sentencias insertadas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 92.

2 Pothier, *De la Venta*, núm. 32. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 293, nota 17. Demolombe, t. 24, pág. 68, núm. 71.

El que retira un ofrecimiento hace lo que tiene derecho de hacer, y el que usa de un derecho no causa perjuicio á otra persona, y en este sentido no debe reparar el daño que resulta del ejercicio de su derecho. Inútilmente se dirá que ha causado esta pérdida por su hecho, pues se necesita algo más que el hecho del daño; se necesita una falta para que haya lugar á la acción de daños y perjuicios (art. 1,147.) ¿Puede invocarse el art. 1,382, según el cual, todo "hecho" del hombre que causa un daño á otro, debe repararlo el que lo causa, aun cuando la "falta" provenga del dañado? El texto mismo que se cita arguye contra la doctrina que debería apoyar, pues exige que haya una falta, y, en el caso, no hay ninguna, porque no se puede decir que por el hecho de ofrecer á la otra parte, haya experimentado el daño; podría atenderse á la retractación del ofrecimiento, pues nada le impedía aprovechar la ocasión de vender, y si no lo ha hecho, ha sido, sin duda, porque tenía algún interés, haciendo un falso cálculo y una mala especulación, por la que no puede hacer responsable á otro.

§ III. —DE LA EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

482. La ley nada dice respecto del modo en que debe expresarse el consentimiento. No es necesario que la voluntad se declare por palabras, pues siempre que por un signo ó por un gesto la parte interesada declare suficientemente que quiere, existe el consentimiento, y, por consiguiente, se forma el contrato, lo cual es de derecho natural y de tradición. Por aplicación de este principio, se admite que los sordomudos válidamente manifiesten su voluntad por medio de signos, (1) y también puede expresarse el consentimiento por medio de hechos, que es

1 Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pág. 183, núm. 125.

lo que constituye el consentimiento tácito, el cual siempre ha estado colocado en la misma línea que el consentimiento expreso. Se conoce el antiguo proverbio: *Eadem vis est taciti atque expressi consensús*. El Código Civil consagra esta máxima de derecho natural por las aplicaciones que hace. Hemos mencionado el mandato tácito que es el más usual de los contratos, puesto que se forma en todas las familias, y subsiste regularmente durante el matrimonio (art. 1,985). Hay otro contrato muy usual y que se forma frecuentemente por el consentimiento tácito, y es el arrendamiento cuando hay subarrendamiento tácito (art. 1,759). El mismo principio se aplica á toda clase de contratos. (1) Se necesita que los hechos de los que se induce el consentimiento no dejen ninguna duda respecto de la voluntad de quien consiente, porque debe cuidarse de no confundir el consentimiento tácito con el consentimiento presunto. El consentimiento no se presume jamás, pues se necesita nuestra voluntad positiva para obligarnos y para adquirir un derecho.

483. Este principio resuelve una cuestión que se ha querido discutir en la escuela, y que muchas veces se ha presentado ante los tribunales. Se pregunta si el silencio equivale al consentimiento, y hay sobre este punto un proverbio antiguo que dice: *Qui tacet consentire videtur*; pero esto no es exacto. Cuando yo guardo silencio, no manifiesto ninguna voluntad, como dice muy bien Massé en su "Derecho Mercantil:" yo no digo nó, pero tampoco digo sí. Mi silencio no manifiesta más que la intención de callar y de no tomar ningún partido. Lo que engaña á las personas extrañas al derecho, es que muchas veces el contrato se forma, aunque una de las partes guarde silencio; pero el silencio solo no produce este efecto, sino que re-

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 23, núm. 33. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 293, nota 19, pfo. 343.

sulta de hechos que lo acompañan y que le dan una significación que no tiene por sí mismo. El adagio "quien calla otorga," es verdad cuando el que calla tenía obligación de responder, pues si no estaba obligado, el silencio no produce ningún efecto, porque faltando el consentimiento ningún contrato puede formarse. ¿Cuándo puede decirse que el que calla está obligado á responder? La dificultad se presenta sobre todo en la correspondencia entre comerciantes: remitimos á nuestros lectores á la excelente obra de Massé que prevee los diversos casos y decide las cuestiones según la variedad de circunstancias, (1) limitándonos tan sólo á tomar un ejemplo de la jurisprudencia.

La Corte de Casación ha resuelto, en derecho, que el silencio de quien se pretende obligado no puede bastar, á falta de otra circunstancia, para hacer prueba contra él, de la obligación alegada. (2) ¿Cuáles son las circunstancias que da el efecto de aceptación al silencio? Esta es, evidentemente, una cuestión de hecho, y el Tribunal de Comercio de Burdeos la ha resuelto muy bien en un fallo en que la Corte adoptó los motivos. Se objetará, en el caso, que nadie está obligado á responder á las cartas de ofrecimiento que recibe. Sin duda, dice el Tribunal, pero es de jurisprudencia y de antigua tradición, que cuando un negociante recibe una carta que contiene una orden de expedición, de una persona con la que está en relaciones mercantiles, la falta de respuesta en un prolongado tiempo puede constituir por su parte una aceptación tácita que hace perfectamente el trato. El Tribunal agrega que si el que recibe la carta pudiera dejarla sin respuesta, se reservaría la facultad de aceptar ó de rehusar, según la suerte

1 Massé, *El Derecho Mercantil*, 2ª edición, t. 3º, pág. 44, números 1,459 y siguientes.

2 Casación, 22 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 257).

de ganancia ó de pérdida que presentara el trato, en tanto que el que hace el ofrecimiento quedaría expuesto á un grave perjuicio si, contando con una aceptación, había contraído obligaciones que una repulsa tardía le ponía en la imposibilidad de cumplir. A esto se llegó en el caso. El comerciante, que había recibido una orden para vender 100,000 kilogramos de brea clara, había comenzado por ejecutar el negocio cuando los precios tuvieron una alza importante, y entonces pretendió que no estaba ligado; estas reticencias corresponden al dolo y deshonran al comercio. A los tribunales consulares corresponde mantener la buena fe que debería ser el alma de las relaciones mercantiles. (1)

§ IV.—DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Núm. 1. ¿Cuáles son las causas que vician el consentimiento?

484. Según el art. 1,109, "no hay consentimiento válido si se ha dado por error ó si se ha arrancado por violencia, ó sorprendido por dolo." La ley dice que el consentimiento no es "válido," lo que quiere decir que hay consentimiento, pero que está viciado y en razón de este vicio es nulo, y la nulidad del consentimiento entraña la nulidad del contrato (art. 1,117). Los vicios anulan el contrato, pero no le impiden existir (núm. 453), y no hay ninguna diferencia respecto de esto entre el error y las otras causas que vician el consentimiento. Sin embargo, se lee en las leyes romanas, y los autores modernos lo repiten, que el error es algo más que un vicio; que quien consiente por error no consiente realmente; lo que conduciría á la consecuencia que un contrato viciado por error es un contrato inexistente. Dejamos á un lado el derecho romano para acercarnos á la fuente inmediata del Código. Escuchamos á

1 Burdeos, 3 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 166).

Pothier quien distingue y su distinción ha sido reproducida implícitamente por el art. 1,110.

Hay casos en que el error produce el efecto de hacer inexistente el contrato, y otros en que el error, lo mismo que el dolo y la violencia, no hacen más que viciar el consentimiento y el contrato. ¿Cuándo hace el error que no haya consentimiento? Pothier responde: "Los convenios se forman por el consentimiento de las partes, y no puede haber consentimiento cuando las partes han errado sobre el objeto de un convenio;" pero esto no quiere decir que si no hay consentimiento no haya contrato, porque sea inexistente.

Pothier explica en seguida en qué casos hace el error que no haya consentimiento. Nosotros ya los hemos expuesto al tratar de la inexistencia de los contratos. El error recae sobre la naturaleza del convenio: quiere usted vender y yo entiendo alquilar; no hay ni venta ni arrendamiento, porque nuestras voluntades no concuerdan sobre ninguno de los dos contratos, y no se concibe contrato sin concurso de voluntad. Usted quiere vender y yo quiero comprar; pero usted entiende vender tal cosa y yo entiendo comprar otra: no hay venta, porque nuestras voluntades no concurren sobre un elemento esencial de la venta, cual es la cosa de que es objeto. Lo mismo será si hay disenso respecto del precio, y en todos estos casos, dice Pothier, no hay consentimiento, y, por lo mismo, no hay contrato. (1)

El Código no habla del error sobre la naturaleza del contrato ó sobre sus condiciones, sino únicamente del error sobre la substancia de la cosa; es decir, sobre las cualidades esenciales, como acabamos de explicarlo. Este error, lo mismo que la violencia y el dolo, no impide que exista el consentimiento, pues hay concurso de voluntades y hay

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 17.