

LA OFERTA:

EL ADÁN DEL CONTRATO



Sahara Ximena Bejarano

El consentimiento se define como *"la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos"* (Ospina Fernandez y Ospina Acosta, 1983) que supone una concurrencia de voluntades, por esto entendemos que el consentimiento es fundamental al hablar de un negocio jurídico plurilateral. El Código de Comercio en su artículo 864 expresa que "se entenderá celebrado el contrato en el momento en que el proponente reciba la aceptación de la propuesta" dando a entender que para que un contrato exista antes debe haber un proceso de formación, el contrato es el producto de la oferta y de la aceptación. A través del presente ensayo se pretende ahondar en el significado y la importancia indiscutible de la oferta en los negocios jurídicos, demostrar que la oferta tiene un carácter de obligatoriedad en el régimen jurídico colombiano, exponer sus elementos esenciales, discutir y concluir a qué tipo de sujetos es válido dirigir la oferta. Para entender el concepto y sus alcances se tendrán en cuenta el Código de Comercio Colombiano y la percepción de distinguidos doctrinantes.

En la doctrina del derecho civil existen diferentes teorías acerca del valor de la oferta. En primer lugar, para la teoría clásica la oferta no tiene fuerza obligatoria antes de que se dé su aceptación,

fundamentado en que no se acepta que una persona pueda obligarse por su propia voluntad, ya que solamente cuando concurren las dos voluntades nacen las obligaciones. Para esta teoría el término de obligación recae exclusivamente en el consentimiento. De acuerdo con esta hipótesis el oferente puede retractarse sin ninguna responsabilidad siempre y cuando todavía no se haya expresado la aceptación. Además, la obligación caduca cuando al oferente le sobreviene alguna incapacidad o muerte. Los mayores exponentes de esta teoría son los franceses quienes en su código (Le Code Civil) consagran el contrato casi como una estructura estática sin tener en cuenta el proceso de formación de esta.

"Le Code ne s'intéresse nullement à un quelconque processus de formation du contrat, ce dernier étant envisagé comme un édifice statique, bâti instantanément sur la réunion de quelques éléments essentiels, au sommet desquels trône le consentement (...). Pour la majorité des auteurs, le consentement est au cœur de la formation du contrat. Selon Domat, « le consentement fait la convention » De même, pour Pothier, l'essence de la convention consiste dans le consentement." (Montero, É, & Demoulin, M, ND)

Por otro lado, la teoría moderna establece que la oferta obliga al oferente aún

antes de que la oferta sea aceptada pese a que la aceptación del destinatario es indispensable para el ejercicio del derecho, no lo es para su nacimiento, en consecuencia para la teoría moderna la oferta es irrevocable, no caduca ni por muerte, incapacidad o insolvencia, además debe tener un plazo, es decir, una duración limitada. Esta doctrina tuvo origen en Alemania cuyo código civil (**Bürgerliches Gesetzbuch BGB**) en la sección 145 dicta: *"Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat"* (Cualquier persona que ofrezca a otra firmar un contrato es limitada por la oferta, a menos que él haya excluido la limitación por ella) y en su sección 146 *"Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird "* (Una oferta expira si una denegación se hace al contratista, o si no se hace ninguna aceptación a esta persona en tiempo hábil de acuerdo con las secciones 147 a 149.)

En medio de estas dos teorías se encuentra la teoría eclética la cual implica que la oferta no aceptada no impone ninguna obligación empero existen algunas excepciones. En las cuales no nos detendremos puesto

que muy pocos estados han adoptado dicha postura.

Para el Código Civil colombiano en su artículo 1494 *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...)"* . Aunque este código guarda silencio sobre la oferta y su carácter obligatorio, pese a esto podemos afirmar que el régimen jurídico colombiano a través de su Código de Comercio ha aceptado la teoría moderna de la oferta. Así, vemos cómo en su artículo 846 se le designa a la oferta un carácter imperativo al expresar que:

"La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria"

Para el Código de Comercio en su artículo 845 *"La oferta o propuesta, es el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra (...)"* . Vemos

cómo la norma se refiere al carácter unilateral de la oferta, es decir a la vinculación que ésta tiene para una de las partes. Sin embargo, se ha generado una controversia en la doctrina pues el legislador expresa que "es un proyecto de negocio jurídico" y no expresa que es un negocio jurídico de carácter unilateral, por lo que es entonces determinante comprender la intención del legislador al generar la norma. Si la norma se entiende semánticamente se deduce que la oferta no es un negocio jurídico sino un mero proyecto de este, pero esta interpretación es errónea ya que la oferta efectivamente consiste en un negocio jurídico unilateral, pues el oferente se obliga en primera instancia a dar, hacer o no hacer aunque esta obligación aún no sea exigible pues carece de aceptante. Por ejemplo, si un comerciante ofrece en su puesto obleas, al llegar un comprador el vendedor no puede retractarse y no darle el producto, pues al realizar el ofrecimiento se obligaba frente a quienes aceptan. En nuestra concepción el legislador hace referencia a la vocación que tiene la oferta de volverse plurilateral. Entonces de este fragmento del artículo debe decirse que la oferta es un negocio jurídico unilateral con vocación de ser plurilateral en el momento en que una persona la formula a otra.

Sigue el artículo 845 del C.Co "(...) *deberá contener los elementos esen-*

ciales del negocio y ser comunicada al destinatario (...)". Este fragmento del artículo refuerza el planteamiento anterior. Imaginemos por un momento que la oferta no contenga el elemento esencial del negocio jurídico, entonces ésta oferta no sería la propia de ese negocio jurídico; ahora bien, imaginemos que la oferta contiene todos los elementos del negocio jurídico pero que no es un negocio jurídico, esto suena absurdo pues conteniendo todos los elementos esenciales de un negocio jurídico específico no queda más remedio que admitir que la oferta es un negocio jurídico unilateral. Al decir que la oferta tiene los elementos esenciales del negocio jurídico pero que la oferta no es un negocio jurídico se negaría el carácter sustancial de los elementos esenciales.

Por otro lado, la norma exige que la oferta sea comunicada al destinatario. Entendiendo que la oferta tiene una vocación de volverse plurilateral es evidente que debe ser comunicada a alguien más, adicionalmente recordamos que nadie está obligado a lo que no conoce.

Finaliza el artículo diciendo que "*Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario*". Es un medio adecuado aquel que le permita al destinatario conocer acerca de la oferta. Si

el vendedor de obleas sólo murmura la oferta al pasar por al lado de las personas haciendo la oferta inaudible, se entenderá que no ha cumplido con comunicar al destinatario de modo idóneo.

Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve la oferta se define como: *“un negocio jurídico univoluntario, de contenido patrimonial que contiene todos los elementos del contrato, de manera que una vez comunicada, sólo requiere para que se perfeccione la aceptación de la otra parte, o el cumplimiento de las formalidades legales (...) o la entrega si es un contrato real”*. Alessandri en cambio la define de un modo sencillo como: *“el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un determinado contrato”*, pero no cualquier propuesta de celebración de un negocio jurídico podría considerarse como una oferta. a diferencia de lo que plantea en la definición citada anteriormente el Código de Comercio colombiano exige que esta contenga los elementos esenciales del negocio jurídico y que sea comunicada al destinatario.

De acuerdo con Ledesma Gil la oferta debe ser:

- 1. Seria**
- 2. Exteriorizada**
- 3. Completa**
- 4. Voluntaria**

La seriedad consiste en que la oferta se dé con la intención de producir un vínculo jurídico, ya que no cualquier expresión de la voluntad repercute en el ámbito jurídico. Si hoy me levanto y le escribo un correo a la súper modelo Kendall Jenner diciendo que la quiero conocer he expresado efectivamente mi voluntad, sin embargo esta expresión no genera ninguna obligación dado que es un simple deseo que no obliga a nadie. Diferente es cuando una emisora genera un sorteo para conocer a la súper modelo Kendall Jenner pues esta expresión de voluntad sí genera una obligación. Del mismo modo, se espera que se aleje la posibilidad de la retractación o del desconocimiento de la propuesta hecha y que suponga para el destinatario o aceptante la idea de expresar si acepta o rechaza o genera una nueva oferta o contrapropuesta, y así, hasta formar el consentimiento.

Como ya se mencionó anteriormente, la oferta debe ser comunicada, sin embargo el régimen jurídico deja a discrecionalidad del ofertante el modo en el que desea comunicar su oferta, en consecuencia es válido admitir que existe la posibilidad de ofertar de un modo tácito que no es equivalente al silencio, pues el modo tácito exige alguna ejecución de manera expresa verbal o escrita. La irrelevancia de la modalidad de la comunicación recae en que lo importante de ella no es el

modo en el que se comuniquen sino que sea hecha de tal forma que, para el nacimiento del contrato baste con que el destinatario exprese su aceptación. Se permite cualquier modo de comunicación siempre y cuando permita el adecuado entendimiento de la oferta.

Una oferta completa es aquella que contiene los elementos esenciales y las solemnidades requeridas, de ser el caso. Por último, la voluntad se predica de una oferta que se expresa libremente.

Dado que la oferta es un negocio unilateral con vocación a volverse plurilateral es necesario aludir al destinatario, pues al momento de realizarse la oferta el destinatario no contrae ninguna obligación. Sin embargo, de éste depende que la oferta se transforme en un negocio jurídico plurilateral o no.

La oferta puede destinarse a un sujeto determinado del cual predica la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional en su art. 14:

“1.- Una propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituye una oferta si es suficientemente precisa y si refleja la voluntad de su autor de obligarse en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa cuando indica las mercancías y, expresa o implícitamente, fija la cantidad y el precio o da

las indicaciones que permitan determinarlos”

Así por ejemplo, cuando nos llaman a ofrecernos un plan telefónico fijando el precio y las condiciones estamos ante una oferta determinada pues por más que la empresa llame a varios usuarios está llamándolos específicamente a ellos.

Sin embargo, la doctrina entra en conflicto sobre la validez de realizar la oferta a un sujeto indeterminado. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional en el segundo inciso del artículo mencionado con anterioridad establece que *“una propuesta dirigida a personas indeterminadas sólo se considera como una invitación a ofertar, a menos que quien formule la propuesta exprese claramente lo contrario”*, es decir que la propuesta de un negocio jurídico a una persona indeterminada sólo es un negocio jurídico cuando el oferente así lo expresa. Esta condición nos parece innecesaria dado que bajo nuestro régimen *“las ofertas hechas al público, o, en general a personas indeterminadas, realizada la oferta y conocida por los destinatarios, el oferente queda obligado, sin que se sepa inicialmente quién asumirá el papel de acreedor”* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2010) como ocurre con el servicio de transporte público. Mientras este circula, no es necesario que lleve

un cartel o a una persona anunciando que se obliga a llevar a quien se monte por determinado precio a determinado destino sino que basta con que circule dando a conocer el precio de su servicio y los destinos a los que se dirige para entender que se está obligando ante cualquier público mientras dicho público necesite el servicio.

La síntesis de esta materia la expresa de modo breve el Doctor Díez-Picazo al afirmar que *"Es requisito esencial de la promesa su carácter público o la divulgación dada a la misma. Es sin embargo indiferente que se dirija a la generalidad o sólo a una determinada categoría de personas."*

Es necesario en este punto diferenciar entre la oferta pública y la publicidad, pues aunque ambas recaen sobre un sujeto indeterminado el propósito de cada una es diferente. La publicidad pretende atraer a los clientes a un producto recalando sus virtudes, en cambio la oferta no sólo enuncia la existencia del producto. Un ejemplo de la publicidad puede ser un comercial de alguna fragancia de Carolina Herrera. La publicidad centra su atención en hacer atractivo el producto para el público, por otro lado, podemos pensar en las revistas de marcas como Avon en las cuales no sólo se publicita el producto sino que se expresa el precio del mismo.

En su "Manual de Derecho Civil" Llambias, Raffo y Sassot caracterizan la propuesta pública con cuatro elementos: el primero un sujeto determinado que se ofrece como deudor, es decir el oferente sobre el cual en primera instancia recae la obligación a ejecutar. Segundo, un sujeto no identificado que se reputa futuro acreedor de la referida prestación si cumple la condición anunciada, si acepta de modo claro y unívoco la oferta, es importante recalcar que la oferta debe ser aceptada de este modo pues de no serlo incurriríamos en el ámbito de una contra oferta; tercero la previsión de un hecho futuro, cuya realización se subordina al nacimiento de la obligación, por último, el anuncio público de la promesa por un medio de comunicación masiva, pues es evidente que si se espera que el receptor sea el público en general no sería idóneo comunicar la oferta de un modo moderado.

En conclusión, pese que el Código Civil colombiano no contempla la oferta podemos ratificar que el régimen jurídico colombiano es partidario de la teoría moderna de la oferta, según la cual es un negocio jurídico unilateral, que debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico y ser comunicada según el Código de Comercio. La oferta es de una negable importancia para este sistema dado que la existencia del contrato depende de ésta, la

oferta es como el Adán del contrato ya que genera su inicio. Adicionalmente el régimen jurídico a diferencia de la Convención de Viena sobre Compraventa

Internacional permite que la oferta se realice a cualquier tipo de destinatario, bien sea determinado o a un sujeto indeterminado.

BIBLIOGRAFÍA:

Burgerliches Gesetzbuch (bgb). (1900). Recuperado octubre 20, 2016, de <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

Código Civil. (1887). Recuperado octubre 17, 2016, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=39535>

Código de Comercio. (1971). Recuperado octubre 18, 2016 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=41102>

Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. (2011). Recuperado octubre 23, 2016, from <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/v1057000-cisg-s.pdf>

Diez-Picazo, L. (2008). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Navarra: Aranzadi.

Llambias, J., Raffo Benegas, P., & Sassot, R. A. (2005). Manual de Derecho Civil: Obligaciones. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Ledesma, J., Gil. (2014). Teoría General de las Obligaciones. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Montero, É., & Demoulin, M. (n.d.). La Formation du Contrat Depuis le Code Civil de 1804: Un régime en mouvement sous une lettre figée. Recuperado octubre 20, 2016, de <http://www.ovid.be/pdf/public/4563.pdf>

Ospina, E., Acosta, & Ospina, G., Fernández. (1983). Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Bogotá: Editorial Temis.

Valencia, A., Zea, & Ortiz, A., Monsalve. (2010). Derecho Civil, tomo III. De las obligaciones. Bogotá: Temis.