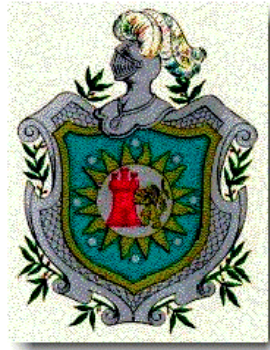


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN-LEÓN**



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADOS EN DERECHO

TEMA: CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO

AUTORES:

- **Helen Guadalupe García Mendoza**
- **Claudia Carolina Henríquez García**

TUTOR:

Dr.: Boanerges Cantillo Bravo

León, 21 de Septiembre de 2005.

“A la Libertad por la Universidad”

Dedicatoria

A *Dios* primeramente por darme luz y protección en este camino que decidí tomar.

A mis padres: *Maria Catalina Mendoza y Marcelino García Quiroz*, por que de ellos es este logro.

Gracias por ser mis padres, por apoyarme siempre incondicionalmente y por confiar en mí.

A mis hermanos: *Ernesto, Liliam, Néstor*, por ser parte de mi hermosa familia.

Al Dr. *Boanerge Cantillo*, por su paciencia y sus consejos y por que en él, encontré un maestro del cual aprender.

Helen Guadalupe García Mendoza

Dedicatoria

Dedico éste trabajo monográfico a **Dios en primer lugar**, por darme la oportunidad y la fé de poder concluir ésta parte de mis estudios.

A mi hijo Moisés Daniel Pérez Henríquez que con su sonrisa, cariño y travesuras contribuyo a que me esforzara cada vez más.

A mis padres. José Trinidad Henríquez Gutiérrez y Maria Cristina García Sevilla. Que si bien es cierto no son adinerados, pero unieron esfuerzos para poder solventar todas mis necesidades y poder culminar mis estudios.

A mis Hermanos: Georgina, Fabiola, Cristina, Reyneris, José Abraham, todos Henríquez García y *mis sobrinos: Abismael Núñez García, Geimi Núñez García, Yoiner Núñez García, José Abrahán Henríquez Leiva.* Que de una u otra manera me apoyaron con un granito de arena.

A mí Maestro Boanerge Cantillo Bravo, que con sus sabios consejos y paciencia nos tramito sus conocimientos.

Claudia Carolina Henríquez García

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a nuestro padre todopoderoso Dios creador del universo y a la Santísima Virgen María por darnos fuerza y salud a nuestros padres y hermanos por habernos apoyado en todo momento.

Yo, *Helen Guadalupe García Mendoza*, a la vez le agradezco con todo cariño a mi madre *María Catalina Mendoza García* y a mi padre *Ernesto Marcelino García Quiroz* por haberme apoyado en todo momento para llegar a esta meta espero que nuestro señor Jesucristo siempre nos de salud y trabajo así como se fueron mis Padres conmigo espero servirle en el futuro a y ha todos los que me rodean ya que mi meta es triunfar en la carrera que elegí y me va a servir para ser un ejemplo entre la familia que nunca es tarde para aprender una profesión.

Helen Guadalupe García Mendoza

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a nuestro padre todopoderoso Dios creador del universo y a la Santísima Virgen María por darnos fuerza y salud a nuestros padres y hermanos por habernos apoyado en todo momento.

Yo, *Claudia Carolina Henríquez García*, a la vez le agradezco con todo cariño a mi madre *María Cristina García Sevilla* y a mi padre *José Trinidad Henríquez Gutiérrez* por haberme apoyado en todo momento para llegar a esta meta espero que nuestro señor Jesucristo siempre nos de salud y trabajo así como se fueron mis Padres conmigo espero servirle en el futuro a y ha todos los que me rodean ya que mi meta es triunfar en la carrera que elegí y me va a servir para ser un ejemplo entre la familia que nunca es tarde para aprender una profesión.

Claudia Carolina Henríquez García

INDICE

INTRODUCCIÓN

Capítulo I

Consentimiento

1. El Consentimiento

1.0 Concepto	1
1.1 Aspectos modernos del consentimiento	3

2. Diversas Nociones del Consentimiento

2.0 Como acuerdo de voluntad.....	5
2.1 Como voluntad el deudor para obligarse	6

3. Naturaleza del Consentimiento

3.0 La voluntad y la necesidad de su manifestación.....	7
3.2 La autonomía de la voluntad	8
3.3 Limitaciones a la autonomía de la voluntad	12

Capítulo II

Formación del consentimiento

1. La Oferta

1.0 Concepto	16
1.1 Requisitos de la oferta	17
1.2 Clases de ofertas	19
1.3 La oferta con reserva	22
1.4 La oferta verdadera y simple invitación a tratar	22
1.5 Vigencia de la oferta	23

2. La Aceptación

2.0 Concepto	29
2.1 Requisitos de la aceptación	29
2.2 Concordancia de la oferta y de la aceptación	32
2.2 Silencio	33

3. Momento y Lugar de Formación del Contrato entre presentes y ausentes:

3.0	Momento y lugar de formación del contrato entre presente.....	35
3.1	Momento y lugar de formación del contrato entre ausentes.....	36

Capítulo III

Vicios del consentimiento

1. El Error

1.0	Concepto	42
1.1	Clases de error	43
1.2	Consecuencias del error, Nulidad relativa del contrato.....	49

2. La Violencia

2.0	Concepto	52
2.1	Clases de violencia	55
2.2	Requisitos de la violencia	56

3. El Dolo

3.0	Concepto	58
3.1	Nociones del dolo	59
3.2	Clases de dolo	61
3.3	Requisitos	63
3.4	Las nociones del dolo en sus relaciones con la noción del error ..	65
3.5	Nociones del dolo en su relación con las nociones de la Violencia	67
➤	Conclusiones	71
➤	Recomendaciones	72
➤	Bibliografía	73

INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación pretendemos hacer un estudio de unos de los elementos esenciales del contrato “El Consentimiento” el cual ha sido considerado como el alma de todo contrato y tiene que ver con la voluntad de cada uno de los contratantes, pues basta que las partes den su consentimiento para formar un contrato.

Según nuestro código civil en su Art. 2447 c expresa lo siguiente: “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. El consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia de contrato”.

El artículo anterior expresa que deben de existir dos elementos para perfeccionar el contrato el consentimiento y el objeto, el consentimiento no es el único elemento del contrato pero si la parte medular de todo contrato.

En el Art. 2479 c expresa lo siguiente: “todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratante y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causa legal.”

En los dos artículos anteriores nos da la formula jurídica con la que se expanden todas las actuaciones de los individuos en la vida contractual,

con el consentimiento se puede entrar en un contrato y con el mismo se puede salir siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos.

Nos interesamos en el tema debido a que, en el que hacer cotidiano del ser humano siempre se están realizando contrataciones lo que implica la emisión del consentimiento por cada uno de los contratantes y pretendemos con este estudio tener una mayor información acerca del tema a fin de que en nuestro ejercicio profesional lo aprovechemos tanto nosotros como los estudiantes que decidan consultar dicho tema.

En el presente tema propusimos abordar el consentimiento como tal sus requisitos para perfeccionarlos y los vicios susceptibles de afectarlo. Concluimos diciendo que esta pequeña investigación sirva de guía para estudiantes que decidan consultarlo.



CAPITULO I

El Consentimiento

1. El consentimiento

1.0 Concepto:

Etimológicamente la palabra "consentimiento" se deriva del latín consensus, derivado a su vez de cumsentir, significa (consentir) y por consiguiente, es el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión.¹

El consentimiento es pues, el elemento voluntario y sobre el cual se asienta el contrato; El consentimiento como resultado de un acto colectivo donde existe una pluralidad de declaración de voluntad es un acto esencialmente bilateral, aluden a dualidad o pluralidad de participantes cuando se trata de un hecho unilateral no se puede para expresarlo, usar el término "consentimiento" lo que propiamente debe decirse es "asentimiento" que consiste en una declaración única de voluntad, con contenido adhesivo, respecto de otra pero sin que haya lugar a la formación de un consentimiento este uso impropio es muy común encontrarlo y se puede tolerar porque se usa en sentido diverso.²

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliografica Argentina. Pág. 1005.

² Francisco Messineo. Doctrina General del Contrato. Pág. 104.



En nuestro derecho como el francés, la concepción del contrato es subjetiva pues se lo hace descansar sobre el hecho que se denomina acuerdo de voluntades más que en la forma exterior.

El consentimiento es la aceptación del contrato y sus estipulaciones por parte de los otorgantes. Pero, este consentimiento debe de emanar de personas capaces en el arto 2447 c. no se refiere a la capacidad como requisito esencial del contrato, sin embargo el arto 2471 c. Preceptúa que para que el consentimiento sea válido se necesita que el que lo manifiesta sea legalmente capaz.

En nuestra legislación en el arto 2447 c. determina al consentimiento como el primer elemento esencial para la formación del contrato y dice: “no hay consentimiento sino, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. El consentimiento de los contratantes.
2. El objeto cierto que sea materia de contrato”.³

³ Iván Escobar Fornos, Derecho de Obligaciones. Pág. 77.



1.2 Aspectos Modernos del Consentimiento

En el concepto clásico el contrato se asienta en la coincidencia de voluntades de los contratantes, es decir el acuerdo de voluntades que configura el consentimiento. Pero actualmente hallamos un sin número de contratos en los que ha disminuido el rol de la voluntad individual, motivado por el progreso de la técnica, la industrialización, la concentración, las asociaciones gremiales etcétera, un ejemplo lo hallamos en los “contratos de adhesión” en los que el consentimiento de una de las partes no entra en juego más que para aceptar las condiciones impuestas por la otra parte, pero que en nada se considera para elaborar el convenio.

La variante que significa el concepto que tenemos del contrato que nos viene del derecho romano la hallamos en el contrato consigo mismo o auto contratos: los contratos necesarios, el contrato reglamento, los contratos de adhesión y elecciones por concurso y colectivos, si bien, varias de estas figuras jurídicas tienen sus orígenes en el derecho romano, han hallado su divulgación o importancia en la época actual.

Por otra parte se considera en ciertas teorías modernas que la base del contrato radica en la coincidencia de voluntades reales de las partes pues de este modo se defiende mejor el interés social (Saleilles, Bonnecuse, Demogue).

Las teorías de la declaración de voluntad, sentando un principio verdaderamente revolucionario sostienen que la declaración unilateral de voluntad debe ser considerada, desde el momento en que haya sido formulada



como una fuente creadora de obligaciones, pues desde que se hace una propuesta, los destinatarios de ella se fían y obran teniéndola en cuenta.

Esta teoría ha tenido su aceptación en el código civil Alemán, el Código federal suizo de las obligaciones y el código civil Brasileño y halla su fundamento en el interés social.⁴

⁴ Editorial Jurídica Bibliográfica Argentina. Ob. Cit. Pag. 1014



2. Diversas nociones sobre el consentimiento

2.0 Como acuerdo de voluntad:

Con referencia a cada una de las partes respecto a la declaración de voluntad, es necesario que la una y la otra hayan sido emitidas (expresa, tácitamente). Además que las dos declaraciones se combinen, en el sentido de integrarse recíprocamente.

Es decir, las voluntades tendrían el mismo contenido y coincidirían en orden a lo que es materia del contrato, por ejemplo, el mutuamente y el mutuario tendrían una idéntica y común voluntad en orden al mutuo pero, es preciso advertir que con los términos indicados las dos partes quieren y persiguen el resultado en conjunto el cual el contrato dado lleva por su naturaleza, no hay nada que objetar ciertamente, el mutuamente y el mutuario quieren ambos que tenga lugar la dación de la cosa mutuada y que en un segundo-tiempo tenga lugar la devolución de la misma cosa.⁵

Por otro lado en la enciclopedia jurídica Omeba encontramos que deben existir tres condiciones para el acuerdo de voluntad:

1. Debe existir dos o más voluntades exteriorizadas.
2. Que la conformidad de cada parte sea conocida por las otras, de modo que cada interesado entre en posesión del asentimiento prestado por los restantes. Es el principio dominante en el concepto clásico.

⁵ Francisco Messineo. Ob. Cit. pág. 93 y 98.



3. Debe existir conformidad sobre todos y cada uno de los puntos que constituyen el contrato a realizarse.⁶

2.1 Como voluntad del deudor para obligarse.

Este es llamado “consentimiento” de la parte que se obliga este debe contener exigidamente ciertos requisitos que hacen al deudor que su obligación sea eficaz.

- a) Que la voluntad tenga un determinado contenido, es decir que tenga su base en un objeto, un motivo, o una causa por la que va a dar su consentimiento real preciso. Exteriorizado y serio en íntima relación jurídica con el fin de obligarse.
- b) Que se exteriorice, es decir; que salga de su persona su persona la conformidad de su parecer o que realizar alguna cosa o acción ya sea expresa o tácita.
- c) Que su voluntad sea seria, es decir, que debe de ser con responsabilidad, ya que al tratarse de una broma o simple juego no constituye voluntad para obligarse.
- d) Que su voluntad sea real, es decir, que tenga voluntad propia de sí mismo, sin tener presión alguna como estar ebrio, drogado, hipnotizado, demente, etc.

⁶ Editorial Bibliográfica Argentina. Ob. Cit. Pag. 1005



3. Naturaleza del consentimiento

3.0 *La voluntad y la necesidad de su manifestación:*

En el derecho Francés aun cuando considera como necesaria la voluntad interna, exige no obstante que se exteriorice; aquella debe mostrarse; afirmar su existencia por medio de esa manifestación, la declaración de la voluntad no solo debe ser emitido sino libremente manifestada sin violencia y debe ser comunicada a la contra parte para que tenga conocimiento de ella y entienda su significado.⁷

Según arto. 2448 c. dice: " El consentimiento debe ser libre y claramente manifestado, la manifestación debe ser hecha de palabra, por telégrafo, teléfono, por escrito o por hechos que claramente se demuestren".

La manifestación de la voluntad en los contratos se puede distinguir en general la manifestación expresa y tácita. Pero nos parece preferible distinguir la manifestación directa y la manifestación indirecta de la voluntad.

a) La declaración o manifestación directa: Es la que se hace para la celebración misma del contrato, el declarante dice lo que quiere decir ya sea oralmente o otro modo citaremos como ejemplo: la declaración directa no oral, el hecho de enviar las mercancías pedidas el hecho de que un fondista reserve las habitaciones que le fueron pedidas, el gesto del que una venta en público subasta hace signos con la cabeza al que subasta para indicarle que

⁷ Francisco Messineo. Ob. Cit. pág. 93.



aumenta la postura, del mismo modo por último, el acto del donante que entrega una copia en su propia mano.

b) La declaración o manifestación indirecta: Son los que se desprenden del acto que persigue un fin diferente, pero dejan ver de modo individual la voluntad del individuo. Ocurre esto con la aceptación tácita de la herencia, procedente de la venta por parte de los herederos de los bienes. Del mismo modo la entrega voluntaria del título hecha por el acreedor al deudor sin haber recibido el pago equivalente a una donación indirecta, del mismo modo también el arrendador continúa en la finca arrendada se considera que manifiesta (indirectamente) su voluntad del rol de arrendador, este es el caso llamado de la tácita reconducción.⁸

3.1 Autonomía de la voluntad

Este principio parte de la idea en que las partes se encuentran en pie de igualdad al celebrar el contrato, lo que les permite pactar lo más conveniente y justo a sus intereses. Siendo, pues, el contrato de voluntad de dos o más personas, actualmente en absoluta igualdad, lo acordado por ello es justo, por lo que el Estado debe permanecer al margen de la contratación; no debe intervenir. Las partes son libres para contratar, sin límites de parte del poder estatal.

El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en el Arto 2437 c. que dice: "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y

⁸ Colin y Capitant, Derecho Civil Pág. 631, 632.



condiciones que tenga por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, moral, ni al orden público".

Nuestro Código civil es producto de la revolución liberal del año 1983 y como tal consagró el principio de la autonomía de la voluntad; el cual impera en la contratación patrimonial no así en los contratos del derecho de familia, por ejemplo: en el matrimonio sólo tiene libertad para casarse o no, pero no puede señalarse plazos o condiciones.

Pero dicho principios tiene limitaciones. El mismo artículo que lo consagra se encarga de expresar que estas limitaciones son: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

Ataque al principio

Es posible que en la realidad no se de la igualdad que proclama este principio, debido a que en ocasiones una de ellas es más poderosa, encontrándose la otra en desventaja, agravada, en muchas oportunidades; por la imperiosa necesidad de contratar, lo que la hace susceptible a presiones. El resultado de este contrato no puede ser justo, para corregir las desigualdades que en materia de contratación se pueden presentar y obtener así un resultado justo, el legislador limita el principio de la autonomía de la voluntad.⁹

Este principio todavía impera en los reinos del derecho civil, ha proclamado la soberanía de la voluntad de las partes. Aún cuando ha sufrido, a través de las transformaciones sociales del Derecho, profundas limitaciones, tiene

⁹ Iván Escobar Fornos. Ob. Cit. Pag. 56



actualmente influencia decisiva en la celebración de los contratos, sobre todo al amparo de las disposiciones de los códigos que establecen que el contrato es ley entre las partes. Esto justifica el hecho de considerar los contratos como la fuente principal de las obligaciones.

Se afirma que el principio de la autonomía de la voluntad es equivalente a la noción de libertad individual, regida por el adagio de que libertad “es permitido aquello que no está prohibido”, y se señala que sus consecuencias fundamentales son:

1. Que los individuos son libres tanto por celebrar contratos como para no obligarse.
2. Para discutir en igualdad, las condiciones, contenidos y objeto de los contratos, con las limitaciones, desde luego, que imponga el orden público.
3. Para que las partes escojan libremente la legislación que deseen se aplique.
4. Para expresar con libertad sus manifestaciones o declaraciones de voluntad, ya que las solemnes son excepcionales.
5. Para que los efectos que se produzcan sean los requeridos por las partes.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad no ha sido aceptada por todos los autores con la significación de un dogma jurídico. La dogmática jurídica en los tiempos actuales, debe forzosamente modelarse a través de un prisma social, aún cuando se trate de esquemas troquelados en el ámbito del derecho privado.



Demogue examina el principio de la autonomía de la voluntad reconociendo que ha adquirido una gran importancia como consecuencia de las tendencias individuales del siglo XIX, las cuales se manifiestan alrededor de las ideas de que la medida casi única en materia de obligaciones es la voluntad, o sea mediante el reconocimiento del predominio de la voluntad interna sobre la manifestación en sí.

Desde este punto de vista, la misión del Juez se circunscribe a buscar la intención presunta del autor del acto jurídico. El juez, dice Demogue, no quiere nada, no decide nada personalmente; simplemente busca las voluntades particulares, y luego a la apreciación que haga, el Estado le dará las fuerzas ejecutorias que sea indispensable. Ello no obstante, para poder determinar el valor de la voluntad, no es necesario confiarse tanto en la voluntad interna, y por ello no concible, del sujeto como fiarse de un hecho conocido que es la declaración de voluntad. Es en este momento, donde encontramos la lucha entre el punto de vista individual y el social.

La teoría de la voluntad ha sido atacada precisamente, porque tiene en cuenta, en expresión de Demogue, el hecho oculto, sobre el cual no se pueden hacer más que suposiciones. Este sistema, dice dicho autor, que da seguridad estática, que favorece a quien emite la voluntad, ya que resulta obligado sólo en lo que ha querido realmente, no puede favorecer a quien, conociendo la declaración, no puede confiar más que en lo que conoce.¹⁰

¹⁰ Mario Aguirre Godoy. Declaración Unilateral de la Voluntad. Pág. 18 – 19.



3.2 Limitaciones a la autonomía de la voluntad.

En virtud de la autonomía de la voluntad las personas pueden celebrar todo tipo de contrato regulado o no por la ley y determinar su contenido efecto y duración. De aquí que las leyes rigen los contratos sean supletorios, aplicándose únicamente ante el silencio de las partes.

Pero dicho principio tiene limitaciones, el arto 2437 c. consagra este principio pero expresa limitaciones que son:

- a) Las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público por ejemplo: el principio de autonomía de la voluntad se limita: en los contratos del derecho de familia.
- b) En nueva legislación laboral y en la de otros países reglamentan la contratación laboral y señalan una serie de derechos y garantías a favor de los trabajadores que son irrenunciables, etc.
- c) La ley de inquilinato (de orden público) señalan los precios de la vivienda, las causas por la cual puede pedirse la entrega del inmueble, establecen arriendo forzoso y declaración irrenunciable de los derechos que de ello se derivan.

Se han dictado numerosas leyes limitativas de la libertad contractuales y si esta tendencia sigue dicha libertad habrá de colapsar no obstante, la economía de mercado principia a imponerse, lo que conducirá a reforzar la libre contratación.



El Estado puede limitar este principio pero por causa justa y con mucha prudencia.¹¹

En la doctrina Francesa se ha señalado desde hace algún tiempo la quiebra del principio que reconocía el efecto absoluto de la autonomía de la voluntad.

Conforme el penetrante pensamiento de Geny, todas las materias de derecho privado con poca diferencia pueden distribuirse en tres órdenes de ideas. En primer lugar, en lo que toca a la regulación de los intereses patrimoniales, emanados de voluntades libres y consientes, o sea concordes en las que el derecho positivo ve propiamente actos jurídicos. En estos casos se trata únicamente de determinar en qué medida esas voluntades se imponen, para suplirlas, interpretarlas o presumirlas en caso necesario. En segundo lugar hay, situaciones en que el derecho señala límites y puede incluso llegar a anular la voluntad individual; fija esos límites por medio de reglas precisas de posición inexorable; finalmente, hay situaciones en las que nos encontramos fuera de toda acción real o posible, de voluntades conscientes. Son aquellos casos en que hay hechos y circunstancias en las que una influencia directa de la libre determinación de voluntades no se concibe. Entonces con carácter necesario, corresponde a la elaboración jurídica establecer una reglamentación de intereses que por sus particularidades trascienden de la voluntad meramente particular.

¹¹ Iván Escobar Forno. Ob.cit. pág. 57

**Geny resume lo anterior en tres principios:**

- a) Principio de la autonomía de la voluntad.
- b) Principio del orden público o del interés superior
- c) Principio de equilibrio de los intereses privados

No obstante como es sabido, este autor no reconoce las consecuencias absolutas del principio de la autonomía de la voluntad, es imposible prescindir del aspecto social y circunstancial en que se desarrolla el fenómeno jurídico por Ej. Geny señala que aun en materia contractual, en la cual la doctrina reconoce siempre la existencia de un objeto determinado o determinable por los elementos mismos del convenio, no puede negarse la celebración diaria de contratos de obra o de prestación de servicios, por parte de un trabajador para la ejecución de un contrato de obra, o de los de un profesional, aunque no se haya convenido retribución alguna, sin que pueda por ello rechazarse el cumplimiento de la obligación de pago. Puede acudir a la argumentación de la existencia de una cláusula tácita o a la vigencia de un uso, aplicables en virtud de la buena fe, pero ello implica salirse del propio ámbito de la regulación autónoma y es que desde el punto de vista de Geny, el problema de la autonomía de la voluntad debe ser examinado, a través de un método más libre de prejuicios y a la vez más fructuoso. Siempre se ha visto en la autonomía de la voluntad una fuerza creadora de derechos, pero solo cuando aparece con la forma de contrato, sin embargo, cabe plantearse, sino se verifica eso con más plenitud por actos entre vivos nacidos de una sola voluntad o en una fórmula más cerrada y concluyente, si la simple promesa como expresión de la voluntad unilateral, no puede fuera de toda aceptación, ser la fuente de una obligación jurídica.



Abierta la brecha en esa forma, en cuanto a la aparente solidez del principio absoluto de la autonomía de la voluntad es casi imposible consultar un texto o tratado de derecho civil, en este aspecto la consideración, sin encontrar un planteamiento preciso de las limitaciones o dicho principio. En los autores contemporáneos late la misma preocupación. Actualmente se señala la atenuación del principio de la autonomía de la voluntad, especialmente porque aún cuando sigue interviniendo como modo de fundar las relaciones jurídicas, en la regulación del contenido de éstas es necesario que actúe en cooperación con la ley y con subordinación a ella.¹²

¹² Mario Aguirre Godoy. Ob.cit. pág. 10, 20 y 20 – 22.



Capítulo II

Formación del consentimiento

El proceso de formación del consentimiento se inicia con la propuesta de una de las partes, puede haber, por ejemplo: oferta de compra u oferta de venta. Es conveniente advertir que no siempre se llega a la formación del contrato por medio de una oferta y aceptación posterior generalmente dicha formación va precedida de tratamientos preliminares. Estos tratos se diferencian de la oferta. Sobre ellos trataremos con posterioridad.

Hecha la oferta y aceptada por la otra parte, el contrato queda concluido, a menos que se exijan otros requisitos, como la escritura pública en las donaciones entre vivos de inmuebles, o la entrega de la cosa en el comodato.¹³

1. La oferta

1.0 Concepto:

La teoría clásica define a la oferta como propuesta o policitud, es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas.

La doctrina moderna la conceptualiza de la siguiente manera: la oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otros, proponiendo la celebración de un determinado contrato.

¹³ Iván Escobar Forno, ob.cit. pág. 78



En la misma corriente moderna encontramos al jurista Manuel Bejarano quien expone que “oferta es la declaración de voluntad unilateral”. Ello no quiere decir que debe ser por fuerza de expresión de voluntad de una sola persona, sino la manifestación de una voluntad jurídica, varias personas puede emitir una sola y conciente manifestación de voluntad la cual seguirá siendo unilateral si su sentido es el mismo; su expresión de voluntad conjunta dirigida en el mismo sentido será una voluntad unilateral para el derecho porque están de una misma parte, pues parte significa no la persona sino la dirección de la voluntad que es única, aunque manifiestan varias personas actuando conjuntamente por ejemplo: Varios copropietarios que emiten conjuntamente una oferta de venta del bien común.

La oferta es una voluntad negocial. Es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tienen el propósito de engendrar derechos y obligaciones. Una propuesta para ir al cine o Jugar tenis no sería en principio una oferta en derecho.¹⁴

1.1 Requisito de la oferta:

La oferta debe reunir los siguientes requisitos:

1- Tiene que ser hecha con intención de obligarse: Es decir ser seria. Siendo la oferta la voluntad de uno de los contratantes deben en primer término hacerse con la intención de producir el vínculo jurídico. De manera que si un padre, promete a su hijo un obsequio si sale bien en el examen, dicha oferta no

¹⁴ Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Pág. 58.



puede considerarse como oferta jurídica porque no hay intención de obligarse, es a manera de estímulo.

2- *Que se exteriorice*: Se necesita que esta intención se exteriorice, la forma de exteriorizar la oferta de un contrato es muy variada. En ciertos casos puede ser expresa: cuando se hace en términos formales y explícitos. En otras tácitas, la que se deduce de ciertas circunstancias, así, por instalar una peluquería, el dueño hace una oferta tácita al público. También puede ser verbal o escrita.

Existe libertad de forma para manifestar la oferta ya que como regla general, la oferta no tiene que ser hecha en ninguna forma determinada, ya que rigiendo en nuestro derecho, según sabemos el principio de libertad de forma, cualquiera es buena, salvo en los casos en que por la ley o por lo convenido anteriormente por las mismas partes el contrato que se quiere celebrar debe de revestir una forma determinada con valor ad - substantiam o ad - solemnitatem, la oferta también tendrá que revestir tal forma. Ver arto 2448 c. establece la forma de manifestar el consentimiento.

3- *Debe ser completa*: Es decir debe contener todos los elementos del contrato, de tal manera que quede perfeccionando con la simple aceptación del destinatario, de aquí que en ciertos casos la oferta reviste el carácter de un contrato tipo como sucede en los contratos de adhesión. En ellos la oferta representa el contrato totalmente concluido y redactado.



4- *La oferta debe de ser también voluntaria:* Dirigida a destinatarios y comunicarse a este por cualquier medio verbal, escrito, etc.¹⁵

1.2 Clases de ofertas:

Existe uniformidad entre la doctrina clásica y la moderna en clasificar la oferta en determinada e indeterminada.

- a) *La oferta determinada:* Es la que se dirige a un sujeto individualizado sea o no conocido del oferente. Ejemplo: Pedro me escribe ofreciéndome en venta su carro.

- b) *La oferta indeterminada:* No va dirigida a un destinatario en especial sino al público en general.

En el derecho comparado en el arto 105 Cc Chileno, se refiere a estas ofertas indeterminadas y en el inc. 1 manifiesta en síntesis, que las ofertas indeterminadas que se contienen en catálogos, listas de precios etc. No imponen obligación alguna cuando van también dirigidas a personas indeterminadas; pero si la oferta indeterminada va dirigida a personas determinadas de acuerdo al inciso 2 del mismo artículo citado, la oferta produce la obligación, siempre que la cosa existiera aun en poder del oferente además no haya variado los precios, en resumidas cuentas indeterminada dirigida a persona determinada tiene un valor más bien teórico que efectivo, porque va con esa doble condición. Que la cosa existe aún en el domicilio del

¹⁵ Puig Brutao José., Ob. Cit, Pág. 179.



oferente y que no haya variado de precio y el hecho de variar los precios depende exclusivamente de la voluntad del oferente.¹⁶

Lo expresado anteriormente también lo acoge nuestro derecho positivo al señalar en el arto 92 Cc, que las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquier otra especie de anuncios impresos no son obligatorias, si los llevan siempre implícita la condición de que al tiempo de la demandan o haya sufrido la mercadería alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente. En el primer supuesto, la oferta no tiene valor y en el segundo es muy limitada, se estima que las ofertas al tenor de los artículos 2449, 2451 de nuestro código civil se señala lo siguiente:

"Desde que la estipulación se acepta queda perfecto el contrato, salvo que la ley, exija alguna otra formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible" Arto 2449 c.

La oferta tiene un período de vigencia, su eficiencia no es perpetua. ¿Cuánto dura el poder- de la oferta? Eso depende de lo siguiente:

“Si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que acuerden otra cosa.” Arto 2451 c. en este caso la duración de la oferta es muy efímera.

¹⁶ Rodríguez Arturo Alessandri y Manuel Somarriba Undurraga. Curso de derecho civil. Pag. 80.



En el derecho comparado en el arto 1805 c mexicano “el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente, su vida dura un instante, lo que caracteriza el contrato entre presente es, precisamente que la respuesta puede producirse de inmediato aun cuando los interesados no se encuentren en el mismo lugar. Así es una convención concertada por teléfono.”

Cuando se procede verbalmente es de rigor que la aceptación se produzca de inmediato arto 1151 c. del código civil Argentino. Si las partes no estuvieren reunidas, hay que ver si la oferta tiene plazo o si no se sujetó a término alguno, a personas indeterminadas se hacen a manera de propaganda.

La legislación Chilena en arto 454 del Código de Comercio contiene una disposición semejante a la que adopta nuestro Código de comercio, En el arto ya referido al expresar: "Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho"

El arto 1148 c. Chileno dispone: "Para que haya promesa, esta debe de ser a persona o personas determinadas, sobre un contrato especial, con todos sus caracteres constitutivos de los contratos”.

De manera que en el derecho positivo Chileno la oferta ha de reunir los caracteres de los contratos no solo en cuanto al objeto, lo que es explicable, porque las promesas no deben de ser vagas e imprecisas a fin de evitar erróneas interpretaciones, sino en cuanto al sujeto de donde se deduce que pueden nacerse ofertas o personas indeterminadas, vale que el oferente no



puede dirigirse al público, es decir que no concibe otra oferta que la dirigida a personas determinadas, la cual puede aceptar o rehusar pero jamás tiene validez frente a un sujeto no individualizado en el momento de ser formada la propuesta.¹⁷

1.3 La oferta con reserva

El oferente tiene la facultad de rodear de reserva su oferta, cuando la oferta se hace a una persona indeterminada, esas reservas a veces tácitas puede resultar de la voluntad presunta del oferente o de los usos. El propietario que ofrece su departamento en alquiler, el hotelero que anuncia o publica el precio de sus habitaciones, se reserva el derecho de rechazar a ciertas personas; porque esos contratos se celebran siempre *intuita personae*.

Un periódico aunque haya dado a conocer sus tarifas de publicidad, conserva implícitamente el derecho de revisar las peticiones de inserción que se les dirigen.

La oferta al público no es pues, un ofrecimiento hecho a cualquiera, cuando para el proponente es esencial la consideración de la persona del aceptante.

1.4 Oferta verdadera y simple invitación a tratar:

Se duda en ocasión al decir si la manifestación de la voluntad constituye una verdadera oferta o si no constituye más que una invitación a iniciar trato.

¹⁷ Iván Escobar Fornos, ob.cit. Pág. 79



El interés importante, si existe verdadera oferta, una aceptación de ese ofrecimiento perfecciona el contrato y el autor de la oferta se haya obligado a cumplir. Si la oferta no es completa, como si se ofrece vender o comprar sin indicarse el precio o haciéndolo en forma vaga jurídicamente, no hay oferta y quien propone contratar en esa forma está solo indicando conversaciones preliminares para llegar más tarde a una oferta, estas conversaciones preliminares puede ser iniciada por cualquiera de las partes sí hay ánimo de obligarse sino solamente conocer en qué condiciones aceptaría contratar la otra parte.

Por otro lado para evitar el perjuicio que al policitante sobrevendría contener su oferta abierta indeterminadamente cuando no hubiere señalado término al solicitado para que acepte.

Para que la aceptación en todo caso surta sus efectos tiene que ser pura y simple, porque si se modificare la propuesta o se aceptare bajo condición queda el proponente libre del compromiso.¹⁸

1.5 Vigencia de la oferta.

El destinatario debe hacer su aceptación mientras se encuentre en vigencia la oferta. La oferta se extingue por las causas siguientes:

¹⁸ Alberto Brenes Córdoba, Tratado de los contratos. Pág.47, 48



a) El vencimiento voluntario o legal del plazo:

Si la oferta ocurre estando presente las partes, esto es; reunidas, la aceptación deberá tener lugar en el mismo acto, a no ser que se convenga en señalar un plazo para ultimar el trato.

El oferente puede señalar un plazo de duración de la oferta, en cuyo caso estará, obligado a esperar dentro de dicho tiempo la aceptación a tenor de los artos 2451, 2452 y 2453 c.

Arto 2451 c dice: “si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que ellas acordaren otra cosa”.

Arto 2452 c dice: “si las partes no estuvieran reunidas, la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente para este objeto. Si no se ha fijado plazo se tendrá por no aceptada la propuesta, si la otra parte no respondiere dentro de tres días cuando se halle en el mismo distrito; dentro de diez, cuando no se hallare en el mismo distrito, pero si en la república; y dentro de sesenta días, cuando se hallare fuera de la república”.

2453 c dice:”El proponente esta obligado a mantener su propuesta, mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados en el arto 2452 c”.

Esta solución rige tanto para la oferta verbal o por escrito como para la entre ausentes o presentes.



Por su parte, el artº 89Cc dispone que el proponente no podrá arrepentirse de su propuesta si al hacerlo se hubiere comprometido a esperar contestación o no dispone del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo (ver artº 2451c).

Si las partes no estuvieren presentes, la oferta se tendrá por no aceptada si el destinatario no respondiere dentro de los plazos establecidos en el artº 2452 c mientras no se venza dicho plazo el oferente debe mantener su oferta según lo dispuesto en el artº 2453 c.

Tanto dentro del plazo voluntario como dentro del legal la oferta es irrevocable y, como consecuencia, existen contrato si se produce la aceptación a pesar de haberse retirado la oferta dentro de dichos plazos, pues tal retiro carece de eficiencia, claro esta para que el contrato surja bajo estas circunstancias, es preciso que la aceptación se haga dentro de dichos plazos.¹⁹

b) Muerte o incapacidad del oferente:

Según Brenes Córdoba la muerte del proponente no invalida la oferta si al ser aceptado en tiempo hábil, el aceptante ignoraba ese suceso, siendo obligatorio para la sucesión llevar adelante el contrato, excepto si hubiere de por medio una prestación de carácter personal de parte del fallecido.

Si a la fecha de la aceptación quien hizo la propuesta hubiese perdido su capacidad para obligarse de modo personal, por contrato, el que estuviere pendiente puede formalizarse con la persona que legalmente tenga la

¹⁹ Iván Escobar Fornos, Ob.Cit. Pág. 79 y 80.



representación del incapaz, siempre bajo el supuesto de que la inhabilidad naciera después de la proposición.²⁰

No obstante de acuerdo al arto 2454 c: “Si al tiempo de aceptación hubiere fallecido el proponente o se hubiere vuelto incapaz, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte o incapacidad, quedarán los herederos o representantes de aquel obligados a sostener el contrato”.

Ni la incapacidad ni la muerte anterior a la aceptación, impiden el perfeccionamiento del contrato, siempre que el aceptante ignore tal acontecimiento. Claro está que la incapacidad tiene que ser posterior a la oferta, pues si ya existía no habrá oferta válida.

Las disposiciones transcritas es una aplicación del principio de la declaración unilateral de voluntad obliga al que la hace. Es una fuente de las obligaciones no faltan autores, que sostengan que cuando el oferente señale plazo para la aceptación, subsiste la oferta a pesar de su muerte o incapacidad y la obligación se transmite a sus herederos, es decir exige el cumplimiento del contrato al representante legal.²¹

c) Por la retractación:

Definición: Retiro del consentimiento anterior o de la aprobación dada a una oferta o propuesta. Revocación de lo dicho, arrepentimiento de lo prometido.²²

²⁰ Brenes Córdoba, Ob.Cit. Pág. 49.

²¹ Iván Escobar Fornos. Ob. Cit, pág. 80.

²² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. Pag. 212



Valor de la oferta aislada:

Es problema de mucho interés considerar que valor tiene la oferta por sí sola aisladamente. Si la oferta va seguida de la aceptación, se forma el consentimiento y nace el contrato, pero lo que interesa es determinar es el valor de la oferta aislada cuando no va seguida de la aceptación.

Sobre el valor de la oferta considerada en forma aislada, sin que haya sido aceptada, se han formulado dos doctrinas:

- *Doctrina Francesa*
- *Doctrina Alemana*

a- La doctrina Francesa:

Según esta doctrina, de la oferta no nace ningún vínculo jurídico, porque no se acepta que una persona se obligue por su sola voluntad. El vínculo nace cuando es aceptada por el destinatario. Esta es la doctrina clásica que sustenta pothier. Las consecuencias de esta doctrina son las siguientes:

- El oferente puede revocar su oferta mientras no sea aceptada.
- Se produce la caducidad de la oferta por la muerte o incapacidad del oferente.

b- La doctrina Alemana:

Por el contrario esta doctrina mantiene el principio de que la sola oferta vincula al oferente el arto 145 del código civil alemán expresa que el que proponga la conclusión del contrato estará ligado por su oferta a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario. Esto es una consecuencia de



que dicho código reconoce a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, siendo una de sus manifestaciones la oferta.

Las consecuencias de esta doctrina son las siguientes:

Como regla general, la oferta no puede revocarse:

- ✓ Por la muerte o incapacidad del oferente no se produce la caducidad de la oferta, ya que por ella nació un vínculo para aquél.

Nuestro Código sigue una posición ecléctica que para algunos es contradictoria.

El que hace una propuesta puede retirarla mientras no haya sido aceptada, salvo que se hubiese señalado plazo para la aceptación o no hubiesen transcurrido los plazos legales, en cuyo caso no puede desligarse antes del vencimiento del plazo.

Según Brenes Córdoba entre los artos 1010 y 1013 modelos de nuestro artos 2450 y 2453 c existe una antinomia en la que prevalece el art 1010. Esta antinomia se debe a que en los mencionados artículos se establecen sistemas antitéticos, el Francés, que deja en libertad al oferente para retirarla acogida en el art 1010 c; Y el portugués que obliga a mantener la propuesta mientras no transcurra el término correspondiente, acogido en el art 1013 agrega que en el código de Nicaragua existe el mismo problema, por cuanto los referidos



artículos le sirvieron de modelo, sin variante alguna, las aludidas disposiciones de nuestro código, pues se contradicen.

Revocación expresa de lo que antes se había dicho o hecho. El proponente puede retractarse de su oferta como ya hemos señalado cuando la aceptación no se haya dado expresamente por el destinatario cuando no haya dado la promesa de esperar la aceptación y cuando habiéndose estipulado el plazo este haya caducado.²³

2. Aceptación

2.0 Concepto:

La aceptación de la oferta es un acto de voluntad unilateral, y con ella se perfecciona el acuerdo de voluntades que originan el contrato y cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato.

Podemos decir que la aceptación es la adhesión del destinatario a la oferta sin modificación alguna, es un acto de voluntad unilateral y con ella se perfecciona el acuerdo de voluntad.²⁴

2.1 Requisitos de la aceptación:

a) *Debe manifestarse de forma pura y simple:* La aceptación modificada o bajo condiciones es una nueva propuesta y como tal puede ser aceptada o

²³ Iván Escobar Fornos, Ob. Cit. pág. 81

²⁴ Editorial Bibliográfica Argentina, Ob. Cit. Pág.1007.



rechazada por el primer oferente en realidad habrá una contra oferta que es la oferta que hace ahora el destinatario, pero la primera hay que darla por extinguida.

En el arto 2450 párrafo 2 c, señala “cuando la aceptación involviere modificaciones de la primera propuesta o fuera condicional, se considera como nueva propuesta”, es decir, con la aceptación condicional se cambian los papales entre el destinatario que pasa a ser oferente y éste pasa hacer destinatario por Ej. Juan le ofreció vender a Pedro el inmueble X por C\$ 50,000.00 Pedro le contesta ofreciéndoselo comprar en C\$ 30.000.00 Juan rechaza la propuesta e inmediatamente Pedro le comunica a Juan que acepta la propuesta primitiva de C\$ 50,000.00, pero éste la rechaza, por cuanto el valor del inmueble ha subido ya tiene un mejor comprador. Este rechazo está justificado, ya que la primitiva oferta ha quedado eliminada.

b) Debe hacerse antes de que caduque la oferta: Es decir que la aceptación debe hacerse dentro de los términos legales.

Los artos 2451 y 2452 c señalan los plazos en que debe hacerse la aceptación, estos artículos disponen lo siguiente:

Arto 2451 c. Dice: “Si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el acto de la propuesta, salvo que las partes hallan acordado otra cosa”.

Arto 2452 c. Dice: “Si las partes no estuvieren reunidas, la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente para este objeto, sino se no



se ha fijado plazo, se tendrá por no aceptada la propuesta, si la parte no respondiere dentro de los tres días”... (Ver art. 2453 c).

La aceptación debe hacerse mientras la oferta esté en vigor como vimos anteriormente la oferta puede extinguirse por tres razones.

(Ver 2451,2452 c).

- Expiración del plazo.
- Muerte o incapacidad de oferente.
- Retracción.

d) Debe exteriorizarse:

Puede manifestarse en forma escrita o verbal, expresa o tácita según lo que se desprende del arto 2448 c. existe libertad de forma pero si el contrato es solemne la aceptación debe hacerse en esa forma. La aceptación debe exteriorizarse y la manifestación de la aceptación al igual que la oferta puede ser verbal o escrita, expresa o tácita.

La verbal o escrita se encuentra consagrada en el arto 2448 párrafo 2do c. dice: “la manifestación puede ser hecha de palabra, por telégrafo, por teléfono, por escrito o por hechos que necesariamente se deduzcan”. Existe libertad de forma pero si el contrato es solemne, la aceptación debe hacerse de esta forma.²⁵

²⁵ Iván Escobar Fornos. Ob. Cit. pág. 80 y 82



La manifestación expresa: es cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. En otras palabras es cuando el consentimiento no necesita ser inferido de hechos o actos que lo presupongan.

La manifestación tácita: El consentimiento resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de voluntad o que las partes hubiesen estipulado que su convenciones no fuesen obligatorias si no después de llenarse algunas formalidades.²⁶

En el arto 3340 párrafo 1ro c. señala ratificación tácita del mandante.

2.3 Concordancia de la oferta y de la aceptación

Para que se realice el consentimiento es necesario que se emita una oferta y la aceptación de esta. En el caso más simple, la realización del consentimiento se presenta en la forma de una proposición, llamada oferta, que una persona dirige a otra u otras. Si ésta proposición se acepta, se realiza el consentimiento, por ejemplo: El arrendamiento de casas solo llega a ser una realidad desde el punto de vista del consentimiento, cuando el futuro arrendatario acepta las condiciones formuladas por el propietario de la casa o su causa habiente. En la práctica impera que los casos se presentan en una forma más compleja, la oferta y la aceptación pueden estar separadas por un tiempo más o menos prolongado.

²⁶ Colin y Capitant. Ob. Cit, pág. 631.



Como sucede en los contratos por correspondencia llamados contratos a distancia, se trata de saber si la oferta tiene determinada duración y en qué forma debe producirse la aceptación para que pueda registrarse la existencia del consentimiento.²⁷

Ver arto 2449 c. aquí se deduce que oferta y aceptación son los elementos para la formación del consentimiento.

2.4 El silencio.

El silencio ¿puede significar consentimiento?

El silencio parece ser lo contrario, aun de la manifestación indirecta de voluntad, con la que se confunde muchas veces. El que guarda silencio no hace manifestación alguna exterior. Su actitud de completa abstención, ¿puede sin embargo, ser interpretada como lo equivalente de una manifestación de la voluntad? Es ésta una cuestión que ha sido profundizada por los autores, sobre todo en Alemania y en Italia y que ofrece un verdadero interés práctico.²⁸

Los autores como Demogue, creen que el silencio debe considerarse como una manifestación de voluntad cuando la oferta es manifiestamente útil para el destinatario y no causa grave perjuicio al oferente.

Es doctrina no funcionaria en la práctica con la circunstancia de saber cuando una oferta es útil para el destinatario ya que su aplicación daría margen a muchas dificultades.²⁹

²⁷ Julián Bonnecase. Tratado Elemental del Derecho Civil. Vol. 2. Pág. 794.

²⁸ Colin y Capitant, Ob. Cit. pág. 63.

²⁹ Rodríguez y Somarriba Undurraga. Ob. Cit. Pag.84



Contrario a la posición de la jurisprudencia francesa, se encuentra el criterio expuesto por Bejarano, para quien el silencio no es manifestación de voluntad ni por ende inferirse del mismo una propuesta o aceptación del contrato. Se manifiesta al respecto Planiol y Ripett señalando “el silencio presenta un solo equívoco, y por mucho que se deseche el formalismo, el consentimiento necesariamente ha de demostrarse.” Continúa manifestando Bejarano que si ante una propuesta solo reaccionamos manteniendo silencio, aunque no es el silencio si no los hechos que lo acompañan los que demuestran la voluntad de negociar.³⁰

Pero lo expresado anteriormente los autores lo determinan como regla general, lo contrario de lo que sucede cotidianamente en la vida real donde se aplica el adagio “el que calla otorga” en derecho “el que calla no dice nada.”

En nuestra legislación se acoge el criterio antes expuesto sin embargo contiene sus acepciones.

Dentro de estas raras excepciones se en que el silencio del aceptante su consentimiento tenemos el Art.3340 c donde expresa que la aceptación “resultará también del silencio del mandante si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiere hecho no le hubiere contestado sobre la materia.”

Igualmente tenemos el Art.3308 c dice: “Las personas que por su profesión u oficio se encarguen de negocios de negocios ajenos están obligados a declarar lo más pronto posible si acepta o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido el tiempo en términos razonables, su silencio se mirará como aceptación.”

³⁰ Bejarano Sánchez Manuel. Ob. Cit. Pag. 56



Existe uniformidad en la doctrina clásica como en la moderna cuando a los casos de excepción en los que el silencio constituye manifestación de voluntad:

- Cuando así se hubiera estipulado.
- Cuando entren dos personas se celebra frecuentemente un contrato.
- Cuando en cualquier forma el contrato ha tenido su origen en insinuaciones que ha hecho el destinatario.

3. Momento y Lugar de la Formación del Contrato Entre Presentes y Ausentes.

3.0 Importancia

Determinar el momento en que se forma el consentimiento significa precisar el instante en que ordinariamente nace el contrato, y por tanto, es un asunto de enorme importancia práctica, sobre todo si se trata de contratos celebrados entre ausentes, ya que respecto de ellos existe la duda sobre el momento en que se forma el consentimiento. En el contrato entre presentes la aceptación es verbal y como el oferente la conoce en el mismo instante en que se manifiesta, hay que concluir necesariamente que en ese momento el contrato queda perfecto.

3.1 Momento y lugar de la formación del contrato entre presentes:

Hay contratación entre presente cuando no existe espacio de tiempo entre la aceptación de la oferta y el conocimiento que de ella tiene el oferente. El arto. 2451 c. dispone que si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta salvo que ellos acordaren otra cosa.



En el contrato entre presentes la aceptación debe ser inmediata salvo convenio en contrario. A la misma conclusión puede llegarse en la contratación mercantil, de acuerdo con el artº 83Cc. Como consecuencia, será contrato entre presentes si la oferta hecha a un ausente es aceptada por este personalmente.³¹

a. Momento de la formación:

Si el contrato se celebra entre presentes no hay dificultad, pues el consentimiento se formaría en el instante mismo en que se acepte la oferta.

En el contrato entre presentes la aceptación es verbal y como el oferente la conoce en el mismo instante en que se manifiesta, hay que concluir necesariamente que en ese momento el contrato queda perfecto artº 2451 c, dice si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta salvo que ellos acordaren otra cosa.

b. Lugar de formación:

El momento en que se forma el consentimiento determina, como consecuencia lógica, el lugar donde se forma el contrato como el contrato es entre presentes el lugar de formación del contrato será el lugar de reunión de los contratantes para todos los efectos legales que de él se deriven.

3.2 Momento y lugar de la formación del contrato entre Ausentes.

Momento de formación. (Doctrina sobre el momento en que se forma el consentimiento)

³¹ Iván Escobar Fornos. Ob. Cit. Pag. 82



Se habla de contrato entre ausentes en dos sentidos con relación al espacio y con relación al tiempo; con relación al espacio, el contrato es entre ausentes cuando las partes se hallan en distintos lugares, con relación al tiempo, cuando el consentimiento no se forma de inmediato para esta teoría, el contrato celebrado por teléfono es entre presentes por cuanto el consentimiento se forma liza y llanamente de inmediato, por la razón apuntada, se ha propuesto distinguir contratos por relaciones inmediatas y contratos por relaciones mediatas o por intermediarios y se hace entre personas ausentes un contrato fijándose en plazo para responder, y esta acepta por correspondencia, el contrato es entre ausentes.

Aquí se hace referencia al momento que se entiende perfeccionando el contrato; cuando éste es entre personas presentes es lógico que el contrato se perfeccione en el momento que es aceptado; existe dificultad cuando el contrato es entre ausentes de diferente localidades, y se hace la pregunta ¿cuándo existe consentimiento en el contrato celebrado entre ausentes? Hay cuatro sistemas que procuran explicarlo:

a- De la declaración o aceptación:

Está referida a que el consentimiento se da por la aceptación del destinatario y solamente necesita que esta aceptación se haga, es decir que el contrato se perfecciona desde el momento en que la otra parte declara en forma exteriorizada la aceptación de la oferta jurídicamente.

Es aceptable pero se deja a cargo del destinatario la formación del contrato, lo que podría traer perjuicio a la otra parte.

***b- De la expedición:***

Nace como subteoría y ésta se perfecciona cuando el destinatario envíe su aceptación ya sea por cartas, telegrama o telégrafo, es decir que el contrato es perfecto desde el momento que el aceptante remite la aceptación. Pero ésta como lo anterior tiene el inconveniente de poder ser retirados antes de su llegada al lugar de destino.

c- De la recepción:

Esta establece que el consentimiento se forma cuando la aceptación llega al oferente si la carta fue recibida y esto se comprueba el contrato queda válido y es perfecciona, exige un requisito más que el anterior, y es necesario que la aceptación haya llegado al proponente.

d- Del conocimiento o de la información:

Aquí el consentimiento se forma no sólo por la aceptación ni por el envío si no que también además de aceptar y enviar la aceptación debe de llegar a saberlo el oferente, pero el inconveniente es que queda bajo la voluntad del oferente, es decir que se exige no sólo que la aceptación haya sido recibida por el proponente sino que haya llegado a su conocimiento personal.³²

Nuestro Código Civil acoge la teoría de la declaración según se desprende de los artos. 2449, 2450 y 2454 c, pero en las donaciones se aplica la teoría del conocimiento, de acuerdo con el arto. 2778 c.

³² Editorial Bibliografía Argentina. Ob. Cit. pág. 1013.



Nuestro Código del comercio por el contrario, consagra la teoría de la recepción en el art 84, pero sufre modificaciones y contradicciones en los artos siguientes: 88Cc “En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias tan pronto como lleguen a conocimiento de la parte a la cual son hechas”.

Arto 91Cc. “Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada” como puede observarse en los dos contratos transcritos, el contrato se perfecciona en el momento de la aceptación.

Por otra parte el art 87Cc responde al sistema de la declaración de acuerdo con estas disposiciones el oferente no puede revocar la oferta si ya fue aceptada por el destinatario. No lo puede hacer porque el contrato se perfecciona con la aceptación. Este art 87Cc está en pugna con el sistema de la recepción seguido por el código de comercio. En éste el oferente puede revocar la oferta antes de recibir la aceptación ya que hasta ese momento no se ha perfeccionado el contrato.

La determinación del lugar en que se ha perfeccionado el contrato tiene importancia: Los códigos que siguen el sistema de la declaración disponen que el contrato se regirá por las leyes en que fue aceptado, que es donde se perfeccionó a pesar de que nuestro código de comercio aceptó la teoría de la recepción sujeto a las leyes del lugar de la aceptación de acuerdo con el art 91cc, que dice: “residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá



celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada.

Por eso la Corte Suprema, en sentencia de los 11am del 09 de Mayo de 1936 BJP 9298, sostiene que los contratos que se celebran por correspondencia quedan perfeccionados desde que se reciba la contestación aceptando la propuesta a las modificaciones con que ésta fue aceptada, según lo dispone el arto 84cc el contrato se rige por las leyes del lugar donde se perfecciona el contrato, decir, donde el proponente recibe la contestación.

Sin embargo, de acuerdo con el arto 91Cc si los interesados residen en distintos lugares se entenderá celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia que hubiese aceptado la propuesta primitiva o modificada.

Desde que se perfecciona la compraventa los riesgos son de cargo del comprador.

La prescripción principia a correr desde que se perfecciona el contrato, si no media plazo o condición.³³

³³ Iván Escobar Fornos ob.cit. pág. 83 y 84.



CAPITULO III

Vicios del consentimiento

El consentimiento es un acto humano voluntario y como tal, su elemento fundamental es la voluntad del que lo ejecuta, por ello, el consentimiento está viciado cuando la voluntad está viciada.

Para la validez del contrato se requiere que la voluntad de las partes no esté influida por extraños estímulos que adulteren la genuina intención que las inducen a obligarse. El acto contractual debe por lo mismo, ser libre, consciente y espontáneo para que responda al objeto que se ha propuesto el legislador al dar fuerza obligatoria, esto es crear un medio que sirva eficazmente para afianzar las operaciones legítimas de orden jurídico que entre los individuos de la comunidad se producen, por eso el error, la violencia y el dolo llamados vicios del consentimiento, cuando intervienen en el pacto, lo vician en términos de poder determina su invalidez.

Sin embargo, el acto o contrato que contenga alguno de esos vicios no es nulo de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del perjudicado, por tratarse de un hecho que sólo a él afecta y por ser la única persona que está en condiciones de decidir si conviene demandar la nulidad o mantener lo practicado.



El hecho que pueda viciarse la voluntad y constituyen por tanto, un obstáculo para la validez algunas veces hasta para la formación del contrato son:

El error, el dolo y la violencia excepcionalmente, la lesión puede algunas veces producir el mismo efecto.³⁴

El consentimiento debe ser limpio libre de errores, violencias y dolos. Estos perturban la libre contratación. El arto 2448 Inc.1 c expresa que debe ser libre y claramente manifestada.

El consentimiento debe manifestarse en forma espontánea y libre de vicios. Estos vicios son: el error, el dolo y la violencia. En la doctrina algunos autores incluyen a la lesión, pero en nuestra legislación ésta no existe, los mencionados vicios invalidan el contrato.

1. El Error

1.0 Concepto:

El error en el contrato es una falsa interpretación de la situación contractual; a él se equipara la ignorancia, es decir, la falta de toda noción de la situación contractual.

El error actúa como motivo (y por esto se puede llamar error – motivo, o error - vicio); y, o contribuye a determinar la voluntad o es motivo exclusivo, de la determinación de la voluntad misma. El error es influyente, esto es relevante,

³⁴ Francisco Messineo. Ob. Cit. pág. 125.



cuando es esencial y además reconocible. La esencialidad concierne a la materia sobre la que recae el error; la cognoscibilidad se refiere a la situación concreta del contratante, a quien esta dirigida la declaración que adolece de error.

En el art. 1110 del código civil español prevé al error, como vicio del consentimiento “el error dice, no es causa de nulidad cuando únicamente recae sobre la persona con la que se tiene intención de contactar, a no ser con la consideración de esta persona, sea la causa principal de la convención”.³⁵

El error es una interpretación falsa o inexacta de la realidad. Consiste dice Donneau, en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero.

1.1 Clases de error

Colin y Capitant distinguen dos clases de error: el error de derecho; Y el error de hecho. El error de derecho recae sobre una regla de derecho; el error de hecho recae sobre hechos materiales. (Ver art. 2462, 2463C).

El art. 2462 c dice: “el error de Hecho no produce la nulidad del contrato, si no cuando recae sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto.”

El art. 2463 c dice: “que el error de derecho produce la nulidad del contrato, sólo cuando él mismo es la causa única o principal.”

³⁵ Planiol y Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil. Pág. 799.



He aquí un ejemplo del *error de derecho*: Ejemplo: Pablo, menor de edad, ha muerto después de haber hecho testamento; yo soy su heredero y cumplo el legado contenido en su testamento, ignorando que un menor no puede testar. Supongamos por el contrario, que he cumplido con los legados contenidos en el testamento de Pablo, en que me instituye heredero, ignorando la existencia de una testamento posterior en que revocaba los legados en cuestión, he aquí un *error de hecho*.

El error de derecho como el error de hecho, vicia el consentimiento del que lo comente. No cabe establecer diferencia entre sus efectos. El que se ha equivocado merece en ambos casos la protección de la ley. Debe de ocurrir éste por lo menos siempre que el error es tal que vicia gravemente el consentimiento, cuando, en otros términos, es el error cometido el que ha determinado al contratante a obligarse, pero la aplicación de esta regla tan simple en su fórmula es muy difícil. Ha puesto a prueba en todo tiempo la sagacidad de los jurisconsultos.

En el antiguo derecho romano, la fórmula de contrato era lo único que importaba. Una vez pronunciada, el contratante no podía invocar el error que hubiese cometido, aunque este error hubiera sido provocado por el dolo de la otra parte.

Pero, contra esta concepción jurídica primitiva y anticuada, se levantó una nueva teoría desde fines de la República, que invocaba el *respeto a la voluntad del contratante*. El que está en el error, se dijo desde entonces más equitativamente, no quiere contratar; “Non Videntur qui errant consentire; Erranti nulla voluntas”.



Sin embargo, el derecho Romano no se libró nunca completamente de su primitiva concepción, y sin entregarse jamás a la investigación psicológica de la voluntad de los contratantes, se atuvo siempre más o menos a la manifestación exterior de la voluntad. Por esta razón no llegó a resultados bastantes satisfactorios desde el punto de vista de la equidad.

Los casos de error reconocidos por él se reducen a casos de declaraciones antiguas e irrealizables. En efecto, existían para los romanos tres casos de error que excluía el consentimiento: el error in negotio, in persona, in corpore.³⁶

Para Iván Escobar Fornos, el error puede ser de derecho y de hecho. Hay *error de derecho* cuando se tiene un concepto equivocado de la ley ó sea ignora la misma. *Hay error de hecho* cuando se tiene un concepto equivocado de una persona, caso o suceso.

El error de derecho según el arto.2463 c “produce nulidad del contrato, sólo cuando él mismo es la causa única o principal.

Ejemplo: Juan toma un seguro, compra un predio, o lo toma en arriendo, en la falsa creencia de que la ley lo obliga.

La aplicación de éste principio se encuentra en el pago indebido. De acuerdo con el arto. 2071 c. se puede repetir lo que se ha pagado por error de derecho. Cuando el pago no tenía por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural.

³⁶ Colin y Capitant. Ob. Cit. pág. 622, 623.



Nuestro código no da margen para discutir si cabe o no la nulidad de la transacción celebrada en consideración de un título nulo, si existió error de derecho, ya que, en general, el arto. 2188 c. sanciona con nulidad el contrato celebrado con base un error de derecho y el capítulo que trata de la transacción no establece una excepción a la regla y, como consecuencia debe de aplicarse allá.

Expresa Rocci, comentando el arto. 1109c. del antiguo código civil italiano, modelo de nuestro arto. 2188c. “que entre las relaciones privadas es lícito ignorar las disposiciones legales, pero no lo es entre el individuo y la sociedad, ya que los intereses sociales prevalecen sobre los individuos. Estima que el error de derecho será la causa única y principal del contrato cuando determine por sí solo a una persona a contratar de modo que ésta no habría celebrado el contrato sino hubiese interpretado mal la disposición. Ejemplo; si una persona ignora que la ley te concede el derecho de apoyar tu edificio en el de su vecino, que se encuentra a menos distancia de un metro y medio de la línea de demarcación, y a causa de tal ignorancia contrata con él pagando un tanto por la facultad de apoyar su construcción sobre la suya. En este caso, el error de derecho es la causa única del contrato, porque esa persona no hubiera contratado con su vecino si hubiera conocido la ley, por lo que el contrato puede ser impugnado de nulidad. Advierte que la ley no distingue entre error excusable o error inexcusable.

No todas las legislaciones establecen el error de derecho como vicio del consentimiento, los Códigos de Chile, Uruguay, Argentina y Colombia establecen que error de derecho no vicia el consentimiento. Otros, por el



contrario, como el nuestro, sí lo establece como vicio. Pero existen otros que nada dicen, es decir, si es o no vicio. En estos países algunos autores y la jurisprudencia lo consideran como vicio. Otros sostienen que no causan nulidad por cuanto nadie puede alegar ignorancia de la ley.

El error de hecho es causa de nulidad cuando recae:

- a) *sobre la especie del acto o contrato que se celebra.* Ejemplo: Juan cree vender el inmueble “X” y Diego cree que se lo están donando. En este caso no hay ni venta ni donación.

Es el error - obstáculo. En este error no existe propiamente vicio del consentimiento, sino ausencia de consentimiento, lo que provoca una nulidad absoluta. No obstante, el arto. 2455 c. habla de anulabilidad.

- b) *Sobre la identidad de la cosa específica de que se trata.* Ejemplo: Juan cree que comprar el inmueble “X” y Pedro vender el inmueble “Y”. Aquí tampoco hay consentimiento, pues es un error obstáculo que produce nulidad absoluta; no obstante, el arto. 2455 c. habla anulabiliad.
- c) *Sobre la sustancia o calidad esencial.* Ejemplo: Juan cree comprar un anillo de oro y resulta de bronce (error de la sustancia). Juan compra un cuadro de Morales y resulta ser copia del mismo, o compra un caballo



peruano. Móviles que cada una de las partes tuvieron en cuenta para celebrar el contrato.³⁷

- d) *Sobre la persona.* La nulidad se produce cuando la persona ha sido la causa principal de la celebración del contrato, por ejemplo en la transacción. Aquí cobra vigencia clasificación de contratos onerosos o gratuitos. En los primeros la persona no siempre es determinante. Es determinante, por ejemplo, en la transacción. Por el contrario, en los gratuitos la persona, generalmente es determinante. El error en la persona puede recaer en la persona física o sus cualidades.

Para determinar en cuales actos jurídicos es determinante la persona, se establecen los principios siguientes:

1. El error en la persona de los actos de derechos de familia (matrimonio, reconocimiento, adopción, etc.) produce nulidad ya que se celebran en consideración a la persona o a sus cualidades. No obstante, se discute en la doctrina si el error en las cualidades de la personas es motivo de nulidad del matrimonio, pero prevalece la tesis de que es un vicio del consentimiento.
2. En los actos patrimoniales es preciso distinguir. Sin son a título gratuitos o a título oneroso. En los primeros la persona es determinante; excepto en las liberalidades hecha a una multitud. Como ejemplo de

³⁷ Iván Escobar Fornos, Ob.cit. pág. 84, 85 y 86.



estos podemos citar la donación, el mutuo sin interés, el comodato y el depósito no remunerativo.

Por el contrario, en los títulos onerosos la persona carece de importancia. Sin embargo existen casos en que adquiere relevancia como por ejemplo, en la transacción, arrendamiento de servicio, sociedad civil y colectiva mercantil mutuo con interés, en el mandato, en el contrato de trabajo en los de tracto sucesivo. En estos contratos la persona, su aptitud, honorabilidad, solvencia, etc. Los torna *intuitu personae*.

El error de hecho y de derecho puede recaer sobre la causa. Ejemplo: el heredero que obliga a pagar un legado, ignorado que el testamento en virtud del cual lo hizo se revocó (error de hecho); la persona que se obliga a indemnizar creyendo erróneamente que la ley impone una responsabilidad (error de derecho).

Los errores de cálculo no vician el consentimiento, pues a lo que dan lugar es a una rectificación. Tampoco invalidan el consentimiento los errores en los motivos y móviles que cada una de las partes tuvieron en cuenta para celebrar el contrato.

1.2 Consecuencias del error, Nulidad relativa del contrato:

Como ya se ha explicado, el error sobre la sustancia y el error sobre las personas que reglamenta el arto. En el derecho comparado en el arto 1110 c. de la legislación española produce únicamente la nulidad relativa del contrato.



Expresamente establece esto el art. 1117 c, de la misma legislación “La convención contraída por error, violencia dolo, no es nula de pleno derecho, sino que produce una acción de nulidad o rescisión”. Pero no debe olvidarse que excepcionalmente el error puede implicar la inexistencia misma del contrato, por ejemplo cuando recaiga sobre la naturaleza del contrato, y una de las partes tenga intención de celebrar una donación, siendo que celebra una venta, o sobre la identidad del objeto (se creía adquirir un inmueble determinado y se adquiere otro); lo mismo habrá que decir cuando se trate de una falsa causa o de ausencia de ésta.³⁸

Teoría general moderna acerca de los efectos del error:

Según la doctrina moderna el error produce diferentes efectos, según los casos. Ya destruye el consentimiento, y origina, por lo tanto, una nulidad absoluta, ya es una causa de simple anulabilidad (nulidad relativa), y, por ultimo no es tomado en consideración.

1- Error que destruye el consentimiento. Se le encuentra en hipótesis, prácticamente muy raras, pero que, sin embargo, presentan algunos casos. Esta hipótesis son tres:

- a) El error ha recaído sobre la naturaleza de la convención. Es el error *in negotio* romano. Ejemplo: un contratante ha tratado con una compañía de seguros mutuos cuando creía contratar con una compañía de seguros a prima fija.

³⁸ Planiol y Marcel Ob.Cit. pág. 801.



- b) El error ha recaído sobre la identidad de la cosa que constituye el objeto del contrato. Es el error incorpore mas teórico que practico.
- c) El error ha recaído sobre las causa del contrato. Se encuentran ejemplos, sobre todo en materia de pago. Así, el pago podrá ser anulado en el caso del que haya dado una orden haya pagado al comisionista sin saber que éste ha hecho respecto de él, el contrarregistro, es decir, haya adquirido por si mismo las cosas que estaba encargado de vender lo que dispensa de pagarla una comisión.

2- *Error causa de anulabilidad*: Se le encuentra en dos casos siguientes: el error en la persona y el error en la substancia de la cosa.

a) *error en la persona*. Sólo es causa de nulidad cuando la consideración de la persona ha sido la causa principal del convenio de la convención.

Es el juez el que decide, según la naturaleza de la convención las circunstancias particulares de la causa y la intención de las partes, si esta condición sea realizado o no, si, en una palabra, existe *intuitus personae*. En los contratos a título gratuito habrá siempre *intuitus personae*. Pero lo mismo ocurrirá en muchos contratos a título oneroso, ya por ambas partes, por ejemplo, en la sociedad, ya por parte de uno de los contratantes, por ejemplo, en el contrato de trabajo celebrado con tal ingeniero, tal empleado o también en el contrato de empresa celebrado con tal arquitecto tal pintor, tal escultor, tal médico.

Conviene advertir que para que el error en la persona sea causa de nulidad no es indispensable que recaiga en la persona física; basta que haya error acerca de una cualidad de la persona que se haya tenido principalmente en cuenta y que haya sido el motivo determinante de la convención. Así, el



error acerca de la profesión del arrendatario por del que asegura su vida puede servir para anular el arrendamiento o el seguro.

b) Error en la substancia: “El error sólo es una causa de nulidad de la convención, cuando recae sobre la substancia misma de la cosa que constituye su objeto.” ¿Qué hay que entender por substancia? Tocamos aquí el punto más delicado de la doctrina moderna, pues ninguna expresión es susceptible, acaso, de tantas excepciones distintas.

El sistema más riguroso se atiene a la noción objetiva de substancia. La substancia será ya como entre los Romano, la materia del objeto (he comprado candelabros de bronce plateado que yo creía era plata), ya. Lo que es menos riguroso el conjunto de cualidades o propiedades cuya reunión determina la naturaleza específica del objeto y le distingue, según las nociones comunes de las cosas de cualquier otra especie. Esta opinión ofrece la ventaja de un criterio objetivo pero es demasiado rigurosa.

2. La Violencia.

2.0 Concepto:

En nuestra legislación, el arto. 2468c. dice: “hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando de inspira a una de los contrastante el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o en las del cónyuge, ascendiente o descendientes.”

(Ver arto 2464 c).



Rodrigues y Somarriba emplean la palabra fuerza y la definen diciendo: “es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirle a consentir.”

Planiol Marcel expresan que: “Se trata de una coacción efectuada sobre la voluntad de una persona y que la neutraliza hasta el grado de obligarla a celebrar el contrato.”

Para Colin y Capitán la violencia es la coacción física o moral ejercida sobre un individuo para determinarle a celebrar un acto. Es una causa de nulidad, porque el temor que hace nacer la violencia vicia la voluntad del contratante. Es necesario para esto que se cumplan dos condiciones:

- 1- La violencia debe ser de tal naturaleza, que haga impresión en una persona razonable. El derecho romano se mostraba en este punto más severo: exigía que la violencia fuese capaz de mover al hombre más valiente, viene aún a atenuar la regla por él establecida al añadir que se atiende en esta materia a la edad, al sexo y a la condición de la persona. En vano el autor de la violencia alegará que el medio de coacción empleado por él (por ejemplo, la amenaza de echar una maldición al ganado o de lanzar un maleficio sobre los hijos del contratante), no podía por su naturaleza hacer impresión en una persona razonable. La nulidad no dejará por ello de ser declarada si estas amenazas ridículas han sido dirigida a una persona de condición y de inteligencia muy inferiores. A la inversa, una coacción capaz de hacer impresión en una persona razonable ordinaria, bastara para anular el contrato, aunque el autor de esta coacción pretenda demostrar que se trata de un hombre de una inteligencia y de



unas energías tan excepcionales que sus maniobras debían dejarle indiferente.

- 2- Es necesario que la violencia sea injusta o ilícita. El solo temor reverencial respecto del padre, la madre o cualquier otro ascendiente sin que éstos hayan ejercido violencia, no basta para anular el contrato. Esta secunda condición origina diversos problemas interesantes. Un acreedor amenaza a su deudor con embargarles si no quiere ofrecerle una garantía. Un patrón amenaza a su empleado con hacerle detener si no firma un reconocimiento de deuda en reparación de una malversación que reconoce haber cometido. En estos dos casos no podrá, en principio, existir demanda de nulidad, pues el embargo o la denuncia temidos por el deudor sólo son las consecuencias normales y legítimas del derecho que ha concedido contra él, su acreedor. Sin embargo, también aquí es necesario tener en cuenta las circunstancias; y la obligación podrá ser anulada por causa de violencia si las amenazas han sido empleadas para arrancar a la persona una obligación excesiva, que sobrepasa la reparación de vida al acreedor.³⁹

³⁹ Colin y Capitant Ob.cit. pág. 635, 636.



2.1 Clases de violencia

Del arto. 2468c. se desprende que la violencia puede ser: *física y moral*.

Física: es la fuerza bruta y material que excluye por completo la voluntad y la sustituye convirtiendo al declarante en un mero autómatas ejemplo: una persona firma un documento por que otra le ha sujetado y le ha llevado la mano.

Es decir que esta consiste en actos físicos o materiales, como darle un golpe a un individuo, encerrarlo causarle otro daño para que preste el consentimiento. A este tipo de violencia los romanos la llamaban “Vis Ablativo” o Vis Absoluta.

Moral: según Sánchez Medal “hay violencia moral, o mas propiamente intimidación o miedo cuando por medio de amenaza se coloca a un contratante en la disyuntiva: o aceptar en ese momento un mal presente o futuro para él o para personas muy allegadas al mismo o bien celebrar el contrato, a esta violencia los romanos la llamaban “Vis compulsiva.” En virtud de ella no se suprime la voluntad, sino solo se le vicia orillándola a que prefiera una cosa o la otra.

Esta fuerza moral en algunos códigos como el español y el nuestro se denominan “intimidación.” A ella se refiere la segunda parte del Arto. 2468c.

Así tenemos que los ingredientes constitutivo de la intimidación son, por una parte, la amenaza, y, por otra, la creación de un estado de temor producto de



tal amenaza, la amenaza supone el anuncio de un mal inminente y grave. La inminencia requiere de un juicio sobre la mayor o menor proximidad del mal que se espera y sobre la mayor o menor posibilidad de evitarlo. La gravedad debe medirse en relación con la idoneidad del mal para influir en el ánimo del sujeto.

El segundo ingrediente requiere de la intimidación es una situación de temor creado en el sujeto pasivo. Nuestro código civil requiere que sea “racional y claro” y el Arto. 2458 c. obliga al juzgador, para determinar la gravedad de la intimidación de quien la sufra. Y para que vicien el consentimiento conformen al Arto. 2459 c., basta que haya empleado por cualquier otra persona con el objeto de obtener el consentimiento.

2.2 Requisitos de la violencia:

- *La violencia debe ser grave:* como dice el arto 2468 c hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible hay intimidación cuando se inspira a uno de la contratantes el tenor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona y bienes del cónyuge ascendientes o descendientes.

Para determinar la gravedad debe atenderse la edad, sexo y condiciones de quien la sufre, según lo dispone el arto 2458c.



Si la violencia excluye la voluntad no habrá nulidad absoluta por ejemplo: si a Juan por medio de violencia se le lleva la mano para firmar el acto o contrato, la violencia puede recaer en el contratante o bien en su cónyuge ascendiente o descendiente, según lo dispone el arto 2464c. Si a Juan lo amenazan con matarle a su hija sino le vende a Pedro el inmueble “X” existe violencia. El cariño que se tiene a esas personas a inducido al legislador a extender el ámbito sobre el cuál habrá la violencia Cuando se trata de otra persona se le atribuye al Juez la facultad de pronunciarse sobre la nulidad, según la circunstancia que rodean el caso.

Por otra parte, la violencia la puede ejercer un extraño al contrato según lo dispone el arto 2459 c.

- *La violencia además de grave, debe ser injusta.* Por manera que el ejercicio legítimo de un derecho o el temor reverencial no constituye violencia.

El que amenaza a su deudor con ejercer acción ante los tribunales para que cumpla su obligación otorgue una caución etc. No ejecuta acto de violencia y por lo tanto, el cumplimiento de la obligación, la caución, la transacción etc. que resulte será válido claro que si con la exigencia se persigue aprovechamiento injusto superior al legítimo si habrá violencia; en el temor reverencial tampoco hay violencia; así lo dispone el arto 2465c este respeto se debe, por ejemplo, a los padres, jefes, etc.



- *Debe ser determinante.* Se entiende por determinante cuando ha sido empleada con el objeto de obtener el consentimiento. Entre la violencia y el consentimiento hay una relación de causalidad directa; el consentimiento es el efecto de aquella violencia.

El arto 2459 c. no deja lugar a duda que “para que la fuerza o intimidación vicien el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiario, basta que se haya empleado por cualquier otra persona, con el objeto de obtener el consentimiento. La violencia debe tener por fin arrancar el consentimiento de la parte sobre el cual la violencia se ejerce.⁴⁰”

3. El Dolo

3.0 Concepto

Pothier define al dolo como: “cualquier clase de artificios del que alguna se sirve para engañar a otro”.

Domat da igualmente una definición del dolo que merece ser reproducido: se llama dolo: “toda sorpresa, fraude, sutileza, fingimiento y cualquiera otra mala acción para engañar alguno.”

El dolo se entiende, como se ve, desde las simple afirmaciones falsas hasta las maquinaciones fraudulentas que consisten en el empleo de testigos falsos o de documentos falsos utilizados para hacer nacer el error en el espíritu de una

⁴⁰ Iván Escobar Fornos. Ob. Cit. pág. 87.



persona y determinarla a contratar así, pues, no hay que creer que el simple hecho de mentir sea insuficiente para constituir un dolo. Todo depende de las circunstancias de la mentira, sobre todo de las costumbres de la vida corriente y normal.⁴¹

Según nuestra legislación en su arto 2469 c dice: “Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiadas de parte de uno de los contratantes, es insidiosas el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho”. El dolo puede presentarse en la celebración de un acto o contrato, en su cumplimiento o en forma extracontractual.

3.1 Nociones del dolo:

Se habla del dolo como un elemento característico del delito, frente a la culpa que caracteriza al causidelito. Se habla de dolo cuando deliberadamente se deja de cumplir una obligación y por fin se habla del dolo como vicio de la voluntad cuando se procura obtener la ejecución de un acto mediante cualquier artificio, astucia o maquinación, afirmando lo que es falso disimulando lo verdadero. “la omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa”⁴²

Sin duda, hay muchos casos en que la alegación mentirosa no es por si sola equivalente al dolo, ocurre ésto principalmente en las exageraciones del vendedor que alaba su mercancía, si como dice Domat, “sólo son éstas sutilezas de que el comprador puede defenderse y de las que no dependen de

⁴¹ Colin y Capitant. Ob. Cit. pág. 632.

⁴² Editorial Bibliográfica Argentina. Ob.Cit. pág. 1010.



la venta”. Y, en efecto, el comercio no puede prescindir de un cierto arte del engaño, que no es más una habilidad permitida, *dolos Bonus*, decían los romanos, arte que los tribunales se muestran inclinados a excusar ampliamente.

Del mismo modo, las promesas falaces, si han sido hechos sin maniobra caracterizada no constituyen dolo, ocurre esto principalmente cuando dichas promesas proviene de carteles o de prospectos financieros, que dicen algunas sentencias, no ha sido consideradas nunca como la expresión exacta de la verdad por último sabemos que el solo hecho de presentarse una incapaz como capaz ante aquel con quien contrata, no le impide prevalecer de una incapacidad.

Pero hay otros casos en que la afirmación mentirosa es por si sola constitutiva de dolo.⁴³

El dolo puede presentarse en la celebración del acto o contrato, en su cumplimiento o en forma del extra contractual, del primero tratan los arts. 2460, 2461, 2466, 2469, 2470 c. y otros; del segundo, los arts, 1860, 1861 C, y otros y del últimos el arts. 2509 c y sigts que se refiere a los delitos y causi delitos civiles.

En cualquiera de estas situaciones que se presente el dolo, siempre consiste en la intención positiva de inferir injurias en la persona o propiedad de otros, a quien nos ocuparemos del dolo como vicios del consentimiento.

⁴³ Colin y Capitant. Ob. Cit. pág. 633 y 634.



3.2 Clases de dolo:

Distinción entre el dolo principal o determinante y el dolo incidental o accidental. Esta distinción se contempla en el arto 2470 c.

Esta distinción tradicional es obra de nuestros antiguos autores, que han creído encontrar sus huellas en el digesto. He aquí en que consiste.

Desde el momento en que el dolo es considerado como un vicio de voluntad, solo puede ser causa de nulidad en tanto ha ejercido una influencia decisiva sobre la declaración de la voluntad del contratante, es decir, que ha sido determinante.

Si por el contrario, no ha producido este efecto, la manifestación de voluntad no está viciada y el contrato no puede ser anulado. Se llama dolo causante al dolo determinante, y dolo incidental al dolo no determinante. Por tanto el único dolo que constituye una causa de nulidad es el que ha causado la nulidad es el que ha determinado a contratar. *Dolos dans causam contractui*, es decir el dolo causante.⁴⁴

No existe causa de nulidad si el dolo no ha producido más efectos que el de modificar las condiciones normales del contrato. Un dolo de este género solo puede originar una indemnización de daños y perjuicios, por constituir un delito civil, en beneficio del contratante que ha sufrido sus efectos.

⁴⁴ Iván Escobar Fornos. Ob.cit. pág. 88.



En efecto el dolo se emplea siempre para pesar sobre la voluntad del contratante, ya con el fin de impulsarle a celebrar un contrato, ya para hacerle aceptar condiciones distintas de las que hubiese aceptado sino hubiese sido engañado.

Por consiguiente, en ambos casos, la verdadera reparación debiera consistir en permitir a la parte perjudicada pedir la nulidad y es realmente invitar al juez a una obra casi imposible la investigación de el dolo ha sido o no consideradas como determinantes por la víctima.⁴⁵

Según Iván Escobar Fornos el dolo puede ser principal (determinante) o incidental (accidental) esta distinción la contempla el arto. 2470 c.

El dolo es principal cuando es obra de uno de los contratantes y sin él no se hubiera celebrado el contrato. Hay dolo incidental cuando no reúnen esos requisitos, ya sea porque procede de un tercero, ya sea porque, aun procediendo de la otra parte, no es determinante, de tal manera que se hubiese celebrado el contrato a pesar del dolo, pero en condiciones menos onerosas. En el art. 2460 c. se dice que el dolo sólo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y sin él no hubiera habido contrato, pero seguidamente en el mismo artículo se dispone que en los demás casos el dolo sólo concede acción de daños y perjuicios.

Por manera que esos demás casos se refieren al dolo que proviene de un tercero, o bien de uno de los contratantes, cuando a pesar del mismo se

⁴⁵ Colin y Capinant. Ob.Cit. pág. 637 y 638.



hubiera celebrado el contrato bajo otras condiciones (dolo no determinante). El dolo principal vicia el consentimiento y sólo da derecho a la indemnización de perjuicios contra la persona que lo ha fraguado o ha aprovechado de él contra la primera por el valor total de los perjuicios, y contra la segunda hasta el monto del provecho reportado.

Hay que tener presente que existen, principalmente en el comercio, ciertos halagos, ponderaciones, etc, con la finalidad de atraer al contratante, pero no de hacer con intención positiva dañosa.

Son formas de promover las ventas, ya conocidas por el pueblo y toleradas por las costumbres, desde el tiempo de los romanos, se acepto lo que se llama el dolo bueno.

3.3 Requisitos del dolo:

El dolo debe reunir copulativamente los requisitos sitios siguientes:

a) Debe provenir de una de las partes este requisito se reduce de dos artículos:

El arto. 2460 c. dice que: “El dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera habido contrato...”



El art. 2469 c. expresa que: “Hay dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido, el otro a celebrar un contrato que, si ella no hubiere hecho...”

El dolo, pues vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, por el contrario la violencia puede emanar de un tercero a tenor del art. 2459 c.

El dolo del representante legal o voluntad vicia de nulidad el acto. También hay dolo cuando el contratante actúa como cómplice de un tercero, o conoce que la otra parte es víctima de dolo de un tercero. (Ver art. 2466 c)

Es conveniente advertir que el dolo también vicia los actos unilaterales a pesar que provenga de un tercero, nuestro código civil español contemplo por ejemplo: el caso de la aceptación y repudiación de la herencia en el art. 1244 c.

Cuando el dolo se comete por ambas partes se produce lo que la doctrina llama compensación del dolo, ninguna de ellos puede pedir la nulidad y como consecuencia el contrato no sería anulable, los arts. 1270 y 1877 de los códigos civiles de España y México aceptan este criterio.

b) Debe de ser determinante o grave este requisito se deduce de tres artículos:

El art. 2460 c expresa que “El dolo no vicia el consentimiento si no...y cuando además aparece claramente que sin él no hubiese habido contrato”.



El art. 2469c dice: “Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas... es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho.

El art. 2470 c. dispone que “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave...”

El dolo, pues debe ser de tal naturaleza que sin él no se hubiera celebrado el contrato; es decir, de haberse conocido no se hubiera contratado.

Establecen cuando es determinante es una cuestión de hechos que tiene que apreciarse en cada caso.

El dolo concede a la perjudicada acción para pedir la rescisión del contrato y los daños y perjuicios si se causaron.⁴⁶

3.4 La noción del dolo en sus relaciones con las nociones del error:

Cabe preguntar si el dolo es un vicio distinto del error. En efecto el dolo tiene por fin engañar al contratante, hacerle creer una cosa que no existe y también ocultarle un hecho. Por lo tanto, engendra el error en aquel que es víctima de él. Así se dice con frecuencia que en el caso de dolo el consentimiento es nulo porque el contratante lo ha emitido bajo el imperio de un error. Este análisis

⁴⁶ Iván Escobar Fornos. Ob.Cit. pág. 89.



no nos parece exacto. Es indudablemente el dolo el que quita al contratante la facultad de apreciar sanamente los casos, de darse cuenta exacta de las condiciones del contrato. El dolo priva al contratante del conocimiento exacto de las condiciones del contrato.

El dolo priva al contratante de su libertad lo mismo que la violencia, vicia el consentimiento. Hace algo más que engendrar un error, acentúa sus efectos, al declararse la nulidad del contrato que el dolo ha hecho celebrar la ley quiere castigar al contratante que para determinar al otro a contratar, se entrega a actos reprobables.

Por esta razón error provocado por el dolo tiene mayores consecuencias que el error simple; es siempre causa de nulidad, desde el momento en que ha determinado a la parte engañada a contratar. Así principalmente, el error en los motivos, o acerca de la solvencia o acerca del valor de la cosa anula el contrato cuando es el resultado de maniobras fraudulentas de la otra parte.⁴⁷

El dolo y el error tienen algunos puntos de contacto, por ejemplo en uno y otro la víctima contrata con base en un error. Sin embargo, ambos difieren fundamentalmente en el error, el otro contratante no ha hecho nada para que se produzca el error en su contra parte. En cambio en el dolo la otra parte provoca intencionalmente el error mediante maniobras en el error no hay procedimientos ilícitos lo contrario sucede en el dolo, que es un acto ilícito.

⁴⁷ Colin y Capitant. Ob.Cit. pág. 634, 635.



El dolo, generalmente se presenta en forma positiva pero también puede presentarse en forma negativa. Así por ejemplo en el artículo 541Cc se dispone que será nulo todo contrato de seguro:

- 1) Por la inexacta declaración del asegurado a un hecho de buena fe siempre que pueda influir en la estimulación de los riesgos.
- 2) Por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieran podido incluir en la celebración del contrato.

El contrato de seguro es de buena fe y las ocultaciones o reticencias hechas de buena a mala fe invalidan el contrato en los términos establecidos en el mencionado artículo.⁴⁸

3.5 Nociones del dolo en su relación con las nociones de la violencia:

Hay que establecer otra distinción procedente de un autentico de la doctrina romana según la persona de quien proceda la violencia o el dolo.

Se trata del vicio de violencia, el que ha sido víctima de ella pueda invocarla para poder la nulidad del contrato, aunque las amenazas a que ha cedido procedan de un tercero que no sea el otro contratante y éste no haya sido cómplice.

⁴⁸ Iván Escobar Fornos Ob.Cit. pág 88.



No ocurre lo mismo en materia de dolo cuando la maniobra dolosa procedan de un tercero, no ejercen influencia en el contrato. Lógicamente esta distinción es también difícilmente explicable hubiera valido más declarar que el dolo, como la violencia, producen la nulidad del contrato, aunque proceda de un tercero que no sea el otro contratante. En efecto el dolo, como la violencia altera el consentimiento de la víctima y le quita todo valor, cualquiera que sea el autor de las maniobras empleadas.

Sin embargo, se ha intentado justificar la distinción tradicional con el razonamiento siguiente. Cuando el dolo, se dice, es obra de un tercero y no del otro contratante, la víctima no tiene nada que reprochar o éste que es inocente de toda culpa, no debe sufrir por la anulación del contrato las consecuencias de los actos dolosos de que otro es culpable pero ¿no podría decirse lo mismo en los casos en que se trata la violencia o amenazas hechas por un extraño?, se contesta que es más fácil defender contra la violencia que contra el dolo, aquel contra quien se emplean maniobras fraudulentas puede librarse de ellas si es prudente, avisado, perspicaz cuando por el contrario se es objeto de amenazas con frecuencia nos vemos obligados a inclinarnos ante ellas, pero semejantes argumentos es muy débil lo más frecuente es que sea más fácil resistir a la violencia franca que defenderse contra un error causado por maniobras.

La única solución equitativa y racional consistiría en proteger al individuo violentado en todos los casos y por consiguiente permitirle siempre pedir la nulidad del contrato.

Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que la jurisprudencia ha hecho una aplicación interesante de la distinción tradicional en materia de sociedad por acciones declarado que un suscriptor de acciones perseguido por el sindico de



una sociedad en quiebra que le reclame el pago total del saldo total de sus acciones, no puede prevalecerse contra la masa del dolo cometido por el gerente para determinar a suscribir las acciones.

En efecto los accionistas están obligados directamente respecto de los acreedores estos son terceros en relación al gerente de la sociedad. Del mismo modo si el accionista pretende que la cesión que lo ha hecho propietario está viciado de dolo no tiene recurso alguno contra la sociedad pues el dolo no es imputable esta.

Atenuaciones de la regla: la regla según la que el dolo cometido por un tercero no ejerce influencia sobre el contrato, admite además varias atenuaciones y excepciones.

- 1- En prime lugar y por el simple juego de los principios generales, ocurre otra cosa si se demuestra que el dolo ha determinado en el espíritu de la víctima un error destructor de su voluntad o que la vicia están profundamente que pueda hacer el acto anulable entonces, el contrato podrá ser atacado, no en razón del dolo cometido por el tercero, sino en razón del error que ha producido.
- 2- La donación entre vivos son anulables por dolo aunque la maniobra dolosa procedan de un tercero que no sea el donatario se la explica diciendo que la donación debe proceder únicamente del espíritu o de beneficencia y afección; pierde por lo tanto, sur razón de ser desde el momento que la voluntad del donante ha sido extraviada por maniobras



fraudulentas además el donante no es tan digno de interés como un contratante ordinario.

- 3- La regla no se aplica tampoco a los actos unilaterales reconocimiento de hijos naturales, aceptación de herencia, testamento así podrá pedirse la anulación de un legado por maniobras dolosas realizadas por un tercio que no sea el legatario.⁴⁹

⁴⁹ Colin y Capitant. Ob.cit. pág. 639, 640.



Conclusiones

1. El consentimiento es considerado como la parte fundamental de todo contrato, nuestro código civil sigue en la contratación un criterio escéptico:
 - Por regla general el consentimiento de las partes basta para formar el contrato.
 - Por excepción ciertos contratos además del consentimiento exigen otros requisitos para perfeccionarlo como la entrega de la cosa.
2. La teoría de los contratos tiene influencia de algunos supuestos ideológicos fundamentalmente de al teoría liberal clásica siendo entre estos el mas importante el principio de la autonomía de la voluntad en donde la voluntad del hombre es el valor supremo, pero el orden privado entra en crisis inmediata cuando se da la intervención del Estado en la esfera privada y esta tendencia va en crecimiento.
3. Como elementos del consentimiento tenemos la oferta y la aceptación. En nuestro código civil en los artículos referentes a la contratación no define claramente los elementos del consentimiento.
4. Cuando el consentimiento se ve afectado por vicio como el error violencia y dolo puede ser causa de nulidad del contrato.



Recomendaciones

1. Nuestra legislación debe contemplar la incidencia del avance de la tecnología en las relaciones pre-contractuales (oferta y demanda) así como en las contractuales (afectación a ciertos contratos como el de crédito) por que dicho avance ha tenido gran repercusión en la vida jurídica de los contratantes.
2. Procurará una mejor aplicación de las normas que se han establecido como de orden publico en la contratación cuando no exista una verdadera igualdad entre los contratantes.
3. Debido a la crisis económicas y la devaluación del la moneda que enfrenta a diario nuestro país seria prudente que en nuestra legislación contemplara que fuera causa de rescisión del contrato en caso de pérdida o como causa de modificación del mismo.
4. En nuestra legislación debería definir claramente los elementos necesarios para perfeccionar el consentimiento (la oferta y la aceptación).



BIBLIOGRAFIA

- Derecho las Obligaciones. Iván Escobar Fornos
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina
- Doctrina General de los contratos. Francisco Messineo
- Derecho Civil. Colin y Capitant
- Código Civil de la Republica de Nicaragua Tomo II
- Código de Comercio de la Republica de Nicaragua
- Declaración Unilateral de la Voluntad. Mario Aguirre Godoy
- Obligaciones Civiles. Bejarano Sánchez Manuel
- Fundamentos de Derecho Civil, 2da Edicion – Barcelona. Puig Brutau
- Curso de Derecho Civil. Rodrigo Arturo Alessadri y Somarriba
Undurraga Manuel
- Tratado de los Contratos. Alberto Brenes Córdoba
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VII
- Tratado elemental de Derecho Civil Julian Bonnecase
- Tratado Elemental de Derecho Civil Planiol y Marcel