

“Predominio de la palabra como medio de expresión, temperado, sin embargo, por el empleo de la escritura como medio de preparación y documentación”.

Innumerables ventajas se siguen para la justicia del sistema o principio procesal de la oralidad. Por ejemplo, se garantiza el cumplimiento de ese otro principio procesal, el de la inmediación, según el cual el juez debe practicar por sí mismo las pruebas a fin de poder apreciar desde su recibimiento o producción todas las circunstancias de distinto orden que las rodean y que sirven poderosamente para decidir de su mérito. Y también, este sistema oral permite dictar la sentencia en la audiencia, tan pronto como el juez recibe las últimas pruebas y oye los alegatos de las partes. Ventaja poderosa, porque el juez o tribunal está en capacidad inmejorable de expresar allí mismo, bajo la influencia de los medios probatorios y de las razones aducidas por los litigantes, su concepto acerca de todos los aspectos importantes del litigio, es decir de decidirlo. Sería de desear que los fallos fueran proferidos en audiencia, porque se cumplen así las finalidades de este sistema, como son las que el funcionario tenga directo contacto con el litigio para que aproveche ese conocimiento de él y falle rápidamente.

Parece obvio advertir, pero siempre es conveniente hacerlo, que los fallos proferidos oralmente, en la audiencia, a continuación del último debate, deben ser motivados en el mismo acto, allí mismo, para que la sentencia no se divida en dos partes, la motivación y la decisión. Porque el sistema del Decreto 969 de 1946 permitía proferir primero la parte resolutive; y después, posteriormente, motivarla o sustentarla. Error inmenso porque la sentencia, que es el acto más importante del juez, debe ser una, indivisible, armónica, y cuando se permite dividirla se rompe esa unidad y se puede llegar a cometer graves e irreparables errores. En todo caso, es antitécnico y debe conservarse el principio de la unidad del fallo. Cuando el código dice que en la audiencia puede el juez de primera instancia proferir la sentencia, una vez clausurado el debate (artículo 81), o cuando ordena en el juicio de única instancia que una vez clausurado se falle en el acto (artículo 72 y agrega en ambos casos que la “motivará oralmente”, no está autorizando el sistema absurdo de proferir el fallo en dos etapas, desarticulándolo, sino que conserva la unidad de la sentencia, porque exige que allí mismo se motive, aun cuando verbalmente. Es decir, en un mismo acto debe proferirse la parte motiva y la resolutive, sin que sea lícito separar la una de la otra por constituir un todo, aunque autoriza para motivar la sentencia en forma oral. Y lo mismo se dice del fallo en la segunda instancia o en casación.

En todo caso, el sistema oral cumple una elevada misión, sin obstaculizar la defensa de los derechos de las partes. Y estamos seguros quienes intervinimos en la elaboración de ese código, que este principio medular que lo informa, al introducir una innovación radical en nuestro derecho tradicional, que ojalá se extienda al procedimiento civil, habrá de producir los benéficos resultados que su creación en la doctrina y su establecimiento en la práctica se proponen obtener.

CASTOR JARAMILLO ARRUBLA

LA RESPONSABILIDAD POR LA RETRACTACION DE LA OFERTA

Por GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ

I — PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para la recta inteligencia del problema que suscita la retractación de la oferta, es indispensable precisar ante todo la distinción entre la **simple oferta o policitación**, por una parte, y la **promesa de contrato**, especialmente cuando esta última es unilateral (opción), por otra parte.

La simple oferta o policitación es, por definición, la invitación que una persona hace a otra para celebrar una convención o contrato; es, por lo tanto, un acto o manifestación unilateral de voluntad (*pollicitatio est solius offerentes promissum*), al paso que la promesa de contrato, bien sea bilateral, vale decir, que imponga obligaciones a cargo de ambas partes, bien sea unilateral o productiva de obligaciones a cargo de una sola de éstas, es siempre un verdadero contrato que supone el concurso de las voluntades del policitante y del destinatario de la oferta. Un ejemplo declarará lo dicho: no es lo mismo que yo dirija una carta a Pedro ofreciéndole un caballo en venta y pidiéndole una respuesta dentro de cierto plazo, a que yo convenga con Pedro en venderle un caballo dentro de cierto plazo, bien sea que éste también se obligue a comprarlo, bien sea que simplemente tenga la opción para hacerlo, si así lo desea. En este último caso existe un acuerdo de voluntades, un verdadero contrato llamado promesa bilateral o unilateral. Por el contrario, en la primera hipótesis solamente hay una simple oferta o policitación que no ha sido aceptada todavía por Pedro.

Ahora bien: la promesa de contrato, ya sea bilateral, ya sea unilateral u opción, es tan obligatoria para el promitente como cualquier otro contrato que pueda celebrar, y el incumplimiento de lo prometido le aparea una típica responsabilidad contractual. Pero, entonces, se pregunta: ¿la simple oferta o policitación es también obligatoria para el proponente? Si éste se retracta, ¿incurre o no en responsabilidad? En caso afirmativo,

¿qué fundamento tiene esta responsabilidad? Para contestar estos interrogantes, es preciso estudiar las dos grandes teorías elaboradas al respecto por los civilistas: la teoría clásica francesa de la no obligatoriedad de la oferta y la teoría, más bien moderna, de la obligatoriedad de la oferta.

II — LA TEORIA CLASICA FRANCESA

La doctrina clásica francesa, siguiendo la opinión de Pothier y en defecto de normas legales al respecto, desconoce la fuerza obligatoria de la simple oferta o policitación, fundándose en la consideración de que toda obligación supone un derecho creditual correlativo en favor de persona distinta de la obligada, derecho cuya adquisición requiere, según dicha doctrina, la aceptación voluntaria del adquirente. Pothier discurre así, palabras más, palabras menos: de la propia manera que yo no puedo transferir a otra persona un derecho sobre mis bienes, por mi sola voluntad y prescindiendo de su consentimiento, tampoco puedo, mediante una promesa mía, conferir a alguien un derecho contra mi persona, mientras su voluntad no concurra para adquirirlo, es decir, mientras mi promesa no sea aceptada (1). De ahí que la doctrina clásica francesa, al acoger el pensamiento de Pothier, haya establecido la caducidad de la oferta por la muerte o la incapacidad del proponente, y que también reconozca a éste la facultad para arrepentirse de su propuesta, siempre que cualquiera de tales hechos tenga lugar antes de la aceptación de la misma, porque esta aceptación produce el perfeccionamiento de la convención, que pasa a ser una ley para las partes.

Sin embargo, la propia doctrina y la jurisprudencia francesas han introducido un importante temperamento al sistema clásico. Así han resuelto que la retractación de la oferta que está acompañada de un plazo expreso para aceptarla, compromete la responsabilidad del proponente, cuando tal retractación ocasiona perjuicios al destinatario de aquélla.

Pero negada, por principio, la obligatoriedad de la oferta, ¿cuál puede ser el fundamento jurídico de la responsabilidad que aparece su retractación? Con otros términos: teniendo el proponente el derecho de arrepentirse de su oferta antes de que ésta sea aceptada por la persona a quien se dirige, ¿cómo se puede deducir responsabilidad a cargo de aquél por el ejercicio de esa facultad que se le reconoce? Varias explicaciones han ensayado los partidarios del sistema clásico francés, todas las cuales convergen hacia la teoría de la responsabilidad extracontractual, a saber:

1^a La culpa aquiliana genérica. Esta explicación, que es la más aceptada y, en nuestro sentir, la más sencilla y comprensiva, hace derivar la responsabilidad del proponente que se retracta de su oferta del postulado general del derecho, conforme al cual "nadie debe sufrir perjuicio por la culpa ajena" (*nemo ex altera culpa praegravari debet*), postulado que se traduce en el establecimiento de una obligación general de diligencia y cuidado, a que toda persona que vive en sociedad debe subordinar

su conducta para evitar que con ella se ocasionen perjuicios a otras personas. Así, pues, negando la obligatoriedad de la oferta, los expositores de esta tesis han atribuido a la responsabilidad del proponente que se retracta un fundamento cuasidelictual, argumentando como sigue: si alguien formula una oferta a otra persona, bien puede arrepentirse antes de que ésta manifieste que la acepta, porque la oferta no es obligatoria y, por consiguiente, el proponente tiene el derecho de arrepentirse. Pero al proceder así, dicho proponente no debe olvidar que es obligación suya la de evitar que su conducta ocasione perjuicios a la persona a quien ha dirigido su oferta. De manera que, si quiere evitarse todo reproche, antes de retirar la oferta debe asegurarse de que ella todavía no ha dado lugar a que el otro interesado haya comenzado a ejecutar la convención propuesta haciendo gastos y tomando medidas que, a la postre, le resulten perjudiciales de no celebrarse dicha convención. Proceder de otra manera es obrar a ciegas; retirar una oferta sin saber si este acto es indiferente o perjudicial para el otro interesado, equivale a incurrir en culpa manifiesta. Ante la necesidad o el capricho de desligarse de su oferta, el proponente sacrifica a su adversario y le expone a ser víctima de su versatilidad. De suerte que, aunque la oferta no sea obligatoria, aunque el que la formula tenga el derecho de retirarla antes de la aceptación, su responsabilidad civil se configura clara y naturalmente a través de la culpa extracontractual o aquiliana, en que incurre al no obrar con la diligencia y el cuidado necesarios para no perjudicar al destinatario de la oferta (1).

2^a La culpa in contrahendo. Los mismos argumentos aducidos por la doctrina clásica francesa han servido para que algunos autores apliquen en este caso la teoría de la culpa in contrahendo.

En términos generales, esta teoría se suele enunciar diciendo que toda persona que toma parte en la celebración de un negocio jurídico garantiza a los otros interesados la eficacia y la validez del mismo, y que, en consecuencia, si, por su culpa, el negocio se hace inválido o ineficaz debe responder a éstos, de los perjuicios que les ocasione. Se trata, por ejemplo, de un negocio de compraventa, de cuerpo cierto, que el vendedor deja perecer antes de que el contrato se pueda perfeccionar. Si, con esta culpa, que se denomina específicamente *culpa in contrahendo*, por cuanto incide en la celebración de un contrato, se ocasionan perjuicios al comprador, la indemnización correspondiente queda a cargo del vendedor culpable.

(1) Se ha dicho por algunos que si la teoría clásica reconoce el derecho que tiene el proponente para retirar su oferta antes de que esta haya sido aceptada, es un contra-sentido imponerle responsabilidad por el ejercicio de tal derecho, porque toda responsabilidad, contractual o extracontractual, tiene que fundarse en un hecho ilícito, vale decir, contrario al derecho. Mas esta objeción carece de valor: es cierto que toda responsabilidad tiene que fundarse en un hecho ilícito, en una violación del derecho; pero la comentada tesis clásica francesa, lejos de apartarse de este principio, lo confirma expresamente al fundar la responsabilidad del proponente que se retracta en la violación por parte de éste, de esa obligación genérica de diligencia y cuidado que pesa sobre toda persona que vive en sociedad. (Cfr. Planiol y Ripert, *Traité Élémentaire*, T. II, números 1080 y s.)

(1) Pothier, *Obligations*, t. II, N^o 4.

En el mismo orden de ideas: partiendo del supuesto de la existencia de la referida garantía que cada interesado en la celebración de un negocio debe a los otros, algunos autores concluyen, aun contra el pensamiento de Adolph von Ihering, autor de la mencionada teoría, que si el proponente retira su oferta, impidiendo así el perfeccionamiento del contrato ofrecido y ocasionando con ello perjuicios al destinatario, incurre en culpa in contrahendo y compromete su responsabilidad.

Como nosotros estimamos que la teoría de la culpa in contrahendo es tan sólo una aplicación concreta de la teoría general de la culpa extracontractual o aquiliana, no tenemos inconveniente en aceptar esta explicación de la responsabilidad en que incurre el proponente que ocasiona perjuicios con la retractación de su oferta. En efecto: siendo así que toda persona debe obrar siempre con la diligencia y el cuidado necesarios para no perjudicar a otra, es indiscutible que en la celebración de un negocio (in contrahendo) esta obligación se traduce en una especie de garantía para cada uno de los interesados de que los otros habrán de proceder en forma tal de no perjudicarle con una retractación que aquél no debía esperar al tomar las medidas adecuadas para hacer frente al negocio prospectado.

3ª El abuso del derecho de no contratar. En fin, otros autores, como Luis Josserand, sin apartarse del principio clásico de la no obligatoriedad de la oferta, resuelven el problema de la responsabilidad por la retractación de la misma, mediante la teoría del abuso del derecho y, más concretamente, del abuso del derecho de no contratar. Según ellos, el proponente tiene derecho de retirar su oferta, porque ésta no le impone obligación alguna; pero, la retractación de la misma, sin causa justificativa, constituye un abuso del derecho del proponente para no contratar y le hace responsable de los perjuicios que ocasione con su retractación (1).

En nuestro sentir, esta tesis, tal como la presentan Josserand y sus seguidores, puede conducir a una restricción indebida de la responsabilidad que, por elemental justicia, pesa sobre el proponente que se retracta imprudentemente de su oferta, porque en la mayoría de los casos es muy difícil y hasta imposible afirmar que éste no haya tenido alguna "razón justificativa" para arrepentirse, aunque al hacerlo haya procedido sin consideración de ninguna clase para con el destinatario de la oferta.

Pero si se abandona ese criterio vago e injurídico de que se sirve Josserand para la elaboración de toda su teoría del abuso del derecho, cual es el relativo a los móviles del acto en cuestión, y si se sustituye dicho criterio por el que informa la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual, es decir, por el que consiste en la apreciación de la conducta del agente para determinar si ha cometido dolo o culpa, no hay inconveniente en admitir la comentada explicación. En efecto: el proponente que se retracta de su oferta comete un abuso de su derecho, siempre que al hacerlo no tome las precauciones necesarias para no perjudicar al destinatario, porque, entonces, usa culposamente del derecho de arrepentirse que le reconoce la ley, lo que constituye el verdadero abuso del mismo (2).

(1) Josserand, Cours, t. II, Nº 49 y De L'esprit des droits, Nos. 91 y s.s.

(2) Cfr. Henri y Leon Mazeaud, Responsabilidad Civil, t. I.

No pocos civilistas son partidarios del sistema de la obligatoriedad de la oferta, negado por la doctrina clásica francesa, pero adoptado por las más modernas legislaciones, como la alemana y la suiza. Para sustentarla, aquéllos han ensayado dos explicaciones: la del antecrtrato y la del compromiso unilateral.

1ª La tesis del antecrtrato. Mediante esta tesis se ha pretendido hacer derivar la supuesta obligatoriedad de la oferta y la responsabilidad del proponente que se retracta de un fundamento contractual. Se dice: toda oferta acompañada de un plazo para aceptarla, en realidad se descompone en dos ofertas distintas, a saber: una oferta principal, que es la promesa de ejecutar las prestaciones propias del negocio ofrecido, v. gr., la de hacer tradición de la suma de dinero ofrecida en mutuo, y otra oferta secundaria, en virtud de la cual el proponente sólo promete mantener la oferta principal durante el plazo que la acompaña. Ahora bien: agregan los autores de esta tesis que, como la oferta secundaria solamente apareja ventajas para la persona a quien se dirige, por cuanto le da tiempo para reflexionar sobre la oferta principal correspondiente al negocio propuesto, pero dejándole la libertad necesaria para aceptarlo o rechazarlo, es de presumir que esta persona acepta tácitamente dicha oferta secundaria desde el momento en que la conoce, formándose así un antecrtrato o contrato de opción que impone al proponente la obligación de mantener la oferta principal durante el término concedido a la otra parte para decidir si la acepta o no (1).

Se ha dicho, con razón, que esta tesis del antecrtrato peca de artificiosa e irreal. En efecto: que la oferta acompañada de un plazo implique para el que la recibe la ventaja de poder reflexionar sobre el negocio propuesto, no autoriza presumir la aceptación tácita del plazo concedido, de la propia manera que las ventajas que pudiera proporcionar la oferta principal tampoco darían pie para inferir su aceptación tácita. Bien puede ocurrir que dicha persona, desde el momento mismo en que tiene conocimiento del negocio propuesto, decida no aceptarlo, por no convenir a sus intereses o por otra razón semejante, y, sin embargo, habría que concluir, de acuerdo con la invención del antecrtrato, que el proponente queda ligado contractualmente, a pesar de que no haya consentimiento por parte del destinatario de la oferta.

2ª El compromiso unilateral. Por las razones últimamente expuestas, la tesis del antecrtrato ha sido abandonada y, en su lugar, los modernos partidarios del sistema de la obligatoriedad de la oferta han propuesto la tesis del compromiso unilateral, conforme a la cual, la oferta es uno de aquellos actos jurídicos que, a semejanza de la agencia oficiosa y de la aceptación de una herencia o legado, producen por sí solos obligaciones para el agente, sin necesidad de contar con la voluntad de otras personas.

(1) Demolombe, T. XXIV, Nos. 64 y ss.; Cfr. Planiol y Ripert. Traité Élémentaire, t. II, No. 988.

Esta tesis es la que se ha impuesto en las legislaciones suiza y alemana que, como ya quedó dicho, consagran el principio de la obligatoriedad de la oferta (1).

IV — EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO

Nuestro Código de Comercio acoge el sistema doctrinal y jurisprudencial clásico francés, al negar la obligatoriedad de la oferta, pero admitiendo, a la vez, la responsabilidad del proponente que se retracta y ocasiona perjuicios al destinatario de aquélla. Así, el artículo 186 de dicha obra confiere al proponente la facultad para arrepentirse de su oferta, a menos que se haya obligado a esperar la respuesta o a no disponer del objeto dentro de cierto plazo; y el artículo 188 establece la caducidad de la oferta por la muerte o la demencia del proponente ocurridas antes de la aceptación. Pero, a la vez, el artículo 187 preceptúa que "la retractación tempestiva no liberta al proponente de la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta, o de llevar a cumplido efecto el contrato iniciado". De suerte que, conforme al sistema establecido en las disposiciones legales anteriormente citadas, la simple oferta no produce la obligación de celebrar la convención propuesta, porque, de no ser así, una vez nacida dicha obligación, ni el oferente podría destruir por sí solo el vínculo obligatorio, ni éste se extinguiría por la muerte o la incapacidad del proponente. Pero, de otro lado, si el destinatario de la oferta sufre perjuicios con la retractación de ésta, como ocurriría cuando hiciera gastos para la ejecución del contrato o cuando desistiera de otro negocio que después no podría realizar sino en condiciones más gravosas, el proponente que se retracta queda obligado a indemnizar tales perjuicios.

En nuestro sentir esta última solución se explica clara y suficientemente por la responsabilidad extracontractual o aquiliana en que incurre el proponente que se arrepiente sin tomar las medidas de prudencia y cuidado necesarias para evitar perjuicios al destinatario de la oferta.

Algunos civilistas chilenos y colombianos han pretendido trasladar a nuestro sistema legal las teorías del antecontrato y del compromiso unilateral para explicar la responsabilidad del proponente que se retracta de su oferta. Pero estimamos nosotros que ninguna de estas dos teorías, fundadas ambas en el principio de la obligatoriedad de la oferta, es de recibo ni en el derecho colombiano ni en el chileno. En efecto:

a) Como ya hemos dicho, la teoría del antecontrato se funda en un pretendido desdoblamiento de la oferta, para suponer que la oferta secundaria, es decir, la que se refiere al plazo de la oferta principal, es siempre aceptada tácitamente por el destinatario desde que tiene conocimiento de ella. Pero esta suposición contradice abiertamente al sistema general colombiano sobre la aceptación de la oferta, según la cual, el sólo silencio no puede constituir manifestación positiva de la voluntad, o sea, que no

(1) Colin y Capitant, Cours Élémentaire. t. II, N° 29; Saleilles, Théorie générale de l'obligation, pag., 163.

puede ser forma adecuada para la aceptación (1). Además, el supuesto **antecontrato**, en cuya virtud el proponente quedaría obligado a respetar el término de duración de la oferta, implica una verdadera opción o promesa unilateral de contrato, y es sabido que, en Colombia, toda promesa de contrato, bien sea unilateral, bien sea bilateral, es siempre un contrato solemne, sometido, entre otras formalidades, a la de constar por escrito. (2). Por consiguiente, aunque se pudiera presumir la aceptación tácita del plazo por parte de la persona que recibe una oferta, dicha aceptación no produciría efecto alguno, porque no habiéndose observado las solemnidades propias de la promesa de contrato, la voluntad del presunto aceptante se tendría por no manifestada, y, por lo tanto, el pretendido antecontrato se reputaría inexistente. Cosa distinta sucedería, como ya lo hemos expresado, en el caso de que para la celebración de un negocio una de las partes se hubiera obligado, mediante una promesa legalmente otorgada, a esperar durante cierto plazo la decisión de la otra parte, que es la hipótesis a que se refiere el artículo 186 de nuestro Código de Comercio al expresar que el proponente no puede arrepentirse de su oferta cuando "al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer el objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un plazo determinado".

b) Las soluciones francesas sobre la extinción de la oferta por la retractación de la misma y por la muerte o la incapacidad del proponente han sido elaboradas exclusivamente por la doctrina clásica y por la jurisprudencia. En tales condiciones, no hay inconveniente para que ciertos expositores franceses modernos, como Saleilles, Colin, Capitant, Demogue y otros, se declaren partidarios de los sistemas extranjeros que consagran el principio de la obligatoriedad de la oferta y para que, por lo tanto, nieguen aquellas soluciones tradicionales sobre la extinción de la misma. Pero, como en Colombia el derecho a la retractación de la oferta y su caducidad por la muerte o la demencia del proponente están expresamente consagrados por los artículos 186 y 188 del Código de Comercio, cualquier teoría, como la del antecontrato o la del compromiso unilateral, que implique el reconocimiento de la obligatoriedad de la oferta se encuentra en pugna con los mencionados textos legales.

En conclusión: habiendo acogido nuestro legislador el sistema clásico francés sobre la formación del consentimiento, la responsabilidad en que incurre el proponente por la retractación de su oferta es una aplicación concreta de los mismos principios generales que gobiernan toda la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ

(1) C. de Co. art. 190.

(2) L. 153 de 1887, art. 89.