

Comisión N° 14, Estudiantes. Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

PROCESO DE FORMACIÓN CONTRACTUAL

Autor: Gastón Iván Farja*

Resumen:

El presente trabajo tiene como fin el análisis de las nuevas disposiciones en materia contractual del código civil y comercial como la incorporación de la sección 3, que plasma el reconocimiento de la esfera precontractual. También en materia del consentimiento, ha tenido en cuenta la evolución jurisprudencial y doctrinaria, así como códigos modernos, considerando que bajo una estructura que tiende a la mayor homogeneidad y a la concisión, ha mejorado el régimen del consentimiento, proveyendo a una mayor seguridad en el tráfico de las relaciones contractuales contemplando las exigencias de la vida actual. Y finalmente, una reflexión de las consecuencias del derecho transitorio en la promesa de donación.

1. Tratativas contractuales o *pourparlers*

Según López de Zavalía son aquellas expresiones inidóneas para concluir un contrato pero que tiene por fin llegar a él. Se trata de expresiones no idóneas porque si fueran idóneas estaríamos ante una oferta y aceptación y que tiene por fin concluir un contrato para diferenciarlas de otras expresiones. A través de las *pourparlers* las partes se acercan entre sí, y comienzan tratativas preliminares para cambiar ideas sobre un contrato futuro.¹

Según los principios de UNIDROIT: según el artículo 4.1 y siguientes en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptarlo. No es fácil, en estos supuestos, determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo. Conforme este artículo se podrá considerar celebrado un contrato a pesar no poder considerarse el momento de su perfeccionamiento siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo.²

El código civil y comercial reconoce la existencia de etapas previas a la emisión de la oferta o aceptación, consignando el principio general de libertad de negociación según el cual las partes son libres de promover tratativas dirigidas a la conclusión de un contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento pero deben actuar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente, como dispone el **art 991 CCYC**: “**El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que**

* Estudiante de Abogacía de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Departamento Académico San Salvador Cuento.

¹ López de Zavalía, Fernando. *Teoría General de los Contratos. Tomo I*

² Cabrera, Omar. *Teoría de los contratos Civiles y Comerciales.*

sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”.

La pauta que sirve para identificar en que consiste la actuación contraria a la buena fe negociacional u objetiva, la cual surge de la expresión abandono injustificado reflejándose en la falta de lealtad y honestidad para con la otra parte. En cuanto a la posibilidad de reclamar daños a la otra parte, la norma lo autoriza aunque no precisa cuales de todas formas es dable anticipar que se mantendrá el criterio en la doctrina y jurisprudencia de hacer lugar a la reparación del denominado daño a la confianza (interés negativo), como Ihering sistematizado la teoría de la culpa *in-contrahendo* que permiten el resarcimiento en medida racional, del perjuicio ocasionado por la ruptura de la negociación aún antes de que la oferta propiamente exista. Su aplicación propende a la confianza y seguridad en los que se disponen a celebrar el contrato, y esto recoge la norma porque se refiere al daño sufrido por haber confiado (sin su propia culpa, ya que ello actuaría como causal de interrupción del nexo causal). Con lo cual la parte afectada podrá reclamar el daño emergente (generalmente dado por la pauta del máximo de los gastos comprometidos durante las tratativas), y el lucro cesante (referido al perjuicio derivado de la pérdida de oportunidades similares por haber estado pendientes las tratativas).

El contrato, aquel compromiso creador de derecho objetivo que consiga la ley de las partes, al cual recurren aquellas para la satisfacción de sus necesidades, por el cambio de cosas y servicios. Esta función lo hace susceptible, más que ninguna otra institución del derecho privado, a la evolución de los principios que informan la economía social.

El contrato es inseparable de la idea de acuerdo de dos o más voluntades, de concordancia. Este acuerdo, es precisamente el consentimiento, sin perjuicio que se tratan de dos instituciones diferentes.

2. Consentimiento

Consentir (del latín *cum* y *sentiré*) es sentir, pensar, opinar, en común. El contrato nace del *consentimiento* de las partes; este sustantivo aparece en GAYO (*Instituta*, III, 136) y en JUSTINIANO (*Instituciones*, 3, XXII, 1).³

Es la unión de dos o más voluntades, que parten de intereses opuestos y libremente los concuerdan, que se representa en aquel acuerdo de las declaraciones de las partes que afluyen a los mismos efectos jurídicos. Se trata, para algunos autores, de dos declaraciones de voluntad de contenido correlativo que responden a distintos fines e intereses y que se encuentran y encastran en el contrato, la coincidencia de la voluntad debe mirarse en función de esa obra común de conciliación de tales intereses, es decir, aquellos fines que mueven a cada una de las partes y representa el contrato concluido, de ahí que el contraste y correlatividad de los diferentes intereses y fines, cuya común realización permite el contrato, determinen que las manifestaciones de voluntad que lo forman, sean complementarias.⁴

2. 1. Momento en el que existe el consentimiento

Importancia:

Dicho momento constituye el punto de partida para el cómputo de los plazos fijados en el contrato para el cumplimiento de sus prestaciones.

³ Alterini, Atilio. *Contratos civiles comerciales y de consumo*.

⁴ Aparicio, Juan Manuel. *Contratos, Parte General*.

El momento de perfección del acuerdo representa la fecha inicial para el cómputo de la prescripción.

En el caso que la legislación cambie, la ley en vigor es la del momento de perfección del acuerdo.

En los sistemas en que la oferta es retractable mientras no sea aceptada, como en nuestro artículo 975 CCYC, dicho momento marca el límite hasta el cual el proponente puede retractar su oferta. Porque en el instante en que se produce el encuentro de dos manifestaciones de voluntad, el oferente pierde el señorío que tiene sobre su declaración de voluntad y queda vinculado por el negocio que nace a la vida jurídica, por obra de esa coincidencia entre oferta y aceptación.

Y esto es así porque la propuesta u oferta contractual no determina el nacimiento de un verdadero derecho para el destinatario; no se convierte, por lo tanto, en un elemento en su patrimonio. El destinatario queda simplemente colocado en condición de ejercer válidamente el poder jurídico de aceptar, el cual lleva al perfeccionamiento del contrato. La oferta no crea derechos o relaciones jurídicas **CONTRACTUALES**, sino que determina la existencia de los presupuestos para un válido ejercicio del poder de aceptación o de rechazo. La aceptación es acto expresivo de un poder, y, por consiguiente

Un negocio jurídico, destinado a perder su autonomía, para ser absorbido en un negocio **bilateral**: y para que en el contrato sea un Presupuesto necesario para el válido ejercicio de tal poder, por parte de un sujeto, es que éste sea destinatario, en general, de una "comunicación".⁵

¿Cuándo se considera que la manifestación de voluntad del destinatario coincide con la del proponente? ¿Cuándo es el momento ideal en el que se produce esa coincidencia?

Los Principios del instituto internacional para la unificación del derecho privado UNIDROIT consideran "que una comunicación 'llega' a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal". Tal supuesto adquiere virtualidad cuando es recibida por la otra parte cuando ésta la conoce, o hubo de haberla conocido si hubiera actuado con la diligencia apropiada en las circunstancias del caso.

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos reputa que el destinatario conoce una manifestación de voluntad cuando le es comunicada oralmente, o cuando la declaración escrita es entregada en sus manos, en el domicilio de su empresa, en su lugar de trabajo, en su dirección postal, donde vive habitualmente, o en el domicilio que ha elegido (art. 2 1, inc. 1e), autorizándolo a probar "que, sin culpa, ha estado en la imposibilidad de tomar conocimiento de ella" (inc. 2a).⁶

Hipótesis adoptada por el CCYC Art. 980 Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato:

- a) entre presentes, cuando es manifestada;
- b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

⁵ Ferri, Luis. *Lecciones sobre el Contrato*.

⁶ Alterini, Atilio. *Contratos civiles comerciales y de consumo*.

El *Contract Code* "entiende que una comunicación ha llegado a la persona a quien se dirige cuando llega a su atención, o a la de una persona que tiene su autorización para recibirla y, en el caso de tratarse de comunicación escrita, cuando entra en posesión de alguna de tales personas o es entregada en algún lugar autorizado para la entrega". A tal fin, por lo tanto, puede tratarse de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil. La virtualidad de la recepción de la comunicación en el domicilio —aunque el destinatario no la conozca porque, por ejemplo, no abrió la carta que la contiene— deriva de que "en el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario" (BIBILONI).

2. 2. Celebración instantánea y celebración progresiva

Lo que en realidad importa para determinar cuándo se ha celebrado definitivamente un contrato es si la concertación es instantánea o si es continuada.

La celebración es instantánea cuando no existe solución de continuidad entre la oferta y la aceptación; el artículo 1151 del Código Civil disponía que "la oferta o propuesta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente", situación a la que en la actualidad son asimilables las ofertas hechas por teléfono, altavoces, señales de banderas, y aun teletipos, telégrafos, *télex*, *Jax*, *e-mails*, "cuando son los mismos contratantes los que manejan los aparatos o están respectivamente presentes al lado de quienes lo hacen" (López de Zavalía). Esto es así, claro está, salvo que se haya otorgado un plazo para la respuesta (art. 1006, Anteproyecto de 1954).

2. 2. A. Celebración instantánea

Según el artículo 974 del CCYC

La oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, solo puede ser aceptada inmediatamente.

El Código Civil preveía el supuesto de la oferta pura y simple entre presentes cuando esta fuere efectuada de forma verbal, estableciéndose que en caso de no ser inmediatamente aceptada perdía su vigencia. En este sentido no se preveía otro sistema de comunicación entre presentes (por ejemplo, medios tecnológicos, dada la época de la codificación original), siendo sin embargo utilizada la misma solución por obra de la doctrina y jurisprudencia.

El código civil y comercial en lo que se refiere a la oferta pura y simple entre presentes se mantiene la regla original, pero se incorpora acertadamente la identidad de solución como entre presentes cuando la oferta se plasma por alguna clase de medio instantáneo (podrán entonces invocarse los medios tecnológicos y de similares efectos).⁷

2. 2. B. Celebración progresiva

En los casos en que media un tiempo entre la oferta y la aceptación, se suscitan problemas delicados en cuanto al momento en el cual debe considerarse concluido el contrato.

Los analizaremos seguidamente.

⁷ Bueres, Alberto. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I.

Sistema de la declaración. El sistema de la declaración, también denominado de la *emisión*, de la *manifestación*, considera concluido el contrato con el solo hecho de la aceptación de la oferta, sin que sea necesaria ninguna exteriorización de la voluntad.

Criticada esta teoría por el art 913 (Código de Vélez) Art 262 CCYC.

Es una teoría extrema, que somete a la voluntad del aceptante el poder de reducir la aceptación a la nada (SPOTA).

Sistema de la expedición. El sistema de la expedición, también denominado de la *transmisión*, de la *emisión del envío*, exige que la aceptación de la oferta sea enviada por el aceptante al oferente.

Es decir: en tanto para la teoría de la declaración el contrato quedaría indudablemente consumado desde el momento en que, por ejemplo, el aceptante escribe una carta con su aceptación, la de la expedición requiere además que tal carta sea remitida al aceptante.

Sistema de la recepción. El sistema de la recepción agrega otro requisito: que la aceptación sea recibida por el oferente. Pero no exige que tal aceptación llegue efectivamente a conocimiento de éste, lo cual puede no ocurrir —por ejemplo— porque no haya abierto la correspondencia recibida entre la cual está dicha aceptación.

Sistema de la información. También se lo denomina del *conocimiento*, de la *cognición*, de la *recognición* o de la *percepción*, y se ubica en una posición extrema, pues requiere que la aceptación de la otra parte llegue efectivamente a conocimiento del oferente. Vélez Sarsfield criticó expresamente esta tesis en la nota a los arts. 1150 a 1154, del Cód. Civ., sosteniendo que en realidad "el que ha aceptado la propuesta, tendría que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entonces nunca habría concurso de voluntades por correspondencia", y agregando que ello "sería querer encontrar el fin de un círculo").

Criterio del Código Civil. La solución del problema debe ser hallada a través de la conjugación de los artículos 1149, 1150, 1154 y 1155 del Código Civil, en cuyo análisis la doctrina nacional ha adoptado distintos criterios:

- a) SIBURU y SALVAT aplican la teoría de la información, con efectos retroactivos al día de la expedición.
- b) LLERENA —seguido por IBARGUREN y por MALAGARRIGA— adopta un sistema dual: el de la expedición para el oferente, y el de la información para el aceptante.
- c) La mayoría de la doctrina (ARIAS, BORDA, FERREYRA, FONTANARROSA, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA, LLAMBÍAS, MACHADO, MOSSET ITURRASPE, PAVÓN, PLANTONI, SEGOVIA, SPOTA, ZAVALA RODRÍGUEZ), entiende vigente el sistema de la expedición, sin perjuicio de aplicaciones especiales del sistema de la información.

Es el criterio adecuado, pues la regla general está dada por el artículo 1154 del Código Civil, que acoge la tesis de la expedición en estos términos:

"La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiere mandado al proponente"; esa solución coincide con la de los artículos 213 y 215 del Código de Comercio. El sistema de la *expedición*, como regla general, rige también: 1. Los casos de muerte o incapacidad del aceptante (art. 1149, Cód. Civ.), las cuales no tienen ninguna influencia luego de haber sido expedida la aceptación; y 2. El caso de retractación de la oferta (art. 1150, Cód. Civ.), que sólo tiene viabilidad en tanto no

haya, sido expedida la aceptación La *expedición de la aceptación*: 1. Perfecciona el contrato; 2. Hace irrelevante la ulterior muerte o incapacidad del aceptante; y 3. Impide el ejercicio de la facultad de retractarse por parte del oferente. Pero *hasta el momento en que la aceptación llega efectivamente a conocimiento del oferente*: 1. La anterior muerte o incapacidad del oferente deja sin efecto la oferta; 2. Cuando el aceptante de la oferta retracta su aceptación, lo cual es viable si se produce antes de que la aceptación "haya llegado a conocimiento del proponente" (art. 1155).

Cuál es el criterio del nuevo código: **Art. 971. — «Formación del consentimiento».** **Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.**

Análisis: De las diversas teorías para determinar el momento en que se forma el consentimiento, parece preferible la de la *recepción*, que considera concluido al contrato cuando se produce una aceptación útil, y ella es recibida por el oferente. El Código Civil peruano de 1984 sigue literalmente la teoría del conocimiento (art. 1373), pero entiende que éste se produce con la recepción de la aceptación en el domicilio del destinatario (art. 1374). La teoría de la recepción exige que la declaración del aceptante llegue a poder del ofertante, sin que sea preciso que este tome conocimiento de ella, desde el punto de vista práctico es muy superior a la de la información, pues el conocimiento es un hecho difícil de probar y que en definitiva debería ser presumido en base a la prueba de la recepción. (López Zavalía).

Conforme a los Principios de UNIDROIT "la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente" (art. 2.6 [2]), y la "comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida" (art. 1.9 [2]). El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos prevé que "la aceptación produce efectos a partir del momento en que toma conocimiento de ella el oferente" (art. 16, inc. 2a); pero presume el conocimiento desde que la aceptación es recibida en el domicilio del oferente

Y con respecto a la parte que prescribe "**o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo**". Se pone en relieve que la declaración tacita Conforme a las reglas generales, se trata de "actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad" los cuales regularmente no bastan por sí solos "para establecer la declaración de la voluntad, pues es preciso además el concurso de otras circunstancias exteriores" debe tener como principio rector de interpretación, la ejecución de hechos tendientes a permitir tener por concluido el contrato.⁸

El *Contract Code* considera que hay aceptación "si los términos de la oferta requieren o permiten como señal de asentimiento la ejecución, y el destinatario comienza o continúa la ejecución con intención de aceptar"

Los *Jacta concludentia*. El consentimiento puede resultar de la realización de cierto comportamiento; se trata de los *Jacta concludentia* (*hechos conclusivos*, o que concluyen el contrato). Son hechos conclusivos los "que permiten deducir naturalmente una conclusión segura e inequívoca en atención a lo que generalmente se entiende unívocamente"; se trata de un *deber saber* que da relieve al comportamiento por la confianza que inspira (Muñoz). El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos admite que la voluntad negociar sea exteriorizada "a través de actos conclusivos activos

⁸ Alterini, Atilio. *Contratos civiles comerciales y de consumo*.

o pasivos, con tal que sean conforme a una voluntad precedentemente expresada, a los usos o a la buena fe" (art. 1, inc. 2S), y entiende que el contrato es celebrado mediante "comportamientos conclusivos cuando todas sus condiciones resultan de estos comportamientos", para lo cual toma "en cuenta los acuerdos y las relaciones precedentes, la eventual emisión de catálogos de precios, las ofertas al público, las reglas legislativas, las disposiciones reglamentarias, y los usos". (Alterini).

La eficacia del acto de aceptación es la de llevar al perfeccionamiento la hipótesis de hecho, la cual se origina a partir de la oferta; a la extinción del procedimiento, que conduce a la celebración del contrato, y a la asunción de la posición jurídica compleja que hace del mismo. Esto pasa en la contracción entre ausentes. En efecto, cuando no existe progresión, procedimiento, sino manifestaciones simultáneas de voluntad, como sucede en la celebración de contrato entre presentes, ni siquiera es posible identificar una aceptación como acto singular. Dado que se funda en la comunicación, en la oferta, el poder de aceptación podrá ejercerse válidamente mientras ella manifieste sus efectos, y dentro del plazo previsto el cual surge del **Art. 974**.

“Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación. Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente”

Análisis de la normativa del CCYC. En cuanto al de la oferta pura y simple entre ausentes, se elimina la casuística de casos (agentes o intercambio epistolar), derivándose la verificación del caso al supuesto en particular, y así se generaliza la solución para cualquier supuesto, fijándose como pauta de tiempo la misma solución dada por la jurisprudencia y la doctrina ante el silencio del Código Civil; esto es, el tiempo razonable de espera de acuerdo a la demora que los medios usuales para comunicarla pudieran irrogar, se incorpora como novedad la teoría de la recepción (esto significa que la misma es considerada conocible si llega a su domicilio o hubo de haberla conocido) para dar inicio al plazo de vigencia de la oferta como regla general en la materia.

El momento de la perfección del contrato coincide, a nuestro parecer, y según el principio general, con el momento en el cual la aceptación llega al oferente.⁹

2. 2. C. El silencio.

El silencio vale en algunos casos como declaración de voluntad.

Art. 979. <<Modos de aceptación>> El silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Coinciden con los Principios de UNIDROIT:

"Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación" (art. 2.9 [1]), pero la solución "sería diferente si las partes acordaran que el silencio se considerará aceptación, o en el supuesto de que existan negociaciones previas o usos" (Comentario 3 a ese artículo).

Para determinar lo que es el silencio conviene partir de una fórmula del tipo algebraico propuesta por **Perozi**. Toda declaración de voluntad consiste en un comportamiento que

⁹ Bueres, Alberto. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I.

se interpreta conforme a las circunstancias. Si designamos con X el significado de la declaración con A al comportamiento y con B a las circunstancias podemos afirmar que $X = A + B$.

Ahora bien de acuerdo con la ley económica del mínimo esfuerzo, resulta evidente que nadie habla más de lo necesario según las circunstancias, por lo que cuanto mayor sea la entidad de B menor será en la práctica la de A.

3. Revocación y caducidad.

Revocar es dejar sin efecto un acto unilateral por otro acto unilateral.

En el sistema del código de civil la oferta puede ser retractada mientras no haya sido aceptada pero quien retira la oferta tiene que indemnizar los daños que si actitud cause al destinatario que ignorándolo acepte y haga gastos (art 1150y 1156).

3. 1. Oportunidad

La retractación es posible mientras el destinatario no haya enviado su aceptación. Si el aceptante escribió su respuesta el día 1 y la envió el día 3, una retractación es perfectamente posible el día 2. Es verdad que del art 1150 podría interpretarse que una retractación sería eficaz mientras el destinatario escriba su aceptación pero dicho texto debe ser completado con el art 1154, inspirado en el sistema de la expedición. ¿Y realmente de que podría quejarse un aceptante que después de haber escrito su aceptación en lugar de apresurarse a enviarla, se dedica hacer gastos como si el contrato ya estuviera perfecto? Sin duda tal declaración no estaría protegida por el art 1156.¹⁰

Análisis del CCYC: Art. 975. «Retractación de la oferta». La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

La nueva normativa viene a cambiar el sistema primitivo del Código Civil; así se advierte que se modifica el tiempo de la retractación, y se hace eco de que la realidad de los negocios modernos exige un sistema de mayor seguridad. En tal sentido se establece que la retractación solo es posible de ser realizada si es recibida antes o al mismo tiempo que la oferta.

3. 2. Caducidad

La oferta caduca a raíz de ciertos acontecimientos que afectan ya al oferente ya al destinatario.

a) Por acontecimientos que afectan al proponente: cuando al proponente fallece o pierde su capacidad para contratar antes de haber sabido la aceptación art 1149.

Entre estos casos de caducidad de la oferta y el de revocación existe una profunda diferencia: la revocación extingue la oferta mientras no se haya enviado la aceptación, en tanto que la muerte e incapacidad opera con eficacia aniquilativa aun después y mientras el proponente no tenga conocimiento de la aceptación.

b) Por acontecimientos que afectan al destinatario: caduca también la oferta cuando el destinatario fallece o pierde su capacidad antes de enviar la aceptación. En rigor del art 1149 se refiere a estos eventos acontecidos “antes de la aceptación”, pero el texto debe ser interpretado a la luz del art 1154. La persona que escribe una carta al tiempo de

¹⁰ López de Zavalía, Fernando. *Teoría general de los Contratos*. Tomo I.

hacerlo sabe que según la ley, ello no perfecciona el contrato; no puede decirse que su voluntad este perfectamente elaborada, lo que solo sucede cuando se desprende ella.

Análisis del CCYC: Art. 976. «Muerte o incapacidad de las partes». La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que acepto la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación.

La normativa actual unifica las cuestiones manteniendo los casos del art. 1149 del Cód. Civil, pero poniendo al día al nuevo sistema del CCCN en la materia. Así entonces bajo la teoría de la recepción aplicada a la aceptación, los casos de caducidad siguen siendo muerte o incapacidad sobreviniente no se ha agregado la quiebra ni casos similares), de alguna de las partes. Es para destacar que al mudarse al sistema de la recepción y abandonado el de la información para el ofertante y la del envío para el aceptante, esto obedece a brindar mayor seguridad en el tráfico.

4. La oferta en el contrato de donación:

Consecuencias del artículo 7 y 1545

¿Qué ocurrirá con las promesas de donación que pudieran aceptarse después de la vigencia del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL? Previamente partamos que Vélez había previsto expresamente la posibilidad de aceptación de las mismas aún después de la muerte del donante art. 1795. Y hasta posibilitaba exigir a los herederos, por vía compulsiva, la entrega de los objetos donados, una vez fallecido aquél. Hoy estos casos están expresamente prohibidos según dispone el art 1545 “*La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario*”. El interrogante gira alrededor de la injusticia que genera la aplicación literal sin apreciación de las circunstancias que podría llevar la nueva norma a las promesas de donación efectuadas con anterioridad de la vigencia del código civil y comercial, En efecto, la muerte del donante, no debería ser impedimento a una válida aceptación posterior, a pesar de lo que claramente consigna el art 7 “*Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución*”, y además según Moisset de Espanes, la oferta sola no llegó a ser contrato¹¹, por lo que, considerando el pronunciamiento del citado artículo corresponderá aplicar el nuevo artículo 1545 que exige la aceptación en vida del donante. Si la aceptación se produce luego de la muerte del donante y ya está en vigencia la nueva ley, la donación no generará ningún efecto traslativo. Entonces más allá del mandato legal el hombre de derecho solo debe conformarse con un resultado justo, y no habría justicia en negar efecto a una aceptación posterior a la muerte del donante, cuando justamente éste tomó en cuenta la expectativa generada por el art 1795 código de Vélez. Obviamente el donante hubiera concurrido a otra figura si se hubiese avisado de la posibilidad de la desaparición de la norma en un futuro. Por otra parte tampoco vemos muy honorable ni ajustada a derecho la actitud que pudieran adoptar los herederos negando la entrega de los bienes prometidos en la donación de los bienes prometidos en donación. El principio rector de buena fe (adoptado autónomamente ahora en el art. 9 del CCCN) y el abuso del derecho (art. 12 del CCCN) impiden considerar ajustado a derecho su proceder; en razón de lo cual estimamos que, un juez provechoso, aplicando la sabia frase de Eduardo Couture, en su “Decálogo del Abogado (“Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que

¹¹ Moisset de Espanes, Luis. *La Irretroactividad de la ley*.

encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, luchar por la justicia”), deberá pronunciarse por la plena validez de la aceptación posterior a la muerte del donante, aun ante la vigencia de las nuevas normas. Apreciando las circunstancias del caso, porque lo justo no se encuentra en la letra fría de la ley, debe encontrarse la solución atendiendo a los hechos y luego a este último revestirlo del derecho. Según como sostiene IHERING el intérprete no puede darle la espalda a la realidad debe buscar una solución adecuada a las aspiraciones de justicia.