

**RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO**  
**Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil**

Informe del Prof. Hipólito Montagné

*Sr. Presidente* (Barcia López).— Vamos a pasar al tema 6°.  
- *Se lee el despacho de la comisión sobre régimen del consentimiento.*

H. Congreso:

Vuestra Comisión del Tema VI, después de un detenido examen del asunto, en base a los trabajos oportunamente presentados por los señores, profesores y miembros de la misma, Dres. Hipólito Montagné y José Manuel Saravia, y considerando:

Que en materia del consentimiento, el Proyecto ha tenido en cuenta la evolución de la doctrina y códigos modernos, consignando nuevos modos de formación del contrato, asignando fuerza obligatoria a la oferta y mejorando la técnica del Código vigente. Por ello y sin perjuicio de otras consideraciones que atinadamente registran los trabajos de referencia y que el señor miembro informante puntualizará, esta Comisión, haciendo suya la conclusión a que arriba el señor profesor Dr. Montagné, os aconseja la siguiente declaración:

"El régimen del consentimiento, tal como el Proyecto lo ha organizado" (Arts. 791 a 806), contempla las exigencias de la vida actual y provee a la mayor seguridad en las relaciones contractuales, debiendo aceptarse, en consecuencia, y en lo fundamental, las modificaciones que se introducen al Código vigente".

Córdoba, noviembre 4 de 1937.— Dardo A. Rietti — Hipólito Montagné — José Manuel Saravia — Adelqui Carlomagno — Ángel Lo Valvo.

*Sr. Montagné.* — Pido la palabra.

Señor Presidente: La circunstancia de haber presentado un trabajo sobre el régimen del consentimiento en el Proyecto de reforma del Código Civil, cuya conclusión ha merecido la aprobación plena de la comisión respectiva, me permite el honor de usar de la palabra en este momento. El carácter del tema, de sentido general, como preferentemente deben ser los sometidos a la deliberación de un Congreso, e igualmente la coincidencia de opiniones con los ilustrados, miembros de la comisión, apurará

más la obligada brevedad de este informe.

Órgano el contrato, pacífico y fecundo, de la satisfacción de las necesidades del hombre por el cambio de cosas y de servicios, esta función eminente lo hace sensible, acaso 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 concordancia, de acuerdo entre dos o más voluntades. Ese acuerdo es, precisamente, el consentimiento, el cual en lo que a la formación se refiere, se confunde con el contrato mismo.

Por otra parte, la voluntad es ineficaz si el sujeto de quien emana no tiene la aptitud legal requerida, al par que el acuerdo carecería de sentido si no versara sobre un objeto determinado. El acuerdo supone voluntades capaces y una materia concreta que llene su contenido; de donde resulta que el consentimiento comprende la capacidad y presupone el objeto, y es así, entre los esenciales, el elemento dominante del contrato.

Esa preeminencia del consentimiento y su íntima relación con el contrato, han hecho que todo el proceso evolutivo se haya concentrado principalmente en esta materia. Así, lo comprueba el largo y brillante movimiento de la doctrina, que ha dado por resultado la transformación del contrato, bajo otra concepción de los elementos que integran el consentimiento y otro modo de formación. La nueva técnica del contrato se basa en la técnica del consentimiento. Una revisión de la teoría general del contrato, tiene que comenzar, lógicamente, por la teoría del consentimiento.

Esto destaca la importancia y oportunidad del tema que nos ocupa y que se refiere al régimen del consentimiento en el Proyecto de Reforma.

Bajo la influencia de los principios del individualismo, la doctrina clásica proclama y defiende la autonomía de la voluntad, en la génesis y en las proyecciones del contrato. La libertad y la igualdad de las partes son los postulados básicos, a los que

se agrega como derivado necesario la discusión o controversia. La fuerza obligatoria –tanta como la ley– de todo cuanto las partes han establecido, es una regla casi sin atenuaciones en el campo de los intereses privados.

No se reconoce valor de fuente a la manifestación unilateral de voluntad, generalmente llamada "voluntad unilateral". El concepto kantiano del derecho personal aplicado a la materia, exige la posesión recíproca de las voluntades. La persona no puede adquirir un derecho, y menos obligarse, si no concurre su voluntad. La promesa aislada carece de valor, y en tanto la aceptación no haga aparecer el vínculo que concluye el contrato, el derecho a revocarla constituye la regla. Sin que falte alguna excepción, como principio sólo la voluntad concordada se computa.

La oferta debe ser dirigida a persona determinada. No sólo porque con este requisito se satisface el propósito serio de contratar, sino principalmente, porque la libertad contractual lleva anexa la facultad de predeterminar con quien se contrata. Nada importa que la persona del presunto aceptante sea indiferente o reúna las calidades de aquella a quien fue formulada la oferta. Y si tímidamente se admiten algunas figuras, es con una explicación insuficiente, dentro mismo del requisito de la determinación, como la que Savigny da para el caso de la venta en remate. (Ver nota al Art. 1148, C. C. Argentino, en la que hay una confusión. – Savigny – *Le droit des obligations* – T. II – París, 1873 – págs. 238, 239).

El consentimiento requiere la unión de dos o más voluntades, que parten de intereses opuestos y libremente los concuerdan, carácter bilateral no quebrantado por alguna expresión impropia, como la del Código Civil Francés, que en el art. 1108 se refiere al "consentimiento de la parte que se obliga". Y cuando de una parte existen varias personas es preciso que se identifiquen, para presentarse ante la otra parte como una sola voluntad. Este principio perfectamente lógico, aplicado de manera absoluta excluye el "contrato colectivo", no admitido como tal en la doctrina clásica.

La codificación organiza los contratos nominados bajo prolija reglamentación, que sirve de ley supletoria en el silencio de las partes; pero desconoce "el contrato tipo", de oferta en bloc e inmodificable, y celosa del postulado de la igualdad, no alcanza el contrato del gran capital, de la empresa con los particulares, a los cuales -por la separación estricta del derecho público y del derecho privado- no habría sabido proteger con recursos extraños a la esfera del puro derecho civil.

Compenetrada de la importancia del contrato entre personas ausentes, se ocupa de la formación del consentimiento en tal situación, con cierta preferencia por la doctrina de la "información", a la que reputa más en concordancia con sus principios básicos, si bien la doctrina opuesta cuenta entre sus tratadistas con reputados sostenedores y con alguna consagración positiva. (Art. 1154 C. C. Argentino) .

La doctrina clásica se muestra sensible frente a la noción de daño y procura que el perjuicio ocasionado en la formación del contrato sea de algún modo reparado, aun quebrantando la rigidez de sus postulados. Apela a la equidad o a una forzada atribución de culpa, siempre dentro del punto de vista del interés privado y sin el sentido más objetivo y solidario que la orientación moderna señala.

Consecuente con su vocación individualista, afirma el poder creador y la preeminencia de la voluntad interna, a la que es necesario salvar a través de cualquier manifestación imperfecta, a fin de que tenga la más fiel realización en el contrato.

De tal manera, el consentimiento en la doctrina clásica, es una elaboración. Aunque a veces el acuerdo sigue inmediatamente a la oferta, eso no es lo común. Partiendo de la base de la igualdad en sujetos libres y con intereses opuestos, hay un recorrido más o menos largo, pero-siempre cuidado. El oferente sigue reflexionando porque hasta la aceptación puede retractarse. Las voluntades se cotejan, acaso todavía sin precisar el objeto; van concretando los puntos; en ocasiones uno nuevo-las vuelve al

comienzo; se detienen, retroceden, de nuevo avanzan; discuten, analizan, reflexionan y al fin se unen.

Se cumple un proceso de formación brillante y teóricamente inobjetable. Pero el contrato resulta un instrumento lento y rígido, incompatible con el ritmo de la vida actual e insuficiente, completamente insuficiente, frente a las nuevas necesidades e ideas que la informan.

La revisión de los principios excesivamente teóricos del individualismo liberal y la tendencia hacia un derecho privado social; un sentido más solidario de la vida, que excede ya la interdependencia y penetra en las concepciones de carácter integralista (Gurvitch - *L'Idée du Droit Social*); la comprensión más exacta de la función del contrato; la multiplicación enorme de las necesidades de la época presente, no sólo frente a la existencia material, sino también al creciente anhelo de cultura y mejoramiento espiritual, cuya satisfacción impone apartarse del tecnicismo dogmático para preferir las soluciones prácticas; la transformación de los fenómenos de orden económico, -todo esto ha venido elaborando, desde la segunda mitad del siglo XIX, un cambio profundo, sin contar la aceleración que han determinado los hechos de la "post-guerra". La reacción contra la "mística del contrato", ha dado por resultada la llamada "crisis del contrato", frase en la que hay una confusión. No es el contrato -expresión de una conciencia jurídica evolucionada, que se expande con el avance de la civilización, que es de nuestra época más que de ninguna- lo que está en crisis, sino sus principios, es decir, los postulados básicos de la doctrina clásica, más brillantes en la concepción teórica que en la realidad.

Todo aquel movimiento se ha reflejado, como tenía que suceder, en la teoría del consentimiento, abarcando principalmente los siguientes aspectos: distinta valoración de los elementos que lo constituyen; restricción, por medios diversos, del poder absoluto de la voluntad; simplificación y seguridad en el proceso de formación.

La seguridad social, idea si no menos amplia más expresiva

que la de "interés público", ha impuesto el valor jurídico de la oferta. La resistencia a admitirlo, se ha atenuado después que los juristas alemanes sistematizaron la "voluntad unilateral" (manifestación unilateral de voluntad) como fuente de obligaciones, la cual simplifica su fundamento teórico, y el principio ha ganado terreno en la doctrina y penetra en los códigos.

Sobre este punto es oportuno señalar que si bien la doctrina clásica desconoce como principio, el carácter obligatorio de la oferta, no le ha negado valor en absoluto. Se lo atribuye cuando el oferente hubiera renunciado a la facultad de retirarla, o se hubiese obligado a permanecer durante un término en ella. (como en el Art. 1150 del Código Civil Argentino) .

Además, aunque la oferta puede ser libremente revocada, mientras no lo sea produce efecto, y si es aceptada, queda formado el contrato. Esto prueba que, como se ha hecho notar por un autor, la cuestión del "valor jurídico de la oferta no toca la esencia de las cosas, y es más bien un problema de apreciación práctica y técnica.

La teoría de la autonomía de la voluntad y sus aplicaciones exageradas, han sufrido un fuerte quebranto, otra vez en nombre de la seguridad, con la "teoría de la declaración", más práctica y aun más jurídica, porque permite contar sobre lo que se percibe y vuelve el cargo de los riesgos "a la parte que ha creado la apariencia". Pero la mejor solución no puede basarse en uno de los principios con exclusión absoluta del otro. El Código Civil Alemán, tan autorizado intérprete de la teoría de la declaración, en el Art. 133, gira hacia la voluntad real, lo cual parece acentuar el sistema mixto que consagra, y demuestra que no es prudente ni jurídico desdeñar aquella fuerza creadora del pensamiento de las partes. (V. Code Civil Allemand - Trad. of. francesa - París, 1904, 1914 - T. I; además del Art. cit, nota al Art. 116, párrafo IV, pág. 121. - Saleilles - *De la déclaration de volonté* - París, 1929, pág. 6, N° 2; pág. 24, N° 19; págs. 195 y sgtes. - V. Aguiar - *La voluntad jurídica,*

páginas 99 y sgts.) .

Ithering y Faggella, a los que siguen otros reputados tratadistas, han sistematizado las teorías de las culpas *in contrahendo y precontractual*, que permiten el resarcimiento en medida racional, del perjuicio ocasionado por la ruptura de la negociación, después de la oferta y aun antes de que ésta propiamente exista. Su aplicación propende a la confianza y seguridad en los que se disponen a celebrar el contrato; y favorece así su desarrollo.

El fecundo desenvolvimiento de la industria, la moderna organización del trabajo bajo los regímenes que informan su nueva economía, han determinado la necesidad de realizar frecuentes contratos con un sujeto plural, formado a veces por una muchedumbre de personas. Sin contar que las condiciones son comunes, sería prácticamente imposible celebrarlos por separado con cada uno de los componentes. La dificultad sé presenta, por otra parte, en el acuerdo previo y total de esas voluntades, a fin de que actúen conjuntamente.

La teoría del contrato por terceros, bajo los diferentes principios que la fundan, resulta insuficiente. Ha sido necesario recurrir a la teoría de la "voluntad colectiva", en la cual la voluntad individual es reemplazada por la *voluntad de la mayoría* —de diversa determinación numérica—, que obliga a todos individualmente. Esta solución, cualesquiera sean las objeciones que puedan formularse, es la única que hace viable aquellos contratos, de imprescindible y creciente aplicación.

La multiplicidad y la obligada rapidez de las relaciones, el progreso de los servicios privados de utilidad general o pública, que requieren organizaciones rígidas y estables, han impuesto el contrato de oferta dirigida a muchas personas, con todas las cláusulas, cerrada e inmodificable, en el cual, sin discusión ni examen —que por otra parte serían inútiles—, la aceptación se produce por simple *adhesión*.

En torno de esta nueva forma contractual, la doctrina y la jurisprudencia han venido preparando una construcción valiosa,

tendiente sobre todo a la garantía del contratante que se presenta en notoria desigualdad no sólo por su situación económica sino también por la necesidad, casi siempre imperiosa, de celebrar el contrato. Los códigos deben acoger esa construcción en la medida indispensable.

Otras formas, además, en las que aparecen transformados los caracteres tradicionales —a las que el Dr. Lafaille ha comprendido en los "Aspectos modernos del consentimiento"—, van ganando aplicación. Y en los últimos tiempos, bajo la influencia de ese fenómeno social el "dirigismo" (le "dirigisme"), se ha hablado del "contrato dirigido" (L. Jossierand — *Rev. trimestrielle de Droit Civil* — T. 36 — 1937, pág. 2).

La real desigualdad de los contratantes, consecuencia en el régimen privado del desequilibrio económico y que se intensifica bajo las nuevas modalidades, ha determinado una mayor injerencia del poder público —por la ley o por la jurisprudencia—, quebrantándose la "intangibilidad" del contrato.

Aparte de lo que se refiere a las teorías de la incapacidad y de los vicios del consentimiento, de estructuras netamente clásicas, se ha caracterizado la tendencia hacia una protección al contratante que aparece como menos apto para su defensa, que alcance la necesidad, la ligereza y la inexperiencia, etc. (Como en la fórmula del Art. 138 del Código Civil Alemán) . Se da una extensión creciente a las leyes de orden público, se busca fortificar la teoría de la lesión y se vuelve al formalismo, considerado como elemento de mayor seguridad.

Mientras se procura ampliar los poderes de los jueces —no tanto por un aumento taxativo de sus facultades, sino más bien por los nuevos principios e institutos de que puede valerse la jurisprudencia—, la doctrina, por otra aplicación de las teorías de la causa, del error, de la violencia; por el "enriquecimiento", por el "abuso del derecho", etc., ofrece una serie de soluciones que constituyen límites al exceso y mantienen al contrato, no obstante su fuerte transformación, como el instrumento progresista e insustituible en las relaciones de la

vida.

La libertad de las partes sobrevive como regla en la creación de obligaciones; pero nuevos criterios contienen las derivaciones excesivas, tienden a proteger contra la injusticia y condicionan esa regla, teniendo en mira el interés social, en cuyo detrimento no pueden prevalecer las consecuencias del acto privado. (Postulado éste no desconocido, por cierto, en la doctrina clásica; pero que ha cobrado mayor importancia, por la extensión de la idea de interés social y porque una serie de disposiciones concretan su valor práctico) .

En fin, vigorizando el contenido ético, la doctrina moderna vuelve a proclamar, no sólo como principio de valor doctrinario, sino como una afirmación positiva de la ley, que los contratos deben ser cumplidos de buena fe. (Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos – Art. 39 -- La regla ya se establece en los Arts. 1134, C. C. Francés y 1124, C. C. Italiano. – C. C. del Perú, de 1936, Art. 1328, etc. – Apr., Bibiloni, Art. 44, II, pág, 414 – Proyecto de Reforma, Art. 820) .

Elaborado y sancionado el Código Civil Argentino, cuando la doctrina clásica dominaba en la vocación de los tratadistas y en la codificación y servía las exigencias de la época, construyó la teoría del contrato y del consentimiento sobre sus principios, confrontando y siguiendo a romanistas como Savigny y Maynz, aprovechando la enseñanza brillante de los grandes comentaristas franceses y contemplando los precedentes de las leyes españolas y nuestras necesidades; en parte bajo la inspiración inmediata de los sabios jurisconsultos Aubry et Rau y Freitas, a veces avanzando soluciones y superando, en algunos puntos de vista, a su antecedente y modelo más destacado, el Código Civil Francés, respecto del cual, por la expansión y la acogida triunfal, ya iba cumpliéndose la visión llena de melancólica satisfacción de su creador. ("Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil"

- Napoleón a Montholon, en Santa Elena) . - Ha presidido así, nuestro Código, en la vida argentina, el desarrollo fecundo de la contratación.

Pero el exceso reglamentario y una tendencia a la teorización, lo mismo que las particularidades de nuestros regímenes procesales, no han sido propicios al desarrollo de una jurisprudencia creadora, que más allá de la aplicación sabia y armónica del precepto positivo, por la introducción de nuevos principios y remedios técnicos, fuera renovado el Código, como ha ocurrido en Francia.

La reforma, junto con las características de nuestro tiempo y del país, ha encontrado aquella valiosa elaboración de la doctrina a que nos hemos referido, completada por la experiencia y las opiniones de los jueces, de los profesores y tratadistas y del foro argentinos. En nuestro concepto, sus autores han sabido valorar ilustradamente todo ese material, dándole, en términos generales y en lo que al régimen del consentimiento se refiere, acertado y prudente contenido en el Proyecto.

No deseo abusar por mucho tiempo de la atención benévola de los señores delegados, por lo que voy a limitarme a una somera reseña, que apenas destaque las modificaciones introducidas.

- Más progresista que el Anteproyecto del Dr. Bibiloni, sanciona (Art. 794) el carácter obligatorio de la oferta, adoptando la fórmula del Art. 1080 del C. C. del Brasil, que consideramos superior a la del C. C. Alemán.

- Legisla acertadamente lo relativo a la caducidad de la oferta y a la caducidad y retractación de la aceptación; aplica un criterio uniforme a las hipótesis previstas en el Art. 1149 del Código vigente y concuerda la disposición con la regla general del Art. 1154 (Código vigente) .

Con respecto al primer punto, en el supuesto de fallecimiento del oferente, la solución se encuentra justificada por las opiniones que se citan en la nota al Art. 1149 (Código vigente) ; pero ella se aparta de la doctrina del C. C. Alemán (Art. 153), generalmente resistida por los países de derecho

latino y que sin embargo, es la que más armoniza con el carácter obligatorio de la oferta.

En cuanto a la retractación de la aceptación, el Art. 803 proyectado, consagra una regla justa y práctica, y mejora visiblemente el Art. 1155 del Código vigente, cuya segunda parte, confusa e inútil, está bien suprimida. En el trabajo señalamos alguna superposición.

- Legisla el contrato por teléfono considerándolo, de acuerdo con la doctrina francesa y a precedentes en la codificación, entre presentes. También se refiere a la correspondencia telegráfica.

- En cuanto al contrato por envío de catálogos, prospectos, etc., de conformidad a la doctrina del C. Suizo de las Obligaciones, niega a estos elementos el carácter de oferta. Aunque no se ha manifestado la necesidad de modificar el Art. 454 del C. de Comercio, concordante con el Proyecto, quizá sería conveniente prever una sanción para el supuesto de negativa, por quien envió el catálogo, etc., a concluir el contrato sin motivo justificado.

- Para el caso tan frecuente del contrato a celebrarse con numerosas personas como integrantes de una de las partes, la doctrina clásica de la voluntad es insuficiente. El problema ya está resuelto por la "voluntad colectiva". El Proyecto la admite (Art. 793, 2ª parte), legislándola de una manera discreta, como excepción ("casos en que la ley autorice a la mayoría para concertar el acuerdo") al principio consagrado en la primera parte del artículo.

- En materia de formación del consentimiento o perfección del contrato entre ausentes, con marcado acierto mantiene la regla general del Art. 1154 del Código vigente, que como se sabe, consagra la doctrina de la "declaración" bajo la forma de la "expedición". Se han armonizado con la disposición de carácter general otras pertinentes, concluyendo de esta manera con lo que, sobre todo en épocas anteriores, fue motivo de tantas críticas, a veces enfáticas y exageradas, a los respectivos

preceptos del Código vigente.

El agregado que contiene la 2ª parte del Art. 801, relativo a la aceptación tácita, que en el caso previsto se produce por el silencio del aceptante, es de sentido práctico.

- Contempla la hipótesis del contrato que fracasa por retractación, incapacidad o muerte del oferente (Art. 802). Mantiene la regla del Art. 1156 del Código vigente con otro desarrollo técnico, dando franca entrada a la *culpa in contrahendo*. El límite del resarcimiento está determinado por el "interés negativo" (negative vertrags interesse) de Ihering.

- Introduce una disposición sobre los contratos por subasta (Art. 804), la que sigue al Anteproyecto y es conforme a la doctrina del C. C. Alemán, según la cual, la oferta no aparece por el acto del agente al presentar el objeto a la subasta, sino que se forma por las posturas, en tanto que la aceptación se realiza por la adjudicación.

Es plausible la innovación; pero cabe ampliar el artículo, o introducir alguno con reglas generales sobre otros contratos de la especie.

- Con espíritu progresista, compenetrado de la realidad de la vida -más fuerte para el jurista y para el legislador que las construcciones teóricas- y superando al Anteproyecto Bibiloni, legisla en los Arts. 805 y 806 sobre el "contrato de adhesión", respecto del cual, el ilustrado profesor Lafaille, mucho antes de ser miembro de la Comisión reformadora, coronando un estudio amplio, expresaba la esperanza de que dentro de poco tiempo fuera legislado en los códigos.

- Es conveniente caracterizar la protección al público, considerando otras varias hipótesis.

- Sin dejar de mencionar al C. de las Obligaciones de Polonia y al C. Suizo, que contienen algunas disposiciones en cierto modo relacionadas con el asunto, el nuestro será el primer Código que habrá legislado sobre el contrato de adhesión.

Considero oportuno, para concluir, tener en cuenta lo siguiente:

a) Conviene mantener la regla del Código vigente, Art. 1148, 2ª parte, en el sentido de que la oferta para ser considerada tal, debe contener los elementos constitutivos del contrato que se trata de formar.

b) Debe incorporarse un precepto que decida la cuestión de los puntos sobre los cuales tiene que versar el acuerdo, rechazando la teoría de la *punktation* y de conformidad a la tesis del Art. 154 del C. C. Alemán.

c) Es igualmente de conveniencia, alguna disposición sobre el "antecontrato", generalizando el principio que se establece en el Art. 903 del Proyecto para la compraventa y que puede extenderse a otros contratos.

Salvados los reparos ligeramente señalados y las observaciones que se consignan en el trabajo, no vacilamos en expresar que el Proyecto de reforma -conservando lo que tiene, y seguirá teniendo, un sentido de permanencia en el gran Código de Vélez Sársfield y haciéndose cargo de la evolución de la doctrina y de las exigencias de la época-, con la admisión de nuevos principios y de reglas más armónicas, con el ajuste de algunas disposiciones y la supresión de otras innecesarias, 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.

Tales son las razones que han determinado el despacho.

Y para que los hechos se aprecien tal como son, corresponde decir, que aunque, el dictamen de la Comisión después de mencionar dos trabajos adopta la conclusión fundada en el del suscripto, ello no significa una preferencia, sino que se debe a que el trabajo de mi distinguido colega Dr. Saravia, concreta atinadas observaciones sobre puntos particulares, pero no contiene una conclusión de carácter general.

Nada más. (*¡Muy bien! ¡Muy bien! Aplausos!*).

Sr. Lafaille. - No tengo nada que decir, sino agradecer los términos amables del señor miembro informante.

