

La formación del contrato

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Al preparar en 1964 la Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes inmuebles corporales, que fue aprobada aquel mismo año por un Convenio de La Haya, los autores del proyecto consideraron necesario dotar de una regulación uniforme al proceso de formación del contrato, por entender que, en este punto, podían producirse notables discrepancias entre las partes contratantes y, probablemente, lo más importante, sensibles diferencias entre los Derechos nacionales. Surgió de este modo, la llamada Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato de venta internacional de bienes inmuebles corporales, que fue también aprobada por el Convenio de La Haya de 1964 (LUFCO). No disponemos de una experiencia especialmente notable de la aplicación de esta Ley Uniforme que no fue ratificada por muchos países.

En los años subsiguientes, el tratamiento de los problemas relativos a la formación del contrato experimentó, sobre todo en el Derecho norteamericano, una notable evolución que plasmó, finalmente, en el Código de Comercio unificado (UCC) de Estados Unidos. El propósito de unificar a un nivel más amplio el Derecho de la compraventa internacional de mercaderías dio origen a una serie de trabajos colocados bajo la égida de la Uncitral, que, tras varios borradores realizados por los grupos de trabajo, culminó en un texto definitivo que se sometió a una conferencia internacional y fue aprobado como Convenio de las Naciones Unidas en Viena (CV) en 1980. Este Convenio ha sido objeto de un instrumento de adhesión del Estado Español el 17 de julio de 1990 y el texto del Convenio, como parte integrante del Derecho español, fue publicado en el BOE el 30 de enero de 1991. En el Convenio de Viena, los arts. 14-24 regulan de manera muy completa la formación del contrato de venta de mercaderías, en una forma que, por él detallada, contrasta con la parvedad del art. 1262 del CC. Aunque en el Convenio estas normas tienen por objeto exclusivamente la formación de

los contratos de venta internacional de mercaderías, nada puede impedir (lejos de ello todo aconseja) que las normas del Convenio sean tenidas en cuenta para resolver los problemas de formación del contrato mediante oferta y aceptación, cualquiera que sea la naturaleza del contrato en cuestión.

Las cosas no han concluido aquí. En estos mismos años, un grupo de trabajo de Unidroit ha elaborado unos Principios de la Contratación Internacional, en los que se dedica una especial atención a la materia de la formación del contrato. Todo ello aconseja realizar algún comentario y llevar a cabo alguna reflexión sobre estos textos, cuya importancia en los momentos actuales es evidente.

1. *Oferta y propuesta de contrato.*— El art. 14 CV comienza diciendo que «la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». Señala Audit que este precepto se inspira en una concepción que distingue la oferta propiamente dicha de la propuesta contractual. Las propuestas de contratar constituyen el género y, dentro de él, como una especie particular, se sitúa la oferta, que es una propuesta que reúne unos determinados y estrictos requisitos. Las propuestas de contratar son declaraciones que manifiestan la intención de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato que queda inicialmente diseñado en algunos de sus elementos. Son proyectos cuya finalidad se limita a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato.

El género «propuestas de contrato» parece dividirse en dos especies distintas: por una parte, se encuentran las genuinas ofertas y, por otra, las llamadas invitaciones a hacer ofertas que pueden ser interrogaciones sobre posibles intenciones, solicitudes de información o en sentido estricto, invitaciones.

2. *Los requisitos de la propuesta para constituir oferta.*— Son dos: la declaración del proponente debe incorporar la intención de éste de quedar vinculado y obligado en el caso de aceptación y debe, además, ser suficientemente precisa.

La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de lograr un contrato, y además, para que exista genuina oferta, en la declaración mencionada debe producirse o manifestarse una voluntad del oferente de que el contrato quede formado sólo a través de la aceptación. Habiendo aceptación y sin más trámite, el contrato quedará constituido. No será necesario emitir nuevas o distintas declaraciones de voluntad. Esto es, precisamente, lo que quiere decirse al hablar de «una intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». El quedar obligado significa quedar vinculado y quedar vinculado contractualmente. Lo decisivo es que, según la voluntad del oferente, ya sólo se precise aceptación y que con posterioridad no haya de aparecer ninguna otra declaración de voluntad. Es el

oferente quien quiere el contrato a partir de la realización o de la efectividad de la aceptación. Por esto, no son ofertas las propuestas que se hagan con reservas o salvo confirmación, ni tampoco las respuestas a solicitudes de información que se mantienen en un campo puramente informativo. Tampoco hay oferta cuando, según la voluntad de las partes, el contrato sólo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado.

La voluntad del oferente de quedar vinculado mediante la aceptación es una intención caracterizable como genuina voluntad negocial. Se requiere que esta voluntad negocial o intención del oferente se encuentre precisamente indicada o incorporada en la propia oferta.

La determinación de si existe esta voluntad o intención de quedar obligado y si se encuentra suficientemente expresada en la propuesta, es una cuestión de interpretación, materia en la que, en nuestro Derecho y a falta de otras reglas, hay que aplicar las mismas que rigen la materia de la interpretación de los contratos ya formados. Como es bien sabido, en materia de interpretación, se abren dos grandes líneas (la llamada interpretación subjetiva vinculada a la voluntad real del declarante y la interpretación objetiva, que busca más bien el sentido que razonablemente puedan encontrar los destinatarios de la declaración, para proteger las expectativas y la confianza que en ellos se haya suscitado), por lo que hay que determinar qué tipo de interpretación es la que debe predominar en la materia que ahora nos ocupa. En efecto, se puede llegar a soluciones opuestas si una propuesta es interpretada de acuerdo con los criterios que sirvan para determinar la voluntad del oferente, permitiendo además algún medio de prueba respecto de ella, o si debe interpretarse de acuerdo con el sentido objetivo con que puede ser recibida por los destinatarios. En tal caso, puede resultar un contrato no querido por el proponente, aunque exigido por la protección de los destinatarios. El Convenio de Viena introduce a este respecto normas de cuyo carácter objetivo no cabe dudar, como es la aplicación de los usos particulares existentes entre los declarantes y la regla de la buena fe, de una manera que parece objetivizar el contrato.

A mi juicio, por regla general, no hay serias razones para desviarse del principio de interpretación subjetiva o según voluntad. Sólo debemos inclinarnos en favor de la interpretación objetiva si el destinatario de la declaración de oferta, al interpretarla ha modificado razonablemente su propia situación jurídica o económica. En este sentido, me parece que militan en favor de la interpretación objetiva muy serias razones en aquellos casos en que se hubiera producido una aceptación tácita, o en los que el destinatario de la oferta hubiere comenzado a ejecutar actos preparatorios de la ejecución o del cumplimiento del contrato, pero no en los demás.

3. *La suficiente precisión de la oferta.*— En la doctrina tradicional se solía exigir, para la existencia de una genuina oferta de contrato, que la declaración del oferente fuera completa, de manera que en

ella se encontraran determinados los elementos de futuro del contrato, aunque en algunos casos el carácter completo ha sido referido solamente a los llamados elementos esenciales del negocio, dado que el art. 1.262 habla del concurso y de la oferta y aceptación sobre la cosa y causa del contrato. Parece claro que un sistema en el que se exija el carácter íntegro o completo de la oferta, establece notorias dificultades para llegar a un contrato, porque siempre podrá decirse que faltó alguna materia sobre la que el oferente hubiera debido pronunciarse. Para favorecer la celebración de los contratos, el tradicional requisito del carácter completo se sustituye ahora por el más matizado de la suficiente precisión.

El art. 14 CV considera bastante para que una oferta sea «suficientemente precisa», que indique las mercaderías y que, expresa o tácitamente, señale la cantidad y el precio o que prevea un medio para determinarlo. Se abren así tres posibilidades de que exista una genuina oferta y se haya traspasado el umbral de los tratos previos:

a) En la propuesta existe una determinación expresa de las mercaderías, de la cantidad que ha de servirse y del precio, que debe comprender la especie monetaria en que haya de ser pagado. En este caso no se plantea ningún problema especial, pues en ella existe la previsión de un contrato de compraventa con determinación suficiente de elementos esenciales.

b) La declaración de voluntad de propuesta designa e identifica las mercaderías, pero la cantidad y el precio resultan sólo de manera tácita. Por regla general, esta designación simplemente tácita es admisible y no priva a la declaración del carácter de oferta.

La determinación implícita o tácita de la cantidad puede resultar de acuerdos marcos preexistentes (por ejemplo: acuerdos generales de adquisición de toda la producción del vendedor o compromiso de satisfacer periódicamente las necesidades del comprador). Puede resultar también de los usos individuales y de las prácticas existentes entre las partes. Si con anterioridad se han servido pedidos de una cierta cantidad y tales pedidos se han reiterado, es legítimo entender implícitamente que el nuevo pedido-oferta comprende una cantidad igual a las anteriores.

Más complicado resulta el problema de la determinación implícita del precio, al que habrá que dedicar una atención especial.

c) Es posible que en la propuesta, sin plena determinación del objeto contractual, se encuentren señalados criterios de determinación. Este es un supuesto bien conocido en la tradición de las codificaciones europeas y en nuestro Código Civil se encuentra admitido por el art. 1.273, con carácter general para todos los contratos. En materia de contrato de compraventa los arts. 1.447 y 1.448 admiten también los criterios de «determinabilidad»; determinación del precio por referencias al de otra cosa cierta; admisión de su señalamiento al arbitrio de un tercero; fijación del precio por remisión a cotización en bolsa o

mercado. Naturalmente, la existencia en la oferta de criterios de determinabilidad hace que la oferta sea suficientemente definida.

4. *El problema de los precios implícitos.*— No resulta fácil decidir si una propuesta puede ser calificada como oferta de contrato, cuando en ella no existe una indicación del precio. La aplicación estricta de las reglas generales y, en particular, del art. 1.262 conduciría a entender que nos encontramos todavía en la fase de tratos preliminares, que exigen un posterior acuerdo sobre el precio. Esta solución, teóricamente irreprochable, tiene la dificultad desde el punto de vista práctico de impedir la formación de un buen número de contratos y, lo que es aún peor, dejar sin soporte contractual a un número de atribuciones que hayan sido hechas con el designio de ejecutar lo que se consideraba un contrato.

Por supuesto, no existe ningún problema si el comprador indica en la oferta de compra que acepta el precio de catálogo o los precios practicados por el vendedor. A la misma conclusión se puede llegar en aquellos casos en que el oferente no rechace los precios practicados por el destinatario de su oferta o pedido. En todos estos casos, sólo podría existir un recurso a las reglas de la buena fe para reducir el precio, cuando el facturado resulte notoriamente abusivo. Quiere decirse con ello que se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio *boni viri* con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector. Sin embargo, lo que no puede negarse es que la declaración contenida en el pedido es una oferta y, consiguientemente, que el contrato ha quedado establecido y, en su caso, ejecutado. Porque existe un contrato concertado, puede ejercitarse la facultad revisora por violación de las reglas relativas al arbitrio *boni viri*. Esta línea había sido seguida por el art. 212 del Código Suizo de las obligaciones, según el cual el comprador puede hacer un pedido en firme sin incluir el precio y en este caso se presume que la venta se concluye por los precios medios del día y lugar de la ejecución del contrato. La misma línea sigue el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, que permite que las partes puedan concluir un contrato de venta sin determinar el precio y que éste puede ser fijado solamente por el comprador o por el vendedor, con la limitación de que la fijación sea realizada de acuerdo con las reglas de la buena fe.

En los trabajos preparatorios del Convenio de Viena, la regla del art. 14, que exige una determinación del precio, aunque ésta sea implícita, constituye, según señala Bonell, un compromiso entre dos tendencias muy diferentes, por las constantes presiones de los países en vías de desarrollo, que temían que, en sus relaciones con los países industrializados, a falta de precisa indicación del precio contractual, tendrían que sufrir los precios de catálogo de las empresas vendedoras, normalmente más fuertes, o, en los casos de venta por ellos mismos de sus materias primas, las cotizaciones de los mercados situados en paí-

ses occidentales coincidían en ello con los deseos y necesidades de los países pertenecientes al entonces llamado mundo socialista, cuyo comercio exterior se encontraba estatalizado. El compromiso en el art. 14 consiste en exigir determinación frente a la tesis de los posibles precios al arbitrio de una de las partes con el límite de la buena fe, aunque admitiendo, por otra parte, los precios implícitamente determinados.

No obstante, después del compromiso que supuso el art. 14 CV, se produjo probablemente otro compromiso entre los grupos de trabajo. Se dictó así el art. 55, según el cual, cuando el contrato ha sido válidamente celebrado, pero el precio no se ha señalado, ni expresa, ni tácitamente, se considera, salvo indicación contraria, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente admitido en la generalidad de los contratos para las mismas mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trata.

Los dos preceptos, 14 y 55, no se encuentran debidamente armonizados y es claro que el art. 55 conduce a las soluciones de una mayor flexibilidad. Podría entenderse que el art. 55 se refiere a contratos que han sido válidamente celebrados, lo que podría considerarse equivalente a un cruce perfecto de una válida oferta con una válida aceptación. Sin embargo, puede entenderse también que se trata de contratos ejecutados sin especiales reservas. Por ello, la única forma de salvar la antinomia es entender que, a falta de una determinación expresa o tácita del precio en la oferta, existe siempre una referencia a los criterios que el propio art. 55 menciona.

5. *El contenido variable de la oferta.*— El hecho de que se considere como requisito para que una propuesta merezca la condición de oferta de contrato, una determinación suficiente de los elementos esenciales del contrato, no impide que el oferente pueda establecer, en su propuesta, un contenido más amplio, como puede ser, el tiempo de la entrega, el tiempo de pago del precio, las garantías y la documentación necesaria, las responsabilidades por incumplimiento o cualquier otro extremo del contrato que desee. Si en la propuesta se encuentra fijado un número de elementos del contrato superior a los que se requieren para que haya una «definición suficiente», todos ellos son, en el caso concreto, contenido de la oferta y todos ellos requieren aceptación.

6. *Los requisitos de validez de la oferta: capacidad y voluntad libre.*— La validez de la oferta requiere los presupuestos que son de aplicación general de todo negocio jurídico y, en particular, de los contratos. El Código Civil holandés, que regula especialmente esta materia, exige únicamente que se cumplan las reglas de validez de los negocios jurídicos unilaterales. A nuestro juicio, no existe ninguna razón de fondo para dejar de aplicar las reglas generales de los contratos. La falta de capacidad y los vicios de la voluntad darán lugar a la anulabilidad del contrato ya formado, si hubiera recaído aceptación. Nada impide, sin embargo, que el oferente, antes de recaída la aceptación, ponga de re-

lieve el alcance de los defectos anteriormente señalados, al igual que nada impide que lo haga su representante, en el caso de incapacitados. Si los antedichos vicios han sido conocidos por el destinatario de la oferta, ninguna razón existe para que se le proteja especialmente. Si los ignora, las reglas de anulación de los contratos deben regir también.

Se aplican asimismo las reglas generales de los contratos, cuando quien haya emitido la oferta, sea un representante legal o voluntario, un apoderado, un agente o el órgano de una persona jurídica. Compete al aceptante reclamar un examen de los poderes, aunque, según los casos, podrá funcionar un apoderamiento derivado de hechos concluyentes.

7. *Las propuestas dirigidas a personas indeterminadas.*— Nada impide que una propuesta u oferta de contrato sea dirigida a varias personas determinadas o a un conjunto, más o menos amplio, de personas que sólo reciba, como tal conjunto, una cierta definición. En la práctica, el problema es de orden presuntivo. Se trata de deducir si las propuestas dirigidas a personas no determinadas deben seguir, en orden a su consideración como ofertas, los mismos requisitos que las demás, o si, respecto de ellas, debe regir alguna regla que, en línea de principio, excluya el carácter de oferta y las coloque en el terreno de las simples invitaciones *ad offerendum*.

El art. 4 de la LUFCA había considerado necesario, para que una propuesta o comunicación dirigida a la conclusión de un contrato pudiera ser considerada como oferta, que fuera dirigida a una o varias personas determinadas y, esta misma línea fue seguida por el grupo de trabajo de Uncitral que redactó los textos del posterior Convenio. En el art. 14 CV se adopta un criterio intermedio. Las propuestas dirigidas a personas no determinadas se consideran como simples invitaciones *ad offerendum* y no reciben, por consiguiente, la calificación de oferta de contrato. Es, como se comprende fácilmente, una norma de protección de los proponentes. Por el carácter indeterminado de las personas a quienes la comunicación va dirigida, el proponente está legitimado para sostener que su comunicación no era una oferta. Es también una norma de protección de los empresarios que realizan actividades de publicidad que pueden confundirse con ofertas de contrato. La presunción de inexistencia de oferta y de existencia de simple invitación admite que pueda darse la solución contraria, lo que ocurrirá en todos aquellos casos en los que el proponente indique claramente que hace una oferta. Del texto de la comunicación ha de resultar con claridad, sin necesidad de interpretaciones más o menos complicadas, que existe en ella una oferta, siempre que además queden cumplidos todos los requisitos necesarios para la calificación de una comunicación como oferta. En este sentido, la actividad comercial moderna, al trivializar la palabra «oferta», impide una interpretación de carácter puramente literal.

En ocasiones, puede ser difícil dilucidar lo que se entiende por personas determinadas y no determinadas. Algún autor puntualiza que la expresión «personas determinadas» incluye tanto las personas individuales como jurídicas e incluso, grupos que no posean personalidad, que sean uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de negocios. Estos conjuntos de personas deben considerarse como personas determinadas, tanto si la oferta se dirige a nombre de uno de ellos como si se dirige al de todos. La separación entre personas determinadas y no determinadas se complica en el caso de lo que, en las técnicas modernas de marketing, se denomina *mailing*. Se trata, como es sabido, de una masa de comunicaciones de carácter generalmente publicitario, en las que, aunque cada una de ellas aisladamente tiene un destinatario determinado, a éste no le resulta difícil advertir que él no es el único y que forma parte de un conjunto. Eorsi considera las propuestas enviadas por correo directamente a un destinatario designado por su nombre y apellidos, como propuesta a persona determinada. Sin embargo, no es la solución la que debe ser mantenida, si no se olvida el carácter fácilmente reconocible que el *mailing* presenta como fenómeno de publicidad y la falta de buena fe que existe en pretender considerarlo como oferta. Se ofrecen además razones de orden práctico. Si los vendedores —dice Honold— tras varios meses de preparación, llevan a cabo una amplia distribución de catálogos señalando un conjunto de productos e indicando los precios y en ese tiempo tales precios experimentan una modificación considerable, de manera que los precios no se pueden mantener, los vendedores, si las comunicaciones se consideran como ofertas, se verían frecuentemente ante avalanchas de pedidos de lo que comúnmente se denomina una «ganga» y se produciría su propia ruina. Por estas razones, dice Honold, los Tribunales se muestran reacios a admitir qué comunicaciones como las descritas pueden crear tales riesgos y pueden ser consideradas como ofertas.

8. *Las declaraciones de voluntad emitidas en el período de formación del contrato: su consideración como declaraciones recepticias y la adopción desde el punto de vista llamado de la recepción.*— En la técnica usual entre nosotros, los problemas de contratación entre personas distantes o aquellos otros en los que las declaraciones se produzcan *ex intervallo temporis*, han sido estudiados exclusivamente en relación con el momento de la formación del contrato y, por ello, en relación con las declaraciones de aceptación. Como es bien sabido, al respecto, se han formulado los cuatro puntos de vista que son conocidos como teorías de la admisión, cognición o conocimiento, de la expedición y de la recepción. Para el primero, la declaración de voluntad de aceptación vincula al declarante y al oferente desde que es emitida; para el segundo, oferente y aceptante sólo quedan vinculados cuando el oferente conoce la aceptación; para el tercero, la aceptación se produce cuando el aceptante se desprende de su declaración y la expide; y para el último, la vinculación se produce desde el momento de la llega-

da de la declaración al círculo de intereses (domicilio, establecimiento, etc.), aunque no haya adquirido un puntual conocimiento de la misma.

La evolución más reciente (Convenio de Viena, Principios de Unidroit, etc.), seguramente con buen acuerdo, ha colocado los problemas del carácter recepticio en relación con todas las declaraciones de voluntad emitidas en la fase de formación del contrato; los problemas no se limitan sólo a la aceptación y comprenden también la oferta, su retirada o revocación y la retirada o revocación de la aceptación. El criterio que ahora se adopta es el criterio de la recepción, con anterioridad seguido mayoritariamente por la doctrina, por entender que es el que cuadra mejor con los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza.

El art. 5 LUFCO se limitaba a decir que la oferta no vincula al oferente hasta que haya sido comunicada al destinatario. La determinación del criterio y del momento de efectividad de la comunicación se situaba en aquella reglamentación en la línea de lo que antes hemos llamado el punto de vista de la expedición. Aunque el art. 5 LUFCO no fue objeto de especial discusión en la Conferencia de La Haya en 1964, el grupo de trabajo Uncitral, en su sesión de 1967, transformó la redacción negativa (no vinculará) en una regulación positiva y adoptó, además, el criterio de la recepción.

La recepción o llegada es la condición que hace efectivas o convierte en efectivas las declaraciones de voluntad. La idea de «llegada» al destinatario debe entenderse como acogimiento del criterio de la recepción». En el texto inglés la expresión *reach* no sólo denota la llegada, sino el hecho de haber alcanzado al destinatario. La efectividad de la declaración ha de situarse en el momento en que llega al ámbito o círculo los intereses del destinatario, sin perjuicio de que éste haya llegado efectivamente a conocerla o no. Es el punto de vista dominante en la doctrina y el que lleva a cabo una más adecuada ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego. El oferente ha cumplido todos los deberes de diligencia: ha hecho todo aquello que estaba en su mano. Si el destinatario pudo, y además actuando diligentemente, debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no haya existido un conocimiento real y efectivo. El destinatario que, habiendo recibido la comunicación, alega, e incluso prueba, no haberla llegado a conocer, actúa deslealmente y contra la buena fe.

Aplicando estas ideas al caso de la oferta, quiere decirse que la oferta se hace efectiva o, por decirlo de otra manera, alcanza su consideración como oferta a partir del momento de la llegada al destinatario. Consecuencia de esta regla de efectividad de la oferta por la llegada de la comunicación de propuesta al destinatario, es que este último no puede considerar que haya oferta si ha tenido conocimiento por un medio distinto. Una aceptación realizada en virtud de un cono-

cimiento diverso de la llegada de la propuesta sería una «aceptación anticipada», no podría considerarse como verdadera aceptación y tampoco podría impedir la retirada de la oferta, si ésta se hubiera producido.

9. *La retirada de la oferta: la distinción entre retirada y revocación.*— En el Convenio de Viena, se distingue entre retirada y revocación, para lo cual se procuró acuñar una terminología suficiente para separar ambos conceptos. Así, en el texto inglés la idea de retirada se expresa utilizando el término *Withdrawal*, mientras que para la revocación se utiliza el término latino de *revocation*.

La retirada es una declaración del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad. Existe retirada en el período de tiempo o en la fase de formación que media entre emisión de la oferta y la recepción o llegada de la misma al destinatario. En cambio, revocación es la declaración de la voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos, en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. La consecuencia práctica más importante de la distinción es permitir la retirada de las ofertas cuando éstas sean irrevocables. La retirada de la oferta es, lógicamente, libre y está sometida únicamente al requisito de la tempestividad. Se refiere a una declaración que no ha alcanzado ninguna forma de efectividad. El destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada, puesto que ningún tipo de confianza, ni de interés atendible podría haberse creado en él.

11. *La retirada de las ofertas irrevocables.*— Cuando en la declaración de voluntad de oferta, a ésta se le haya dotado de carácter irrevocable, la retirada no puede quedar impedida. La razón es la misma que antes se ha expuesto: una oferta, aun cuando sea irrevocable, si todavía no ha llegado al destinatario y no ha alcanzado efectividad, no ha creado intereses protegibles y, menos todavía, derechos de tipo alguno.

12. *El límite temporal de retirada de la oferta.*— La posibilidad de retirada de la oferta concluye (o si se prefiere utilizar otra expresión, caduca) en el momento de la llegada de la oferta al destinatario. Si la retirada se ha realizado antes de la llegada de la oferta, utilizando un medio de comunicación más rápido y el destinatario la recibe antes, nada puede reclamar, ni alegar. Lo mismo ocurre, naturalmente, si se produce una coincidencia temporal en la llegada de ambas comunicaciones.

Nada impide, por otra parte, que una declaración de voluntad de retirada, que llegue tardíamente, pueda y deba valer como revocación.

13. *Revocabilidad e irrevocabilidad de la oferta. El principio general de revocabilidad.*— La revocación es una declaración de voluntad del oferente, cuyo intento empírico consiste en privar de eficacia a

la oferta, pero que, a diferencia de la retirada, se produce en la fase de un proceso de la formación del contrato ya abierto, esto es, en el tiempo que media entre la llegada de la oferta a su destinatario y el momento de la aceptación o del rechazo de la oferta. En línea de principio, la oferta puede ser revocada porque no existe ningún tipo de vinculación del oferente. Este ha emitido una comunicación dirigida a hacer posible la formación de un contrato, pero no ha contratado y, por tanto, no está obligado. Por el solo hecho de que la oferta haya llegado al destinatario tampoco se ha creado en éste una situación jurídica de confianza que merezca alguna dosis de protección jurídica. La regla es, naturalmente, la revocabilidad. La revocación de la oferta no necesita llenar ningún requisito especial de forma, ni coincidir con la forma que la oferta recibiera. Los problemas serán de prueba, pero no de eficacia.

14. *El límite temporal de la facultad de revocación de la oferta.*— Si la regla es que el oferente es libre de revocar porque no ha quedado todavía vinculado, es lógica consecuencia de ello que la revocación quede impedida una vez que ha recaído la aceptación del destinatario y, por consiguiente, cuando debe entenderse que existe ya un contrato. Se observa enseguida que ambos momentos no coinciden, porque es distinto el hecho de que recaiga aceptación y la consideración de la existencia del contrato que sólo se produce cuando la aceptación llega al oferente. De esta manera, pueden jugar dos soluciones. De acuerdo con la primera, el límite temporal de la facultad de revocación es el momento de perfección del contrato, que es el momento de efectividad de la aceptación. Para una segunda solución, en cambio, el límite temporal de la facultad de revocación es aquél en el que el destinatario de la oferta emite o envía la declaración de aceptación. Esta es la solución que parece más adecuada, puesto que el aceptante ha hecho ya todo lo que estaba en su mano para perfeccionar el contrato. Cubre mejor los supuestos de aceptación tácita. Es la que se establece en el art. 16 CV y es la solución, que, según explica Audit, es más conveniente para no otorgar al oferente una ventaja excesiva.

15. *Los casos de irrevocabilidad de la oferta: la declaración expresa de irrevocabilidad.*— La oferta es indiscutiblemente irrevocable, si el oferente ha hecho con la propia oferta o después de ella una expresa declaración del carácter irrevocable, cualquiera que fueren las causas o razones que le hayan guiado. La doctrina y la práctica del Derecho anglosajón eran, en principio, contrarias a la idea general de una irrevocabilidad nacida de la pura declaración del oferente. Se observaba que con la oferta irrevocable nace para el destinatario un derecho de naturaleza similar al derecho de opción y se entendía que la atribución de tal derecho y la autolimitación que existe en la oferta irrevocable sólo puede hacerse sobre la base de una suficiente consideración, aunque, posteriormente, el Código unificado ha evolucionado hacia posturas de mayor flexibilidad. El Derecho continental se encaminó siempre

por la línea de la admisión de la irrevocabilidad de la oferta por simple declaración del oferente.

La declaración de irrevocabilidad puede hacerse empleando una terminología jurídica rigurosa o de cualquier modo, por el que el oferente manifieste al destinatario la seguridad de que la oferta no será dejada sin efecto o, por lo menos, que no lo será en un determinado plazo. Por ejemplo, el oferente manifiesta que su oferta es firme.

En la oferta irrevocable, hay verdadera renuncia o privación del derecho o facultad de revocar que el proponente ordenamiento tiene, por lo cual cualquier manifestación del oferente que quiera dejar sin efecto la oferta, cuando se hace en contradicción de la promesa de irrevocabilidad, resulta ineficaz. De esta suerte, si se produce una aceptación efectiva, aunque el oferente haya manifestado su voluntad de dejar ineficaz la oferta, existe contrato.

Desde el punto de vista de la dogmática del Derecho continental, la oferta irrevocable constituye un negocio jurídico unilateral del proponente, que atribuye al destinatario un derecho potestativo que le faculta para perfeccionar el contrato con su sola aceptación.

15. *Las ofertas con plazos fijos para la aceptación y el problema de irrevocabilidad.*— Entre los tratadistas del Derecho continental europeo y, sobre todo, entre los autores alemanes, se ha venido entendiendo que la oferta en que el oferente fija al destinatario un plazo para la aceptación, constituye un supuesto de oferta irrevocable, por considerar que en la fijación del plazo de espera de la aceptación se encuentra implícita la idea de irrevocabilidad durante ese plazo. Probablemente con mejores argumentos, la tesis del Derecho anglosajón ha sido justamente la contraria. El mero hecho de fijar un plazo para la aceptación sólo significa someter a caducidad la posición del destinatario de la oferta, pero no significa, por lo menos por sí solo, que el proponente limite su poder de revocación. Es probable que, en muchos casos el problema sea de interpretación, pero con carácter general, la posición anglosajona parece más correcta.

Las dos tesis en cuestión se encontraròn en los trabajos de la LUFÇO y en el grupo de trabajo de UNCITRAL. El art. 5 LUFÇO se decía que la oferta puede ser revocada, después de haber llegado a su destinatario, salvo que la revocación no sea hecha de buena fe o de conformidad con la regla de la lealtad en los tratos, que la oferta contenga un tiempo fijo para la aceptación o que indique que es firme o irrevocable. El precepto añadió que la indicación de que la oferta es firme o irrevocable puede ser expresa o implícita, derivada de las circunstancias, de las negociaciones previas, de las prácticas que las partes han establecido entre ellas o de los usos. Como conclusión se estableció que la revocación sólo es efectiva si se comunica al destinatario antes que éste haya despachado la aceptación o realizado cualquier otro acto que deba ser considerado como aceptación.

Claramente, la regla del art. 5 LUFCA supuso un compromiso entre la tradición del Derecho continental y la del Derecho anglosajón. Fue revisada sin embargo en el grupo de trabajo de UNCITRAL de 1977, el cual, tras la regla de revocabilidad, estableció tres excepciones:

1. Si la oferta indica, expresa o implícitamente, que es firme o irrevocable.
2. Si establece un período fijo de tiempo para la aceptación.
3. Si existe una justificable confianza en el destinatario sobre el carácter firme de la oferta.

Las dos tesis se volvieron a encontrar en los trabajos del grupo UNCITRAL, que precedieron al art. 16 CV. Existió una fórmula propuesta por el Secretariado que describió el supuesto de irrevocabilidad, estableciéndola «si (la oferta) indica un tiempo determinado para la aceptación o de otro modo indica que es irrevocable». Con esta redacción, se aceptaba la solución que puede llamarse más germánica. Toda oferta con plazo fijo de aceptación es irrevocable por este solo hecho y existen además otras formas de posible expresión de la irrevocabilidad. Esta solución no era, sin embargo, admisible para los juristas de tradición algonajona. Y ello dio paso a la forma del art. 16 CV, donde el supuesto de irrevocabilidad se describe diciendo que existe si la oferta «indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación, otro de modo que es irrevocable». La fórmula actual, nacida del compromiso, posee una evidente ambigüedad y abre las dos variables de interpretación: el señalamiento del plazo fijo para la aceptación hace la oferta irrevocable; el señalamiento del plazo fijo para la aceptación, por sí solo, no hace la oferta irrevocable, a menos que en el señalamiento del plazo fijo se pueda encontrar una voluntad, o una objetiva declaración, del carácter firme de la oferta.

16. *La irrevocabilidad de la oferta nacida de la confianza.*— La oferta es irrevocable, aunque no haya una declaración expresa de irrevocabilidad, ni una voluntad de irrevocabilidad deducible del señalamiento de un plazo fijo para la aceptación, cuando el destinatario podía razonablemente pensar que la oferta era irrevocable y ha actuado después visiblemente fundándose en ello. Se trata de una regla contenida en el art. 16 CV, que realiza una aplicación del llamado principio de la confianza. Es una derivación de la regla de la buena fe, que rige en unas relaciones que son todavía precontractuales. Si el oferente, con sus actos, suscita en el destinatario de la oferta una fundada confianza en el carácter irrevocable de la oferta, la confianza creada en el destinatario no puede defraudarse, si el destinatario, a su vez, lleva a cabo una determinada actividad que tiene su fundamento en la oferta y en el carácter irrevocable de la misma. No se trata, por consiguiente, de una irrevocabilidad meramente tácita o derivada de actos concluyentes, sino de una norma de protección de la confianza suscitada. Para que exista confianza protegible en los términos del inciso final del art. 16

CV, es necesario que las declaraciones o los comportamientos del oferente sean idóneos para generarla, teniendo en cuenta el conjunto de la situación en que tales comportamientos se producen. Es necesario, además, que tal confianza pueda suscitarse de forma objetiva, es decir, teniendo en cuenta lo que ocurriría con personas que actuaran con una diligencia media. Por último, se requiere una actuación positiva del destinatario de la oferta, que encuentra su fundamento en tal oferta y en el carácter irrevocable de la misma. Normalmente, se tratará de una nueva contratación emprendida por el destinatario de la oferta con terceras personas o de ofertas del contrato que dirija a otros destinatarios.

Es muy expresivo el ejemplo de Honnold:

«El día 1 de mayo, un constructor pide a un suministrador que le envíe una oferta de venta de una determinada cantidad de ladrillos, explicándole que lo necesita para hacer los cálculos necesarios para, a su vez, hacer una oferta de contrato para construir un edificio. Le explica también que debe presentar tal oferta el día 1 de junio y que la apertura de las propuestas y el otorgamiento del contrato se realizará el 14 de junio. El 7 de mayo, el suministrador envía al constructor la oferta de suministro de ladrillos y el constructor la utiliza en su propuesta del contrato de obra que presenta el 1 de junio. El 10 de junio, el proveedor notifica al constructor que retira la oferta y el 15 de junio las propuestas se examinan y se otorga el contrato al constructor, el cual, seguidamente informa al suministrador que acepta la oferta de 7 de mayo».

En el citado ejemplo, dice Honnold, era razonable que el constructor considerara como irrevocable la oferta del suministrador, porque este último sabía que la iba a utilizar para llevar a cabo su propuesta de contrato y que cualquier otro tipo de oferta que no fuera en firme y con carácter irrevocable, carecería de sentido para él. Además, el constructor, actúa visiblemente fundándose en la oferta, puesto que realiza los cálculos necesarios para el futuro contrato de obra y presenta su propuesta sobre la base de los precios de los materiales contenidos en la oferta que el suministrador le ha pasado. La revocación es notoriamente contraria a la buena fe. El daño que el constructor experimentaría si tuviera que proceder a una nueva contratación de los materiales, a precios que pueden ser significativamente distintos, es un daño que no tiene por qué soportar. Podría entenderse, ciertamente, que la revocación de la oferta en un supuesto como el descrito, en el que se ha creado o suscitado la razonable confianza en su firmeza, da lugar a un supuesto de responsabilidad contractual o de culpa *in contrahendo*, de manera tal que la consecuencia a establecer en el supuesto de hecho es la de indemnización del daño a la confianza. Sin embargo, la tesis de considerar la oferta como irrevocable y, por consiguiente, celebra-

do el contrato, no obstante la posterior revocación, parece más adecuada.

17. *El rechazo de la oferta.*— El rechazo de la oferta es una declaración del destinatario de la oferta que expresa suficientemente su disentimiento respecto de ella. Puede tratarse de una declaración tácita o de actos concluyentes que manifiesten la voluntad de rechazo. Por ejemplo, el destinatario de la oferta contrata con un tercero los bienes sobre los que la oferta recaía.

La consecuencia del rechazo de la oferta es la pérdida de eficacia de ésta. Si, tras el rechazo, el autor del rechazo cambia de opinión, no podría producir ya una aceptación y su declaración se constituiría como una oferta.

La regla de que el rechazo de la oferta extingue esta última se aplica también a las ofertas irrevocables. Esta es una regla generalmente admitida en el Derecho europeo y aceptada igualmente en el Derecho anglosajón, aunque Honnold señala que algunos Tribunales en EE.UU. habían mantenido la tesis de que la oferta irrevocable atribuye a su destinatario el derecho de opción que sólo se extingue por el transcurso del plazo, de manera, que, dentro del plazo, el titular del derecho de opción podría, a pesar de una anterior declaración, cambiar de opinión. En pura dogmática, aunque la oferta irrevocable contenga un plazo y pueda de algún modo entenderse asimilada a la atribución de un derecho de opción, el rechazo constituye en todo caso una renuncia a semejante derecho de suerte que la situación creada por el rechazo o renuncia resulta inmodificable.

18. *Las demás causas de extinción o de caducidad de la oferta.*— La regla de la caducidad de la oferta por el rechazo del oferente, que tiene como finalidad asegurar la posición del oferente y permitirle emprender otras negociaciones, debe completarse con el elenco de las demás posibles causas de extinción de la oferta.

En particular, éstas pueden ser las siguientes:

1.º La oferta caduca si ha transcurrido el plazo fijado en ella para la aceptación y, en los casos en que no se hubiera fijado ningún plazo, por el transcurso del tiempo razonable (art. 18 CV).

2.º La oferta se extingue si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones o modificaciones, puesto que, como enseguida veremos, una respuesta semejante constituye nueva oferta (contraoferta) y es considerada como rechazo de la oferta.

Las restantes causas de posible extinción de una oferta de contrato no han sido específicamente contempladas en el CV. En los trabajos preparatorios de la LUFKO y en los del grupo de la UNCITRAL, se discutió si debían preverse o no los casos de muerte, incapacidad y declaración de concurso o quiebra del oferente. Sin embargo, se adoptó

el criterio de no establecer sobre este punto ningún tipo de regulación especial.

19. *La aceptación de la oferta de contrato.*— La aceptación es aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta. Constituye, en sentido propio, una declaración de voluntad negocial que puede realizarse de forma expresa o tácita. Su carácter primordial es la concordancia del aceptante con la oferta, que lleva implícita la voluntad de quedar vinculado contractualmente. Se plantea, de este modo, un problema de interpretación de las respuestas de la oferta, en punto a si se incorporan o no a la voluntad contractual, que es muy similar al que planteamos en su momento respecto de la oferta.

No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorporen la voluntad contractual, aún cuando en ellas no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibo de la oferta, la expresión del interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación. Como dice Farnsworth, la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato, por lo que no puede quedar ningún portillo abierto. Para que la aceptación lo sea, no puede contener ningún tipo de condicionamiento, por lo menos en línea de principio. La declaración expresa de aceptación puede llegar al oferente por cualquier medio. Sin embargo debe entenderse que se encuentra dentro del ámbito de las facultades del oferente, determinar los medios y la forma a través de los cuales haya que aceptar la oferta. En tal caso, no podrá considerarse como aceptación aquélla que no cumpla los requisitos de forma exigidos en la oferta.

El hecho de que el oferente utilice para su oferta un determinado medio de comunicación no implica, por sí solo que para la aceptación haya de utilizarse un medio idéntico.

20. *La aceptación de la oferta.*— La aceptación de una oferta puede realizarse, si ello no está expresamente impedido por la oferta, a través de actos del destinatario que indiquen asentimiento o conformidad. Existe, en tal caso una aceptación de carácter tácito, llevada a cabo por medio de actos concluyentes.

Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva, signifiquen conformidad con la oferta. La determinación de qué actos pueden servir para expresar asentimiento o conformidad es una cuestión que tiene que resolverse casuísticamente. Sin embargo, en términos generales debe considerarse que son actos de aceptación tácita de una oferta los que signifiquen ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución. Así, el art. 18 CV, en su apartado tercero, menciona la expedición de mercaderías y el pago del precio. Tales actos constituyen aceptación tácita, aunque no lleguen a ser realizados de una manera

completa. Hay aceptación tácita si se expide una parte de las mercaderías o se paga una parte del precio. Como actos de aceptación tácita deben considerarse los relativos a la preparación de la expedición de las mercaderías o del pago del precio (por ejemplo, la apertura de un crédito documentario).

Por regla general, la aceptación tácita no está exonerada del requisito de la comunicación, o de la llegada a conocimiento del oferente. Sólo surte sus efectos como aceptación si el asentimiento del aceptante es conocido del oferente en el plazo establecido para la aceptación. Ello no obstante, pueden existir algunos casos en que una aceptación tácita produzca sus efectos como aceptación, sin necesidad de comunicación y, por consiguiente, desde el momento de haberse producido. Esta debe ser la solución cuando la oferta haya admitido expresamente la posibilidad de una aceptación tácita; cuando entre las partes existieran anteriores prácticas en el mismo sentido; y cuando así lo determinen los usos del tráfico en la materia de que se trate.

De acuerdo con estos postulados, que parecen aceptados en el art. 18 CV, salvo que se den los supuestos de exoneración de la comunicación, es carga del aceptante comunicar, por cualquier medio, al oferente la ejecución de los actos determinantes de la aceptación tácita, de suerte que si así no lo hace, tales actos resultan ejecutados a su riesgo, porque el oferente, antes de la llegada de la indicación de asentimiento, puede todavía revocar la oferta.

21. *La tempestividad de la aceptación.*— La aceptación, para ser efectiva como tal, debe llevarse a cabo antes de que la oferta haya caducado o deba considerarse caducada por el transcurso del tiempo.

Las posibilidades que al respecto pueden presentarse parecen ser tres:

a) Si la oferta ha fijado un plazo para la aceptación, la aceptación sólo es efectiva si cumple con la mencionada condición de la oferta. No es que la aceptación tenga que emitirse dentro del plazo, sino que en dicho plazo debe llegar al oferente.

Esta regla puede abrir el problema del retraso en la comunicación de aceptación, sobre todo cuando no sea imputable al aceptante, sino al medio de comunicación elegido por él, que merece en el art. 21 CV un tratamiento especial, como luego veremos.

Por otra parte, la regla de la ineficacia de la aceptación tardía se suaviza, de acuerdo con el principio de conservación de los actos jurídicos y con las reglas de la buena fe, como veremos en su momento.

b) Si en la oferta no se había fijado ningún plazo para la aceptación, para ser tempestiva debe emitirse y llegar al oferente dentro de un plazo razonable. Por plazo razonable, debe entenderse aquél que resulte del cumplimiento de las reglas de diligencia y de buena fe. Es claro que no puede someterse al oferente a una espera indefinida, por lo que,

aun cuando el oferente no haya ni retirado ni revocado la oferta, el transcurso del tiempo le debe permitir considerarse liberado de ella.

Al mismo tiempo, el aceptante debe quedar a cubierto de las posibilidades de abuso por parte del oferente en la posibilidad de considerar la aceptación como tardía. La idea de «plazo razonable» trata de equilibrar una y otra exigencia. El art. 18 CV ofrece algunos criterios objetivos para la concreción, en cada caso, de la idea del plazo razonable. El primero es el que puede denominarse «circunstancias de la transacción»; las características de la oferta; las de la prestación que deba ejecutarse (v. gr. mercaderías perecederas); el anuncio por el oferente de la existencia de otras posibilidades de negociación y otras circunstancias similares, imponen una mayor premura. El segundo criterio es el de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Hemos señalado más arriba que el aceptante no tiene que utilizar medios de comunicación idénticos, ni similarmente rápidos. Sin embargo, si los medios de comunicación empleados por el oferente son especialmente rápidos, esta circunstancia debe valorarse para medir el plazo razonable, pues, en tal caso no existe buena fe si el destinatario utiliza medios lentos.

c) Para las ofertas de carácter verbal, la regla es que la aceptación tiene que ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. El carácter inmediato significa sin demora, pero también sin solución de continuidad temporal. Naturalmente, la regla de carácter inmediato de aceptación de las ofertas verbales, no impide que la propia oferta verbal pueda, por voluntad del oferente, establecer un plazo para la aceptación o que de la oferta verbal y su objetiva interpretación pueda deducirse que la aceptación pueda quedar diferida.

Las circunstancias que rodean las negociaciones pueden conducir a esta solución. Caemmerer señala cómo pueden ser circunstancias de este tipo la evidente necesidad de que el destinatario de la oferta recabe alguna información, tome contacto con sus propios suministradores o tenga que someter la propuesta a los órganos de representación de la empresa o sociedad de que forma parte, siempre que las necesidades de información, deliberación o aprobación sean conocidas y no rechazadas por el oferente. El carácter diferido de la aceptación de las ofertas verbales puede resultar igualmente de las prácticas anteriores existentes, en contratación de las mismas características, entre las mismas partes.

Por ofertas verbales hay que entender todas aquéllas en que no existe un texto escrito de comunicación y en las que no se aplican las reglas de contratación entre las personas ausentes. La oferta es verbal si se produce entre personas que utilizan un sistema de comunicación ininterrumpido y sin intervalos de tiempo entre sus diferentes tramos. La regla de las ofertas verbales se aplica, a la comunicación entre per-

sonas presentes, a la telefónica y a cualquier otra que permita respuesta inmediata y sin comunicación ininterrumpida.

22. *La consideración del silencio y de la inactividad del destinatario de la oferta.*— El silencio y la inactividad del destinatario de la oferta, por sí solos no constituyen aceptación. Se trata de una regla perfectamente conocida y bien fundada. En términos generales, el silencio es una actitud que, claramente, no posee ninguna significación objetiva. El que guarda silencio, no declara nada y no puede decirse que callando se manifieste una voluntad negocial. En rigor, el silencio más que declaración de voluntad es omisión de declaración. A estas consideraciones, que son de corte dogmático, se puede añadir el dato de que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, no puede atribuirse al oferente la facultad o el poder de introducir en la oferta la declaración de que considerará aceptada dicha oferta y formado el contrato, si el destinatario de la oferta no la rechaza dentro de un determinado plazo. Las anteriores reglas, que son tradicionales, se encuentran recogidas en el art. 18 CV. Se trata de un precepto que, sin embargo, no es categórico, pues establece que el silencio y la inactividad no son aceptación, «por sí solos». Indica ello claramente que pueden serlo si el silencio y la inactividad se encuadran dentro de un conjunto de hechos o de unas situaciones que permitan dotar al silencio del significado de aceptación, bien porque ésta sea la presumible voluntad del destinatario de la oferta o porque sea el objetivo significado de su comportamiento negativo.

Parece admisible un previo convenio de las partes, que sería un convenio regulador de sus relaciones precontractuales, por virtud del cual el silencio y la falta de rechazo, hayan de considerarse como aceptación. Además, los usos o prácticas particulares de las propias partes que éstas hayan establecido entre ellas en ocasiones anteriores, pueden conducir a la misma conclusión. También los usos vigentes en un determinado marco o ramo de actividad negocial, que las partes hubieran conocido o podido conocer y que, además, sean generalmente observados por personas involucradas en el mencionado ramo de negocios. Es ésta una doctrina perfectamente conocida entre nosotros, que fue establecida en la STS de 18 de octubre de 1982. Esta sentencia admitió el valor del silencio como declaración de voluntad contractual, cuando, dada la existencia entre los litigantes de anteriores relaciones contractuales, con efectos todavía vivos, lo normal era contestar aquella declaración con un expreso disentimiento, si es que ésta era la opción escogida. La sentencia señala, además, otra idea valiosa, que puede ser considerada como una concreción del principio de buena fe. No es legítimo que el destinatario de una oferta, que sabe, o debe saber, que su silencio provocará en el oferente un error de interpretación, se aproveche de ello.

23. *El requisito tradicional de la total coincidencia de la aceptación con la oferta.*— La doctrina tradicional había venido entendiend-

do que la aceptación debe coincidir con la oferta en todos sus términos. Si el aceptante, no obstante aceptar, modifica algún punto de la oferta inicial, en rigor no hay aceptación, porque los consentimientos recaen sobre materias diferentes. Lo mismo ocurre si el aceptante introduce, con su declaración de aceptación, algún elemento nuevo que en la oferta no existía. Se trata de lo que los anglosajones han llamado «la regla de la imagen en el espejo» (*the mirror image rule*). Es consecuencia de esta forma de entender las cosas que si el destinatario de la oferta acepta el contrato ofrecido, pero introduce en su comunicación un elemento nuevo o términos que suponen modificación de la propuesta, no hay verdadera aceptación, sino una nueva oferta (contraoferta). Los anglosajones señalan que se produce entonces una inversión y pasa a ser oferente el destinatario de la anterior oferta. Se habla, por ello, de «*last shot rule*» o regla de la última palabra. Por lo general, se entiende también que la contraoferta no deja vigente la oferta primitiva, sino que supone rechazo de la misma y deja sólo vigente la segunda oferta o contraoferta. Tras la contraoferta no hay posibilidad de que, revocando ésta, se acepte la oferta primitiva. La aceptación de la contraoferta por el oferente se rige por las reglas generales.

24. *La evolución moderna de las reglas del espejo y de la última palabra.*— Durany Pich, que ha estudiado la cuestión con especial detenimiento y brillantez («Sobre la necesidad de que la aceptación coincidiendo en todo con la oferta: el espejo roto», ADC 1992) ha expuesto las críticas que las reglas señaladas han recibido en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales en los últimos años. La primera crítica es que una inteligencia rigurosa y sin matización de la regla de la coincidencia o de la imagen en el espejo permite fundar, a veces, con quebranto de la buena fe, la pretensión de que no existe contrato perfeccionado por una no significativa falta de coincidencia. Se señala también que las citadas reglas presentan el inconveniente de otorgar excesivas ventajas a los vendedores atribuyéndoles un privilegio que se considera gratuito e inmerecido en detrimento de los compradores. Finalmente, las reglas del espejo y de la última palabra han dado lugar a especiales complicaciones en los casos, muy frecuentes, de contratación mediante formularios, que las partes se remiten, muchas veces sin clara conciencia de la discrepancia que se produce entre ellas. Se abre así, la llamada batalla de los formularios (*battle of forms*). A todo ello se puede añadir el supuesto, no especialmente anómalo, en que las prestaciones, no obstante, la discrepancia entre los formularios, hayan quedado total o parcialmente cumplidas. En estos casos, entender que las prestaciones ejecutadas carecen de base contractual, traslada las cosas al terreno de lo absurdo.

Todas estas razones han producido una notable evolución en la jurisprudencia en los países europeos y en el Derecho norteamericano, que, Durany Dich ha comentado con detalle. Esta evolución es muy notable desde finales de los años 70. En el caso de *Bütler Machine Toll v. Ex-Cell-Corporation England, Ltd.*, se había producido un envío de

dos formularios, con discrepancias entre ellos, aunque ambos habían sido recíprocamente aceptados y existía además un principio de ejecución del contrato. Lord Denning propuso distinguir entre el fenómeno estricto de la formación del contrato y la determinación de su contenido. El contrato queda formado si las partes se han puesto de acuerdo en aspectos sustanciales, aunque existan otros respecto de los cuales se han producido divergencias. Para la determinación del contenido del contrato, que se considera formado, pueden utilizarse varias vías. La primera es la tradicional de considerar que es el último formulario o la última oferta o contraoferta la que dota de contenido al contrato, si ha sido aceptada tácitamente por la otra parte al dar comienzo a la ejecución del contrato. Si existen diferencias en los elementos esenciales (p. ej.: en materia de precio), se considera que los términos que deben prevalecer son los de oferta primitiva. Por último, en el caso de que los formularios difieran, aunque sin afectar a los elementos esenciales, el contenido contractual debe construirse sobre los dos conjuntos, si de esta forma es posible conseguir un resultado armonioso. En otro caso, el contenido del contrato hay que integrarlo recurriendo a las vías de integración generales (la buena fe, los usos y el derecho legal dispositivo). En Alemania una cierta ruptura de las reglas tradicionales se había producido ya en una sentencia de 26 de septiembre de 1935. En un caso en que existía una contraoferta, no aceptada expresamente, pero con prestaciones contractuales ejecutadas y recibidas sin objeción, se entendió que la relación contractual debía considerarse formada; que el párrafo 150, II, del BGB se debe aplicar en clave de buena fe y que el hecho de que las partes hubieran demostrado con sus actos un desacuerdo sobre algunos términos del contrato, no había impedido la formación de éste.

La evolución de toda esta materia experimentada en los últimos tiempos se encuentra muy influida por el Derecho norteamericano que, en el llamado «*Restatement of contracts*», había recogido una serie de reglas que ahora aparecen plasmadas en el Código de Comercio uniforme. En este último texto, son muy significativas tres reglas que aparecen en el art. 2.207 y cuyo sentido es el siguiente:

a) Se considera como aceptación de un contrato una definitiva y tempestiva expresión de asentimiento o conformidad escrita que se envíe en un tiempo razonable, aunque en ella existan términos adicionales o diferentes de la oferta, con la única excepción de que hayan quedado sujetos a un asentimiento del oferente sobre los citados términos adicionales o diferentes.

b) Los referidos elementos adicionales deben interpretarse como propuestas de adición al contrato, pero, entre comerciantes, estos nuevos elementos adicionales pasan a formar parte del contrato, salvo que concurran algunas de las consecuencias siguientes:

1.^a) Que la oferta expresamente hubiera limitado la aceptación a los términos en que la oferta estuviera concebida.

2.^a) Que los elementos adicionales modifiquen sustancialmente la oferta.

3.^a) Que el oferente formule una objeción a los referidos elementos adicionales dentro de un período de tiempo razonable tras su recepción.

c) La conducta llevada a cabo por ambas partes, que signifique reconocimiento de la existencia de un contrato, es suficiente para que el contrato (de compraventa) quede establecido entre ellas, aunque las declaraciones escritas de las partes no lo hubieran perfeccionado. En este caso, el contenido del contrato queda formado por aquella parte de los términos de las declaraciones de los contratantes, en que éstos sean coincidentes, y por las demás reglas complementarias o supletorias derivadas de las disposiciones de la ley.

Todo ello parece conducir con claridad a una línea legal y jurisprudencial de favorecimiento de la formación del contrato y de creación entre las partes de una relación contractual, aunque hayan existido divergencias entre sus declaraciones o entre los documentos escritos que se hayan intercambiado. Es claro que, al adoptar esta solución, se dejan en la penumbra los posibles prejuicios dogmáticos sobre la pureza de la voluntad contractual y se buscan soluciones que parezcan más justas, que evitan mejor el riesgo de abusos y que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, tutelan mejor la confianza razonable suscitada.

Esta línea de pensamiento ha influido decisivamente en el art. 19 CV, que facilita la formación del contrato, cuando la respuesta del destinatario de la oferta, que pretende ser aceptación, contiene adiciones o modificaciones a la oferta. Al delimitar el supuesto de hecho, el precepto dice, literalmente, que ha de producirse una respuesta a la oferta, «que pretenda ser una aceptación». Ha de existir, por ello, una declaración del destinatario de la oferta en que se manifieste una voluntad de vinculación, que sea una voluntad contractual. Quedan, por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación del precepto las respuestas que, aún considerando aceptable en principio o interesante la oferta, pretenden continuar el período de negociación.

La segunda puntualización del supuesto de hecho es que en la respuesta de aceptación se contengan modificaciones o adiciones. Se trata, pues, de supuestos en los que los elementos contractuales ya fijados en la oferta, reciben un contenido diferente o se introducen nuevas reglas contractuales sobre los puntos o materias no cubiertos en la oferta. De todo lo hasta aquí dicho parece decirse que el precepto no se aplica en los siguientes casos:

1.^o Cuando el aceptante pida un expreso asentimiento del oferente sobre las modificaciones o adiciones por él introducidas, como señala expresamente el art. 2.207 del UCC.

2.^o Cuando las posibles adiciones se encuentran expresamente admitidas por la oferta.

3.º Cuando se encuentra admitida de modo implícito en virtud de las prácticas existentes entre las partes.

4.º Cuando la aceptación se produce en firme y las adiciones o modificaciones se presentan como sugerencias que el aceptante realiza al oferente, pero sin condicionar a ellas la formación del contrato, porque, en este caso, hay sólo propuestas de modificación o novación de un contrato ya formado.

Kaemmerer señala, además, que las divergencias o desviaciones entre la aceptación y la oferta deben ser materiales o de fondo, por lo que no nos encontramos en el caso que ahora se estudia, cuando en el tráfico internacional existen divergencias lingüísticas de traducción, de carácter aparente, que encubren un real cruce de consentimiento.

El problema inverso es el de la conformidad aparente con divergencias de fondo, que parece que debe seguir las reglas del error observativo.

25. *La distinción entre desviaciones sustanciales o no sustanciales de la oferta.*— El centro de gravedad de la aplicación de las reglas sobre formación del contrato, no obstante, las divergencias, se encuentra en la consideración de las desviaciones como sustanciales o no sustanciales. La separación entre el carácter sustancial o no sustancial, es por completo independiente de las construcciones dogmáticas sobre los llamados elementos esenciales de un negocio o un tipo contractual. Para definir la sustancialidad puede seguirse una vía subjetiva y otra objetiva: en el primer sentido, el carácter sustancial lo determina la voluntad de las partes, expresa o implícita; en el segundo, lo decisivo es la trascendencia de los elementos o cláusulas divergentes en relación con la economía del contrato y con la diferencia de onerosidad que genere.

El art. 19 CV ha seguido una vía intermedia, llevando a cabo primero una enunciación e introduciendo después una fórmula de carácter general. Según el apartado tercero del art. 19, se considera que alteran sustancialmente la oferta, las modificaciones o adiciones que se refieran al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y a la fecha de entrega, al grado de responsabilidad de las partes y a la solución de las controversias. Sin embargo, la enumeración no es cerrada o exhaustiva. En la traducción española (BOE 30-1-1991) se dice que se consideran como modificaciones sustanciales «en particular» las citadas. Más clara es la versión inglesa, en la que, la enumeración casuística se sitúa bajo la frase «entre otras cosas».

Los comentaristas parecen concordes en que el art. 19.3 CV posee un valor presuntivo e interpretativo de las declaraciones de voluntad de las partes. Refuerza esta idea el texto del grupo de trabajo de Uncitral, en que la única excepción a la consideración del carácter sustancial de cualquier desviación era el hecho de que «el destinatario de la oferta, por virtud de la propia oferta o de las circunstancias, tuviera suficientes

razones para creer que sus manifestaciones eran aceptables para el oferente». La supresión de este inciso, en el texto del Convenio, no obedeció a la idea de dotar de carácter imperativo a todo el art. 19.3, porque ello resultaría completamente contrario al espíritu del Convenio, articulado en función del principio de conservación del contrato y de facilitación de su formación. Puede, por consiguiente, establecerse que los elementos mencionados en el art. 19.3 pueden perder su presuntivo carácter sustancial, si ello resulta de las particulares circunstancias del caso. Y, por la misma razón, elementos o circunstancias no incluidos en el art. 19.3, pueden tener carácter sustancial si las circunstancias así lo determinan. Por ejemplo, la existencia de garantías o las modalidades de documentación de la obligación o del pago del precio o la inserción de cláusulas penales. Kaemmerer señala el carácter sustancial que puede revestir la forma de embalaje y transporte de la mercancía (p. ej.: porque son necesarias instalaciones frigoríficas). En el mismo sentido, Farnsworth apunta que, aunque el art. 19.3 menciona las indicaciones del tiempo y lugar de entrega como sustanciales, en determinadas circunstancias pueden no serlo. El autor citado pone el ejemplo de una oferta que diga «CIF vapor X» y que el aceptante haya dicho «CIF vapor Y». La desviación no es esencial si ambos buques son casi gemelos, y no hay gran distancia entre las fechas de sus viajes.

Cuando la respuesta a la oferta contiene desviaciones respecto de ésta, que hayan de calificarse como esenciales, según las reglas antes examinadas, se aplica el principio de que la respuesta de la oferta constituye contraoferta, sujeta a la posibilidad de aceptación del primitivo oferente y es, asimismo, rechazo de la oferta primitiva.

En cambio, cuando la desviación de la oferta contenida en la respuesta carece de la condición de esencialidad, las reglas de la buena fe colocan al oferente ante la carga de definir su propia situación. El oferente puede formular una objeción y, si lo hace así, ello determina un rechazo de las modificaciones o desviaciones, pero, por sí solo, nada más. No hay aceptación y el contrato no se encuentra todavía formado. La objeción del oferente a las desviaciones o modificaciones no cambia la calificación de la respuesta del destinatario de la oferta. Por consiguiente, no transforma dicha respuesta en rechazo de la oferta. Y tampoco constituye revocación o caducidad de la oferta. Salvo que, con la objeción, se manifieste expresamente una voluntad revocatoria, el destinatario de la oferta puede todavía aceptarla, renunciando a las modificaciones por él introducidas o pretendidas. La objeción del oferente a las desviaciones de la respuesta puede realizarse verbalmente o por escrito. Por regla general, se considera necesaria una objeción verbal cuando las desviaciones a la oferta han sido introducidas en un proceso de comunicación abierto y sin intervalo temporal, que, según los medios técnicos empleados, lo permita. La objeción del oferente a las desviaciones de la respuesta debe realizarse sin demora injustificada. Es injustificado el retraso cuando exista culpa del oferente o cuando

haya obedecido a circunstancias que le sean imputables por encontrarse bajo su control. De este modo, el oferente tiene la carga de actuar de forma diligente y soportar el riesgo de que su objeción sea rechazada.

La falta de formalización de objeción por el oferente y la llegada de tales objeciones al destinatario de la oferta, de manera injustamente retrasada, determinan que, por virtud de los principios de la buena fe y de la autorresponsabilidad, el contrato deba considerarse formado. En este caso, el contenido contractual queda constituido por las reglas que hubieran quedado incorporadas a la oferta con las modificaciones o desviaciones introducidas por el aceptante.

26. *El tratamiento de las aceptaciones tardías.*— Como señala Audit, con carácter general deben seguirse las reglas relativas a la tempestividad de la aceptación que han sido examinadas anteriormente. La respuesta de la oferta no es aceptación, si la indicación de asentimiento del destinatario de la oferta, llega al oferente una vez transcurrido el plazo que éste hubiera fijado para la aceptación y, si no hubiera fijado ninguno, dentro de un tiempo razonable. En este sentido, el art. 18 CV establece «una regla de caducidad de la oferta por el transcurso del tiempo, que puede ser expiración del plazo fijado por el oferente o transcurso del tiempo razonable». La consecuencia necesaria de ello es que cualquier aceptación que llegue al oferente con posterioridad al momento anteriormente citado, no es aceptación eficaz y no permite considerar formado el contrato. En el mejor de los casos tendría que ser considerada como una contraoferta susceptible de una nueva aceptación por el primitivo oferente. Sin embargo, no puede olvidarse que la regla de caducidad de la oferta está establecida en interés del oferente, de manera que puede constituir una facultad del oferente —o un derecho potestativo suyo— admitir la posibilidad de que mediante una declaración de voluntad, acepte la efectividad de la aceptación tardía. Es claro que una regla con este sentido opera en favor de la formación del contrato, puesto que lo facilita, pero es igualmente claro que tiene que adoptarse con algunas cautelas, porque, como se ha dicho, permite especiales actividades especulativas del oferente, cuando éste retrasa su asentimiento a la aceptación tardía en espera de mejores oportunidades de negocios. Puede ocurrir también lo contrario. Cuando el mercado está funcionando contra él, hacer efectiva una aceptación tardía, puede resultar muy favorable para él y perjudicial para el aceptante. Por ello, una regla de efectividad de las aceptaciones tardías debe preservar los intereses de las dos partes. Aún cuando, como hemos dicho, la regla de la caducidad se encuentra establecida en el interés del oferente, el interés del aceptante también debe quedar resguardado. Si él ha conocido, como es de suponer, el carácter tardío de su propia aceptación y no ha recibido en plazo inmediato ninguna comunicación del oferente, en ningún sentido, puede legítimamente considerar que su aceptación no ha sido efectiva, que está liberado de todo vínculo y, como consecuencia de ello, establecer otros negocios diferentes. Las

cosas oscilan, pues, entre un principio de posible formación del contrato por asentimiento a la aceptación pese a su carácter tardío y normas que protejan convenientemente los intereses de ambas partes. La regla de la efectividad de la aceptación tardía por medio de una comunicación rápida del oferente se encontraba ya establecida en el art. 9 LUFDO y el art. 21 CV la ha recogido. Según dicho precepto, «la aceptación tardía surtirá, sin embargo, efectos como aceptación si el oferente sin demora informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido». De este modo, a pesar del carácter tardío de la aceptación, el contrato se puede considerar formado si hay un acto de aprobación o de conformidad del oferente que el art. 21 CV califica como una «información», aunque está claro que es un acto de voluntad del oferente. No se trata de aceptación de una contraoferta, sino que es un acto que dota de efectividad a la aceptación pese a su carácter tardío. Esta distinción tiene alguna importancia en orden a la determinación del momento en el que el contrato debe considerarse formado, porque, como señalan la mayor parte de los comentaristas, al dotarse de efectividad a una aceptación tardía, el contrato no queda formado cuando se remite o se recibe esta declaración de conformidad, sino con la llegada de la aceptación, de manera que la aprobación posee, si se quiere, un cierto carácter retroactivo.

La aprobación o conformidad del oferente a la aceptación tardía puede realizarse verbalmente o a través de medios de comunicación escritos, cualquiera que sea el medio que se utilice. Debe realizarse sin demora, lo que significa sin retraso imputable al oferente y a través de medios de comunicación que faciliten la rapidez de la transmisión. Si la aprobación de la aceptación tardía fue a su vez tardía, se encontraría justificado que el aceptante pudiera rechazar la formación del contrato.

27. *La aceptación tardía por retraso imputable a los medios de comunicación.*— Es un tema que seguramente por su importancia práctica y por haber planteado problemas prácticos, aparece regulado en el art. 21 CV, que contempla el supuesto de que la aceptación se haya producido tardíamente y el aceptante haya perdido la oportunidad de llevar a cabo la formación de un contrato, cuando este hecho haya sido causado por defectos en los sistemas de comunicación que no le sean imputables por haber quedado por completo fuera de su control. Se trata, además, de un supuesto de hecho en el cual se pueda establecer que, en condiciones normales, la comunicación de aceptación habría llegado al oferente a su debido tiempo, de manera que el aceptante podía razonablemente confiar, dado el lapso de tiempo entre la emisión de aceptación y su normal llegada, que aquélla hubiera adquirido carácter tempestivo. En este caso, las circunstancias aconsejan preferir la protección del aceptante no culpable del retraso en la llegada de la

aceptación, y sustituir la regla de la efectividad de la aceptación tardía por conformidad del oferente, por la regla inversa, es decir, considerar formado el contrato, salvo que se produzca una expresa disconformidad del oferente. Las causas de un retraso imputable a los medios de transmisión son de muy diferentes tipos, (p. ej.: errores de servicio de distribución de correspondencia y huelgas de personal). Para que la regla funcione se requiere la reconocibilidad para el oferente del carácter imputable a los medios de comunicación en la llegada tardía de la aceptación.. El art. 21 CV exige que la reconocibilidad de las causas de la llegada fuera de tiempo estén contenidas y puedan demostrarse a través de la propia carta o escrito, aunque no impide que la reconocibilidad resulte de hechos notorios o de general conocimiento (p. ej.: huelgas del personal de correos) cuando se han producido en el mismo país del oferente.

Si se reúnen todas las condiciones antes mencionadas —retraso, llegada tardía de la aceptación por causas imputables sólo a los medios de transmisión y carácter reconocible de esta circunstancia para el oferente—, la aceptación tardía es efectiva como aceptación desde el momento de su llegada, pero al oferente se le protege otorgándole la posibilidad de producir una disconformidad.

