

# El proceso de formación o conclusión del contrato

Una propuesta de regulación armonizada

## Juana Marco Molina

Catedrática de Derecho civil  
Universitat de Barcelona  
Vocal de la Secció d'Obligacions i  
Contractes de la Comissió de Codificació  
de Catalunya

### *Abstract\**

*Este trabajo incorpora y explica una Propuesta de Texto Articulado sobre el proceso de “perfección” o conclusión del contrato que la autora ha construido por inducción de los textos internacionales del Derecho contractual armonizado o uniforme. Esas reglas, distantes en general de las normas tradicionales de los códigos civiles continentales y más próximas, en cambio, al realismo jurídico que inspira el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (1952), presentan dos rasgos característicos: el primero es formal y consiste en restar protagonismo al esquema dual de nítido encuentro entre la oferta y la aceptación, que, en este momento, se revela más académico que real. El segundo rasgo, ya sustantivo, consiste en una inevitable restricción de la autonomía de la voluntad (tanto constitutiva como reguladora) de quienes negocian: al servicio de la seguridad y de la agilidad del actual modelo de intercambio concatenado, se abre incluso la puerta a un contrato celebrado sin verdadera intención de contratar en alguna de las partes, siempre y cuando su comportamiento, objetiva o “razonablemente” interpretado, pueda ser considerado expresivo de una voluntad de vincularse.*

*This paper encloses and explains a new set of rules on contract formation, which the author has devised basing on the international texts of the uniform contract law. Rather distant from the European continental myth of “consensus” (the so called “meeting of the minds”) and far more influenced by the legal realism which inspired the US Uniform Commercial Code (1952), this new approach to the process of concluding a contract manifests two outstanding features: first, the decreasing importance of the offer-and-acceptance model, which reveals itself rather an academic explanation than a reality (or a too narrow one, at least). Secondly, a certain restriction of the contracting parties’ freedom of contract: putting the stress on the legal certainty and agility demanded by the modern interchange, these harmonized rules on contract formation are ready to admit that a contract may arise notwithstanding the lack of actual intention of one of the contracting parties, if the other party has reason to infer from the first party’s behavior that it intended to be bound.*

*Title:* Contract formation: a proposal for harmonized provisions

*Palabras clave:* Conclusión del contrato, interpretación objetiva o razonable, conductismo, acuerdo mínimo suficiente, oferta y aceptación, aceptación modificativa.

*Keywords:* Contract formation, reasonable interpretation, behaviorism, sufficient agreement, offer and acceptance, modified acceptance.

---

\* El presente estudio se inscribe en las actividades del Proyecto de Investigación DER2011-26892 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

## *Sumario*

1. Introducción: los principios y tendencias sobre la conclusión del contrato compartidos por los textos del Derecho contractual armonizado o uniforme
2. El contrato como negocio de estructura bilateral. Sus elementos constitutivos
  - 2.1 La intención de vincularse contractualmente
    - a. La preeminencia de los actos de las partes sobre sus declaraciones de voluntad
    - b. La influencia de la regla de la interpretación objetiva o “razonable”
  - 2.2 El acuerdo mínimo suficiente
    - a. La necesidad de oponerse a la conclusión del contrato por falta de acuerdo sobre algún término
    - b. El abandono de la tradicional categoría de los “elementos esenciales del contrato”
3. El proceso formativo o de conclusión del contrato: el concurso de la oferta y de la aceptación
  - 3.1 La pérdida de protagonismo del esquema dual clásico
    - a. Las dificultades derivadas de su aplicación
    - b. Contratos concluidos sin una secuencia ordenada de oferta y aceptación
  - 3.2 La oferta y la aceptación
    - a. Cuestiones preliminares: la forma y la sustantividad de las declaraciones de voluntad contractuales
      - i. La ordinaria irrelevancia de la forma
      - ii. La sustantividad de la oferta y de la aceptación
    - b. La oferta
      - i. Noción de oferta. Requisitos
      - ii. Casos especiales de oferta
      - iii. Extinción de la oferta
    - c. La aceptación
      - i. El valor del silencio y de la abstención
      - ii. El plazo para aceptar. La aceptación tardía
      - iii. La aceptación modificativa del contenido de la oferta
  - 3.3 El momento y el lugar de la conclusión del contrato
    - a. El momento
      - i. La regla general: la objetiva cognoscibilidad de la llegada de la aceptación al oferente
      - ii. La regla especial para el caso de la aceptación por actos
    - b. El lugar de conclusión del contrato
      - i. Regla general
      - ii. Regla especial para los contratos de consumo
4. Conclusión
5. Anexo: propuesta de Texto Articulado
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

## ***1. Introducción: los principios y tendencias sobre la conclusión del contrato compartidos por los textos del Derecho contractual armonizado o uniforme***

La exposición que sigue está dedicada a poner de relieve los rasgos más significativos del proceso de formación del contrato en los textos internacionales donde se encuentra plasmada la llamada *lex mercatoria* o “Derecho contractual de aceptación general en el tráfico comercial”.<sup>1</sup> Adelanto que esas reglas internacionales armonizadas o uniformes poco recuerdan ya a las normas clásicas de los códigos civiles. Ello se explica tanto por su procedencia a menudo mercantil como por su proximidad al *common law* norteamericano, que las inspira: ha sido el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (en adelante, *UCC*) el texto legal que antes supo plegarse a las exigencias del intercambio ágil y concatenado de la segunda mitad del siglo XX<sup>2</sup>.

En síntesis, tres son los rasgos sobre la conclusión del contrato compartidos por esas reglas armonizadas:

1º. El valor autónomamente significativo atribuido a los actos o a la conducta de las partes a la hora de establecer su intención de contratar.

2º. Una merma de la autonomía de la voluntad constitutiva o creadora del acuerdo (e, indirectamente, también una restricción de la libertad de las partes para determinar su contenido).

3º. Y, por fin, la contemplación de la conclusión del contrato como un proceso abierto o de formación progresiva, lo que - como se verá<sup>3</sup> - inevitablemente desemboca en una relativización o pérdida de protagonismo del tradicional esquema dogmático dual: la conclusión del contrato en virtud de un nítido encuentro de dos declaraciones de voluntad (la oferta y la aceptación).

Los tres rasgos indicados se analizan en este trabajo y quedan reflejados en la Propuesta anexa de

---

<sup>1</sup> Así lo llama la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, [PMCCOC](#)) emanada de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, que se declara influida por ellas (Exposición de Motivos, sección IV, p. 11). Aunque la Exposición de Motivos señala como principal fuente de inspiración la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías ([BOE nº 26, de 30.01.1991](#)) (en adelante, CV), y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, PUNIDROIT), nuestro análisis se extiende a otros textos armonizadores de la misma influencia en las reglas que proponemos y explicamos (es el caso de los “Principios del Derecho Europeo de los Contratos” (en adelante, [PECL](#))) e incluso de mayor actualidad (es el caso del “Borrador de un Marco Común de Referencia” [*Draft Common Frame of Reference*; en adelante, [DCFR](#)], elaborado por el ACQUIS GROUP bajo los auspicios de la Comisión Europea, que financia parcialmente el proyecto. Tanto a efectos de esbozo del texto articulado como de su explicación, he incluido también a la más reciente tentativa europea de armonización, que es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM [2011] 635 final, Bruselas, 11.10.2011; [en adelante, [CESL](#)]; con todo, téngase en cuenta que el nuevo gobierno de la Comisión Europea se ha distanciado de ese texto y proyecta su revisión o, incluso, su abandono, según resulta de la reciente Comunicación de la Comisión de 26 de mayo de 2015: COM [2015] 192 final, p. 5).

<sup>2</sup> El texto oficial data de 1952, GARRIDO, 2002, p. 44.

<sup>3</sup> *Infra* epígrafe 3.1.

regulación,<sup>4</sup> que formulo inspirándome en esas reglas del Derecho contractual uniforme.<sup>5</sup> Antes de examinarlas, conviene puntualizar que tales pautas debieran dejar de ser vistas como foráneas, ya no solo por su eco en la PMCCOC,<sup>6</sup> sino también porque - como demostraremos con ejemplos significativos - en alguna medida también están siendo acogidas por los tribunales españoles. En cualquier caso, la Propuesta de Texto Articulado que acompaño como anexo (en adelante, PTA) refleja en qué medida los cambios que expongo afectan a las reglas tradicionales del Derecho civil continental sobre conclusión del contrato y, sobre todo, plantea hasta qué punto esas reglas pueden ser mantenidas o resultan compatibles con las exigencias del presente sistema de intercambio.

Por fidelidad a esos mismos textos internacionales del Derecho contractual uniforme que inspiran nuestra PTA, abandono el término “perfección” que tradicionalmente ha venido designando el proceso de formación del contrato y lo sustituyo por el de “conclusión”, que ha devenido universal por obra del proceso de armonización internacional del Derecho privado (arts. II-4:101 y ss. *DCFR*) y que, además, ha sido ya adoptado por códigos civiles recientes, como el holandés (arts. 6: 217 y ss)<sup>7</sup> y el de Cataluña.<sup>8</sup>

## 2. El contrato como negocio de estructura bilateral. Sus elementos constitutivos

Es común a todos los sistemas jurídicos abordar el proceso de conclusión o formación contractual presuponiendo una determinada noción de contrato: el contrato como acuerdo o encuentro de dos o más voluntades contrapuestas (arts. 1254 y 1258 CC; §17 [1] *Restatement 2d. of Contracts*; [en adelante, *Rest. 2d*])<sup>9</sup>, que vincula a sus sujetos determinando la creación<sup>10</sup> de obligaciones a cargo

<sup>4</sup> La completo intercalando al pie de cada precepto propuesto unas “concordancias” que señalan las reglas que lo inspiran o con las que, por el contrario, contrasta.

<sup>5</sup> La primera de las tres pautas enumeradas se analiza sobre todo en los epígrafes 2.1. a) y b) (*La preeminencia de los actos... y La regla de la interpretación objetiva...*), además de quedar reflejada en los arts. 1º, 2º, 9º, 11 y 12 de nuestra PTA; la segunda se trae a colación tanto en el epígrafe 2.2 (y en el correspondiente art. 3º. PTA) como en el epígrafe 3.2. c) iii) (y en los arts. 11 y 12 de nuestra PTA). Finalmente, aborda el tercero de los rasgos indicados nuestro epígrafe 3.1., que queda sobre todo confirmado por el art. 4.2. PTA.

<sup>6</sup> *Supra* nota 1.

<sup>7</sup> Como se pondrá de manifiesto en algún otro lugar de este trabajo, su regulación de las obligaciones y de los contratos presenta una acusada influencia de los *PECL*.

<sup>8</sup> Así, en su Proyecto de ley del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos (p. ej., arts. 621-13.2 y 621-14.1), todavía *in fieri*, pero ya en puertas de la discusión parlamentaria ([BOPC nº 505, de 25.2.2015](#), pp. 6-32).

<sup>9</sup> Guiándonos por §17 [1] *Rest. 2d*, también el *common law* parte esencialmente del contrato como acuerdo (*agreement*) o manifestación de mutuo consentimiento (FARNSWORTH, 1987a, p. 3, y FULLER y EISENBERG, 2006, p. 45). Con todo, tal y como trasluce el segundo apartado de ese mismo precepto (§17 [2] *Rest. 2d.*), el *common law* cuenta con la posibilidad de contratos que no nacen como producto de un acuerdo de voluntades, sino como protección de la fundada confianza (*reliance*) que la declaración o conducta de alguna de las partes suscita en el destinatario del acto o declaración, incluso si éstos fueron realizados sin verdadera intención de contratar. Sobre dicha posibilidad y su repercusión en las normas del Derecho contractual armonizado (sobre todo en el art. 2: 101 *PECL*), veáanse *infra* los epígrafes 2.1. a) y b), así como los arts. 2º. y 9.1 PTA.

de ambos o bien de uno solo de ellos. Ello hace del contrato un negocio que, por su estructura, es esencialmente bilateral,<sup>11</sup> al margen de que, por sus efectos, pueda, en cambio, ser tanto unilateral, si hace nacer obligaciones solo a cargo de uno de los contratantes, o bilateral (esto es, sinalagmático), si crea obligaciones recíprocas o para ambos. Puesto que atienden ante todo a la estructura del negocio o al modo en que éste queda formado, las reglas sobre la conclusión o formación del contrato que propongo sucesivamente (en la PTA) son aplicables tanto a los contratos *unilateralmente* obligacionales como a los que son *bilaterales* o sinalagmáticos.

Presupuesta esa contemplación del contrato como negocio de estructura bilateral, me ocuparé en primer término de los elementos que lo articulan o forman y, sucesivamente, de su iter o proceso formativo.

Nuestra PTA (art. 1º) supedita la formación y la consiguiente existencia del contrato a la concurrencia de dos elementos (sucesivamente desarrollados en los arts. 2º y 3º PTA):

- Un elemento tradicionalmente llamado "intención de obligarse" (art. 1254 CC), con el que, como para cualquier otro negocio, se persigue subrayar la exigencia de seriedad de las declaraciones de voluntad efectuadas (con el consiguiente rechazo de la declaración o declaraciones iocandi causa) y, por ende, del propósito de crear efectos jurídicos coercibles (con la consiguiente exclusión del mero compromiso ético o social).<sup>12</sup>

En cualquier caso, se opta por prescindir de la tradicional denominación de ese requisito ("intención de obligarse"), pasando a designarlo como intención o voluntad de "vincularse" contractualmente. El cambio de denominación se explica, en primer lugar, porque esa voluntad de quedar sujeto por el contrato (por el contenido acordado), sin poder desistir unilateralmente de él a partir del momento de su válida conclusión, debe concurrir en ambos contratantes, con independencia de cuál de ellos (uno o ambos) vaya a asumir las concretas obligaciones contractuales. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que esa misma sujeción o vinculación de ambos contratantes al contrato celebrado es un efecto consustancial e inmediato a su "perfección" (art. 1258 CC)<sup>13</sup> o conclusión y, por tanto, independiente también de que la producción de los concretos efectos contractuales (las obligaciones y los correlativos derechos) se haya querido dejar suspendida, a la espera de la producción de un acontecimiento incierto (contrato

<sup>10</sup> En su caso, la modificación y la extinción de obligaciones anteriormente existentes entre esas mismas partes (así, p. ej., el contrato novatorio de alguna previa obligación [art. 1205 CC]) también encajan en esa noción y les son consiguientemente aplicables las normas sobre conclusión del contrato propuestas en el texto.

<sup>11</sup> A reserva del carácter multilateral de algunos particulares contratos, como el de sociedad. A nuestro entender, no se inscriben, en cambio, en la categoría del negocio multilateral los capítulos matrimoniales (art. 1331 CC), ya que, más que como un negocio unitario, se perfilan como un "negocio de negocios" o vehículo de diversos pactos y declaraciones de voluntad (o, incluso declaración de ciencia, como el reconocimiento de filiación), cada uno de los cuales mantiene, aun dentro de los capítulos, la estructura subjetiva que le es propia (MARCO MOLINA, 2011b, p. 190).

<sup>12</sup> AQUIS GROUP. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition, 2009 ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)), comentario al art. II-4:101, pp. 292 y 293.

<sup>13</sup> PUIG I FERRIOL *et al.*, 1996, p. 559.

sometido a condición suspensiva) o bien aplazada para un momento posterior (contrato sometido a término inicial o suspensivo).

- Alineándonos con los textos del Derecho contractual armonizado, hemos sumado a ese requisito tradicional otro nuevo: la "suficiencia" del acuerdo alcanzado. Como ya se ha avanzado y se justificará, además, más adelante,<sup>14</sup> el expuesto requisito entraña una cierta merma de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, justificada por el propósito de despejar, en interés de la seguridad del tráfico, dudas sobre la conclusión o formación del contrato, sobre todo cuando éste es antecedente, base o punto intermedio de una cadena o serie contractual más larga.

## 2.1 La intención de vincularse contractualmente

El primero de los requisitos anticipados en el primer artículo de nuestra PTA es, en efecto, esa intención - seria y dirigida a la creación de verdaderos efectos jurídicos - de quedar vinculado contractualmente,<sup>15</sup> esto es, sujeto al acuerdo celebrado, sin poder en adelante desligarse unilateralmente de él.<sup>16</sup>

En cuanto a ese requisito vertebral, el precepto sucesivo (art. 2º PTA) introduce reglas que se apartan de las que hasta ahora eran comúnmente aceptadas por el Derecho civil continental, por cuanto declara que *"la intención de una parte de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o de su conducta, tal y como éstas puedan ser razonablemente entendidas por la otra parte"*.

### a. La preeminencia de los actos de las partes sobre sus declaraciones de voluntad

La modificación más significativa consiste en que el precepto propuesto, siguiendo a las reglas armonizadas, adopta una posición "conductista", por cuanto, a efectos de determinar la intención contractual de cada una de las partes, atribuye a su conducta un valor que puede llegar a ser incluso superior al asignado a sus declaraciones de voluntad verbales (sean éstas orales o escritas) o, cuando menos, emancipado de ellas.

En efecto, por influencia del *common law*, los actos - tanto los anteriores como los coetáneos e incluso los posteriores a la estricta formación del acuerdo<sup>17</sup> - han acabado adquiriendo en esos textos un valor independiente de la verdadera voluntad de los declarantes, por contraposición al

---

<sup>14</sup> En el epígrafe 2.1.

<sup>15</sup> STS, Civil, Sec. 1ª, 30.5.1996 (Ar 3864; MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), FJ. 2º

<sup>16</sup> Con todo, téngase en cuenta la facultad de desistimiento unilateral que, aun después de concluido el contrato, se reconoce a uno de los contratantes en algunos tipos contractuales en particular (así, p. ej., al comprador [art. 1460,2 CC] y al arrendatario de obra [art. 1594 CC]) y, en todo caso, en el contrato de consumo, al contratante consumidor, si bien con sujeción a determinados plazos (arts. 68 y ss. RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [BOE nº287, de 30.11.2007][ en adelante, LGDCU])

<sup>17</sup> STS, Civil, Sec. 1ª, 28.1.2000 (Ar 454; MP: Pedro González Poveda), FJ. 2º.

valor, siempre ligado a la intención o voluntad real de quienes contratan, que les asigna el Derecho civil de inspiración romanista (art. 1282 CC).<sup>18</sup>

Es más, como sugieren los ejemplos que hemos encontrado en la práctica, los actos relevantes a esos efectos, en ocasiones, ni siquiera son jurídicos, sino de mera relación social.<sup>19</sup>

*b. La influencia de la regla de la interpretación objetiva o "razonable"*

En la base de esa valoración autónoma de la conducta, subyace una determinada visión del contrato y del modo de interpretarlo: aun partiendo igualmente del contrato como acuerdo,<sup>20</sup> el *common law* lo concibe antes como un entrecruzamiento de promesas o declaraciones unilaterales de voluntad<sup>21</sup> que como una suma o confluencia de voluntades, al modo del Derecho continental. De ahí, que, a la hora de interpretarlo - ya sea para determinar su contenido o incluso para establecer si ha llegado a formarse y existir - se persiga proteger las expectativas que la promesa de cada parte haya podido suscitar en la otra antes que rescatar lo realmente querido por los sujetos del negocio<sup>22</sup>.

La regla principalmente destinada a ese cometido es la de la "interpretación objetiva o razonable", que, en el Derecho anglosajón, se percibe como corrección de la "interpretación subjetiva", propia

---

<sup>18</sup> En efecto, tal y como todavía trasluce mayoritariamente la jurisprudencia española, en nuestro ámbito, el valor de los actos es ancilar, por entenderse que están al servicio del rescate de la verdadera voluntad de las partes negociales. Por tanto, *vid.*, respectivamente, STS, Civil, Sec.1ª, 11.3.1988 (Ar 1958; MP: Cecilio Serena Velloso), FJ.5º y STS, Civil, 1ª., 24.7.2006 (Ar 5592; MP: Román García Varela) FJ. 2º, en ausencia de determinadas declaraciones verbales de las partes (aceptación expresa del contrato mediante firma del mismo), se niegan a atribuir un valor significativamente autónomo al comportamiento individual de alguna de ellas, pese a ser confirmativo del contrato celebrado. Con todo, aunque por ahora solo como propuesta normativa, nuestro ordenamiento cuenta ya en este momento con un contundente pronunciamiento "conductista" (el del art. 413-2 del Anteproyecto de Código Mercantil [CE-D nº 837/2014, de 29.01.2015]).

<sup>19</sup> Incluso los actos de mera relación social y no de estricta negociación del acuerdo pueden llegar a considerarse significativos de una voluntad contractual (...[H]andshakes can be considered evidence of an intention to be bound contractually (CRENSHAW, 2005) ([www.clarkhill.com](http://www.clarkhill.com)). Además de la observación transcrita, uno de los más llamativos exponentes de la relevancia que legalmente puede llegar a asignarse a la conducta de relación social entre las partes (incluso a actos individuales de alguna de ellas) como síntoma de la conclusión y consiguiente nacimiento de un contrato lo proporciona una Sentencia de la *Court of Appeals of Texas*, relativa al asunto *Texaco, Inc. v. Pennzoil, Co.* (*Texas Court of Appeals*, 12 de febrero de 1987, 729 *South Western Reporter, 2d. Series*, pp. 768 y s.s.). En esa decisión, el Tribunal llegó a considerar concluido el contrato (cuya firmeza definitiva pendía de un "merger agreement", esto es, de un ulterior documento de síntesis, aún no suscrito por las partes) en base a sendos comunicados de prensa divulgando la existencia del acuerdo, que cada contratante facilitó por separado a dos diversos diarios.

<sup>20</sup> *Supra* nota 9.

<sup>21</sup> LÓPEZ LÓPEZ, 1998, pp. 115-116.

<sup>22</sup> Como razona MORÉTEAU, 2000, pp. 215, 226, 229 y 255, esa opción interpretativa tiene mucho que ver con el origen delictual (*tort precedes contract*) de la acción derivada del incumplimiento contractual: el "*writ of assumpsit*" nació como acción destinada a reparar los daños derivados de la expectativa defraudada por la promesa o el comportamiento de otro (el origen de la acción se remonta al precedente *Slade v. Morley*, decisión de noviembre de 1602 de la *Exchequer Court Chamber* [80 *English Reports* 15], que legitimó una anterior práctica forense).



de la concepción romanista del contrato,<sup>23</sup> dirigida a la búsqueda de la verdadera intención (art. 1281 CC)<sup>24</sup>.

Con arreglo a esa regla de interpretación *objetiva* o *razonable* (art. 8.2. CV),<sup>25</sup> las declaraciones u otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. El propósito sustancial de dicha regla es impedir que, en caso de discrepancia, lo supuestamente querido por el declarante pueda prevalecer sobre el significado objetivamente establecido de aquello que dijo o hizo.<sup>26</sup>

La voluntad de síntesis de los textos del Derecho contractual armonizado les ha llevado a aproximarse a esa visión anglosajona del contrato y de su interpretación. De ahí, que la búsqueda de la intención de contratar o quedar vinculado por el contrato quede limitada por ese parámetro objetivo de la "interpretación razonable". A consecuencia de él, la averiguación de lo realmente querido por el declarante se supedita prima facie a la posibilidad de que su intención pueda llegar a ser reconocida por la otra parte (arg. ex art. 2: 102 PECL: "... *tal y como éstas* [la declaración o la conducta de una parte] fueran razonablemente entendidas por la otra parte").<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Como se ha señalado, con apoyo en el Digesto (D. 50, 16, 219), la regla interpretativa romanista induce a atender a lo que se quiere antes que a lo que se dice (JORDANO BAREA, 1991, p. 510).

<sup>24</sup> La propia jurisprudencia del *common law* presenta la regla de la interpretación "objetiva o razonable" como intento de atajar la inseguridad que, desde la óptica anglosajona, introduce en el tráfico el propósito romanista de rescatar la verdadera voluntad de las partes negociales. Así lo expresa, entre otras, una decisión norteamericana de la *US Court of Appeals, 2d Circuit, 10.6.1946*, relativa al asunto *Ricketts v. Pennsylvania* (153 *Federal Supplement, 2d. Series*, pp. 757 y s.s.): *The "actual intent" theory, said the objectivists, being "subjective" and putting too much stress on unique individual motivations, would destroy that legal certainty and stability which a modern commercial society demands.*

<sup>25</sup> Tanto el art. 8 CV como el art. 4 PUNIDROIT, como, asimismo, siguiendo a esos textos, el art. 1278,1 y 3 PMCCOC han convertido ese principio de interpretación objetiva o razonable en la regla de cierre o síntesis en materia de interpretación. Así, aunque por fidelidad a la noción romanista de contrato, tales textos establecen como regla interpretativa inicial la búsqueda de la verdadera intención de las partes (las partes que negocian o las que, habiendo ya contratado, han de decidir cuál ha de ser el contenido contractual que las vincule), en última instancia supeditan dicha búsqueda de lo realmente querido a la posibilidad de que sea reconocible para la otra parte y, sobre todo, determinan que, cuando el contrato no pueda ser interpretado mediante la referida regla inicial de filiación romanista, tendrá que asignársele "el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias" (art. 1278,3 PMCCOC). Aplican, pues, ese principio interpretativo alternativo tomado del *common law*.

<sup>26</sup> Objetivamente establecido, porque se apela al entendimiento y al significado asignado a la declaración, no por su concreto destinatario, sino por un tercer observador, caracterizado como persona "razonable" de la misma "condición" que ese destinatario. Por ello, se invita a los tribunales a "*hypothesize a reasonable person of the same kind as the other party with respect, for example, to such matters as linguistic background and technical skill*". (FARNSWORTH, 1987a, p. 99). Incluso en la jurisprudencia española, alguna sentencia reciente recurre a esa vía alternativa de interpretación: según el FJ. 2º de la [STS, Civil, Sec. 1ª. 12.7. 2011](#) (Ar 7372; MP: Jesús Corbal Fernández), "la exigencia de los compradores no responde a parámetros subjetivos - de capricho, "ad gustum", etc. -, sino a circunstancias objetivas razonables, en el sentido de que un tercero en la misma situación, tanto "ex ante", como después a la vista de la realidad, habría actuado del mismo modo".

<sup>27</sup> El citado precepto de los PECL constituye la principal inspiración tanto para nuestra regla (art. 2º. PTA) como para el CC holandés (*infra* nota siguiente), que la ha hecho suya. En el comentario oficial al artículo, se dice "*in*

Pero, sobre todo, aplicando ese parámetro, se abre la puerta a la hipótesis de la posible existencia del contrato sin una voluntad real de contratar en alguno de los declarantes, ya que, si sus actos pudieron inducir en el destinatario de su conducta o declaración la impresión fundada de que fueron realizados con intención contractual, la ausencia de esa intención no podrá invocarse o hacerse valer frente a él.<sup>28</sup>

Cuando ocurra así y el acuerdo se pueda considerar formado por efecto del significado que el destinatario pudo razonablemente asignar al acto o declaración que se le dirige, el contrato se perfilará, antes que como producto del acuerdo de voluntades, como un efecto de la protección de la confianza o *reliance* suscitada en la otra parte por el propio comportamiento (§17 [2] *Rest. 2d.*).<sup>29 30</sup>

En definitiva, la norma que proponemos pretende reconocer - como primeramente hizo el

---

*order to be bound by a contract a party must have an intention to be legally bound. Whether in fact it has such intention is immaterial if the other party has reason to infer from the first party's statement or other conduct that it intends to be bound...*" (LANDO y BEALE, 2000, p. 137). De modo menos sintético y expresivo, han querido acoger la misma regla el art. II-4:102 DCFR y el art. 30.3. *CESL*.

<sup>28</sup> Con apoyo en los *PECL* (art. 2: 102 *PECL*) que han servido de modelo a su Derecho de obligaciones, así lo dispone expresamente el art. 3: 35 del Libro 3º del Código Civil holandés, no solo para el contrato, sino para los actos jurídicos en general. Para un comentario del precepto holandés (SCHRAMA, 2002, p. 81).

<sup>29</sup> Tal y como hemos dejado apuntado en nuestro apartado precedente, §17 (2) *Rest. 2d.* se introduce como excepción a la noción del contrato como acuerdo (§17 [1] *Rest. 2d*) y se refiere a casos donde la vinculación contractual resulta de la protección de la confianza (*reliance*) suscitada por la apariencia de intención de contratar creada con el propio comportamiento.

<sup>30</sup> "Proponents of the reliance theory of contracts profess to see the foundation of contract law not in the will of the promisor to be bound but in the expectations engendered by, and the promisee's consequent reliance upon, the promise". (CALAMARI y PERILLO, 2003, p. 9). Hemos detectado, en efecto, casos donde la existencia del acuerdo resulta (o, en realidad, se impone a una de las partes) de una "costumbre particular" o estilo de relación previamente creado entre ellas. Así se constata, p. ej., en una resolución de *Missouri Court of Appeals*, 9.8.1988, relativa al asunto *Smith-Scharff Paper Company v. P.N. Hirsch & Co. Stores, Inc.* (754 *South Western Reporter, 2d Series*, pp. 928 y s.s.), donde el contrato se dedujo del preexistente "course of dealing" o práctica a la que venían ajustándose las relaciones entre esos sujetos y como medida de protección de la confianza que ese previo modo de relacionarse había suscitado en uno de ellos. Ese previo estilo o modo de relación consistía en el hábito de Smith-Scharff, aceptado por P.N. Hirsch, de tener siempre en sus existencias un número determinado de bolsas de papel impresas con el logotipo de esta última compañía, a fin de poder suministrárselas tan pronto como iban produciéndose los pedidos de Hirsch. Cuando en el curso de la relación entre ambas empresas se produjo el cese de las actividades de P.N. Hirsch, no comunicado a Smith-Scharff, dicho fabricante tenía en su poder el usual número de bolsas, cuya compra y pago reclamó de P.N. Hirsch. Basándose, como decíamos, en la previa relación o práctica establecida entre esas partes, el tribunal impuso a P.N. Hirsch el contrato de compraventa reclamado. Ahora bien, tal y como trasluce también la decisión transcrita, la mera confianza del destinatario es insuficiente para sostener la existencia del contrato. La aplicación de la doctrina de la *reliance* precisa un requisito adicional (FARNSWORTH, 1999b, pp. 187 y s.s.): que la confianza suscitada haya inducido al destinatario a una conducta o actuación (que, usual, aunque no exclusivamente, será de ejecución del contrato; así p. ej., en el caso referido, la conducta inducida en Smith-Scharff fue la fabricación de las bolsas con el logotipo de P. N. Hirsch que se esperaba fundadamente que iban a ser compradas por éste).

*common law*<sup>31</sup> - que, en el contexto de la contratación masiva y concatenada que empezó a generalizarse a partir de la segunda mitad del s. XX, a los efectos de tener por concluido el contrato, cabe que se haga equivaler a una intención real de contratar la apariencia de voluntad contractual objetivamente creada por la conducta o la declaración de alguna de las partes que negocian.<sup>32</sup>

En última instancia, la regla sugerida para determinar si concurre el requisito de la intención contractual (art. 2º PTA) - y que, como vengo exponiendo, resulta de la síntesis o contraposición entre esas dos actitudes o posiciones interpretativas (la regla anglosajona de la interpretación "objetiva o razonable" y la regla romanista de la interpretación "subjetiva") - no es puramente dialéctica o teórica, ya que, incluso nuestra práctica judicial confirma esa posibilidad de establecimiento de un contrato aun sin verdadera intención de contratar en alguno de contrayentes, siempre y cuando su conducta haya sido apta para suscitar en la otra parte la creencia fundada de que fue realizada con intención contractual.

Ilustro tal posibilidad valiéndome de un ejemplo que, pese a poder parecer tomado del *common law*,<sup>33</sup> procede de nuestra jurisprudencia. Se trata de la [SAP Girona, Civil, Sec. 2ª, 12.7.2004 \(AC 1748; MP: Jaime Masferré Coll\)](#), saludada internacionalmente como síntoma de la flexibilidad de los jueces españoles a la hora de detectar la conclusión y existencia del contrato.<sup>34</sup> La sentencia aludida declaró vinculadas a dos sociedades (una cooperativa y otra de responsabilidad limitada) que habían suscrito meramente un documento de intenciones con miras a la ulterior compraventa de las acciones de una de ellas. Se acordó que el contrato definitivo solo se entendería concluido a partir del requerimiento notarial dirigido por el comprador al vendedor para elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado. Sin embargo, antes de producirse tal requerimiento, los titulares de la sociedad de responsabilidad limitada la enajenaron a un mejor postor. Pues bien, pese a la falta de definitiva conclusión del contrato, la Audiencia de Girona consideró que la vinculación contractual entre las partes ya había llegado a existir y, por ello, condenó a la sociedad demandada a transmitir las participaciones sociales a su originaria parte contractual. El tribunal basó tal condena en dos argumentos:

1º. El aludido valor declarativo autónomo de los actos de las partes. Así, pese a haber declarado coincidentemente ambas sociedades querer vincularse solo para después, el tribunal optó por atribuir un significado autónomo a su conducta de comparecer en un evento público ante

---

<sup>31</sup> Atisbos de la regla propuesta se detectan en el *case law* incluso ya a fines del s. XIX. Así, se atribuye a decisiones como la británica relativa al asunto *Smith v. Hughes (Queen's Bench Division, 6.6.1871)* haber cimentado la referida regla de la interpretación objetiva o "razonable", asignándole incluso la indicada consecuencia de imponer la existencia del contrato aun a falta de intención contractual en alguna de las partes: "*The rule of law is...[i]f, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms*".

<sup>32</sup> De modo incontestable, ésa es la posición del DCFR (DCFR, comentario al art. II-4:102, pp. 298-299).

<sup>33</sup> Sin ir más lejos, obsérvese la similitud entre los hechos y la solución del referido asunto *Pennzoil v. Texaco (supra nota 19)* con los de la [SAP Girona, Civil, Sec. 2ª, 12.7.2004 \(AC 1748\)](#)

<sup>34</sup> DORIS, 2007, p. 21.

terceros como una sola sociedad, bajo una misma marca comercial, sin otorgar valor alguno a la alegación de la sociedad demandada de que tal comparecencia había sido meramente publicitaria o comercial.<sup>35</sup>

2º. El segundo argumento en que se fundó la condena fue el elevado grado de elaboración del acuerdo previo ya alcanzado, elemento que tiene ya que ver tanto con el segundo elemento sobre el que hacemos gravitar la existencia del contrato (el acuerdo mínimo suficiente) como con el segundo rasgo de su proceso formativo que hemos avanzado:<sup>36</sup> la merma de la autonomía de la voluntad de quienes contratan en los textos del Derecho contractual armonizado.

## 2.2 El acuerdo mínimo suficiente

Junto al ya analizado elemento de la intención contractual (art. 1º PTA), el segundo eje sobre el que gravita la existencia del contrato es haber alcanzado las partes un grado de consenso que pueda valorarse como suficiente para formar el acuerdo.

La regla en cuestión contrasta con la todavía vigente exigencia de los códigos civiles continentales - asimismo mantenida por su jurisprudencia<sup>37</sup> - de que el acuerdo contractual sea completo, por encontrarse determinados - o ser, cuando menos, determinables - todos los elementos señalados como esenciales,<sup>38</sup> ya sea por decisión legal o de los propios contratantes.<sup>39</sup>

Frente a ello, esos textos del Derecho contractual armonizado<sup>40</sup> se conforman - tal y como recoge nuestra PTA (art. 1º) - con el llamado "acuerdo mínimo suficiente", cualidad que puede llegar a reconocerse incluso en un acuerdo incompleto o de términos aún por negociar. Será entonces la propia ley o - por delegación de ella - el juez<sup>41</sup> quien, a partir de una mínima base o punto de tangencia que ya no definen enteramente los propios contratantes,<sup>42</sup> decida casar ambas voluntades, estableciendo la existencia del acuerdo.

Ello redunda inevitablemente en una merma de la autonomía de la voluntad de quienes

---

<sup>35</sup> De ahí también, la similitud con el citado caso *Texaco, Inc. v. Pennzoil* (*supra* nota 19): pueden llegar a considerarse significativos de una intención de contratar actos que ni siquiera son jurídicos, sino de mera relación social.

<sup>36</sup> *Supra* epígrafe 1.

<sup>37</sup> Para el Derecho español, véanse la STS, Civil, Sec. 1ª, 30.5.1996 (Ar 3864) y, particularmente, la STS, Civil, Sec. 1ª, 11.3.1988 (Ar 1958). Esta última, rechaza la existencia del contrato por falta de "total aquiescencia" entre las partes, pese a estar ya bien definidos los términos del intercambio (do ut facias) y pese a haber quedado confirmada la existencia del acuerdo por un "acto de ejecución anticipada" (FJ. 5º).

<sup>38</sup> Así lo hacen los códigos de corte francés (p. ej., art. 1108 CC francés, inspirador del art. 1261 de nuestro CC).

<sup>39</sup> Así en los códigos germánicos (§154 BGB y art. 2.2. Código Suizo de las Obligaciones). Con todo, en ellos, hay cierta flexibilidad, pues, pese a la regla inicial, presumen que el contrato puede llegar a existir aun sin acuerdo sobre alguno de esos puntos esenciales.

<sup>40</sup> El art. 1242 PMCCOC concuerda con esas reglas armonizadas.

<sup>41</sup> El art. 2.2. Código Suizo de las Obligaciones.

<sup>42</sup> Quienes no han alcanzado un acuerdo total, cuando legal o judicialmente se decide que existe un consenso suficiente como para ser valorado como contrato.

contratan o se proponen contratar. Primariamente, queda restringida su autonomía de la voluntad constitutiva, esto es, la libertad de decidir crear el contrato. Pero, además, esa menor libertad constitutiva redundará asimismo en una menor soberanía a la hora de regular el contenido contractual: puesto que el contrato ha surgido a partir de un contenido acordado mínimo y dejando extremos abiertos o aún por negociar,<sup>43</sup> esas lagunas del acuerdo habrán de ser colmadas recurriendo a los índices legales de integración (arts. 1258 y 1287 CC y, sobre todo, art. II-8:102 DCFR).<sup>44</sup>

Esa restricción de la autonomía de la voluntad de quienes contratan se explica por el hecho de que, en esos textos que tomamos como referencia, se tiende a contemplar el contrato, no aisladamente o en sí mismo, como hicieron los códigos del s. XIX, sino como eslabón de una cadena o serie más larga de actos de intercambio. Teniendo en cuenta, pues, que esa serie o cadena pudiera verse truncada<sup>45</sup> o, al menos, perturbada, si se suscitan dudas acerca de la conclusión y existencia de algún puntual acuerdo intermedio, se pretende mediante dicha regla promover o impulsar legalmente la conclusión del contrato, a partir de un determinado punto o base de encuentro entre las declaraciones de voluntad.

a. *La necesidad de oponerse a la conclusión del contrato por falta de acuerdo sobre algún término*

A tal punto el proceso de conclusión del contrato se estimula externamente (legalmente, en virtud de la regla propuesta), que se establece asimismo que será precisamente aquella parte que se oponga a la conclusión del contrato sin que llegue a conseguirse un acuerdo sobre algún específico término o elemento del contenido contractual quien tenga la carga de manifestarlo a su contraparte durante el proceso negociador. Solo efectuando tal reserva, conseguirá el contrayente dilatar - en contra de la tendencia legislativa a tener por formado el contrato a partir de un determinado grado o nivel de consenso - ese proceso (la fase de tratos preliminares) y obtener que tengan que ser fijados ex voluntate incluso aquellos extremos del contenido contractual que,

---

<sup>43</sup> La regla del acuerdo mínimo suficiente desemboca, en efecto, en lo que se conoce como contrato "con términos abiertos" (CUEVILLAS MATTOZZI, 1999, p. 1435, nota 47).

<sup>44</sup> Sobre cuáles hayan de ser en la actualidad esos índices, véase *infra* el epígrafe relativo a la incompatibilidad entre clausulados de condiciones generales (*conflicto de formularios*). Con todo, puede avanzarse ya ahora que, en los índices de integración modernamente propuestos por los textos del Derecho contractual armonizado, se deja sentir asimismo la influencia del *common law*. Debido a esa inspiración, para colmar las lagunas de la regulación acordada por las propias partes, pierden protagonismo las normas del Derecho dispositivo o supletorio y lo ganan índices que permiten incluir en el contenido del contrato términos que se suponen implícitamente queridos (*implied terms*) por los propios sujetos del acuerdo. A tenor de §1-303 UCC, esos índices de integración alternativos son: el *usage of trade* (o regulación acostumbrada en contratos de la misma clase que el que ha de ser completado), el *course of dealing* (o prácticas establecidas por las propias partes en el curso de su relación) y el *course of performance* (o contenido contractual inferido de actos unilaterales de ejecución del acuerdo que han sido tácitamente aceptados por la otra parte). Sobre esa técnica de integración contractual mediante los *implied terms* en el *common law* (LENHOFF, 1946, p. 42). Sobre la repercusión de esa técnica en los textos del Derecho contractual armonizado, es paradigmático el art. 9 CV.

<sup>45</sup> Pudiendo suscitarse incluso peticiones de restitución de lo entregado en ejecución de algún acuerdo cuya conclusión y existencia es, pese a ese cumplimiento, contradicha posteriormente por alguno de los contrayentes.

como el precio, la norma considera susceptibles de integración externa (art. 3.3. PTA).<sup>46</sup>

De conformidad asimismo con las normas del Derecho contractual uniforme que lo inspiran,<sup>47</sup> el precepto que proponemos renuncia deliberadamente a especificar cuáles son los concretos términos o elementos del contenido contractual que configuran esa base mínima indispensable para arbolarse el acuerdo.

*b. El abandono de la tradicional categoría de los "elementos esenciales del contrato"*

De ese modo, se abandona la tradicional categoría dogmática de los llamados "elementos esenciales" del contrato (art. 1261 CC), latente en los códigos de inspiración francesa y en su jurisprudencia.<sup>48</sup> Por el contrario, en los textos del Derecho contractual armonizado, como compromiso hacia el *common law*,<sup>49</sup> que la desconoce, tal categoría parece haber quedado obviada.

Naturalmente, sigue siendo ineludible el elemento *consensual*, pues la esencia del contrato ha de radicar en el encuentro de dos voluntades. Pero quizá no puede decirse lo mismo del *objeto* y de la *causa*.

Por lo que hace al *objeto*, del que también forma parte, por cierto, el precio, téngase en cuenta, en primer lugar, que, habiéndose tomado como modelo a generalizar la contratación mercantil sobre mercancías o géneros,<sup>50</sup> se considera admisible prescindir de su exacta definición en el contrato, entendiéndose que, para formarlo o cerrarlo, puede bastar el acuerdo sobre el género o clase de cosa. En cuanto al precio, como ya se ha indicado,<sup>51</sup> es un elemento que se reputa susceptible de integración externa, al entenderse implícitamente querido el que sea usual en el mercado en el momento de la celebración del contrato (art. 55 CV).

Finalmente, la *causa* es ya no solo prescindible, sino un elemento al que esos mismos textos renuncian deliberadamente,<sup>52</sup> fundamentalmente con el objetivo de obviar el paralelo requisito anglosajón de la *consideration*, que, por su rigidez, es visto como entorpecedor de la conveniente -

---

<sup>46</sup> Nos guiamos en este punto por el art. 55 CV, que suple la indeterminación en cuanto al precio de la cosa vendida considerando implícitamente querido el "precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías [objeto del contrato], vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate". La jurisprudencia española se muestra, en cambio, muy distante de ese tipo de normas. Así, sentencias como, p. ej., la STS, Civil, Sec. 1ª. 30.5.1996 (Ar 3864) rechazan la existencia del contrato por indeterminación del precio, sin plantearse su posible integración externa.

<sup>47</sup> LANDO y BEALE, 2000, p. 147, comentario al art. 2: 103 PECL, y UNIDROIT, 2010, p. 48, en el comentario al art. 2.1.14.

<sup>48</sup> Por muchas otras, STS, Civil, Sec. 1ª, 26.3.1993 (Ar 2395), cuyo FJ. 2º repite de modo rutinario la exigencia de consenso sobre los "elementos esenciales" del contrato para que pueda éste llegar a concluirse.

<sup>49</sup> "In contrast to the Roman law and the civil law, the common law... lived up verily to that principle by the complete abstention from any prescription as to the contents of the contract." (LENHOFF, 1946, p. 42).

<sup>50</sup> CUEVILLAS MATOZZI, 1991, p. 1425.

<sup>51</sup> Al final del apartado precedente.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ LERIA, 2014, pp. 16 y 24, y SÁNCHEZ LORENZO, 2013, p. 52.

y perseguida - agilidad del tráfico.<sup>53</sup>Para evitarlo, se ha preferido relegar el debido control del equilibrio o justicia del intercambio a vías alternativas, como la de los vicios de la voluntad.<sup>54</sup>

Pero lo que primordialmente persigue el abandono de tal apriorismo es permitir que pueda llegar a tener efecto el contrato. Para ello, prescindiendo de estereotipos,<sup>55</sup> habrá que indagar, para cada particular contrato,<sup>56</sup> si los términos ya acordados<sup>57</sup> permiten a alguna de las partes instar su cumplimiento y al juez decretar su ejecución forzosa, por haber llegado a quedar suficientemente concretado qué es lo que cada uno de los contratantes - o, en el caso del contrato unilateral, el que de ellos quede obligado - ha de hacer.

Pues bien, también en nuestra jurisprudencia, pueden hallarse decisiones dispuestas a admitir que, incluso un acuerdo incompleto o de términos aún por negociar puede servir para formar o concluir el contrato. Sin ir más lejos, un ejemplo de ese proceder podría ser la STS, Civil, Sec. 1ª, 24.07.1998 (Ar. 6393, MP: Francisco Morales Morales),<sup>58</sup> que - rebasando el *petitum* de la demanda, donde meramente se reclamaba el reconocimiento de un precontrato - establece que, por su grado de concreción, lo que hubo, en realidad, entre los litigantes y se incumplió fue un contrato ya concluido.

A su vez, tal postura tiene dos consecuencias:

1ª. Como prevén asimismo esos textos del Derecho contractual armonizado (y, con ellos, el art. 3º de nuestra PTA), habrá de ser la parte que se oponga a que se considere formado el contrato sin acuerdo sobre un determinado elemento quien, en el curso de las negociaciones, tenga la carga de formular reserva en cuanto a él.

---

<sup>53</sup> La exigencia de *consideration* obliga una y otra vez a demostrar que quienquiera que perciba alguna prestación o atribución a consecuencia del contrato ha experimentado a su vez, dentro o fuera de él, algún detrimento patrimonial que las justifica ( FARNSWORTH, 1999b, pp. 43 y s.s.). Por el contrario, el Derecho civil continental dispensa usualmente a los contratantes de la prueba de la causa, mediante la llamada "abstracción procesal" o presunción legal de existencia de la causa (art. 1277 CC). Sobre la citada presunción, por todas, la STS, 1ª, 23.2.1998 (Ar 975; MP: José Almagro Nosete), FJ 1º.

<sup>54</sup>([DCFR Full Edition](#), comentario al art. II- 4:101, p. 290). Particularmente, se baraja la figura de la *Unfair Exploitation* (II-7:207 DCFR), sin equivalente exacto en nuestro sistema, puesto que combina elementos subjetivos propios del vicio de la voluntad (p. ej., ignorancia o angustia provocada por la propia situación económica al contratar) con otros estrictamente objetivos, como la desproporción entre las prestaciones contractuales.

<sup>55</sup> "There is no fixed minimum content" ([DCFR Full Edition](#), comentario al art. II-4:103, p. 306).

<sup>56</sup> En nuestra propia jurisprudencia, algunas sentencias adoptan ese enfoque empírico, señalando como indispensables aquellos elementos del contenido contractual que, en cada caso, permiten tener por ya formado o concluido el particular contrato sometido a su consideración (un contrato de seguro, en el caso de la SAP Asturias, Civil, Sección 4ª, 3.7.2006 [AC 1562; MP: Francisco Javier Tuero], véase su FJ. 4º). En la doctrina, adopta ese mismo enfoque PUIG BRUTAU,1988, p. 182.

<sup>57</sup> Complementados, en su caso, mediante índices externos de integración (compárese *supra* con nota 44).

<sup>58</sup> Así como también algunas otras sentencias del TS, como, p. ej., la STS, Civil, Sec.1ª, 5.10.1996 (Ar 7041, MP: Francisco Morales Morales) y la STS, Civil, Sec. 1ª. 28.11.2005 (Ar 9837, MP: Antonio Salas Carceller).

2ª. El posible alcance de los daños, ya que, según permite constatar la práctica internacional<sup>59</sup> e incluso la referida STS, Civil, Sec. 1ª. 24.7.1998 (Ar. 6393),<sup>60</sup> al tenerse por suficiente incluso el acuerdo incompleto, se abre la puerta a que, para el caso de su incumplimiento, se pondere extender la indemnización incluso al llamado “interés positivo”, esto es, al beneficio equivalente al que proporcionarían la celebración y el cumplimiento del contrato.<sup>61</sup>

### 3. *El proceso formativo o de conclusión del contrato: el concurso de la oferta y de la aceptación*

Como hemos anticipado,<sup>62</sup> la tercera pauta característica de la regulación armonizada de la conclusión del contrato es contemplarla como un proceso abierto y de formación progresiva, ya que, para determinar si el contrato ha llegado a concluirse y a existir,<sup>63</sup> las referidas reglas armonizadas invitan al intérprete a examinar el entero curso de la relación entre las partes, desde las negociaciones previas a la formación del acuerdo hasta el último acto de ejecución o cumplimiento del contrato.<sup>64</sup>

#### 3.1 La pérdida de protagonismo del esquema dual clásico

Al adoptar ese punto de vista, tales textos reflejan un fenómeno que es, a la vez, elemental y trascendente. Se trata de la constatación de que la práctica no siempre permite reconducir la conducta o los actos de relación entre las partes a una secuencia ordenada de oferta y aceptación. Ese esquema dual de conclusión del contrato<sup>65</sup> mediante la conjunción de dos declaraciones de

<sup>59</sup> Así lo revelan, por ejemplo, un laudo de 00 (sin fecha).12.1996, de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional [ICC] de París ([Decisión núm. 8331](#)), y, sobre todo, las Conclusiones del Abogado General (Gelhoed) antecedentes a la STJCE 17.9.2002 (asunto *Tacconi v. HWS*; C-334/00, *Repertorio* 2002 I-07357), donde, con apoyo en el anterior art. 2.15 (2) PUNIDROIT (actual art. 2.1.15 [2]), se reconoce que las negociaciones entre las partes pueden haber alcanzado un estadio tan avanzado (como pueda ser un borrador de contrato que ya señale el precio) que, siendo entonces injustificada su ruptura, deba corresponder al perjudicado un resarcimiento equivalente al beneficio que le hubiera proporcionado la conclusión del contrato.

<sup>60</sup> FJ. 2º.

PUIG BRUTAU, 1988, p. 172.

<sup>62</sup> *Supra* epígrafe 1.

<sup>63</sup> Discusión que puede incluso suscitarse cuando una de las partes ha comenzado a ejecutar el contrato y esos actos de cumplimiento han sido recibidos por el otro contratante sin explícita oposición.

<sup>64</sup> En la jurisprudencia española, adopta ese punto de vista la STS, Civil, Sec. 1ª, 20.5.1996 (Ar 3793; MP: José Almagro Nosete) FJ. 5º, a la que siguen la STS, Civil, Sec.1ª. 28.1.2000 (Ar 454), FJ. 2ºy la STS, Civil, Sec. 1ª, 16.6. 2005 (Ar 4280) FJ.2º.

<sup>65</sup> Pese a que comúnmente se atribuye ese esquema dual a Pothier y al C.c. francés, Pothier nunca aplicó designaciones específicas a las declaraciones de voluntad de los contrayentes (POTHIER, 1825a, pp. 80 y s.s., y, sobre todo, POTHIER, 1827b, pp. 13-14). Tampoco el CC francés de 1804 (art. 1108) descompone el “consentimiento” contractual en oferta y aceptación. En el ámbito románico, el primer texto normativo que singulariza dichos elementos del acuerdo contractual fue el Anteproyecto de Código civil elaborado por François Laurent (art. 1058). No obstante, la identificación de la oferta y de la aceptación aún pudo haber sido anterior en el ámbito germánico, dado que ya el Código civil prusiano (en adelante, ALR), de 1792-94, incluye preceptos que utilizan los términos “oferta” y “aceptación” (§§ 78-79 Sección III, Título 5º, Primera Parte ALR).



voluntad contrapuestas se revela a menudo como un esquema apriorístico o un intento de sistematización o explicación pedagógica en el que - al modo de un “lecho de Procusto” - se resisten a encajar procesos reales que pueden ser mucho más complejos.

*a. Las dificultades derivadas de su aplicación*

Pese a que los códigos civiles del s. XIX volvieron la espalda a esa realidad, ello suscita un sinfín de controversias judiciales, ya no solo en los contratos concluidos mediante actos,<sup>66</sup> sino asimismo en aquéllos concluidos - por así decirlo - al modo ortodoxo, mediante un intercambio de declaraciones verbales de voluntad, orales o escritas. Sin ir más lejos, la propia jurisprudencia examinada suscita esa impresión, por cuanto, aun en el caso de algunos contratos concluidos por escrito, el tribunal se contradice o no llega a dilucidar cuál de los documentos intercambiados entre las partes actuó como oferta y cuál pudo llegar a tener valor de aceptación.<sup>67</sup>

Es más, en ocasiones, ese debate no gravita solo sobre la existencia del contrato, sino que acaba afectando a la determinación del momento de su conclusión y al establecimiento de su contenido. Por citar uno solo entre muchos otros posibles ejemplos, basta pensar en el litigio suscitado por la compraventa por parte del Estado español de las bodegas del “Grupo Rumasa” a “Freixenet S.A.” (STS, Civil, Sec. 1ª, 26.3.1993 [Ar. 2395; MP: Eduardo Ferenández Cid de Temes]). Tuvo que ser el Tribunal Supremo quien, de modo voluntarista, decidiese si la oferta había partido del Estado o de Freixenet, decisión que, en última instancia, mediatizaba el propio contenido contractual, puesto que, en función de cuándo y cómo se entendiese celebrado el contrato, se consideraba o no incorporada a a él la estipulación relativa al deber de Freixenet (compradora) de asumir el pasivo de Rumasa.<sup>68</sup>

Es por ello que - siguiendo muy de cerca a los textos internacionales del Derecho contractual armonizado y apartándose, correlativamente, tanto del CC español (arts. 1254 y s.s.) como, a este respecto, también de la PMOC - nuestra PTA resta protagonismo al tradicional esquema, dogmático y legislativo, de conclusión del contrato por el concurso del concurso de la oferta y de

---

<sup>66</sup> El ejemplo arquetípico es el de los contratos de aparcamiento concluidos mediante la introducción de un vehículo en una superficie abierta al público previo pago de tarifa, cuyo momento de conclusión tuvo que intentar establecer una célebre Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*BGHZ 14.7.1956, NJW 1956, 1475*).

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, la STS, Civil, Sec.1ª, 29.1.2009 (Ar 1278; MP: Francisco Marín Castán), en lugares diversos (FFJJ. 3º y 4º), atribuye la oferta ora al demandante (presentador televisivo y autor del proyecto de un futuro programa audiovisual) ora al demandado (cadena televisiva), para acabar resolviendo al fin que el contrato controvertido no había llegado a concluirse y a existir.

<sup>68</sup> El Estado, parte vendedora, sostenía que el contrato se concluyó al haber aceptado, por acuerdo del Consejo de Ministros, la oferta que le había sido previamente formulada por Freixenet. Por contra, Freixenet argüía que, habiendo partido la oferta del Estado, su aceptación no tuvo lugar sino en el momento de elevación a escritura pública del acuerdo previo alcanzado, de manera que no podía considerársela obligada a asumir deudas pendientes de Rumasa, al no haberse incorporado a la escritura el pacto previo relativo a dicha obligación. Desestimando la tesis de Freixenet, que calificaba de meros tratos preliminares los acuerdos antecedentes a la escritura, y con apoyo en el art. 1224 CC, contrario al efecto novatorio de la escritura pública de reconocimiento de un preexistente acto o contrato, el Tribunal Supremo dio la razón al Estado vendedor y condenó a Freixenet a asumir el pasivo de Rumasa (f. j. 5º. STS 26.3.1993, Ar 2395).

la aceptación.

Obsérvese que, además de no introducir ese esquema dual y sus elementos (la oferta y la aceptación) hasta el cuarto artículo, una vez introducido (art. 4.1.), nuestra Propuesta pone de relieve que ése es solo uno de los posibles sistemas de formación o conclusión del contrato (art. 4.2.).

*b. Contratos concluidos sin una secuencia ordenada de oferta y aceptación*

En efecto, como manifiesta el segundo apartado del precepto que proponemos, (art. 4.2. PTA), cabe pensar en un sinfín de posibilidades de negociación o de particulares acuerdos en cuyo proceso formativo no pueda reconocerse una nítida secuencia de *oferta y aceptación*.<sup>69</sup>

Respecto a los contratos que no encajan en ese esquema dual preestablecido, el correspondiente artículo de los textos armonizados se limita a declarar que se les aplicarán "con las debidas adaptaciones" (art. II-4:211 *DCFR*) o en la medida de lo posible las reglas de los contratos que se han formado por el concurso de la oferta y de la aceptación. Pensando en la heterogeneidad de los supuestos de formación alternativa y, particularmente, de los actos o conductas contractualmente significativos, nuestra Propuesta adopta la misma solución. Deberá ser entonces la jurisprudencia quien, a la vista del concreto contrato, decida cuáles de las normas relativas a los contratos ajustados al esquema legal preestablecido les son trasladables.

Aun así, entiendo que no debe renunciarse enteramente a señalar, en abstracto, cuáles son las reglas que pueden mantenerse incluso para esos contratos peculiarmente concluidos. Me inclino por las siguientes:

1º. Las de los tres primeros artículos de nuestra Propuesta, porque cabe considerarlas independientes o abstraídas del modo en que haya sido concluido el contrato. Por tanto, para la existencia de todo contrato, parece ineludible, además de la intención de quedar vinculado frente a la otra parte, la presencia de un acuerdo susceptible de ser ejecutado, sin que obste para ello la inconcreción de alguno de sus términos.

2ª. La regla de la sustantividad o autonomía del propio acto o declaración (art. 5 PTA),<sup>70</sup> que, en interés de la seguridad del tráfico, han de quedar emancipados de las vicisitudes personales de quien los realiza y, por tanto, en su caso, llegar, además, a sujetar a los sucesores universales de quien actuó o declaró al acto o declaración de su causante.

---

<sup>69</sup> Piénsese, p. ej., en la dificultad de identificar ese esquema dual de declaraciones de voluntad contrapuestas (oferta y aceptación) cuando las partes o sus representantes negocian o debaten sobre una minuta de futuro contrato (el documento *de intenciones* o "*letter of intent*") que puede haber sido elaborada conjuntamente por ambas o incluso por un tercero. Tampoco será fácil reconocer la oferta y la aceptación en el caso de aquel contrato multilateral (societario) concluido al votarse asambleariamente el borrador propuesto por el órgano rector de la sociedad.

<sup>70</sup> *Infra* epígrafe relativo a la *Sustantividad* de la oferta y de la aceptación.

3ª. Indudablemente, en el caso del contrato concluido por actos, la regla de nuestro art. 13.2 relativa al momento de conclusión del contrato, puesto que está especialmente concebida para los contratos celebrados de ese modo.

4ª. Finalmente, la regla del art. 14.2 sobre el lugar de celebración de los contratos de consumo,<sup>71</sup> porque, incluso si éstos se concluyen irregularmente o sin adaptarse enteramente al sistema de concurso entre la oferta y la aceptación, la necesidad de proteger especialmente al consumidor (p. ej., a efectos de determinación de la ley y del fuero judicial a los que ha de quedar sometido el contrato) exige que el contrato se haya de entender celebrado en el lugar de la residencia habitual del consumidor.

### 3.2 La oferta y la aceptación

Pese a la necesidad de reconocer – como venimos de hacer – que la formación del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación constituye solo uno de los posibles modos de concluirlo, el valor arquetípico de ese esquema y su consiguiente utilidad a la hora de explicar y resolver problemas usuales del iter formativo del contrato (sustancialmente, la cuestión del efecto vinculante de la propuesta de contratar<sup>72</sup> y también el grado de adhesión o coincidencia con ella<sup>73</sup> que quepa considerar necesario para entender que ha llegado a formarse el acuerdo), inducen a seguir abordándolo analíticamente, examinando por separado la oferta y la aceptación.

#### *a. Cuestiones preliminares: la forma y la sustantividad de las declaraciones de voluntad contractuales*

Aun así, antes de examinar separadamente la oferta y la aceptación, parece conveniente dejar resueltas o decididas dos cuestiones que afectan a ambas declaraciones de voluntad y, por ende, al propio consenso contractual: su forma y su sustantividad o emancipación de la persona del declarante una vez han sido efectuada.

#### **i. La ordinaria irrelevancia de la forma**

Al abordar por primera vez la posible conclusión del contrato mediante el encuentro o concurso de la oferta y de la aceptación, el art. 4.1. PTA puntualiza preliminarmente que ese consenso se entenderá producido “*cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional*”.

Es ésta una puntualización dirigida, de una parte, a recordar o dejar establecido también en materia de conclusión del contrato el principio de libertad de forma, que, además de constituir la regla tradicional en el Derecho español (art. 1278 e, indirectamente, también, art. 1261 CC) desde

---

<sup>71</sup> En cambio, fuera del caso del contrato de consumo, la cuestión relativa al lugar de celebración del contrato parece quedar abierta para esos contratos de formación irregular (FLECHTNER, 1999, p. 225).

<sup>72</sup> *Infra* epígrafe relativo a la *revocación de la oferta*.

<sup>73</sup> *Infra* epígrafes relativos a la *aceptación modificativa*.

la Ley única del Tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá (1348),<sup>74</sup> lo es también en las codificaciones internacionales del contrato.<sup>75</sup>

En realidad, se pretende subrayar la ordinaria formación consensual del contrato a dos efectos:

1º. En primer lugar, recordando el aludido principio espiritualista, se quiere, en efecto, descartar la posible intervención de la forma en la constitución del contrato. Solo por prescripción legal aplicable a un determinado tipo contractual o por acuerdo de los propios contratantes en el caso concreto, cabrá considerar solemne al contrato y supeditar su existencia a la observancia de la forma legalmente prescrita o acordada. Ni que decir tiene que, en el caso de forma solemne por decisión convencional, la prueba del - excepcional - valor sustancial de una determinada forma (p. ej., el otorgamiento de escritura pública) corresponderá a quien lo alegue.

2º. La ordinaria consensualidad del contrato se subraya asimismo por contraposición a la particular categoría del contrato real *quoad constitutionem* o por razón de su constitución. Tratándose de contratos de esa especie, que, por lo menos en Derecho español, se halla legalmente bien delimitada,<sup>76</sup> el contrato no podrá considerarse formado solo mediante el "concurso" o coincidencia de la oferta y de la aceptación, sino que solo llegará a existir si ese consentimiento contractual va acompañado de la entrega o tradición de la cosa objeto del contrato.

Cuando el contrato no sea - excepcionalmente - formal o solemne ni tampoco real desde el punto de vista constitutivo, el consentimiento o encuentro de la oferta y de la aceptación bastará para tenerlo por formado, siendo, a su vez, ese momento del encuentro o coincidencia entre ambas declaraciones de voluntad contrapuestas aquél a partir del cual el contrato se considere existente (art. 13.1 PTA).

Si, por el contrario, pertenece a alguna de esas dos particulares categorías (contrato formal o real *quoad constitutionem*), la existencia del contrato quedará diferida al momento en que, respectivamente, se observe la forma prescrita o se realice el acto traditorio que deba confluir con el consentimiento contractual.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> STS 1ª., 10.10.1980 (Ar 3623, MP: Jaime de Castro García). En un supuesto donde se cuestionaba si había llegado o no a quedar concluido el contrato, su fj 3º. recuerda "la regla general de la inesencialidad de la forma que inspira nuestro ordenamiento positivo en materia contractual".

<sup>75</sup> Como paradigma, *DCFR Full Edition*, comentario art. II-4: 101, p. 290. Recuérdese que, para concluir el contrato, el DCFR ha decidido prescindir no solo de la *forma*, sino también de la *causa* (*supra* epígrafe 2.2. b)).

<sup>76</sup> El Derecho español configura claramente como reales *quoad constitutionem* al préstamo en todas sus variantes (art. 1740), al depósito (art. 1758) y al contrato de prenda (art. 1863). En cambio, en el Derecho civil catalán, suscita, a mi entender, dudas la consensualidad o "realidad" de algún tipo contractual específico, como la cesión de suelo o volumen edificable a cambio de construcción futura (arts. 1 y 2 de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, *de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura* [BOE nº766, suplemento nº5, de 01.03.2002]).

<sup>77</sup> STS, Civil, Sec.1ª., 10.10.1980 (Ar 3623), FJ 3º.

## ii. La sustantividad de la oferta y de la aceptación

La cuestión de la "sustantividad", aunque usualmente planteada respecto a la oferta, puede suscitarse igualmente respecto a la aceptación. Se trata, en definitiva, de dirimir si, una vez emitida, la declaración de voluntad recepticia (sea la oferta o la aceptación: art. 1256 PMCCOC) se emancipa o no de la persona del declarante, hasta el punto de no quedar afectada o perder su eficacia por la muerte, la pérdida de capacidad o la extinción de las facultades representativas de quien la emitió, cuando esas circunstancias acaecen después de la emisión de la declaración y antes de la conclusión del negocio en que dichas declaraciones se integran.<sup>78</sup> En caso de muerte, la sustantividad de la declaración de voluntad determinaría que los sucesores del declarante quedasen vinculados por la declaración emitida por su causante frente al destinatario de la misma aun antes de la propia conclusión (y existencia) del contrato del que iba a formar parte la declaración.

La regla incluida en nuestra PTA (art. 5) opta explícitamente por la sustantividad de las declaraciones de voluntad contractuales una vez emitidas. Se adopta así una posición que invierte la vigente situación de nuestro Derecho positivo y también el criterio jurisprudencial acorde con ella.<sup>79</sup> En efecto, pese a haber argumentado un autorizado sector doctrinal la conveniencia de considerar sustantiva a la oferta aun antes de la propia conclusión del contrato,<sup>80</sup> el silencio del CC impide adoptar una regla contraria al principio de que solo la "perfección" del contrato y no una declaración aislada puede crear vinculación (arg. *ex arts.* 1257,1, 1258 y 1262,1 CC).

Para introducir ese efecto, se hace, pues, necesario un explícito pronunciamiento legal como el que aquí se propone. La razón para incorporarlo es el interés en la seguridad del tráfico, pues es más favorable a la firmeza de las transacciones considerar al declarante desposeído de la declaración por la sola emisión de la misma.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Pese a que, en el terreno estrictamente dogmático, el problema de la sustantividad se ciñe a las declaraciones de voluntad recepticias aún no perfeccionadas mediante su llegada al ámbito o círculo del destinatario, a efectos prácticos, el problema debe resolverse, al menos en cuanto a la oferta, también respecto a declaraciones que ya son perfectas (ALBALADEJO, 2004, p. 602).

<sup>79</sup> STS, Civil, Sec.1ª, 23.3.1988 (Ar 2422), FJ, 4º.

<sup>80</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1981, p. 245, y también PUIG BRUTAU, 1988, p. 214. Los autores citados defienden la opción de la sustantividad como más racional, apoyándose en el Derecho comparado, ya sea en el BGB (PÉREZ y ALGUER) o en la doctrina norteamericana (PUIG BRUTAU), la cual, en definitiva, argumenta que "al aceptar sin tener noticia del fallecimiento del oferente, pudo [el aceptante] haber alterado su posición jurídica a impulso de su convencimiento en la perfección del contrato" (PUIG BRUTAU, 1988, p. 214). Hay que dejar constancia de que la referida posición doctrinal norteamericana se mantiene pese al *Rest. 2d.*, cuyo §48 incorpora la - tradicional - regla opuesta a la sustantividad (§ 48 *Rest.*). No obstante, la fuerza de la opinión contraria es tal que, incluso el [Comentario Oficial a §48 Rest 2d](#) se distancia de la regla codificada, dando cuenta, además, de su inaplicación en determinados ámbitos de la contratación: "*Some inroads have been made on the rule by statutes and decisions with respect to bank deposits and collections, and by legislation with respect to powers of attorney given by servicemen*".

<sup>81</sup> ENNECERUS *et al*, 1981, p. 244: "Con la emisión (envío) termina la actividad personal del declarante y solo para ella se exigen la capacidad y la vida".

Pese al silencio de los textos internacionales del Derecho contractual uniforme sobre este punto, pensamos que, en congruencia con la posición que adoptan en cuanto al deber de mantener de la oferta aun antes de haber tenido lugar la conclusión del contrato (por todos, art. II-4:202 DCFR), ha de entenderse que implícitamente profesan la misma regla.<sup>82</sup> Pero, sobre todo, nos hemos guiado a este respecto por los códigos de nuestra cultura jurídica que, antes o con más decisión, optaron por la seguridad del tráfico, en detrimento del interés individual del declarante (y, en este caso, también del interés sus sucesores): el CC holandés, que se pronuncia por la sustantividad de la declaración en su art. 6: 222, y, sobre todo, el BGB (§153), que, adoptando precedentes reglas mercantiles,<sup>83</sup> se pronuncia decididamente por la sustantividad de la oferta.

La regla debe, no obstante, estar sujeta a excepciones: en primer lugar, la voluntad (expresa o tácita) de cualquiera de los declarantes contraria a la permanencia de la respectiva declaración. Pero, además, con independencia de cualquier manifestación al respecto, debe ser asimismo relevante la naturaleza del contrato en el que están destinadas a integrarse la oferta o la aceptación: tratándose de contratos que, como el mandato, la sociedad y el arrendamiento de obra o servicios,<sup>84</sup> acostumbra a celebrarse *intuitu personae*, esto es, en atención a las cualidades personales de la otra parte (arts. 1161 y 1266,2 CC), conviene invertir la regla y entender que, en esos casos, ni la oferta ni la aceptación contractuales pueden sobrevivir a la muerte, a la incapacidad sobrevenida y quizá tampoco a la extinción de las facultades representativas de quien las formuló.<sup>85</sup>

#### *b. La oferta*

##### **i. Noción de oferta. Requisitos**

Según el esquema arquetípico de formación del contrato, que, aunque relativizado, hemos optado por mantener,<sup>86</sup> la oferta es la primera de las declaraciones de voluntad que vertebran el contrato. En el primer precepto que le dedicamos (art. 6 PTA), la definimos enunciando sus requisitos y, sucesivamente, resolvemos si constituyen o no oferta algunas situaciones usuales de la práctica comercial.

Así, con arreglo a nuestro art. 6.1., “una propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá una oferta siempre que revele la voluntad de quedar vinculado en caso de

---

<sup>82</sup> Si, en cambio, como señalo en el texto, el silencio del CC español ha de interpretarse como contrario a la regla de la sustantividad de las declaraciones de voluntad es porque, en nuestro CC, no se establece un deber de mantenimiento de la oferta, anterior e independiente de la conclusión y del consiguiente efecto vinculante del contrato.

<sup>83</sup> ENNECERUS *et al.*, 1981, p. 259.

<sup>84</sup> La enumeración es solo ejemplificativa.

<sup>85</sup> Esta última situación es más dudosa, dado que la “consideración a la persona” es al representado y no al representante, aunque, por otro lado y adoptando el punto de vista o posición de aquél, es también harto discutible que quepa mantenersele vinculado frente a unos terceros elegidos por un representante a quien ha desautorizado.

<sup>86</sup> *Supra* epígrafe 3.

*aceptación y contenga los elementos precisos para llegar a formar el futuro contrato".*

Básicamente, se persigue subrayar dos cualidades: el carácter de la oferta como "propuesta" de contratar y como declaración de voluntad recepticia o precisada de unos destinatarios - determinados o determinables, como se verá - a los que ha de ser comunicada.<sup>87</sup>

Por lo que hace a la oferta como "propuesta", conviene puntualizar que ese carácter no necesariamente implica que la iniciativa de contratar corresponda siempre a la parte que asume la posición oferente. Precisamente porque - tal y como sucesivamente se puntualiza - para que una propuesta contractual pueda ser valorada como "oferta" ha de cumplir una serie de requisitos, puede ocurrir que la iniciativa para la celebración del futuro contrato proceda de quien, pese a acabar situado como aceptante, entabló o puso en marcha el proceso de negociación con la otra parte, dirigiéndole una propuesta que, por la imprecisión de su contenido o de sus destinatarios, carecía de entidad como oferta, constituyendo, por ejemplo, solo una mera invitación a realizar o formular ofertas. De hecho, la propia existencia de una oferta presupone muchas veces un estadio avanzado del proceso negociador. Tal y como a menudo se señala,<sup>88</sup> la formulación de la oferta pone fin a la fase de tratos preliminares y abre la puerta al estricto período de conclusión del contrato, que - tratándose de declaraciones de voluntad recepticias - requiere la "llegada" de la oferta al potencial aceptante y la "llegada" de la aceptación al oferente.<sup>89</sup>

Por lo que hace a los requisitos de la oferta contractual, para que una propuesta de contratar pueda ser valorada como oferta, suele exigirse que sea "completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente".<sup>90</sup> Nuestro artículo (art. 6.1.) matiza esos requisitos con el fin de adecuarlos a los que hemos exigido para la propia existencia del contrato (arts. 1 a 3 PTA):<sup>91</sup>

1º. En efecto, para poder ser oferta, la propuesta de contratar ha de realizarse con el firme y definitivo propósito de quedar vinculado,<sup>92</sup> si la aceptación se produce, de manera que, una vez recaída ésta, la existencia del contrato no requiera ninguna ulterior declaración o comportamiento del oferente, lo que excluye que la propuesta reservada<sup>93</sup> o condicionada pueda

<sup>87</sup> Sobre las cuestiones que suscita el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad que vertebran el contrato, art. 5 PTA (sustantividad de las declaraciones de voluntad contractuales), art. 9 (carácter igualmente recepticio de la aceptación) y art. 13 (momento de conclusión del contrato).

<sup>88</sup> STS, Civil, Sec. 1ª, 26.3.1993 (Ar 2395) y STS, Civil, Sec. 1ª, 10.10.1980 (3623) (véase el respectivo FJ. 2º de ambas).

<sup>89</sup> Art. 13 PTA, relativo al *momento de conclusión* del contrato.

<sup>90</sup> STS, Civil, Sec. 1ª, 10.10.1980 (Ar 3623), seguida por muchas otras.

<sup>91</sup> A la vista de lo expuesto en el texto, quizá una de las mejores definiciones legales de "oferta" sea la de §24 *Rest 2d.*), porque sintetiza en una única proposición la noción de oferta como propuesta de contrato y sus principales requisitos.

<sup>92</sup> En cuanto al significado de ese requisito del propósito o intención de contratar, nos remitimos a lo ya señalado para el contrato en general (*supra* epígrafe 2.1.): se persigue exigir una voluntad *seria* (con el consiguiente rechazo de la declaración iocandi causa) y dirigida a la creación de efectos jurídicos (con la consiguiente exclusión del mero compromiso ético o social).

<sup>93</sup> De ahí, que no constituya oferta la propuesta contractual que incluya fórmulas usuales en el tráfico como la llamada cláusula "sin compromiso", con la que el comerciante que ofrece géneros persigue que sea solo el

llegar a ser valorada como oferta.<sup>94</sup>

En cuanto al modo de establecer la existencia de esa intención de vincularse contractualmente, hay que estar a la regla angular ya señalada para el contrato en general:<sup>95</sup> la regla de la interpretación "objetiva" o "razonable", con arreglo a la cual la intención contractual de cada una de las partes se determinará a partir de sus declaraciones o de su conducta, tal y como puedan éstas ser razonablemente entendidas por la otra parte (art. 2º. PTA).

2º. Asimismo, la propuesta de contratar ha de ser lo suficientemente precisa.<sup>96</sup> Prescindimos así de la tradicional exigencia de que la oferta sea "completa" o contenga todos los elementos esenciales del contenido del futuro contrato.<sup>97</sup> En primer lugar, ello no siempre es necesario, puesto que es asimismo concebible que esa determinación del futuro contenido contractual se efectúe en la oferta por remisión a previas comunicaciones intercambiadas entre las partes durante la fase de tratos preliminares.<sup>98</sup>

Pero, sobre todo, ha parecido conveniente sustituir la anterior exigencia del carácter *completo* de la oferta por la de su carácter *suficiente*, con el fin de adecuarla a las demás reglas sobre la formación del contrato que hemos propuesto por influencia de los textos del Derecho contractual armonizado: así, la regla relativa a la llamada "aceptación modificativa" (art. 11) y, sobre todo, la relativa al "acuerdo mínimo suficiente" (arts. 1º y 3º). En efecto, por permitir - como se verá<sup>99</sup> - la primera de ellas que llegue a servir para formar el contrato una aceptación que no sea enteramente coincidente con el contenido de la oferta, cuando así ocurra, el contenido contractual no vendrá enteramente establecido por la oferta, sino que incluirá asimismo aquellos términos introducidos por la aceptación que quepa estimar compatibles con ella.<sup>100</sup>

Pero es sobre todo a la luz de la regla del "acuerdo mínimo suficiente" (art. 3º PTA) que optamos por prescindir del carácter completo de la oferta. Puesto que para concluir el contrato ha dejado de exigirse - por las razones ya analizadas<sup>101</sup> - un acuerdo completo o ya vertebrado sobre los llamados *essentialia negotii* (art. 1261 CC) y basta, en cambio, sin apriorismos,<sup>102</sup> haber alcanzado

potencial comprador quien quede vinculado. Sobre el uso de esas cláusulas *freibleibend*, generalizadas en la Alemania de entreguerras como medio aplicado por vendedores y fabricantes para protegerse de las bruscas oscilaciones de precios de ese período, NUSSBAUM, 1936, p. 927.

<sup>94</sup> STS 1ª. 30.5.1996 (Ar 3864), Fj 2º, que, como se verá *infra* (nota 134), exige también para la aceptación esa misma firmeza del propósito o intención de obligarse.

<sup>95</sup> *Supra* epígrafe 2.1. a) y b).

<sup>96</sup> Así se infiere asimismo del FJ.2º de la citada STS, Civil, Sec.1ª. 30.5.1996 (Ar 3864).

<sup>97</sup> STS, Civil, Sec. 1ª, 10.10.1980 (Ar 3623), FJ 2º.

<sup>98</sup> ENNECERUS *et al*, 1981, p. 253. Ilustran asimismo dicha posibilidad los hechos enjuiciados en la STS, Civil, Sec. 1ª. 26.3.1993 (Ar 2395), donde el tribunal considera que las condiciones de la oferta no son solo las incluidas en la "oferta definitiva" de la parte compradora, sino asimismo las incluidas en anteriores propuestas no vinculantes de la misma (p. ej., en una precedente oferta condicional; FJ 2º de la STS citada).

<sup>99</sup> *Infra* epígrafe *La aceptación modificativa del contenido de la oferta*.

<sup>100</sup> *Infra* epígrafe *La aceptación modificativa del contenido de la oferta*.

<sup>101</sup> *Vid.* 2.1. b) (ii).

<sup>102</sup> *Supra* epígrafe 2.1. b).



un acuerdo lo suficientemente preciso como para que pueda reclamarse su ejecución, incluso judicial, basta exigir al contenido de la oferta ese mismo grado de precisión o concreción (art. 6.1. PTA).

## ii. Casos especiales de oferta

Tal y como anticipábamos en el apartado precedente, la oferta, al igual que la aceptación, es una declaración de voluntad recepticia que, como tal, solo se considera *perfecta* o existente jurídicamente a partir de su comunicación a uno o más destinatarios, teniéndose por efectuada tal comunicación - como se verá<sup>103</sup> - a partir de su "llegada" al respectivo destinatario. Mientras que la declaración de aceptación tiene como destinatario natural al oferente, esto es, al emisor de la oferta, el destinatario de la oferta es una figura abierta, ya que su elección queda al arbitrio del oferente.

Presupuesta esa libertad electiva, el oferente puede dirigir su propuesta a una categoría de personas tan amplia como desee, incluso al público en general, esto es, a una pluralidad de personas no determinadas individualmente y ni siquiera determinables en base a específicas cualidades. Así ocurre en supuestos tan habituales como la remisión de anuncios, catálogos o instrumentos similares. Es bien sabido que la finalidad usual en el tráfico de tales instrumentos es exponer una información, sondear el mercado o darse a conocer en un círculo amplio de potenciales adquirentes o destinatarios del bien o del servicio anunciados o propuestos. Siendo así, por falta de intención de vincularse,<sup>104</sup> esa clase de comunicaciones no deben, en general, ser valoradas como ofertas o propuestas de contrato que obliguen a su emisor frente a cuantos destinatarios acepten.

De hecho, el propio interés del proponente, quien pudiera verse en la dificultad de tener que cumplir frente a un número crecido de interesados que acepten, aconseja - al modo de nuestro art. 6.2, siguiendo así al art. 14.2. CV -<sup>105</sup> reputar a esa especie de comunicaciones como una mera invitación del emisor a que se le dirijan ofertas. De ese modo, se le deja en libertad para aceptarlas o no, a no ser que su propuesta ad incertam personam indique claramente su intención de quedar vinculado en caso de aceptación.

La regla expuesta en el apartado precedente es la tradicional en materia de "oferta" hecha al público (excluyéndose, pues, que lo sean esa clase de propuestas) y la recoge - como indicábamos - el art. 14.2. CV. No obstante, el último apartado de nuestro artículo se hace asimismo eco de un

---

<sup>103</sup> *Infra* epígrafe relativo al momento de conclusión del contrato.

<sup>104</sup> Tal y como se señala en el apartado precedente, ese propósito de obligarse contractualmente es, junto a la precisión del contenido de la propuesta, uno de los dos principales requisitos de la oferta.

<sup>105</sup> Describe las dificultades aludidas HONNOLD, 1999, pp. 147-157: *If supply or production difficulties are widespread, or if the general price level rises sharply, the seller may face a flood of orders. If these orders should be "acceptances" of an "offer," the result could be ruin for the seller and a windfall for the buyers. In these settings a "reasonable person" (Art. 8(2)) would not think that the catalogue "indicates an intention...to be bound [...].*

notable giro o excepción que, en textos más recientes de la contratación<sup>106</sup> - como el DCFR (art. II-4:201) y también nuestra Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE nº15, de 17.01.1996) (en adelante LOCM), art. 9.1 - experimenta la regla en aras del fomento de la confianza del público en el buen funcionamiento del mercado y en la seriedad de los profesionales.

Así, cuando la oferta hecha al público - del modo sugerido en el apartado precedente (mediante un anuncio o catálogo o bien mediante la propia exhibición del producto ofrecido) - proceda de un profesional, se refiera a bienes de sus propias existencias o a servicios que pueda razonablemente pensarse que es capaz de prestar<sup>107</sup> e incluya, además, una indicación del precio, será tratada como oferta contractual de suministrar a ese precio y, como tal, vincula al profesional frente a quienquiera que la acepte.<sup>108</sup>

Pese a estar ante todo pensada para la propuesta de contratar implícita en la exhibición de géneros o mercaderías (ergo, bienes muebles) en locales de venta al público, a la vista de nuestra jurisprudencia, hay que contar con la posibilidad de que esta regla excepcional pueda incluso ser aplicada a la oferta pública de inmuebles.<sup>109</sup>

Como sugiere el inciso inicial de nuestro art. 6.3. ("A no ser que de las circunstancias pueda inferirse otra cosa..."), la referida excepción está, a su vez, sujeta a excepciones, consistentes en casos en que, en función del propio contenido de la oferta o de las circunstancias que la acompañen, el profesional pueda demostrar que no había de quedar vinculado frente a un aceptante cualquiera.<sup>110</sup> Respecto a esos casos, hay que considerar restaurada la regla inicial (contenida en el art. 6.2. de nuestra PTA) de que la oferta hecha al público ha de ser valorada solo como mera invitación a hacer ofertas.

### iii. Extinción de la oferta

- La revocación de la oferta

Con arreglo al art. 7.1. de nuestra PTA, "la oferta podrá ser revocada siempre que la revocación llegue al destinatario antes de que éste haya despachado su aceptación".

La adopción de esta regla supondría introducir en el Derecho español un deber de mantenimiento de la oferta que vincularía al oferente en un momento anterior al de la propia

---

<sup>106</sup> En realidad, ya antes, también en algunas leyes nacionales, como el art. 7.3 del Código suizo de las Obligaciones.

<sup>107</sup> Apunta a esos presupuestos el comentario al art. II-4: 201, apdo. 3. (DCFR Full Edition, p. 317.).

<sup>108</sup> O, en su caso, frente al primero que acepte (DCFR Full Edition, comentario art. II-4:201, p. 321).

<sup>109</sup> Así, p. ej., fj 2º. STS 1ª., 12.7.2011 (Ar 7372; MP: Jesús Corbal Fernández).

<sup>110</sup> La excepción está pensada para casos de oferta al público en contratos tales como el arrendamiento de inmuebles, el de servicios o el mutuo, que suelen celebrarse *intuitu personae* y donde es, por tanto, imprescindible para el proponente elegir a su parte contractual en función de sus cualidades personales (DCFR Full Edition, comentario al art. II-4:20, p. 321).

conclusión del contrato y que sería, por tanto, independiente de su vigencia como acuerdo. De ese modo, se abandonaría la tradicional posición de los códigos europeos del s. XIX (art. 1262,2 CC), que, fieles al principio romano de que la voluntad unilateral en general no obliga,<sup>111</sup> permiten la libre revocabilidad de la oferta hasta el propio momento de la existencia del contrato. Para esos códigos, la vinculación solo puede nacer del acuerdo de voluntades (art. 1258 CC) y, por tanto, el oferente es libre para revocar su declaración hasta ese mismo momento de la conclusión del contrato.<sup>112</sup>

No obstante, se ha reconocido con razón que la cuestión de la vinculación a la propia oferta entraña un problema práctico, de seguridad del tráfico, que debe separarse del problema abstracto relativo a la fuerza obligatoria de la voluntad unilateral.<sup>113</sup> Reconociéndolo así, ya en puertas del s. XX, el CC alemán (§145 BGB)<sup>114</sup> impuso al oferente un deber de mantener la oferta, esto es, de no poder revocarla hasta el momento en que - suponiendo una tempestiva remisión de la aceptación - quepa razonablemente esperar su llegada.

Lo que, en definitiva, se persigue al imponer al oferente ese deber de mantenimiento de la oferta es proporcionar al destinatario una base firme para adoptar su decisión de contratar, asegurándole un mínimo lapso de tiempo para poder dar vida al contrato.<sup>115</sup> Hay que tener en

---

<sup>111</sup> Para el Derecho romano clásico, la excepción más significativa es la *pollicitatio* (D. 50,12).

<sup>112</sup> Por carecer el CC español de un principio general de vinculación a la oferta, la jurisprudencia española sigue manteniendo su libre revocabilidad hasta el propio momento de la conclusión del contrato. Una de las decisiones más características de esa posición es la STS 1ª, 7.6.1986 (Ar 3296; MP: Jaime Santos Briz), pero también adoptan esa línea otras más recientes, como la STS 1ª, 29.1.2009 (Ar 1278; MP: Francisco Marín Castán). En nuestra legislación, algunas normas particulares sí imponen ese deber de mantenimiento de la oferta durante cierto plazo. Lo hace, p. ej., el art. 8.1. de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que impone al prestamista oferente del crédito el "deber de mantener" su oferta "como oferta vinculante" durante un plazo de catorce días, contados desde la entrega al consumidor del documento que consigna las condiciones del crédito. Impone también a los aseguradores un deber de mantenimiento de la proposición de seguro durante quince días el art. 6.1. de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

<sup>113</sup> PUIG BRUTAU, 1988, p. 190.

<sup>114</sup> Al igual que la mayoría de las normas del BGB relativas a la conclusión del contrato, también ese deber de mantenimiento de la oferta lo toma el CC alemán del Código de Comercio Pangermánico (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*; en adelante, ADHGB) de 1861 (§319). Resulta curioso constatar que, por influencia del BGB (y también por influencia del Código suizo de las Obligaciones: art. 5.1.), ha habido un texto legal español, de vigencia solo episódica, que llegó a establecer ese mismo deber de mantenimiento de la oferta durante un plazo razonable. Se trata del "Código de Obligaciones y Contratos correspondiente a la zona de influencia española en Marruecos", de 1914 (art. 226). La Exposición de Motivos de ese texto legal confirma la aludida influencia de los códigos alemán y suizo (*Boletín de la Zona de Influencia Española en Marruecos*, núm. 29, Anexo 3, de 10 de junio de 1914).

<sup>115</sup> Como sintetiza PUIG BRUTAU (1988, p. 204, nota 56), se trata de facilitar las transacciones (inicialmente, las mercantiles) al permitir al aceptante salir de la incertidumbre inherente al acto de aceptación. También en la jurisprudencia, determinadas decisiones del TS reconocen, siquiera sea como obiter dictum, la conveniencia de asignar cierta duración a la oferta, incluso si ésta no incorpora un plazo para aceptar (así lo hacen, p. ej., las Sentencias de la STS, Civil, Sec.1ª, 23.3.1988 (Ar 2422), y STS, Civil, Sec.1ª,3.11.1993 (Ar 8963; MP: José Almagro Nosete). En la jurisprudencia menor, la SAP Asturias Civil, Sec. 4ª, 3.7.2006 (AC 1562; MP: Francisco Tuero Allen) sí utiliza ese argumento como ratio decidendi, pues basa la decisión (imponer la ejecución del contrato) en la

cuenta, además, que la oferta puede inducir a quien la recibe a obrar a impulsos de su expectativa de que el contrato llegará a celebrarse. Cuando, como suele ocurrir en el tráfico mercantil (donde, p. ej., se compra para vender), se trata de transacciones concatenadas, esto último resulta particularmente problemático, ya que, por confiar en la celebración de un contrato que queda frustrado por la revocación de la oferta, se induce al destinatario a gastos y, sobre todo, la pérdida de otras oportunidades.

No se trata únicamente de reparar esas pérdidas individuales,<sup>116</sup> sino también de proteger ese interés del tráfico en que no se vean afectadas esas otras transacciones enlazadas o, al menos, relacionadas con la que se propone celebrar el destinatario de la oferta. De ahí, que, en caso de una revocación indebida de la oferta, las regulaciones que, como el DCFR, ya tienen en cuenta ese tipo de intercambio concatenado, no se conformen con el resarcimiento del interés negativo, sino que se muestran incluso dispuestas a decretar las consecuencias que hubieran correspondido al contrato ya concluido, esto es, las del incumplimiento contractual.<sup>117</sup>

Con todo, la irrevocabilidad de la oferta y la consiguiente vinculación del oferente no son inmediatas, sino que - como compromiso entre el Derecho civil continental y el *common law* -<sup>118</sup> el deber de mantenimiento de la oferta se fija a partir de un momento que, aun siendo anterior al de la conclusión del contrato, es posterior a la propia perfección (y existencia jurídica) de la oferta como declaración de voluntad unilateral (y recepticia).<sup>119</sup> El momento previsto es el de la remisión o "despacho" de la aceptación. Así lo refleja el art. 6: 219 CC holandés, que, como código moderno, ha tenido oportunidad de incorporar a su regulación del contrato muchos de los postulados de los textos uniformes de la contratación. El momento adoptado (despacho de la aceptación)<sup>120</sup> procede, pues, de esos textos.<sup>121</sup>

---

exigencia al oferente de mantener la oferta durante un plazo razonablemente suficiente para permitir la aceptación.

<sup>116</sup> Para ello, bastaría con aplicar las consecuencias propias de la *culpa in contrahendo*.

<sup>117</sup> DCFR *Full Edition*, comentario al art. II-4:202, p. 327. Incluso en la jurisprudencia española, alguna decisión ha optado por la misma solución para el caso de una indebida revocación de la oferta: la STS 1ª, 14.2.1995 (Ar 837; MP: José Almagro Nosete), estimando irrevocable una oferta que señalaba plazo para aceptar, estableció que, pese a la revocación efectuada sin respeto a ese plazo, el contrato se había concluido y decretaba, por ello, su ejecución forzosa.

<sup>118</sup> Se trata de un compromiso entre la referida norma tradicional de los códigos continentales (revocabilidad hasta el momento de conclusión del contrato) y el *common law*, donde, a partir de la decisión inglesa *Adams v. Lindsell (King's Bench, 1818)*, ese momento del envío de la aceptación (*mailbox o postal rule*) hace irrevocable la oferta, porque es entonces también cuando se entiende que ha quedado formado el contrato, sin haber de esperar, pues, como en el sistema continental, a la llegada de la aceptación al oferente (sobre los requisitos y límites a la aplicación de la *postal rule*, véase LARA AGUADO, 2013, p. 325).

<sup>119</sup> Como declaración recepticia, la oferta se perfecciona con su llegada al destinatario (véase *infra* el epígrafe 3.3 a))

<sup>120</sup> Con todo, la adopción de ese momento como límite temporal de la revocabilidad no tiene por qué repercutir en los requisitos intrínsecos de la declaración revocatoria: como declaración recepticia, la revocación sólo se tendrá por existente y podrá producir efectos, no por su sola emisión, sino una vez sea comunicada a su destinatario (MORÉTEAU, 2000, p. 246).

<sup>121</sup> En particular, art. 2:202 (1) PECL y art. 2.1.4. (1) PUNIDROIT. En la actualidad, adopta también la norma propuesta el art. 32.1. CESL.

Pese a reconocerse que la elección de tal momento es desventajosa para el oferente, porque le vincula a su declaración<sup>122</sup> sin tener conocimiento siquiera de si ha sido aceptada,<sup>123</sup> ese trato desigual entre oferente y potencial aceptante se justifica,<sup>124</sup> no sólo por la ya expuesta necesidad de proteger la expectativa de éste (y el propio interés del tráfico) en la celebración del contrato, sino también porque, hasta cierto punto, cabe considerar más aventurada la posición del destinatario de la oferta que la del oferente: <sup>125</sup>mientras que éste no queda de momento obligado con el propio contenido ofrecido, por el contrario, quien acepta sabe que se obliga por el mero hecho de que su declaración (la aceptación) llegue a poder del oferente.<sup>126</sup>

Finalmente, tal y como también señala nuestro precepto (art. 7.1. PTA), en el caso de una aceptación manifestada mediante actos, que no puede, por tanto, ser remitida o despachada, el límite final de la facultad revocatoria se hace coincidir con el propio momento de la conclusión del contrato. A esos efectos, hay que estar al art. 13 de nuestra Propuesta, relativo al momento en que legalmente se considera concluido el contrato celebrado mediante actos. El art. 13.2, relativo al momento de conclusión de aquellos contratos en los que la aceptación consiste en una conducta, establece que se entienden éstos concluidos en el momento en que el oferente puede tener noticia de esa conducta, o bien, en aquellos casos en que el destinatario de la oferta está facultado a aceptar mediante una conducta que ni siquiera ha de ser comunicada al oferente, el contrato se entenderá concluido en el momento en que el destinatario comience a actuar. Será, pues, en ese momento (el de la noticia de la conducta o, en su caso, el de la propia conducta) cuando finalice la facultad revocatoria del oferente.

Con anterioridad al indicado momento (arts. 7.1. y 13.1: remisión o despacho de la aceptación o, tratándose de contratos concluidos por actos, el momento en que pueda conocerse la conducta del destinatario o el propio momento en que éste actúe), la oferta es libremente revocable. Si es revocada (expresa o tácitamente), la revocación, como cualquier otra declaración o manifestación de voluntad, produce efecto desde que "llega" o puede ser conocida por el destinatario (art. 13.1 de esta Propuesta).

Incumbe al oferente elegir los medios más adecuados para que la revocación pueda llegar a ser

---

<sup>122</sup> No a cumplirla antes de que quede concluido el contrato, pero sí a mantenerla, lo cual es, cuando menos, suficiente para obligarle a no actuar en contradicción con la oferta, p. ej., vendiendo a un tercero los bienes ya ofrecidos (NUSSBAUM, 1936, p. 927).

<sup>123</sup> NUSSBAUM, 1936, p. 921.

<sup>124</sup> Así, p. ej., la decisión inglesa *Household Fire and Carriage Accident Insurance Company Ltd. v. Grant* (Court of Appeal, 1.7.1878 [1878/79 Law Reports 4 Exchequer Division, p. 216]) justifica la adopción de la regla como mal menor, considerando que el interés del potencial aceptante es el más necesitado de protección. Para el *common law* norteamericano, análogamente LLEWELLYN, 1938, p. 795.

<sup>125</sup> El propio LLEWELLYN, tan influyente, como veremos (*infra* epígrafes relativos a *La aceptación modificativa*), en las reglas sobre formación del contrato del UCC, considera justificada esa mayor protección al destinatario de la oferta (LLEWELLYN, 1938, p. 795).

<sup>126</sup> PUIG BRUTAU, 1988, p. 200, y SÁNCHEZ LORENZO, 2013, p. 46, quien señala como ventaja adicional de la *postal rule* la fácil determinación del momento de envío o expedición de la aceptación.

conocida por el destinatario de su oferta. Esa libertad de elección ha de quedar restringida en el caso de la propuesta de contratar hecha al público o a personas individualmente indeterminadas: en los casos - excepcionales - en que ese género de propuestas puedan ser valoradas como oferta (art. 6.2. PTA), el ya invocado interés del tráfico impone al oferente la carga de procurar que su retractación alcance el mismo grado de difusión que la propia oferta (art. 7.2. PTA), so pena de incurrir en responsabilidad frente a cualquiera de esa pluralidad de destinatarios que se haya visto perjudicado por haber confiado en la oferta.

Ahora bien, hay determinados casos en que la oferta se considera esencialmente irrevocable y, por tanto, no podrá ser revocada ni siquiera dentro del período indicado en el apartado precedente (desde su perfección y hasta el momento del despacho de la aceptación). Se trata de tres casos (los de nuestro art. 7.3) en los que la irrevocabilidad viene dada sea por el modo de formulación de la oferta, sea por su contenido o bien porque el comportamiento del oferente ha sido apto para suscitar en el destinatario la confianza en el carácter irrevocable de la oferta.

Así, la oferta será considerada irrevocable:

- Cuando sus propios términos manifiestan ese carácter irrevocable. Se trata de una irrevocabilidad establecida expresamente, no solo mediante el uso textual del término "irrevocable", sino, asimismo, mediante expresiones que, en el tráfico, se consideran equivalentes (p. ej, oferta "en firme", "con compromiso" o "que vamos a mantener").

- Cuando, incluso sin recurrir a tales expresiones, la oferta confiere a sus destinatarios un plazo para aceptar, en cuyo caso se entiende implícitamente que, durante dicho plazo, el oferente renuncia a su facultad unilateral de revocar la propia declaración. La irrevocabilidad de esa clase de ofertas es comúnmente admitida, incluso por aquellos ordenamientos que, como el español, parten de la esencial revocabilidad de la oferta hasta el propio momento de la conclusión del contrato.<sup>127</sup>

- Cuando el destinatario de la oferta, inducido a ello por el propio oferente, podía fundadamente confiar en el carácter irrevocable de la oferta. Este tercer supuesto ha sido incorporado a los textos internacionales de la contratación (art. 16.2. b) CV) sustancialmente por influencia del *common law* norteamericano y constituye - junto al ya analizado supuesto del contrato que puede llegar a considerarse celebrado aun sin verdadera intención de contratar de alguno de los declarantes (*supra* art. 2º. PTA)<sup>128</sup> - otra manifestación de la *reliance* o protección de la confianza suscitada en el destinatario por la declaración o conducta de la otra parte.

---

<sup>127</sup> Así lo hace, p. ej., la jurisprudencia relativa al precontrato de opción de compra, con arreglo a la cual "el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido y una vez ejercitada la opción oportunamente...se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa" ( FJ.3º de la STS, Civil, Sec.1ª, 4.2.1994 [Ar 910; MP: Jaime Santos Briz], con la que concuerda con el FJ 3º de la STS, Civil, Sec. 1ª, 14.2.1995, [Ar 837; MP: José Almagro Nosete]).

<sup>128</sup> Véanse asimismo *supra* los epígrafes 2.1 a) y b).

En este caso, la confianza que se quiere proteger es la del destinatario de una oferta o promesa que, debido a la conducta del oferente, confía en que ésta será mantenida y, contando entonces con la celebración de ese contrato en ciernes, realiza a su vez alguna conducta relativa a él o, incluso, a sucesivos contratos que pudieran fundarse en aquél.

Tal y como traslucen, pues, tanto la originaria fórmula norteamericana (§90 [1] *Rest. 2d*, y, específicamente para la oferta, §87 [2] *Rest. 2d*.) como asimismo los textos de la contratación uniforme que se inspiran en ella, para que tal confianza o "*reliance*" se vea legalmente protegida imponiéndose al oferente el deber de mantenimiento de su declaración, no basta meramente la expectativa o creencia suscitada en el destinatario por la conducta del declarante, sino que es imprescindible que, movido precisamente por ella, el propio destinatario haya llegado a actuar, habiéndole reportado su actividad (ya consista en actos preparatorios del futuro contrato o de los sucesivos que presuponen la celebración de aquél) un perjuicio económico (*detrimental reliance*).<sup>129</sup>

- Otras causas extintivas

Además de la revocación, hay otras posibles causas extintivas de la oferta. En congruencia con la regla general de sustantividad de las declaraciones de voluntad que propone nuestro art. 5, no extinguen, en cambio la oferta ni la muerte ni la pérdida de capacidad del oferente ni la extinción de las facultades representativas que se le hubieren conferido.

Como causas extintivas distintas de la revocación, contemplamos – además de la aceptación fuera de plazo, a la que corresponde referirse infra, en sede de aceptación - el rechazo de la oferta (art. 8 a] PTA). Tal y como puntualiza nuestro precepto, el efecto extintivo, en realidad, lo produce, no el rechazo en sí, sino la "llegada" al oferente de la manifestación o declaración de rechazo, que - al igual que la oferta y la aceptación - se perfila, pues, como una declaración recepticia (arg. *ex art.* 13.1. PTA).

En cuanto al modo de efectuarse el rechazo, no hay razón para exigir una forma especial, ni siquiera cuando la oferta rechazada se ha realizado observando una determinada forma. Asimismo con arreglo a las reglas que, en general, rigen en materia de declaración de voluntad, el rechazo podrá ser tanto expreso como tácito o inferido de actos. A este último respecto, debiera

---

<sup>129</sup> El caso fundacional de la regla de protección de la *detrimental reliance* suscitada por una oferta es *Drennan c. Star Paving Co.* (*Supreme Court of California*, 31.12.1958, 333 *Pacific Reporter, Second Series*, pp. 757 y s.s.). Drennan era un constructor que incluyó en su postura para la licitación de una obra pública (construcción de una escuela pública) la oferta de un subcontratista (Star Paving Co.), que se comprometía en ella a realizar parte de la obra a un determinado precio (7.100 \$). Cuando a Drennan ya le había sido adjudicada la obra, Star Paving Co. revocó su oferta, alegando la imposibilidad de mantener el precio de la subcontrata inicialmente ofertado. Para poder cumplir el compromiso adquirido con la Administración, Drennan se vio obligado a concertar esa parte de la obra con un nuevo subcontratista, a un precio superior (11.000 E), que, naturalmente, empeoraba su posición en el contrato administrativo. Estimando la demanda interpuesta por Drennan frente a Star Paving. Co., el Tribunal - además de reconocer a Drennan el derecho a una indemnización de unos 4000 \$, correspondientes a la diferencia entre el precio estipulado en la oferta revocada y la que hubo de ser aceptada al otro subcontratista para poder cumplir con el contrato administrativo - dejó sentada la regla, más tarde generalizada por el *Rest., 2d.* (§87 [2]). Para más información sobre la regla y sobre la jurisprudencia relativa a ella, FARNSWORTH, 1999b, pp. 185 y s.s., y, asimismo, *Permissory Estoppel and Detrimental Reliance* (2015).

entonces tenerse en cuenta el posible significado autónomo<sup>130</sup> de los actos, que propicia la aplicación de la ya expuesta regla de la interpretación *objetiva* o *razonable* (*supra* art. 2º).<sup>131</sup>

Por otra parte, también pudieran llegar a ser valoradas como "rechazo" aquellas clases de aceptación que no sirven para articular el contrato (*infra* epígrafe siguiente), particularmente la aceptación efectuada bajo reserva o condición.

Finalmente, aunque comúnmente se acostumbra a señalar que la oferta que ha sido rechazada, deja, por extinguida, de ser susceptible de aceptación,<sup>132</sup> hay que puntualizar que el efecto extintivo del rechazo es relativo. Por tanto, si la oferta se ha dirigido a una pluralidad de destinatarios (particularmente, en los casos en que la oferta al público o *ad incertam personam* pueda llegar a ser considerada verdadera oferta: arts. 6.2. y 6.3. PTA), el rechazo de alguno de ellos solo extingue la oferta respecto a él, pero no respecto a los restantes, quienes siguen teniendo, por tanto, posibilidad de aceptarla.

### c. La aceptación

La aceptación es la declaración que manifiesta asentimiento o conformidad a la oferta esto es, a la propuesta de vincularse mediante contrato.<sup>133</sup> Por tanto, por perseguir, como ésta, el establecimiento de ese efecto jurídico requiere, igual que ella, la ya aludida intención de vincularse (*supra* art. 2º), por lo que - como es igualmente exigible a la oferta - tampoco la aceptación podrá formularse de modo impreciso, reservado, condicionado o incompleto.<sup>134</sup> Solo si el asentimiento a la propuesta de vincularse mediante contrato es serio y firme, podrá quedar concluido éste mediante la aceptación, sin necesidad de una nueva conducta del oferente (esto es, sin necesidad de que la aceptación haya de ser, a su vez, aceptada).<sup>135</sup>

Con todo, pese a definirse la aceptación como "asentimiento", ha de tenerse en cuenta que, nuestra Propuesta admite - en sintonía con los textos del Derecho contractual armonizado<sup>136</sup> - que incluso una aceptación modificativa del contenido de la oferta pueda llegar a concluir y formar el contrato (*infra* art. 11). Debe, por ello, desecharse, al menos con carácter general, la precedente concepción de la aceptación como "adhesión",<sup>137</sup> esto es, como calco o mera reproducción de la oferta. Como se verá,<sup>138</sup> sí, se permite que el contrato pueda llegar a concluirse incluso mediante

<sup>130</sup> Autónomo o desvinculado de la intención subyacente en la conducta realizada.

<sup>131</sup> La analizamos en el epígrafe 2 a), i) y ii).

<sup>132</sup> DÖRNER, 2007, p. 136.

<sup>133</sup> Uno de los preceptos más expresivos sobre la noción de aceptación es §24 *in fine Rest. 2d.*, que la describe como asentimiento al acuerdo propuesto y a la posibilidad de concluirlo mediante la propia declaración

<sup>134</sup> La STS, Civil, Sec. 1ª, 30.5.1996 (Ar 3864), FJ 2º, exige a la oferta y a la aceptación el mismo grado de seriedad y firmeza en cuanto a la intención de vincularse.

<sup>135</sup> Asimismo, sin necesidad de nueva actividad del aceptante. Así, p. ej., no habría aceptación si el asentimiento a la oferta que se dirige al oferente se supedita "a ulterior ratificación por nuestros órganos directivos" (se incluye este ejemplo en el comentario al art. 2.1.6 PUNIDROIT, p. 43).

<sup>136</sup> *Infra* epígrafe 3.2 c).

<sup>137</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1981, p. 261.

<sup>138</sup> Lo expongo respecto a la *aceptación modificativa*.



una aceptación modificativa, es por presumirse el carácter no sustancial de las modificaciones a la oferta introducidas por la aceptación.<sup>139</sup>

En cuanto a sus requisitos, sí lo hay de tiempo, pero, con carácter general, no de forma. Así, es, en efecto, relevante el tiempo para aceptar, pues solo es apta para concluir el contrato la aceptación que recaer dentro del plazo previsto para aceptar, ya se trate de aquél señalado por la oferta o de aquél en que quepa razonablemente esperar que la aceptación recaiga (compárese con nuestro art. 10.1.).

Si hay propósito de quedar vinculado o sujeto al contrato mediante la aceptación, es, en cambio, irrelevante su forma. La aceptación - al igual que, en definitiva, el propio contrato (*supra* art. 4.1. PTA)<sup>140</sup> - no está sujeta a especiales requisitos de forma, de no haberlos impuesto el oferente.<sup>141</sup> Tampoco se exige o espera que la aceptación se realice bajo la forma o por el medio expresivo empleados por la oferta.<sup>142</sup>

Partiendo de esa libertad expresiva y, sobre todo, tomando como base la regla relativa a cómo se establece si hay intención de contratar (art. 2º. PTA), nuestro artículo contempla la posibilidad de que la aceptación se efectúe mediante actos, que, usualmente, son de ejecución o cumplimiento del propio contrato ofrecido o propuesto (*v. gr.*, el envío o remisión de los géneros solicitados o el comienzo de la obra encargada). En cuanto a ellos y a su interpretación, es obligado ceñirse al ya expuesto principio de "interpretación objetiva o razonable" (art. 2º).<sup>143</sup> Por otra parte, habrá de tenerse asimismo en cuenta - como se verá<sup>144</sup> - la especialidad que, a efectos del momento de conclusión del contrato, suscita la aceptación por actos (art. 13.2).

#### **i. El valor del silencio y de la abstención**

---

<sup>139</sup> Siquiera sea con carácter minoritario, en nuestra jurisprudencia, algunas decisiones admiten que pueda llegar a constituir el contrato una aceptación modificativa. Una de las más expresivas al respecto es la STS, Civil, Sec. 1ª, 30.10.1995 (Ar 8352; MP: Teófilo Ortega Torres). En sus FFJJ. 1º y 3º., esa decisión tiene por concluido un contrato de compraventa (en contra del suministrador vendedor), pese a haber aceptado el comprador modificando la fecha de entrega propuesta.

<sup>140</sup> *Supra* epígrafe 3.2. a) (i). En cambio, cuando el contrato es solemne o está sujeto a una forma especial como requisito de validez, habrán de plegarse a ella tanto la oferta como la aceptación (*ex arts.* 176,2 y 178,3º. Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado).

<sup>141</sup> La oferta puede, en efecto, establecer que la aceptación haya de efectuarse bajo una determinada forma o empleando un específico medio expresivo, en cuyo caso el oferente se estaría reservando la facultad de rechazar como aceptación la declaración realizada bajo otra forma o por otro medio (compárese art. 1326 [4] CC italiano). Aun así, parece que, en caso de duda, los usos del tráfico tienden a interpretar tales exigencias de forma o de medio expresivo antes como sugerencia que como imposición.

<sup>142</sup> Sirve a título de ejemplo la STS, Civil, Sec. 1ª, 23.3.1988 (Ar 2422), cuyo FJ 4º admite que, aun habiéndose realizado la oferta mediante escritura pública, el contrato pueda llegar a concluirse mediante una aceptación efectuada por actos.

<sup>143</sup> Nos remitimos asimismo a lo indicado en el epígrafe 2.1. b).

<sup>144</sup> *Infra* en el epígrafe relativo al *Momento de conclusión* del contrato.

En materia de aceptación, resulta imprescindible pronunciarse sobre el valor del silencio y de la abstención como posibles manifestaciones de asentimiento a una propuesta de contratar. En cuanto a esta cuestión, hemos optado por codificar una consolidada tendencia jurisprudencial de reacción u oposición a prácticas comerciales que se generalizaron durante una determinada época,<sup>145</sup> pero que acabaron siendo percibidas como desleales, por constreñir la libertad de contratar del destinatario de la oferta. De conformidad con la aludida jurisprudencia<sup>146</sup> y asimismo con las reglas del Derecho contractual armonizado (art. II-4: 204 [2] DCFR), se trata de negar que pueda asignarse al silencio y a la abstención o conducta omisiva del destinatario de la oferta valor de aceptación, sobre todo con miras a evitar - a la vista de la práctica referida - que el oferente pueda considerarse legitimado a remitir al destinatario que calla géneros no solicitados (art. 41.2 LOCM y art. 66 quater, apdo. 1., 2 LGDCU).

Ahora bien, a la vez que persigue erradicar esa práctica desleal, el precepto que proponemos (art. 9.2. PTA) quiere asimismo reconocer que hay casos en que sí es admisible asignar al silencio valor de aceptación. Será así cuando la propia voluntad de las partes o bien una disposición normativa le hayan atribuido previamente ese valor declarativo.

En efecto, el silencio puede llegar a valer como aceptación sí, por previa convención entre las partes, éstas han decidido asignar ese valor al silencio o a la abstención de una de ellas.<sup>147</sup> En casos muy específicos, cabe también que quien después va a callar o a abstenerse haya atribuido unilateral y anticipadamente ese valor positivo a su silencio.<sup>148</sup>

Pero, en rigor - adoptando también a estos efectos la ya aludida posición "conductista" (art. 2º. PTA)<sup>149</sup>- hay que tener en cuenta que, más que la voluntad de las partes, es su propio comportamiento (al margen de la intención subyacente en él) el que puede llegar a conferir ese valor de aceptación a su silencio. Como admite incluso la jurisprudencia española, el propio curso o estilo de la relación entre los contratantes, esto es, las prácticas que previamente hayan podido quedar establecidas entre ellos (el llamado *course of dealing*),<sup>150</sup> puede dar lugar a que el silencio o la abstención de alguno de ellos hayan de ser interpretados en sentido positivo.<sup>151</sup>

Por último, el valor positivo del silencio o de la abstención puede fundarse también tanto en los

---

<sup>145</sup> Particularmente, durante las décadas de incipiente consumismo del pasado s. XX (los años sesenta y setenta).

<sup>146</sup> Por muchas otras, STS, Civil, Sec. 1ª., 26.2.1994 (Ar 1198; MP: Alfonso Villagómez Rodil), en su FJ 3º.

<sup>147</sup> Así, p. ej., en el caso de la STS, Civil, Sec. 1ª, 3.12.1993 (Ar 9494; MP: José Luis Albácar López), las partes habían convenido que el silencio del concesionario de una opción de compra se reputaría positivo, de manera que el transcurso del plazo de ejercicio de la opción, sin rechazarla o desistir de ella, equivaldría a su ejercicio por el optante, con correlativa obligación del optatario de cumplir su compromiso de venta (FJ 5º. de la STS citada).

<sup>148</sup> P. ej., se considera que quien formula una invitación a hacer ofertas y posteriormente las recibe, las estará aceptando, si calla o no las rechaza expresamente (DCFR *Full Edition*, comentario art. II-4: 204, p. 338); asimismo, DÖRNER, p. 136).

<sup>149</sup> *Supra* epígrafes 2.1. a) y b).

<sup>150</sup> Sobre el valor que asignamos a ese criterio a otros efectos, *supra* epígrafe 2.1. b) y nota 30.

<sup>151</sup> STS, Civil, Sec. 1a, 18.10.1982 (Ar 5560; MP: Rafael Casares Córdoba, último *considerando*) y, sobre todo, STS, Civil, Sec. 1a., 10.6.2005 (Ar 4364; MP: Jesús Corbal Fernández), FJ 4º.

usos del tráfico<sup>152</sup> como en la propia ley. Sin ir más lejos, en nuestra PTA, incluíamos reglas, donde por omisión de un previo deber o carga de actuar, impuesto legalmente a alguna de las partes, se atribuye a la conducta omisiva de aquel que hubiera debido o podido actuar valor de asentimiento o de conformidad con la declaración o la conducta ajenas. Se trata, además, de una abstención que puede llegar a desembocar en la conclusión del contrato, tal y como reflejan supuestos significativos de nuestra PTA (así, por ejemplo, en caso de aceptación tardía [art. 10.2.], de aceptación modificativa [art. 11.2], de escrito de confirmación comercial [art. 11.3 *in fine*] y de conflicto de formularios [art. 12.2. b)] PTA).

## ii. El plazo para aceptar. La aceptación tardía

Otra cuestión a resolver es la aptitud de una aceptación tardía para llegar a formar o concluir el acuerdo.

La regla inicial es que la aceptación solo puede ser eficaz, si su *llegada* al oferente (art. 10.1. PTA)<sup>153</sup> tiene lugar dentro de un plazo, ya sea dentro del plazo para aceptar que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad (y de la consiguiente libertad para configurar el contenido de la oferta), haya querido señalar el propio oferente o, subsidiariamente, dentro del plazo en el que, razonable o previsiblemente, pueda esperar el oferente que ha de llegarle la aceptación. A esos efectos, reviste valor orientativo - además del proceso negociador o las precedentes relaciones entre las partes (el llamado *course of dealing*)<sup>154</sup> - el medio elegido por el oferente para comunicar su declaración. Pese a ser, por lo general, libre tanto la forma expresiva como el medio de remisión de la aceptación,<sup>155</sup> en el tráfico acostumbra a esperarse que el destinatario de la oferta opte por medios de comunicación análogos o, al menos, congruentes con el elegido por el oferente para remitírsela<sup>156</sup> (p. ej., si el oferente se sirvió de medios tan inmediatos como el *fax* o el correo electrónico, no parece poder exigírsele haber de esperar a la llegada una aceptación remitida por correo ordinario).<sup>157</sup>

La última proposición del art. 10.1. PTA adapta la regla inicial expuesta - concebida fundamentalmente para la aceptación efectuada mediante una declaración y por escrito - a la aceptación efectuada o inferida de actos, estando, además, especialmente pensada para aquellos casos (los del art. 13.2. PTA) en que esa conducta de aceptación ni siquiera ha de ser comunicada

<sup>152</sup> STS, Civil, Sec. 1a. 10.6.2005 (Ar 4364), FJ 4º.

<sup>153</sup> Por tratarse de declaraciones de voluntad recepticias, tanto la oferta como la aceptación han de ser notificadas o comunicadas a sus destinatarios. En cuanto al modo de entenderse producida la necesaria comunicación, se manejan en la dogmática del negocio jurídico diversas alternativas. Alineándose con los textos del Derecho contractual armonizado o uniforme, nuestra PTA opta por el hito de la "llegada" de la declaración, cuyo significado explicamos *infra* en el epígrafe relativo al *Momento de conclusión del contrato*.

<sup>154</sup> Se habla de él tanto *supra* en el epígrafe 2.1. b) (sobre todo, nota 44), como en el epígrafe 3.2. c iii), relativo a - *La incompatibilidad entre condiciones generales de la contratación*.

<sup>155</sup> *Supra* epígrafe 3.2. c).

<sup>156</sup> DÖRNER, 2007, p. 137.

<sup>157</sup> Recuérdese que, aun antes de la conclusión del contrato, el oferente queda vinculado o sujeto por la oferta, sin poder revocarla, a partir del despacho o remisión de la aceptación y por todo el tiempo que reste hasta que, con la "llegada" de la aceptación al oferente, quede concluido y exista el contrato (arts. 7.1. y 13 PTA).

al oferente, por bastar la propia realización de la conducta para concluir el contrato. A la vista de tal posibilidad, el art. 10.1. exige que, para llegar a valer como aceptación, el acto en cuestión - al igual que se exige a la declaración de aceptación - se realice dentro del plazo señalado para aceptar o, en su defecto, dentro del plazo en que, atendidas las circunstancias (las mismas indicadas para la regla inicial), pueda esperar el oferente que le llegue la aceptación.

En cuanto a la "aceptación tardía", esto es, aquélla que *llega* al oferente cuando ya ha transcurrido el plazo previsto para aceptar (ya sea éste el señalado por el propio oferente o, a falta de él, aquél en que pueda razonablemente esperarse la llegada de la aceptación: art. 10.1.), no es apta en principio para concluir el contrato, siquiera sea porque requiere una nueva conducta o intervención del oferente<sup>158</sup> (arg. *ex art.* II-4: 207 [1] DCFR).<sup>159</sup>

No obstante, esa regla inicial sobre la aceptación tardía cuenta en nuestra PTA (art. 10.2.) con una destacada excepción, que tomamos del Derecho germánico (§149 BGB).<sup>160</sup> La excepción consiste en imputar al oferente el riesgo de la llegada tardía de la aceptación en aquellos casos en que pueda establecerse que el retraso es ajeno al autor de tal declaración de voluntad. Así, cuando de la propia declaración (p. ej., de la carta que la recoge) o de sus circunstancias (p. ej., del matasellos postal) pueda inferir el oferente que, por haber sido remitida tempestivamente y del modo adecuado, hubiera podido llegarle a tiempo la aceptación, ésta - pese al retraso y por no ser éste imputable al aceptante, sino al modo anómalo en que ha transcurrido la comunicación - será considerada apta para formar el contrato.

Siendo así, el oferente llegará a quedar vinculado contractualmente incluso por esa especie de aceptación (la aceptación tardía), a no ser que, tan pronto como la reciba, comunique al aceptante que su oferta está caducada. La última parte de la regla constituye, pues, uno de esos aludidos casos puntuales en que la infracción de una previa carga de actuar o pronunciarse acaba obligando a quien guarda silencio o se abstiene (art. 9.2. PTA)<sup>161</sup>

### iii. La aceptación modificativa del contenido de la oferta

Además de las normas propuestas - y ya examinadas - sobre el "acuerdo mínimo suficiente" (art. 3 PTA),<sup>162</sup> también las relativas a la "aceptación modificativa" (o que no es enteramente

<sup>158</sup> De ahí, que §150 (2) BGB califique de "nueva oferta" o contraoferta a la aceptación tardía.

<sup>159</sup> Como señalábamos al examinar la noción de aceptación, para que el asentimiento a la oferta constituya aceptación, es preciso que, mediante esa declaración, pueda quedar formado el contrato, sin necesidad de una nueva declaración o conducta del oferente. Por ello, por mucho que, de modo voluntarista, el art. II-4:207 (1) DCFR (y, con él, el art. 37.1. CESL) declare que la aceptación tardía sigue valiendo como aceptación, en rigor, no la hay, puesto que ese valor se supedita a que, una vez recibida, "el oferente, sin indebida demora, informe al destinatario [de la oferta] de que [su declaración] será tratada como una efectiva aceptación".

<sup>160</sup> Ese precepto, como muchos otros del BGB en materia de conclusión del contrato, está, a su vez inspirado por el ya citado Código de Comercio Pangermánico de 1869 (art. 319,2).

<sup>161</sup> Véase *supra* el epígrafe relativo al *Valor del silencio y la abstención*.

<sup>162</sup> Nos referíamos a este elemento como segundo hito del proceso constitutivo del contrato en los epígrafes *supra* 2. y 2.2.

coincidente con el contenido de la oferta) que vamos a examinar a continuación constituyen una segunda manifestación de la ya apuntada tendencia del Derecho contractual uniforme a restringir la autonomía de la voluntad de quienes negocian.<sup>163</sup>

En efecto, el Derecho contractual armonizado (y, con él, el art. 11 de nuestra PTA) abandona uno de los precedentes dogmas en materia de formación del contrato, la tradicional "regla del espejo", que propugna la más exacta coincidencia entre la oferta y la aceptación contractuales. En nuestra PTA, esa regla se enuncia como norma inicial o de partida (art. 11.1, 1ª proposición), pero - dada la entidad de las sucesivas excepciones - acaba adquiriendo un valor meramente testimonial.

Siguiendo a esa regla clásica y que ha venido siendo común a todos los sistemas jurídicos,<sup>164</sup> la aceptación que contuviese cualquier género de adiciones o modificaciones respecto al contenido de la oferta había venido siendo considerada tradicionalmente como una contraoferta. La regla en cuestión constituía la sublimación de la autonomía de la voluntad de los declarantes y, particularmente, del oferente (*master of his offer*),<sup>165</sup> a quien se pretendía conferir la máxima libertad para determinar el contenido contractual por ser él quien atribuye a otro el poder de crear un futuro contrato.<sup>166</sup>

No obstante, en los textos internacionales del Derecho contractual armonizado, la "regla del espejo" queda, si no invertida, sí sumamente erosionada, al constatarse, fundamentalmente por influencia del *UCC* (§2-207),<sup>167</sup> su incompatibilidad con la celeridad exigida por el tráfico mercantil. Es más, incluso fuera de él, la regla se revela insatisfactoria, por haberse comprobado empíricamente que, muy a menudo, los contratantes no supeditan la conclusión del acuerdo a la exacta y puntual incorporación al contenido contractual de todos los términos incluidos en sus respectivas declaraciones de voluntad. La premisa adoptada es, en definitiva, que las partes que negocian no suelen condicionar su intención de concluir el contrato a una meticulosa discusión sobre su contenido. Como se verá en el sucesivo epígrafe relativo al llamado "conflicto de

<sup>163</sup> *Supra* 1.

<sup>164</sup> Se trata de una regla compartida tanto por la tradición anglosajona como por la romanista. En el *common law*, la regla se encuentra todavía actualmente recogida en §§ 39 (1) y 58 *Rest. 2d*, pese a que el principal embate contra ella se ha producido dentro del propio *common law* norteamericano, en virtud de § 2-207 *UCC*, que, como señalamos en sede de *aceptación modificativa*, tanto ha influido en las normas sobre formación del contrato de los textos internacionales del Derecho contractual armonizado. En el Derecho civil continental, la plasmación legal más palmaria de la "regla del espejo" es §150 (2) BGB. Entre los códigos de la órbita francesa, solo la enuncia claramente el art. 1152 del Código civil de la República Argentina (1869), que sigue casi al dictado los postulados de la Escuela de la Exégesis francesa (art. 1152 cit.: "Cualquier modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato"). Aunque el CC español omitió verbalizar esa regla, la misma fue y sigue siendo aplicada por su jurisprudencia (entre otras, STS, Civil, Sec. 1ª, 26.3.1994 [Ar 1198; MP: Alfonso Villagómez Rodil], STS, Civil, Sec. 1ª, 30.5.1996 [Ar 3864] y STS, Civil, Sec. 1ª, 28.1.2000 [Ar 454]). Particularmente rígida se muestra la STS, Civil, Sec. 1ª, 7.6.1986 (Ar 3296; MP: Jaime Santos Briz), que, en su FJ 3º, ni siquiera admite la adición por el comprador de un plazo de entrega, omitido en la oferta del vendedor.

<sup>165</sup> Así lo describía el comentario oficial a §58 *Rest. 2d*.

<sup>166</sup> Para esa contemplación de la oferta como fuente de la legitimación para concluir el contrato que se confiere al destinatario de esa declaración, véase §24 *Rest. 2d*.

<sup>167</sup> Dicha influencia se reconoce explícitamente en DCFR (*DCFR Full Edition*, comentario al art. II-4:208, p. 353).

formularios”, esa premisa (y su consecuencia) se adoptan porque el proceso negociador observado y, ulteriormente, generalizado como regla<sup>168</sup> es el modo de contratar ágil e incluso acelerado propio de los profesionales o empresarios, quienes, al cerrar un puntual acuerdo, se encuentran ya incurso en una previa relación comercial duradera o de tracto sucesivo.

Se ha querido entonces evitar que el rigor y la mecánica imposición de la "regla del espejo"<sup>169</sup> acaben determinando que incluso diferencias insignificantes entre la oferta y la aceptación permitan a cada parte cuestionar con posterioridad la vigencia de un contrato que llegó, en realidad, a concluirse y a existir. Es, por ello, que, siguiendo a esos textos del Derecho contractual uniforme, el precepto que proponemos (art. 11.1., 2ª. proposición), además de permitir que pueda valer como aceptación la respuesta a una oferta que no altere sustancialmente su contenido, parte de la presunción del carácter no sustancial de esas discrepancias entre la oferta y la aceptación, máxime en aquellos casos en que la efectiva conclusión del contrato se haya visto confirmada por actos de cumplimiento o ejecución del acuerdo por parte de alguno de sus sujetos.<sup>170</sup>

La incorporación de esa presunción, que facilita la formación del contrato, supone renunciar deliberadamente a señalar apriorísticamente cuáles son las concretas modificaciones que, por su carácter sustancial, sí pueden llegar a impedir que el contrato quede concluido. Se ha considerado, pues, preferible renunciar al listado<sup>171</sup> del art. 19.3 CV, que, por establecer anticipadamente y de modo tan prolijo qué modificaciones al contenido de la oferta han de

---

<sup>168</sup> Esa observación de la realidad (o, al menos, de la parte de ella que representa el tráfico mercantil) la debemos a una determinada corriente de pensamiento jurídico: el llamado “realismo jurídico” norteamericano. Para una explicación didáctica de la posición del realismo jurídico americano en materia de formación del contrato, MURRAY (1971, p. 293). El propio Karl LLEWELLYN, principal artífice del UCC y padre intelectual de esa corriente, reconoce (1938, p. 11) que el cambio de óptica respecto a la aceptación modificativa resulta de la observación de la práctica: “*One finds the answer in those rules for counselling...rules which tell what to do, in the light of what judges will do...[Rules] settled, however, by experiment and experience, not, save within a single law-office, by authority...*” (también, pp. 8, 784 y 791). Guiados (sabiéndolo o no) por esa corriente *realista*, los textos del Derecho contractual uniforme han hecho suya la nueva regla en materia de aceptación modificativa. Así, p. ej., el comentario al art. II-4:209 DCFR (*DCFR Full Edition*, p. 354) justifica la solución adoptada en materia de conflicto de formularios partiendo de la premisa de que lo habitual será que las partes que negocian no supediten su intención de concluir el contrato a una laboriosa discusión sobre su contenido.

<sup>169</sup> Para una crítica de la regla desde el *common law*, LLEWELLYN, 1938., p. 30. Desde una perspectiva más procesal o práctica, HOWARD JENKINS, 2015, pp. 283-291.

<sup>170</sup> *DCFR Full Edition*, comentario al art. II-4:208, p. 351.

<sup>171</sup> Esa ha sido también la posición adoptada tanto por el DCFR como, anteriormente, por los PUNIDROIT y los PECL. Tal y como se señala en el Comentario oficial a estos últimos (LANDO, O. y BEALE, 2000, p. 43), además de que la lista de modificaciones sustanciales nunca podría ser exhaustiva, no tiene sentido enumerarlas, por cuanto, algunas de las que, en abstracto, puede parecer que desvirtúan la oferta, son valoradas como insustanciales por los usos del tráfico (así, p. ej., la adición de una cláusula arbitral en la declaración de aceptación). Sin embargo, el *CESL*, que es el texto más reciente del Derecho contractual armonizado, apartándose de sus antecedentes más inmediatos (particularmente, del DCFR) y alineándose con el art. 19.3 CV, restaura la lista de las modificaciones que, en concreto, se consideran sustanciales (cfr. art. 38.2 *CESL*).

estimarse sustanciales, acaba resucitando indirectamente la "regla del espejo".<sup>172</sup>

Se presume, en definitiva, que las modificaciones introducidas por la aceptación son compatibles o pueden sumarse al primitivo contenido de la oferta, adicionándolo, completándolo o aclarándolo. Solo aquellas modificaciones que, en el caso concreto, puedan llegar a ser valoradas como sustanciales o bien la oposición del oferente (ya sea anticipada, porque formuló su oferta como inmodificable, o posterior, pero inmediata a la recepción de la aceptación modificativa) llegarán a impedir la formación del acuerdo.

Debido a la referida presunción o presuposición legal, será, en definitiva, el oferente quien tenga la carga de limitar su propia vinculación, ya sea previamente, advirtiendo en la propia oferta que solo valorará como aceptación la respuesta enteramente coincidente con los términos de su oferta - lo que haría a su oferta condicional -<sup>173</sup>, o bien, una vez recibida la aceptación, objetando sin demora o dentro de un plazo razonable las adiciones o modificaciones introducidas por la respuesta a su oferta.<sup>174</sup>

Paralelamente, esa misma facultad debe reconocerse al destinatario de la oferta: si es él quien formula su respuesta como aceptación condicional, porque supedita su voluntad de concluir el contrato a la admisión por el oferente de las modificaciones que introduce, tampoco en ese caso llegará a poder formarse el contrato (art. 11.2. PTA).<sup>175</sup>

Una vez establecida la aptitud de la aceptación modificativa para llegar a formar o constituir el contrato (art. 11.2.), nuestra PTA contempla - sin propósito limitativo o excluyente - dos particulares casos de esa clase de aceptación: el llamado *escrito de confirmación comercial* (art. 11.3.) y la aceptación emitida por un profesional en el seno de un *conflicto de formularios* (art. 12) o incompatibilidad con el clausulado de condiciones generales de otro profesional. Como se verá, en este segundo caso, la aptitud de la aceptación modificativa para llegar a formar el contrato se

---

<sup>172</sup> El art. 19.3 CV es, en efecto, la regla más rígida o menos proclive a permitir la formación del contrato, ya que, a diferencia de las normas reseñadas en la nota anterior y de la nuestra (art. 11.1. PTA), establece cuáles son aquellas modificaciones introducidas por la aceptación que, considerándose sustanciales, impedirán que, por incompatibilidad con la oferta, llegue a existir el contrato. El precepto enuncia un detallado listado de elementos, atinentes tanto al objeto del contrato (precio, calidad y cantidad de mercaderías) como a su cumplimiento (pago del precio, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de cualquiera de las partes y reglas previstas para la resolución de las eventuales controversias entre ellas). El citado art. 19.3. CV no estuvo originariamente incluido en el Proyecto de Convención. Fue incorporado como concesión a las posturas más próximas a la exigencia clásica de plena coincidencia entre la oferta y la aceptación (UNCITRAL, 1978, pp. 91-92 y 145).

<sup>173</sup> Tal y como reconoce nuestra jurisprudencia, cuando la oferta es condicional, la aceptación modificativa no sirve para articular el contrato (FJ 3º. STS, Civil, Sec. 1ª, 7.6.1986, [Ar. 3296]).

<sup>174</sup> Entre nosotros, la STS, Civil, Sec. 1ª, 30.10.1995 (Ar. 8352), que es una de las pocas decisiones españolas que admite en abstracto que la aceptación modificativa pueda llegar a constituir el contrato, declara vinculado al oferente mediante esa clase de aceptación por no haber objetado oportunamente las modificaciones que introdujo el destinatario de la oferta (FJ 1º. y 3º de STS citada).

<sup>175</sup> Para ese tratamiento en paralelo de la oferta y de la aceptación, véase FJ 2º. STS, Civil, Sec.1ª, 30.5.1996: "[N]o pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra [oferta y aceptación] se hacen de un modo impreciso, reservado, condicionado e incompleto".



ve incluso reforzada, puesto que éste puede llegar a tenerse por concluido incluso si la incompatibilidad entre los respectivos clausulados o pliegos de condiciones generales de ambos profesionales es sustancial.

- El escrito de confirmación comercial

Aunque con eficacia solo para las relaciones entre profesionales o comerciantes, el precepto relativo al llamado *escrito de confirmación comercial* (art. 11.3 PTA) exceptúa dos de las reglas precedentes: en primer lugar y principalmente, la regla inicial sobre la aceptación modificativa (art. 11.1., 1ª. proposición); en segundo lugar y más indirectamente, también la regla relativa a la falta de valor del silencio como expresión de aceptación o asentimiento (art. 9.2. PTA).

La norma está pensada para casos en que, entre profesionales que ya han contratado, uno de ellos, queriendo puntualizar o dejar bien establecido el contenido del contrato celebrado antes de empezar a ejecutarlo, envía al otro una confirmación documental de la contratación efectuada, incluyendo en ella los términos que considera acordados y, usualmente además, los que tiene asimismo por implícitos en el acuerdo. Será también usual que, considerando innecesario ratificar lo que, además de estar ya acordado, se ha visto confirmado mediante ese escrito de su parte contractual, su receptor prescinda de manifestar un asentimiento expreso, por lo que el silencio del profesional o comerciante ante la recepción de esa clase de documento acostumbra a interpretarse como aceptación de su contenido. Es por ello que el profesional que se oponga a que el contrato se considere concluido en los términos consignados en el escrito de confirmación comercial tendrá la carga de pronunciarse objetando su contenido. En caso contrario, el contrato se tendrá por concluido en esos términos.

Pese a haber quedado incorporada tanto al *common law* norteamericano (§2-207 [2] UCC;<sup>176</sup> y, más indirectamente, § 69 [1] Rest. 2d.)<sup>177</sup> como a algunos de los textos del Derecho contractual armonizado, la regla es de origen consuetudinario. Tiene su origen en un uso mercantil, extendido tanto en Alemania<sup>178</sup> como en bastantes otros Estados europeos, donde se suele considerar que el receptor de una factura acepta los términos consignados en ella, a no ser que tras su recepción los objete expresamente sin demora.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> Aunque §2-207 (2) UCC no menciona al escrito de confirmación comercial, el *Comentario Oficial* al precepto lo reconoce como uno de los casos incluidos en él: "This text is intended to deal with two typical situations. The one is the written confirmation, where an agreement is followed by one or both of the parties sending formal memoranda embodying the terms so far as agreed upon and adding terms not discussed...".

<sup>177</sup> §69 (1) Rest. 2d no contempla el escrito de confirmación comercial, pero sí algunos casos de silencio positivo donde podría tener cabida la práctica asociada a ese documento (§69 (1) Rest. 2d, apdos. b] y c]).

<sup>178</sup> En Alemania, la regla llegó incluso a quedar codificada en §323 (19) del antiguo Código mercantil pangermánico (ADHGB, de 1861), muchas de cuyas normas sobre la conclusión del contrato acabaron, como ya se ha dicho (*supra* nota 114), siendo asumidas por el BGB. Pese a no haberlo sido ésta relativa al escrito de confirmación comercial, la jurisprudencia alemana atribuye igualmente valor positivo al silencio subsiguiente a la recepción de esa clase de escritos (MARCO MOLINA, 2008a, p. 52).

<sup>179</sup> Sobre la práctica comercial aludida en el texto, LANDO y BEALE, 2000, p. 187.



En congruencia con el origen mercantil de la regla, los preceptos que, como el nuestro, la incorporan la declaran ceñida a las relaciones entre profesionales, sin que quepa extenderla a las relaciones entre particulares y mucho menos a la relación entre un profesional y un consumidor, ya que no ha de esperarse del consumidor ordinario que, con el fin de comprobar si se ajusta al acuerdo preexistente, revise toda la documentación relativa a la contratación efectuada que le remita el profesional.<sup>180</sup>

Al silencio entre profesionales o comerciantes, sí cabe, en cambio, asignarle el indicado valor positivo de asentimiento o aceptación, puesto que la adopción de la presente regla implica que, legalmente, se les está imponiendo un previo deber (una carga) de pronunciarse o actuar: deben, en su caso, objetar las modificaciones o adiciones al contenido del primitivo acuerdo introducidas por el escrito de confirmación comercial.

Ahora bien, obsérvese que, tal y como puntualiza el propio tenor literal de nuestra regla,<sup>181</sup> ni siquiera entre comerciantes cabe considerar asentidas o aceptadas por silencio aquellas modificaciones o adiciones introducidas por el escrito de confirmación comercial que alteren sustancialmente el contenido del primitivo acuerdo. Quedan excluidas de la regla esa clase de modificaciones, porque, dada la entidad de la divergencia, el remitente del escrito no podía razonablemente esperar o confiar en que el receptor iba a asentirlas o aceptarlas.<sup>182</sup>

Se requiere, además, una última precisión, que tiene que ver con el estado de nuestro Derecho positivo: téngase en cuenta que la adopción de este precepto, tomado de esas regulaciones armonizadas o uniformes del Derecho contractual, pudiera entrañar distorsiones respecto a normas de nuestro Derecho positivo, relativas al valor de la documentación subsiguiente al contrato. Me refiero en concreto al art. 1224 CC, relativo a la escritura pública de reconocimiento de un precedente acto o contrato. Con arreglo a ese precepto, ni siquiera la escritura pública otorgada conjuntamente por ambos contratantes, relativa a un preexistente contrato entre ellos, hace "prueba" contra el primitivo tenor del acuerdo, si por exceso u omisión se "apartare" de él. Nuestra regla (art. 11.3. PTA) propone, en cambio, que alcance ese valor modificativo un documento que, además de que acostumbra a ser privado, ha sido otorgado unilateralmente por uno solo de los contratantes. Por ello, si nuestro Derecho llega algún día a hacer suya la regla armonizada o uniforme que proponemos,<sup>183</sup> convendría, para evitar distorsiones, o bien aclarar que las relaciones entre comerciantes se sustraen a la aplicación del art. 1224 o bien declarar que el art. 1224 CC se aplica sin perjuicio del valor que, entre comerciantes, pueda llegar a revestir un escrito de confirmación comercial.

- El valor de la aceptación modificativa en caso de incompatibilidad entre condiciones

---

<sup>180</sup> Así lo razona *DCFR Full Edition*, p. 360.

<sup>181</sup> Art. 11.3. PTA: "...contiene adiciones o modificaciones que [no] lo alteren sustancialmente [el acuerdo alcanzado]..."

<sup>182</sup> Lo confirman ENNECERUS *et al.* 1981, p. 184, nota 31. Por tanto, nunca podrán suponerse aceptados por silencio aquellos pactos o estipulaciones del escrito de confirmación comercial que sean de carácter sorpresivo, esto es, contrarios a los términos del intercambio que quepa considerar usuales en el sector al que pertenece el contrato.

<sup>183</sup> La PMOC (art. 1251,2) ya la ha incorporado.

generales de la contratación

El art. 12 de nuestra Propuesta se ocupa del llamado "conflicto de formularios" ("*battle of the forms*") y lo resuelve reforzando el valor de la aceptación modificativa (art. 11.1. PTA), ya que, pese al conflicto o disensión entre esos formularios o pliegos de condiciones generales de la contratación aplicados por cada uno de los profesionales contratantes, se determina que el acuerdo entre ellos se tiene igualmente por concluido.

La solución así adoptada debe mucho al §2-207 *UCC* y, por ende, al *realismo jurídico* americano subyacente en dicha norma. En efecto, tal y como propugnaba Karl Llewellyn, que es el más conspicuo representante de esa corriente de pensamiento jurídico y, a la vez, el principal impulsor del *UCC*, la regla es empírica, por cuanto se adopta por pura observación del habitual comportamiento en el tráfico de quienes contratan valiéndose de esos clausulados o formularios.<sup>184</sup>

La práctica observada y subyacente en dicha regla es el modo ágil de contratar entre comerciantes, a menudo, ya incursos en una previa relación de negocio, que concluyen un puntual acuerdo mediante el intercambio de órdenes de pedido y acuses de recibo o confirmaciones de suministro prerredactados e impresos de antemano.<sup>185</sup> Es característico, además, que cada uno de esos profesionales tienda a incluir en esos documentos las condiciones que más beneficien a su posición contractual (p. ej., mientras que el pliego de condiciones generales del vendedor o suministrador acostumbra a incluir cláusulas limitativas de la responsabilidad por demora, cumplimiento defectuoso o incumplimiento y a imponer al comprador breves plazos de reclamación, el pliego del comprador, además de prever plazos amplios de denuncia, tiende a mantener incólume la responsabilidad del vendedor).

La observación de ese comportamiento habitual en el tráfico permite establecer las premisas en las que se asienta, en definitiva, la regla que proponemos en nuestro art. 12:

- La primera es que, debido a ese estilo ágil e incluso acelerado a la hora de contratar, esos formularios usualmente no se leen.
- La segunda es que - según se constata igualmente<sup>186</sup>- no es en esos formularios o pliegos de condiciones generales donde se asienta el núcleo esencial de la voluntad contractual.
- Y, por fin, la tercera es que pese a la discrepancia entre las respectivas declaraciones de

---

<sup>184</sup> LLEWELLYN, 1938, p. 788.

<sup>185</sup> Solo se dejan espacios en blanco para incluir la cantidad, el precio y el plazo de entrega aplicables en el caso concreto.

<sup>186</sup> Sin ir más lejos, así lo constatan dos resoluciones de la Corte Internacional Arbitral de París (ICC), de 00 (sin fecha) 11999 y, sobre todo, de 00 (sin fecha) 41998. A tenor de esta última, "*une clause (standard)...est souvent rédigée à l'avance; même si elle est souscrite au même titre que toutes les autres clauses du contrat, elle ne fait, sauf indication contraire, l'objet ni de discussions, ni de négociation comme pour les clauses considérées comme essentielles et reflétant la véritable convention des parties*".

voluntad, que puede ser incluso sustancial, si existe frontal incompatibilidad entre los formularios, se mantiene la voluntad de cerrar el acuerdo, no solo porque estadística o mayoritariamente suele ser así, sino, además, porque, en muchos casos, esa voluntad queda confirmada por actos de cumplimiento, por mucho que, aun después de ellos, alguna de las partes quiera contestar la existencia del contrato al verse perjudicada por las condiciones generales de su contraparte.

Partiendo de tales premisas, se establece entonces la regla de que el contrato se considerará concluido en todo caso,<sup>187</sup> quedando neutralizados, esto es, excluyéndose recíprocamente los términos incompatibles de los respectivos formularios. La única consecuencia de la incompatibilidad, incluso sustancial, entre las condiciones generales incorporadas a la oferta y las incorporadas a la aceptación es que entonces los términos incompatibles no llegarán a formar parte del contenido contractual.

Esos términos o condiciones incompatibles y, por ello, expulsados del contenido contractual, serán sustituidos, mediante una actividad judicial de integración del contrato,<sup>188</sup> por los que resulten de los índices legales de integración.

A este respecto, conviene dejar constancia de que la tradicional apelación de los códigos continentales "a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258 CC), se reemplaza en los textos internacionales del Derecho contractual armonizado (una vez más, por influencia del Derecho comercial norteamericano §1-303 UCC) por índices legales de integración más precisos y presumiblemente más próximos a la voluntad de los contratantes. Así, pese a la función integradora que, en tales textos, se sigue reconociendo a la buena fe y a las normas del Derecho dispositivo o supletorio, se recomienda integrar las eventuales lagunas contractuales creadas por la eliminación de las condiciones generales incompatibles examinando primariamente (arts. II-8:102 DCFR, 5:102 PECL y 4.3 PUNIDROIT)<sup>189</sup> las prácticas que hayan podido quedar establecidas entre esas mismas partes, incluyendo las del período de negociación (*course of dealing*), los actos de cumplimiento de alguna de ellas que no hayan sido contestados por la otra (*course of*

---

<sup>187</sup> La regla relativa al conflicto de formularios se perfila, pues, como excepción a la precedente regla relativa a la aceptación modificativa (*supra* art. 11.1. PTA), que no permite la formación del contrato en caso de discrepancia o incompatibilidad sustancial entre la oferta y la aceptación.

<sup>188</sup> Análoga a la que realiza, p. ej., el juez llamado a integrar aquel contrato de consumo de donde han de eliminarse cláusulas abusivas o perjudiciales para los derechos del consumidor contratante (art. 83.2. LGDCU).

<sup>189</sup> Pese a que la PMOC (art. 1252,1) se mantiene aferrada a los índices - por así llamarlos - "clásicos" del CC español (art. 1258 CC: "la buena fe, el uso y la ley", acogidos también en el art. 1243 PMOC), los textos internacionales del Derecho contractual armonizado han evolucionado hacia índices de integración menos abstractos y que son equivalentes a los tres básicos de §1-303 UCC norteamericano (*supra* nuestra nota 44: "course of dealing (o actos de relación entre las partes, incluidos los del proceso de negociación), usage of trade" (o uso propio del sector económico o comercial al que pertenece el contrato) y "course of performance" (o modo de ejecutar el contrato uno de los contratantes, siempre que no haya sido objetado por el otro). A diferencia de la PMOC, el DCFR sí incluye esos índices de integración alternativos junto a los clásicos del Derecho continental (*DCFR Full Edition*, comentario al art. II-4:209 DCFR, pp. 356-357).

*performance*)<sup>190</sup> y los usos imperantes en el sector comercial al que pertenece el contrato (*usage of trade*).<sup>191</sup>

La regla de partida es, pues, que pese a la incompatibilidad, incluso sustancial, entre los formularios o pliegos de condiciones generales de cada parte, el contrato entre ellas se tiene por concluído y, por tanto, existente. Aun así, se reconoce a aquella de las partes que se oponga a la conclusión del contrato, sin una exacta o completa inclusión en él de las propias condiciones generales, la facultad de impedir que quede concluído. Pero, para ello, deberá, según prescribe nuestro art. 12.2.:

- O bien haber manifestado por anticipado (esto es, antes de que la otra parte haya remitido su pliego o formulario de condiciones generales) la voluntad de no vincularse contractualmente, si no es bajo las propias condiciones generales, esto es, con plena incorporación al contrato de los términos propuestos por la respectiva oferta u aceptación.

- O bien realizar tal manifestación inmediatamente o sin demora después de recibir las condiciones generales de la otra parte<sup>192</sup>

En ambos casos, tal manifestación o declaración debe ajustarse a un requisito ineludible: además de ser expresa, deberá ser específica, esto es, confeccionada precisamente con la finalidad de hacer esa comunicación a la otra parte.<sup>193</sup> Lo que en ningún caso es admisible – y es precisamente lo que quiere evitarse – es que ese propósito de supeditar la conclusión del contrato a la incorporación de las propias condiciones generales solo se comunique a la otra parte mediante la remisión de un formulario, ya que es justo ese proceder (la muda insistencia de cada parte en el propio formulario o pliego de condiciones generales) lo que determina el llamado "conflicto de

<sup>190</sup> El recurso a los referidos índices alternativos de integración contractual es reconocido sin excesivas dificultades por nuestra jurisprudencia, que tiene en cuenta esos actos de relación entre las partes como "actos" anteriores y posteriores al acuerdo contractual (art. 1282 CC) que sirven para reconstruir su intención a los efectos de determinar, de una parte, si quisieron dar existencia al contrato (STS, Civil, Sec. 1ª, 20 mayo 1996, f. j. 5º. [Ar. 3793]). De otra parte, se asigna a esos mismos actos preparatorios y de cumplimiento del contrato el valor integrador del contenido contractual que señalamos en el texto (así, p. ej., SAP Castellón, Civil, Sec.1ª, 30.12. 2000 [JUR 242364; MP: Aurora De Diego González] FJ 4º).

<sup>191</sup> Sobre el valor del uso o "práctica generalizada y uniforme" como "fuente integradora del contrato", considerando 3º. STS, Civil, Sec. 1ª, 10.10.1980 (Ar 3623). Con todo, cabe hacer depender ese valor normativo del uso del tráfico de determinados requisitos, como los que son exigidos por el art. 9.2. CV.

<sup>192</sup> Esto es, se admite asimismo realizar tal manifestación en un momento en que, de no ser por la incompatibilidad entre las condiciones generales de cada parte, el acuerdo pudiera considerarse ya concluído o formado, dada la coincidencia entre la oferta y la aceptación en todo lo demás. Por ello, el art. 11.2. b) establece que esa oposición a la conclusión del contrato debe efectuarse "sin demora desde que se produjo el acuerdo", lo que nos lleva a la paradoja de un acuerdo que, debido a la oposición de una de las partes, no llega a valer como contrato. Recurren a fórmulas análogas a la nuestra el art. 1252,2 PMCCOC, art. 2:209, apdo. 2. b) PECL y art. 2.1.22 PUNIDROIT.

<sup>193</sup> En cambio, el art. 1252,2 PMCCOC omite ese requisito esencial de los textos del Derecho contractual armonizado: la exigencia de una oposición "explícita" a la conclusión del contrato, para lo cual esa declaración de oposición tendrá que haberse confeccionado y expresado *ad hoc* y no meramente mediante condiciones generales.

formularios".

En definitiva, lo que se pretende evitar es que cada parte impida la conclusión del contrato mediante una fórmula *standard* incluida en el propio clausulado haciendo saber que cualquier acuerdo solo se entenderá concluido incluyendo íntegramente las propias condiciones generales. Por el contrario, lo que se pretende es que cada profesional o comerciante que se oponga a la conclusión del contrato sin incorporación del propio clausulado se tome la molestia en el caso concreto de hacerlo saber a la contraparte mediante una declaración especialmente confeccionada al efecto.

Si no se observa esa exigencia de la oposición expresa y, además, específica, el contrato se tendrá por concluido y existente en todo caso, excluyéndose recíprocamente de él las condiciones generales incompatibles de cada parte, que – como hemos avanzado – serán suplidas mediante los aludidos índices legales de integración o suplencia de las lagunas contractuales.

### 3.3 El momento y el lugar de la conclusión del contrato

#### a. El momento

En cuanto al momento en que deba tenerse por concluido el contrato, proponemos una regla general (art. 13.1. PTA) y una regla especial (art. 13.2.), relativa a los contratos que se han formado en virtud de una aceptación consistente en una conducta.

Apartándonos de los vigentes arts. 1262,3 CC y 54,2 CCom, prescindimos, en cambio, de la regla particular relativa a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos. Lo hacemos así, de una parte, porque esa regla está ya contemplada en su legislación especial (arts. 23 y s.s. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico)<sup>194</sup> y, de otra, por no ser ése el único caso de contratos celebrados utilizando dispositivos técnicos o mecánicos (p. ej., también ha de tenerse en cuenta la venta automática, prevista en los arts. 49 y ss. LOCM,<sup>195</sup> y la contratación telefónica incluyendo condiciones generales de la contratación, objeto del RD 1906/1999, de 17 de diciembre).<sup>196</sup>

Entre los efectos que, en general, van asociados a la conclusión del contrato el sustancial es -

---

<sup>194</sup> En realidad, a los citados preceptos de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (LSSI) (BOE núm. 166, de 12.7.2002), más que el momento de conclusión del contrato, parece preocuparles la prueba o demostración del hecho de la celebración y la consiguiente existencia del contrato (arg. ex art. 25 Ley 34/2002).

<sup>195</sup> Recientemente derogados (por ahora, sin regulación alternativa) por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>196</sup> Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. El citado RD ha quedado igualmente derogado por la disposición citada en la nota anterior, que tampoco a este respecto prevé regulación alternativa (véase, aun así, la nueva redacción que confiere a los arts. 92 y ss LGDCU).

como ya se ha dicho<sup>197</sup> - el nacimiento de la vinculación contractual o la sujeción de ambos contratantes al contrato celebrado (art. 1258 CC). La principal consecuencia de esa sujeción es la imposibilidad de desistir o desligarse unilateralmente del contrato, a reserva de la facultad de desistimiento atribuida al contratante consumidor por la legislación especial de consumo y sin perjuicio de la facultad de desistimiento unilateral legalmente reconocida a uno solo de los contratantes en algunos específicos tipos contractuales (así, p. ej., en la compraventa, al comprador [art. 1460,2], y, en el arrendamiento de obra, al comitente o arrendatario de la obra [art. 1594]).

Muchos otros efectos jurídicos toman como punto de partida o, al menos, de referencia el momento de la conclusión del contrato. Así, por ejemplo, la obligación accesoria de entrega de los frutos de la cosa (art. 1095 CC); los daños derivados del incumplimiento, que, en el caso de las obligaciones contractuales, son los previstos o previsibles al constituirse la obligación (arts. 1107 CC y 74 CV); la certeza del precio, al que se exige que sea, cuando menos, determinable al concluirse el contrato (art. 1447 CC), salvo en el caso de la compraventa internacional, donde se considera implícito el de mercado (art. 55 CV); el riesgo de los bienes objeto del contrato, que, tratándose de cosas ciertas y determinadas, se desplaza del vendedor al comprador en ese mismo momento (art. 1452 CC); y, por fin, la posible detección o reconocimiento de los vicios (materiales o jurídicos: arts. 1483 y 1484 CC y 42.1. CV) por el comprador así como la de la falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato (art. 116.1. c] LGDCU y art. 35.2. b] CV) se valoran en el momento de la conclusión del contrato.

#### **i. La regla general: la objetiva cognoscibilidad de la llegada de la aceptación al oferente**

Por ser el contrato un negocio estructuralmente bilateral o formado por dos - o, eventualmente, más de dos<sup>198</sup> - declaraciones de voluntad, su conclusión requiere que sea, a su vez, “perfecta” (existente jurídicamente) cada una de esas declaraciones que lo forman. Como en la contratación entre ausentes la aceptación es la segunda en el tiempo de las declaraciones de voluntad contractuales, su perfección determina la del propio contrato. Por eso, como declara la regla propuesta (art. 13.1. PTA), el contrato queda concluido o formado en el momento en que llega a ser perfecta la aceptación, porque es en ese momento cuando tiene lugar el acuerdo o concurso de voluntades.<sup>199</sup>

Por ser tanto la oferta como la aceptación declaraciones de voluntad recepticias, para que existan, no basta su sola emisión, sino que es preciso que sean conocidas por el respectivo destinatario.

---

<sup>197</sup> *Supra* en el epígrafe 2.1.

<sup>198</sup> Sobre el contrato multilateral, *supra* nota 11.

<sup>199</sup> Tal y como se desprende del FJ. 4º. de STS, 1ª, 10.10.1980 (Ar. 3623) y, sobre todo, del FJ 2º, 3º y 4º de la STS, Civil, Sec. 1ª, 26.3.1993 (Ar. 2395), cuando el contrato no es formal o solemne, el momento de su conclusión es, en efecto, el del concurso de voluntades, de manera que la escritura pública que ulteriormente lo documente para dotarlo de superior eficacia no modifica ese momento o fecha de conclusión.

Sobre este punto, coinciden ahora los actuales arts. 1262,2 CC y 54,1 CCom.<sup>200</sup> No obstante, acogiendo tanto una precedente opinión doctrinal<sup>201</sup> como asimismo una asentada línea jurisprudencial,<sup>202</sup> ambos preceptos limitan la referida exigencia de conocimiento. Así, a diferencia del anterior art. 1262,2 CC, ha dejado de exigirse el efectivo conocimiento de la aceptación por el oferente, ya que, para evitar que quede en sus manos la efectiva toma de conocimiento de la recíproca declaración de aceptación<sup>203</sup> (y, con ella, el momento de conclusión y existencia del contrato), el vigente Derecho español se conforma con que, habiéndosele remitido la aceptación, no pueda ignorarla el oferente "sin faltar a la buena fe".

Por tanto, habrá de considerarse perfecta la aceptación y, con ella, el propio contrato desde el momento en que el oferente tenga objetiva posibilidad de conocerla, posibilidad usualmente asociada al ingreso o llegada de esa declaración a su círculo o ámbito propio (el lugar de su domicilio o sede profesional).

Ésa es también la regla que, en cuanto al momento de conclusión del contrato, adopta nuestra PTA, sintonizando, además, dicha regla con las que, respecto a la perfección de las declaraciones de voluntad en general, adoptan los textos del Derecho contractual armonizado. Tomando como paradigma el más reciente de ellos, el *CESL* (art. 10),<sup>204</sup> "las notificaciones surtirán efecto cuando lleguen a su destinatario..." (art. 10.3. *CESL*), entendiéndose que esa "llegada" al destinatario se produce "cuando se entregue en el domicilio social del destinatario o, si carece de domicilio social, o si la notificación va destinada a un consumidor, en la residencia habitual del consumidor" (art. 10.4. b] *CESL*) o, en última instancia, "cuando [la "notificación"] se ponga a disposición del destinatario en tal lugar y de tal forma que sea razonable esperar que el destinatario tenga acceso a la misma sin demora indebida" (art. 10.4. d] *CESL*).

En definitiva, el primer apartado de nuestro art. 13 se propone subrayar que la aceptación que concluye el contrato queda perfeccionada cuando "llega" al oferente, entendiéndose que dicha "llegada" consiste en que la declaración remitida sea objetivamente accesible a ese destinatario.

## ii. La regla especial para el caso de la aceptación por actos

Como se ha avanzado al inicio del epígrafe, el segundo apartado de nuestro art. 13 contempla un caso especial, pero actualmente generalizado en el tráfico, que es el de la aceptación contractual efectuada, no mediante una declaración de voluntad verbal (oral o escrita), sino mediante una conducta, usualmente consistente en actos de cumplimiento o ejecución del contrato. Para que el acto o conducta en cuestión pueda ser valorado como aceptación, habrá que estar a las pautas

---

<sup>200</sup> Redactados ambos por la Disp. Ad. 4ª. de la Ley 34/2002, de 11 de julio. Con anterioridad a esa redacción común, el art. 54 CCom aplicaba un criterio diverso, pues para la conclusión del contrato mercantil entre ausentes se conformaba con la mera emisión de la aceptación.

<sup>201</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1981, p. 241.

<sup>202</sup> Por todas, STS, 1ª., 14.2.1995 (Ar. 837), f. j. 3º.

<sup>203</sup> P. ej., no abriendo o leyendo, pese a poder hacerlo, la carta que documenta la aceptación a la oferta de contrato.

<sup>204</sup> El precepto transcrito de *CESL* está claramente inspirado por los arts. 1: 303 (2) y (3) *PECL* y I-1:109 (3) y (4) *DCFR*.

interpretativas ya señaladas previamente y, especialmente, a la ya examinada regla de la interpretación *objetiva* o *razonable* (art. 2º. PTA).<sup>205</sup>

También para esa clase de aceptación, hay que partir de la regla inicial consistente en tener por concluido el contrato en el momento en que el oferente pueda tener noticia (art. II 4:205 [2] *DCFR* y, sobre todo, art. 2: 205 [2] *PECL*) u objetiva posibilidad de conocer la realización del acto que quepa valorar como asentimiento o aceptación del contrato propuesto. No obstante, en esos casos de aceptación por conducta, acostumbra a ser frecuente, sobre todo cuando el acto consiste en la propia ejecución del contrato, que el destinatario de la oferta quede dispensado de la necesidad de notificar su realización, ya sea por la voluntad (expresa o tácita) del propio oferente,<sup>206</sup> porque conforme a los usos del tráfico no es de esperar una declaración verbal de aceptación,<sup>207</sup> o bien, porque el previo curso de la relación entre las partes (las prácticas establecidas entre ellas) revela igualmente que podía prescindirse tanto de una declaración verbal de aceptación como de la notificación o comunicación de la realización de la conducta de cumplimiento.<sup>208</sup>

Cuando así ocurra, el contrato, de acuerdo con este art. 13.2. que proponemos,<sup>209</sup> habrá de considerarse concluido en el propio momento de ejecución de la conducta, incluso antes y con independencia de que el oferente tenga noticia de ella.<sup>210</sup> Ahora bien, tal y como resulta de la conjunción de este artículo con el precedente art. 10 PTA (relativo al *Plazo para aceptar*), para que la conducta pueda producir ese efecto, habrá de tener lugar dentro del plazo señalado para aceptar o, si no lo hay, en el tiempo en que razonablemente pueda esperarse que se efectúe la

---

<sup>205</sup> Con arreglo a ese criterio, el significado objetivo de un acto o la apariencia creada por él primarían sobre la intención o verdadera voluntad subyacentes en él.

<sup>206</sup> P. ej., si el oferente encarga con urgencia la remisión de algún género o mercadería, cabe entender que renuncia a una declaración verbal de aceptación previa al envío de los géneros, de manera que la propia remisión de los mismos habrá servido para que quede concluido el contrato. Por tanto, si el destinatario de ese encargo o pedido urgente lo atiende inmediatamente, remitiendo sin dilación los géneros solicitados, su conducta, sin necesidad de expresa declaración de aceptación, habrá determinado la conclusión del contrato, privando así al oferente de la posibilidad de desdecirse de su encargo, incluso si tal revocación se efectúa antes de haber tenido el oferente noticia del envío de los géneros (así, en el ejemplo propuesto por HONNOLD, 1999, p. 177).

<sup>207</sup> A este respecto, el tráfico brinda múltiples ejemplos. De ellos, serían los más comunes comenzar la reparación de cosas que se enviaron para ser reparadas, preparar o tener preparada la habitación de hotel reservada o la realización de la operación bursátil encargada. Como, en suma, señala ENNECERUS (1981, p. 269), esa clase de aceptación y la dispensa de comunicarla es propia de negocios que se acostumbran a hacer rápidamente.

<sup>208</sup> Lo evidencia una Sentencia de la *Cour d'Appel Grenoble*, 21.10.1999, dictada en aplicación del art. 18 CV (asunto *Sté Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International*). Dicha resolución dirimía el litigio suscitado por una venta de zapatos que supuestamente debía manufacturar y suministrar una empresa española a otra francesa; a la pretensión de indemnización por incumplimiento contractual de esta última, opuso aquélla la inexistencia de contrato por falta de aceptación expresa de las órdenes o pedidos que le dirigía su parte contractual. Desestimando tal alegación, el Tribunal condenó por daños a la demandada, por entender que, a lo largo de años, se había consolidado entre ambas empresas una práctica consistente en atender o servir los pedidos sin aceptación verbal alguna.

<sup>209</sup> La regla propuesta se inspira sustancialmente en el art. 18.3. CV y ese precepto de la Convención está inspirado a su vez por §151 BGB.

<sup>210</sup> Por tanto, el contrato se considera concluido al ejecutarse el acto, incluso si el oferente solo llega a tener noticia de él después.



aceptación.<sup>211</sup>

b. *El lugar de conclusión del contrato*

### i. Regla general

Como regla general relativa al lugar de celebración del contrato, ha parecido preferible mantener la vigente en nuestro ordenamiento: tanto el CC (art. 1262,1 CC) como el CCom (art. 54,1),<sup>212</sup> reputan celebrado el contrato en el lugar en que fue realizada la oferta. Aun así, no puedo dejar de señalar que tal regla se asienta sobre algunos presupuestos que no tienen por qué ser exactos o verse enteramente confirmados por la práctica.

En dicha regla, subyace la presuposición de que el lugar en que se hace la oferta es también el lugar de "llegada" o recepción de la aceptación (el domicilio o sede profesional del oferente) y, por tanto, el lugar en que se produce el concurso de voluntades que determina la conclusión del contrato.<sup>213</sup> La regla se justifica entonces o bien por desconsideración de los casos en que el oferente realiza la oferta desde un lugar diverso al de la "llegada" de la aceptación, o bien, si es que éstos han sido considerados, desde una inevitable atribución de primacía a la posición del oferente, por ser él quien supuestamente asume la iniciativa en el proceso de conclusión del contrato<sup>214</sup> y por ser el autor principal del contenido contractual.<sup>215</sup> Esta última presuposición deja, pues, de lado los posibles casos de aceptación modificativa, que, en sintonía con los textos del Derecho contractual uniforme, incluimos en nuestra PTA (art. 11.1 y 3 y art. 12).

Por otra parte, la regla en cuestión no es imperativa: se trata de una mera presunción que cualquiera de las partes puede desvirtuar mediante prueba en contrario. A falta de dicha prueba, la regla es supletoria de la voluntad de los contratantes, si han omitido éstos la determinación de un lugar o discrepan - sin que haya prueba a favor de alguno de ellos - sobre dónde haya de estimarse celebrado el contrato.

En efecto, de no haberlo establecido ellos mismos, es necesario señalar el lugar en que haya de

---

<sup>211</sup> Una Sentencia del *Oberlandesgericht Dresden*, de 30.11.2010 (*Lingerie case*), dictada en aplicación de los arts. 18 y 21 de CV, confirma que, como cualquier otra aceptación, la aceptación por actos concluyentes sólo puede ser efectiva, si es tempestiva.

<sup>212</sup> En la redacción que les otorga la Disposición Adicional 4ª. de la Ley 34/2002.

<sup>213</sup> Aún más claramente que los actuales arts. 1262,1 CC y 54,1 CCom, lo traslucía el precedente art. 1262,2 CC: "La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que *llegó a su conocimiento*. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se *hizo la oferta*". Esto es, el precepto presupone que, siendo el domicilio o la sede profesional del oferente el lugar donde llegará a su "conocimiento" la aceptación (y, por ende, donde se concluirá el contrato), es allí también ("en tal caso") donde previamente se realizó la oferta.

<sup>214</sup> PUIG BRUTAU, 1988, p. 174, nota 14. Con todo, tal y como señalábamos en el epígrafe relativo a la *Noción de oferta*, pese a ser la oferta una propuesta de futuro contrato no por ello la iniciativa de contratar tiene que haber correspondido necesariamente al oferente, como ocurre, p. ej., en los casos en que quien acaba siendo aceptante le dirigió una anterior propuesta que, por la imprecisión de su contenido o de sus destinatarios, no cumplía los requisitos precisos para llegar a ser oferta.

<sup>215</sup> COCA PAYERAS, 1991, p. 454.

estimarse celebrado el contrato, como mínimo a dos efectos:

- Para resolver el eventual conflicto de leyes, esto es, la cuestión de la ley aplicable al contrato, en los casos en que fallan los puntos de conexión primarios o preferentes: así, a falta de elección de ley aplicable y de una nacionalidad o lugar de residencia que sea común a ambos contratantes, se aplicará a las obligaciones contractuales la ley del lugar de celebración del contrato (art. 10.5 CC). Además de regular su contenido, esa misma ley determinará también, en su caso, por imperativo del principio *locus regit actum*, a qué forma o solemnidades especiales está sometido el contrato en cuestión (art. 11.1. CC).

- En segundo término y, *de lege data* también solo secundariamente, para determinar el fuero judicial competente. Ha de tenerse en cuenta que la vigente LEC 1/2000 ya no incorpora un precepto específico sobre el fuero aplicable a las "acciones personales" (compárese el art. 62 de la precedente LEC 1881), con la consiguiente desaparición del "lugar del contrato" como fuero alternativo al domicilio del demandado en el caso de esa clase de acciones.<sup>216</sup> En la actual LEC, el principal papel que puede llegar a corresponder al "lugar del contrato" es como uno de los criterios que permiten establecer el fuero aplicable a las acciones o demandas (de cualquier clase) dirigidas contra personas jurídicas y entes colectivos sin personalidad (art. 51.1. LEC 1/2000).

## ii. Regla especial para los contratos de consumo

A la vista de la entidad de las excepciones que a continuación señalamos, la regla que hace coincidir el lugar del contrato con el lugar de realización de la oferta se hace casi residual. Son, no todas ellas, pero sí casi todas, excepciones relativas al contrato de consumo y, por ende, de carácter imperativo, ya que pretenden evitar que, sean cuales fueren la ley o el fuero judicial aplicables al contrato, puedan obviarse determinadas normas de protección del consumidor, tanto españolas como del Derecho comunitario europeo. Así:

- Desde el punto de vista de la ley aplicable al contrato, hay que tener en cuenta:

1º. El art. 4º. del Reglamento (CE) no. 593/2008, del Parlamento y del Consejo Europeos, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reg. "Roma I"),<sup>217</sup> que, a falta de elección de una ley aplicable por los propios contratantes, señala, para determinados tipos contractuales (entre otros, la compraventa de mercaderías, la prestación de servicios, el arrendamiento de inmuebles o el contrato de franquicia), puntos específicos de conexión que difieren o pueden diferir del lugar de realización de la oferta.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Art. 62.1. LEC 1881: "1. En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento."

<sup>217</sup> Dicho Reglamento se propone resolver con criterios uniformes los conflictos sobre ley aplicable al contrato que puedan suscitarse entre las legislaciones de los Estados miembros de la CE.

<sup>218</sup> Eventualmente, ese precepto puede llegar a ser aplicado a contratos de esa clase celebrados por un consumidor (art. 6.3. Reglamento "Roma I").

2º. El art. 3.2. de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC, que somete en todo caso al contrato que incorpora condiciones generales de la contratación, sea o no de consumo, incluso si se rige por una legislación extranjera, a la Ley española sobre CGC, "cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual..."

3º. El art. 6.1 del Reglamento "Roma I", que somete *prima facie* a los contratos de consumo en general (excepción hecha de los tipos contractuales enumerados en el art. 6.4.) a la ley del país de residencia habitual del consumidor, siempre y cuando dicha ley resulte ser también la ley donde el profesional contratante ejerza sus actividades o sea también, cuando menos, la ley de un país a donde el profesional dirija tales actividades.

4º. El art. 67.2. LGDCU, que sea cuál fuere la ley aplicable al contrato de consumo, mantiene la aplicación de las normas españolas de protección frente a cláusulas abusivas (arts. 82 a 91 LGDCU).<sup>219</sup> Aún así, para ello, es preciso que el contrato en cuestión mantenga una "estrecha relación" con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Uno de los criterios legales para establecer la existencia de ese vínculo es el del lugar donde el empresario ejerciere sus actividades; por esa vía, pudiera tener incidencia el lugar de "realización de la oferta", que es el criterio que proponemos como general o inicial sobre el lugar del contrato (art. 14 de nuestra PTA).

5º. El art. 67.3.LGDCU, que declara igualmente aplicables en todo caso las normas de protección del consumidor en materia de "garantías" (arts. 114-126 LGDCU),<sup>220</sup> siempre y cuando exista asimismo esa "estrecha relación" entre el contrato y la legislación española o de la CE. A esos efectos, el precepto incluye expresamente al lugar de celebración (total o parcial) del contrato, como uno de los criterios que determinan esa "estrecha relación".

6º. Finalmente, y también bajo el presupuesto de ese "vínculo estrecho" con el territorio de un Estado del Espacio Económico Europeo, serán en todo caso aplicables, esté o no sometido el contrato a la legislación española, las normas de protección del consumidor en materia de crédito al consumo (art. 5 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo).

- En igual o mayor medida, las normas procesales sobre competencia judicial pueden dar lugar a que el fuero judicial se determine por criterios ajenos al lugar de celebración del contrato (el lugar de realización de la oferta). Así:

1º. Con arreglo al art. 52.1., regla 7ª., de la LEC, la competencia judicial relativa al contrato de arrendamiento de inmuebles se rige por el lugar de situación de la finca arrendada, siendo

---

<sup>219</sup> En materia de condiciones generales de la contratación, la adversativa es distinta: no se trata de declarar aplicable su regulación (la de la Ley 7/1998, de 13 de abril) incluso si el contrato de consumo no está sometido a la legislación española, sino de mantenerla cuando, estando el contrato sometido a la legislación española, le sean aplicables otras normas "del Derecho común [español] aplicable a los contratos" (compárense los arts. 59.3. y 67.2 LGDCU).

<sup>220</sup> Garantía de conformidad de la cosa vendida con el contrato celebrado.

también ese criterio el que rige en general para las acciones reales sobre bienes inmuebles (art. 52.1., regla 1ª.).

2º. Se aplican también criterios específicos de determinación de la competencia judicial, que no son el lugar de celebración del contrato, a contratos tales como el contrato de seguro, la compraventa de bienes muebles corporales a plazo (y demás contratos sobre bienes muebles), además de a los contratos sobre prestación de servicios (art. 52.2 LEC).

3º. En los procesos entablados para que se declare la nulidad o, cuando menos, la no incorporación al contrato de condiciones generales de la contratación (ya se trate o no de contratos de consumo),<sup>221</sup> será competente el juez del domicilio del demandante. Cuando se trate del ejercicio de las acciones declarativas, de cesación o de retractación sobre el uso de tales condiciones generales, el fuero judicial será el del lugar de domicilio del profesional demandado y, de no tenerlo en España, el del lugar en que se haya realizado la *adhesión* (art. 52.1., regla 14, LEC).

4º. Por lo que hace a los contratos de consumo, debe tenerse en cuenta que, si el contrato, además de ser de consumo, puede ser calificado de contrato de adhesión o, sin serlo, incluye condiciones generales, es inválido el pacto contractual de sumisión a un determinado fuero judicial (art. 54.2. LEC).

#### 4. Conclusión

En definitiva, los cambios hasta aquí reseñados en el tratamiento normativo del proceso de formación del contrato (particularmente, la suficiencia del acuerdo mínimo, incluso incompleto, y las reglas sobre la posible eficacia constitutiva de la aceptación modificativa) reflejan - además de la ya señalada desvalorización de la autonomía de la voluntad de quienes negocian - el propósito legislativo de impulsar la existencia del contrato: al no contemplarse éste - como se hizo en los códigos del s. XIX - aisladamente, sino como eslabón de una cadena o serie de actos de intercambio o relación entre las partes que pudiera verse interrumpida,<sup>222</sup> si se suscitan dudas sobre la conclusión y la existencia de un puntual acuerdo intermedio, se "empuja", por así decirlo, a las partes al contrato.

Pensando en ello, bien pudiera afirmarse que esas nuevas reglas incorporadas por los textos del Derecho contractual armonizado parecen impulsadas por una hipótesis máxima: "*in dubio pro contractu*".

---

<sup>221</sup> La inserción de tales cláusulas se fiscaliza legalmente tanto para los contratos de consumo como para los que no lo son (art. 5 Ley 7/1998, sobre CGC).

<sup>222</sup> Esa parece ser incluso la óptica de la PMOC, cuyo Preámbulo (p. 12) habla de "multiplicación de contratos" y de "facilitar la contratación".

## 5. Anexo: propuesta de Texto Articulado

**Concordada con los textos del Derecho contractual uniforme y, en su caso, con las leyes nacionales que la inspiran**

### *Formación del contrato*

#### **Art. 1º. Conclusión o formación del contrato. Requisitos**

Se considerará concluido el contrato, si, queriendo quedar vinculadas, las partes alcanzan un acuerdo suficiente.

**Concordancias:** Art. 30.1. *CESL*; art. II-4, 101 *DCFR* y art. 2: 101 *PECL*.<sup>223</sup>

#### **Art. 2º. Intención de vincularse contractualmente**

La intención de una parte de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o de su conducta, tal y como éstas puedan ser razonablemente entendidas por la otra parte.

**Concordancias:**

a) En cuanto a la intención: art. 30.3. *CESL*, art. II-4: 102 *DCFR* y art. 2: 101 *PECL*; compárese con el art. 1242 *PMOC*, que difiere por la exigencia de los “elementos esenciales” para formar el contrato.

b) En cuanto al principio de la “interpretación razonable”, art. 58.3 *CESL* (concordante con su art. 5); art. II-8: 101 (3) *DCFR*; art. 2:102 *PECL* (concordante con sus arts. 5: 101 [3] y 1: 302 *PECL*); art. 4.2. (2) *PUNIDROIT* y art. 8.2. *CV*; compárese con los arts. 3:35 *CC* holandés y art. 1278.3 *PMOC*, inspirados también por esos textos del Derecho contractual uniforme.

#### **Art. 3º. Acuerdo suficiente para formar el contrato**

1. Se considerará suficiente el acuerdo, si, por su certeza y contenido, los términos ya pactados permiten que se le dote de efecto jurídico y, particularmente, si cabe reclamar su ejecución o cumplimiento, incluso en la vía judicial.

2. La falta de determinación de algún término no impedirá la conclusión del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido. En particular, no obstará a la conclusión del contrato la falta de expresión o fijación del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el sector económico o de actividad a que pertenece el contrato.

3. No obstante, si alguna de las partes se opone a la conclusión del contrato en tanto no haya acuerdo sobre algún término o elemento del contenido contractual o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado hasta que el acuerdo se extienda a dicho elemento o hasta que se cumpla ese requisito.

**Concordancias:**

a) Concuerda con: art. 1242 y (parcialmente) art. 1277.1 *PMOC*, art. 30.1 c) y art. 30.4 *CESL*, art. II-4:103

<sup>223</sup> Facilitamos el nombre completo de los textos *supra* en la nota 1 del trabajo.

*DCFR*, art. 2: 103 *PECL*, arts. 2.1.13 y 2.1.14 *PUNIDROIT*.

b) Posible influencia en los textos del Derecho contractual uniforme: art. 2º. Código Suizo de las Obligaciones y, sobre todo, §2-204 (3) *UCC*.

c) Cuestiones conexas:

- Posible indeterminación del precio: art. 1277 *PMOC*, art. 73 *CESL* y art. 55 *CV*.

- Términos contractuales implícitos: art. 68 *CESL*, art. 4.8. *PUNIDROIT* y art. 9.2. *CV*.

- Índices de integración del acuerdo incompleto: art. 59 *CESL*, art. II-8: 102 *DCFR*, art. 5: 102 *PECL*, art. 4.3. *PUNIDROIT*, art. 8.3. *CV* (compárese, por su influencia en ellos, §1-303 *UCC* y, por diferir, art. 1243 *PMOC*).

#### **Art. 4º. Consentimiento contractual. Contratos que no se concluyen por el concurso de la oferta y de la aceptación**

1. Los contratos se concluyen por el mero consentimiento o concurso de la oferta y de la aceptación, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

2. A los contratos en cuyo proceso formativo no pueda reconocerse una secuencia de oferta y aceptación y, particularmente, a los contratos concluidos por actos, se les aplicarán, en lo pertinente, las reglas sucesivas.

**Concordancias:**

a) En cuanto al consentimiento, art. 2.1.1. *PUNIDROIT* y art. 1239 *PMOC*.

b) En cuanto a los contratos de formación alternativa, art. II-4: 211 *DCFR* y art. 2.1.1. *PUNIDROIT*

#### **Art. 5 Sustantividad de la oferta y de la aceptación**

Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo, salvo que, por la naturaleza del negocio o por otras circunstancias, resulte lo contrario.

**Concordancias:** art. 1256 *PMOC* (compárense por su posible influencia, art. 6: 222 *CC* holandés y, sobre todo, §153 *BGB*).

#### **Art. 6 Oferta**

1. Una propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá una oferta, siempre que revele la voluntad de quedar vinculado en caso de aceptación y contenga los elementos precisos para llegar a formar el futuro contrato y permitir su ejecución.

2. La propuesta de contratar dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas se considerará como mera invitación a hacer ofertas, a no ser que el proponente exprese lo contrario.

3. A no ser que de las circunstancias pueda inferirse otra cosa, el ofrecimiento hecho al público por un profesional de bienes de las propias existencias o de un servicio a un precio anunciado públicamente, a través de un catálogo o mediante la exhibición o exposición de los géneros, será tratado como oferta de suministrar a ese precio hasta el fin de las existencias o de la capacidad del profesional de proporcionar el servicio.

**Concordancias:**

- a) En cuanto a la oferta como propuesta de contrato y sus requisitos, art. 31.1 *CESL*, art. II-4:201 (1) *DCFR*, art. 2:201 (1) *DCFR*, art. 2: 201 (1) *PECL*, art. 2.1.12 *PUNIDROIT* y art. 14.1. CV; parcialmente, art. 1246.1 *PMOC* (compárese §24 *Rest. 2d. of Contracts*).
- b) En cuanto a la llamada “oferta al público” o *ad incertam personam*, art. II-4:201 (3) *DCFR*, art. 2: 201 (3) *PECL* y, solo parcialmente, art. 1246.2 *POMC*. Compárense, como coincidentes, art. 7.3. Código Suizo de las Obligaciones y art. 9.1. *LOCM*; como divergente, art. 14.2. CV.

**Art. 7 Revocación de la oferta**

1. La oferta podrá ser revocada siempre que la revocación llegue al destinatario antes de que éste haya despachado su aceptación\* o, en los casos de aceptación efectuada mediante actos, antes de haber quedado concluido el contrato.<sup>224</sup>

2. Cuando la propuesta de contratar hecha al público sea oferta, su revocación deberá efectuarse por los mismos medios o por medios de difusión análoga a la de aquéllos con que fue presentada.

3. La revocación de la oferta será, no obstante, ineficaz:

a) Si la oferta indica que es irrevocable.

b) Cuando en ella se hubiere fijado un plazo determinado para lacceptar, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla.

c) Cuando, por las declaraciones o por el comportamiento del oferente, el destinatario de la oferta hubiere podido confiar en el carácter irrevocable de la oferta y, en base a esa confianza, hubiere actuado.

**Concordancias:**

- a) En cuanto a la revocación, art. 32.1. *CESL*, art. II-4:202 (1) *DCFR*, art. 2:202 (1) *PECL*, art. 2.1.4 (1) *PUNIDROIT* y art. 16.1. CV (por su posible influencia en los anteriores, compárense §145 *BGB* y, sobre todo, art. 6:219 CC holandés).
- b) En cuanto a los medios de revocación de la oferta hecha al público, art. II-4:202 (2) *DCFR* y art. 2:202 (2) *PECL*.
- c) En cuanto a los casos de irrevocabilidad, art. 1248 *PMOC*, art. 32.2. *CESL*, art. 32.2. *CESL*, art. II-4:202, art. 2:202 (3) *PECL*, art. 2.1.4 *PUNIDROIT*, art. 16.2. CV (concuenda parcialmente §87 [2] *Rest. 2d of Contracts*).

**Art. 8 Extinción de la oferta**

La oferta se extingue:

a) Cuando su rechazo llega al oferente.

b) Al ser revocada eficazmente por el oferente.

---

<sup>224</sup> Concuenda con el art. 13.2. de esta Propuesta.

c) Cuando la aceptación recaea fuera del plazo señalado para aceptar, sin perjuicio de los casos en que la aceptación tardía pueda llegar a tener efecto.

**Concordancias:** Parcialmente, art. 1249 PMOC, art. 33 *CESL*, art. II-4: 203 *PECL*, art. 2.1.15 PUNIDROIT, art. 17 CV (compárese §146 *BGB*).

### **Art. 9: Aceptación**

1. Constituirá aceptación cualquier declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella.

2. El silencio o la abstención no constituyen aceptación, fuera de aquellos casos en que la ley, el uso o la voluntad de las partes les confieran ese valor.

**Concordancias:**

**a)** En cuanto a la noción de aceptación como asentimiento a la oferta: art. 1250.1 PMOC, art. 34.1. *CESL*, art. II-4:204 (1) *DCFR*, art. 2: 204 (1) *PECL*. art. 2.1.6 (1) PUNIDROIT, art. 18.1. CV.

**b)** En cuanto al valor del silencio y de la abstención, art. 1250.1 PMOC, art. 34.2 *CESL*, art. II-4:204 *DCFR*, art. 2:204 (2) *PECL*, art. 2.1.6 (1) PUNIDROIT, art. 18.1. CV.

### **Art. 10: Plazo para aceptar. Aceptación tardía**

1. La aceptación de la oferta solo producirá efecto, si llega al oferente dentro del plazo para aceptar señalado por la oferta. Si la oferta no señala un plazo, el contrato solo quedará concluido, si se recibe la aceptación en el plazo que quepa considerar razonable teniendo en cuenta las circunstancias de la transacción y, en particular, la celeridad del medio de comunicación que fue empleado por el oferente. Cuando la oferta pueda ser aceptada mediante un acto que no haya de serle comunicado, la aceptación solo será efectiva si el acto se ejecuta dentro del plazo para aceptar que haya señalado el oferente, o, a falta de él, dentro de un margen de tiempo razonable.

2. La carta o la comunicación que contenga una aceptación tardía puede valer como aceptación, si cabe demostrar que ha sido remitida de un modo tal que, de haber discurrido normalmente la transmisión, hubiera permitido su llegada al oferente dentro del plazo establecido. El oferente solo podrá oponerse a la conclusión del contrato en virtud de tal comunicación si, una vez la reciba, informa sin demora al remitente del retraso, haciéndole saber que su oferta se ha extinguido.

**Concordancias:**

**a)** En cuanto al plazo para aceptar, concuerda parcialmente con: art. 1250.1 PMOC, art. 36.1 y 2 *CESL*, art. II-4:206 (1) y (2) *DCFR*, art. 2: 206 (1) y (2) *PECL*, art. 2.1.7 PUNIDROIT y art. 18.2 CV.

**b)** En cuanto al plazo para aceptar en el caso de la aceptación por conducta: art. 1250.5 *in fine* PMOC, art. 36.3. *CESL*, art. II-4: 206 (3) *DCFR*, art. 2:206 (3) *PECL*, art. 18.3. CV.

**c)** En cuanto a la aceptación tardía, art. 1253.2 PMOC, art. 37.2 *CESL*, art. II-4:207 (2) *DCFR*, art. 2:207 (2) *PECL*, art. 2.1.9 PUNIDROIT y art. 21.2 CV (compárese §149 *BGB*).

### **Art. 11: Aceptación modificativa. Escrito de confirmación comercial**

1. La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones a la



misma se considerará rechazo a la oferta y formulación de una contraoferta. No obstante, si la respuesta que contenga tales modificaciones no altera sustancialmente el contenido de la oferta, constituirá aceptación y el contrato así concluido o formado incluirá, además del contenido de la oferta, esas cláusulas adicionales o diferentes.

2. Cuando el oferente hubiere exigido una aceptación pura y simple o bien, una vez recibida la aceptación modificativa, manifieste sin demora su disconformidad con ella, el contrato no podrá llegar a concluirse. Tampoco podrá quedar concluido, si el emisor de esa respuesta hubiera condicionado su aceptación a la aprobación por el oferente de las cláusulas adicionales, limitativas o diferentes y tal aprobación no le llega dentro de un plazo razonable.

3. Cuando tras haber alcanzado un acuerdo que no llegó a quedar plasmado en un documento final o definitivo, un comerciante o profesional remite al otro, sin dilación tras el acuerdo y por escrito o en otro soporte duradero, un documento, que, persiguiendo confirmar el acuerdo alcanzado, contiene adiciones o modificaciones que no lo alteren sustancialmente, éstas pasarán a integrar el contenido del contrato, a no ser que el destinatario de ese escrito de confirmación comercial manifieste sin demora justificada su disconformidad.

**Concordancias:**

a) En cuanto a la aceptación modificativa: art. 1251.1. PMOC, art. 38.1.,3 y 4 *CESL*, art. II-4: 208 (1), (2) y, parcialmente, (3) *DCFR*, art. 2:208 (1), (2) y, parcialmente, (3) *PECL*, art. 2.1.11 PUNIDROIT, art. 19.1 y 2. CV (por su influencia en todos ellos, compárese §2-207 US UCC).

b) En cuanto al escrito de confirmación comercial, art. 1251.2 PMOC, art. II-4:210 *DCFR*, art. 2:210 *PECL*, art. 2.1.12 PUNIDROIT

### **Art. 12: Incompatibilidad entre condiciones generales de la contratación**

1. Habiendo alcanzado un acuerdo, no obstará a la conclusión del contrato el hecho de que la oferta y la aceptación se refieran a clausulados de condiciones generales de la contratación diversos o incluso divergentes. Las condiciones generales de ambas partes quedarán incorporadas al contrato en la medida en que su contenido sea sustancialmente coincidente, considerándose, en cambio, excluidas aquéllas que resulten de todo punto incompatibles.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, no podrá llegar a concluirse el contrato:

a) Si alguna de las partes hubiera indicado previamente, mediante una comunicación específica y no por medio de condiciones generales, que no se considerará vinculada por un contrato que no incluya sus condiciones generales.

b) Cuando una de las partes haya comunicado a la otra, sin demora desde que se produjo el acuerdo y asimismo mediante una declaración expresa y específica, su voluntad de no quedar vinculada en otros términos que los previstos en sus condiciones generales.

**Concordancias:** art. 39 *CESL*, art. II-4:209 *DCFR*, art. 2: 209 *PECL*, art. 2.1.19 PUNIDROIT; parcialmente, art. 1252 PMOC (por su influencia en todos ellos, compárese §2-207 US UCC).

### **Art. 13: Momento de conclusión del contrato**

1. Se considera concluido el contrato en el momento en que la aceptación remitida por el destinatario de la oferta llegue al oferente, entendiéndose que la llegada se produce cuando se ha puesto a su disposición en el lugar y del modo que permitan que la aceptación pueda serle conocida o accesible.

2. Cuando la aceptación de la oferta deriva de la conducta del destinatario, el contrato se considerará concluido en el momento en que el oferente tenga o pueda tener noticia de dicha conducta. No obstante, cuando en virtud de la oferta, de las prácticas establecidas entre las partes o de un determinado uso, el destinatario esté facultado a aceptar la oferta mediante una conducta, particularmente, dando comienzo a la ejecución del contrato, y sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se tendrá por concluido en el momento en que el destinatario empiece a actuar.

**Concordancias:**

**a)** En cuanto a la regla general, art. 1262,2 CC español y art. 54,1 CCom español, art. 1255 PMOC (véanse también sus arts. 1247.1., 1250.2. y 1257), art. 35.1 *CESL* (véase también su art. 11.3. y 4), art. II-4:205 (1) *DCFR* (véase también su art. I-1: 109 [4]), art. 2:205 (1) *PECL* (véase también su art. 1:303 [3]), art. 23 CV.

**b)** En cuanto a la regla especial sobre la aceptación por conducta, art. 35.2. y 3 *CESL*, art. II-4: 205 (2) y (3) *DCFR*, art. 2: 205 (2) y (3) *PECL*, art. 18.3. CV (compárese con §151 *BGB*).

**Art. 14: Lugar de conclusión del contrato**

1. El contrato se presume concluido en el lugar en que se hizo la oferta.

2. Los contratos a distancia en que intervenga como parte un consumidor se presumirán concluidos en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

**Concordancias:** art. 1262.1 CC y art. 54.1. CCom; art. 1258 PMOC.

6. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal Supremo</i>			
<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª., 10.10.1980	RJ 3623	Jaime de Castro García	Jaime O.M. c. IBERCOMINSA
STS, 1ª., 18.10.1982	RJ 5560	Rafael Casares Córdoba	Productos de Goma, Garay S.A. c. Astilleros del Cantábrico y de Riera S.A.
STS, 1ª., 7.6.1986	RJ 3296	Jaime Santos Briz	M. Hermanos S.A. c. G.S.L.
STS, 1ª., 11.3.1988	RJ 1958	Cecilio Serena Velloso	Hogar Cultural de la Costa Blanca c. Miguel H.M., Margarita B.A., Juan G.R., María Fuensanta M.M. y José F.B.
STS, 1ª., 23.3.1988	RJ 2422	Eduardo Fernández Cid de Temes	Industrias Schenk S.A. c. Herencia Yacente de Arturo P.C.
STS, 1ª., 11.4.1992	RJ 3093	Eduardo Fernández Cid de Temes	Francisco C.H. c. Máximo A.H. y María G.G.
STS, 1ª., 26.3.1993	RJ 2395	Eduardo Fernández Cid de Temes	Dirección General de Patrimonio del Estado c. Freixenet S.A. y Segura Viudas S.A.
STS, 1ª., 4.6.1993	RJ 7453	Francisco Morales Morales	Alberto D.M c. Almacenes Caspe S.A. y Comunidades de Islas Canarias S.A.
STS, 1ª., 3.11.1993	RJ 8963	José Almagro Nosete	José Luis M.D.C. c. Juan A.S. y otros
STS, 1ª., 3.12.1993	RJ 9494	José Luis Albácar López	Inmobiliaria Guadalmedina S.A. y Enrique B.R. c. Miguel M.D., Ma. del Carmen Ll. C., Creaciones Mader S.A. y Inursa Inmuebles Urbanos S.A.
STS, 1ª., 4.2.1994	RJ 910	Jaime Santos Briz	Jaime T.M. c. Manuel M.G. y María Ángeles C.B.
STS, 1ª., 26.2.1994	RJ 1198	Alfonso Villagómez Rodil	Montoro Iluminación S.A. c. Expo Grupo S.A., Activos de Gestión S.A. y Antonio M.F.
STS, 1ª., 14.2.1995	RJ 837	José Almagro Nosete	José Carlos F.C. c. Mariano S.A. y Josefa H.G.
STS, 1ª., 30.10.1995	RJ 8352	Teófilo Ortega Torres	André & Compagnie S.A. c. Laxport S.A.
STS, 1ª., 20.5.1996	RJ 3793	José Almagro Nosete	Marion Gabrielle N. c. José C. y Cia. General de Seguros Zurich S.A.
STS, 1ª., 30.5.1996	RJ 3864	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	Dolores D.D. c. Natividad y Mercedes
STS, 1ª., 23.2.1998	RJ 975	José Almagro Nosete	Rafael L.S. y Matilde G.C. c. Juan Eugenio P.M.
STS, 1ª., 24.7.1998	RJ 6393	Francisco Morales Morales	Servifilms S.A. c. Ivarte S.A.

STS, 1ª., 28.1.2000	RJ 454	Pedro González Poveda	Internationale Jute Maatschappij, BV, c. Marín Palomares S.L.
STS, 1ª., 8.3.2000	RJ 1511	José Manuel Martínez Pereda Rodríguez	Salamandra Discos c. Fernando J.L.M. y otros
STS, 1ª., 10.6.2005	RJ 4364	Jesús Corbal Fernández	Da. Carmen c. D. Esteban y D. Carlos Manuel
STS, 1ª., 16.6.2005	RJ 4280	Clemente Auger Liñán	Obras y Urbanizaciones las Palmeras c. FECSA
STS, 1ª., 28.11.2005	RJ 9837	Antonio Salas Carceller	Carlos Francisco c. Profinco SCCL
STS, 1ª., 24.7.2006	RJ 5592	Román García Varela	El Corte Inglés S.A. c. D. Diego
STS, 1ª., 29.1.2009	RJ 1278	Francisco Marín Castán	Cía. Europea de Ideas para el Éxito c. Antena 3 Televisión S.A.
STS, 1ª., 12.7.2011	RJ 7372	Jesús Corbal Fernández	Erasur S.L. c. Ezequiel y Rebeca

### *Audiencias provinciales*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Castellón, Civil Sec 1ª., 30.12.2000	JUR 2001 242364	Aurora de Diego González	Diana Promoción S.A. c. Aznar S.A.
SAP Alicante, Civil Sec 7ª., 3.4.2003	JUR 124281	José Manuel Valero Díaz	Promociones Don Sento S.L., Juan Antonio y otros c. Jon y Promociones Blasco Ibáñez
SAP Almería, Civil Sec 2ª., 2.7.2003	JUR 218706	José Luis Castellano Trevilla	Da. Carina c. At Least S.A.
SAP Girona, Civil Sec 2a., 12.7.2004	AC 1748	Jaime Masfarré Coll	Juan, Aurora, Especialitats Costa S.L. y Especialitats Cohí S.L. c. A.N. Sociedad Cooperativa
SAP Asturias, Civil Sec 4ª., 3.7.2006	AC 1562	Francisco Tuero Allen	VidaCaixa S.A. Seguros y Reaseguros c. Ayuntamiento de Oviedo y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona
SAP Navarra, Civil Sec 1ª., 2.7.2010	JUR 417629	Fermín Zubiri Oteiza	Cereales de Navarra S.L. c. Unión INVIVO
SAP Salamanca, Civil Sec 1ª., 14.2.2012	JUR 72105	José Ramón González Clavijo	EDIGRUP Producciones T.V.S.A. c. Estrella Albatros S.L.

## 7. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (2004), *Derecho civil*, tomo I, Edisofer, Madrid.

Christian von BAR, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE (editores) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference [DCFR Full Edition]*, [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)

John D. CALAMARI y Joseph PERILLO (2003), *On Contracts*, 5ª. ed., Thomson/West, St. Paul (Minnesota).

Miguel COCA PAYERAS (1991), "Comentario al art. 1262 CC", en PAZ-ARES *et al.* (directores), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, tomo II, págs. 446-454.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. Sección de Derecho civil (2009), "Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, enero 2009, pp. 1-70.

D. Kerry CRENSHAW (2005), *Is your Letter of Intent a Binding Contract?*, CLARK HILL ATTORNEYS Article 03.18.05 ([www.clarkhill.com](http://www.clarkhill.com)), fecha de consulta: noviembre 2007).

Ignacio CUEVILLAS MATTOZZI (1999), "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho privado español", *Actualidad Civil*, 44/1999, pp. 1421-1441.

Martin J. DORIS (2007), "Bargaining and Reliance in New European Contract Law", *Indret* 3/2007, págs. 1-26, ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Heinrich DÖRNER (2007), "Comentario a §147 BGB", en SCHULZE, R. (director), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 5ª. edición, Nomos, Baden-Baden, págs. 136-138.

Ludwig ENNECERUS *et al.* (1981), *Tratado de Derecho civil*, editorial Bosch, Barcelona, tomo I-2º., vol. 1º.

Edgar Allan FARNSWORTH (1987), *Comentario al art. 8 CV*", en BIANCA, C.M. y BONNELL, M.J., *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milán, pp. 95-102.

--- (1999), *Contracts*, 3a. edición, Aspen Law & Business, Nueva York.

Harry M. FLECHTNER (editor) (1999), "Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. Transcribed and edited by Harry M. Flechtner", *Journal of Law & Commerce* núm. 181, 1999, págs. 191-258.

Lon L. FULLER y Melvin EISENBERG (2006), *Basic Contract Law (American Casebook Series)*, 8a. ed., Thomson-West, s.l.

José María GARRIDO (2002), *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto Oficial. Estudio preliminar y traducción a cargo de José María Garrido*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

John O. HONNOLD (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3a. edición, Kluwer Law International, La Haya.

Sarah HOWARD JENKINS, 2015, "Contract Resurrected! Contract Formation: Common Law-UCC-CISG", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, núm. 40-2, 2015, págs. 245-285.

Juan B. JORDANO BAREA, comentario al art. 1281 CC, en PAZ ARES, DÍEZ-PICAZO *et al.*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 509-511.

Ole LANDO y Hugh BEALE (editores), *Principles of European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law (Parts I & II combined and revised)*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.

Ángeles LARA AGUADO (2013), "La oferta y la aceptación contractuales", en Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO (editor), *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Cizur Menor, págs. 313-382.

François LAURENT (1884), «*Avant-Projet de révision du Code civil rédigé par François Laurent, Professeur à l'Université de Gand*», Bruselas, Bruylant & Christophe, tomo 4o.

Arthur LENHOFF (1946), "Optional terms [ius dispositivum] and required terms [ius cogens] in the law of contracts", 45/1946-47 *Michigan Law Review*, págs. 39-77.

Ángel LÓPEZ LÓPEZ (1998), "Comentario al art. 8º de la Convención de Viena, en DÍEZ-PICAZO, L (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, págs. 113-131.

Karl LLEWELLYN (1938), "On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance", 48 /1938-39 *Yale Law Journal*, I, págs. 1- 36 y II, págs. 779-818.

Juana MARCO MOLINA (2008), "Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección del contrato", *Revista de Derecho privado*, mayo/junio 2008, págs. 5-53.

---(2011), "Los capítulos matrimoniales", en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (directores), *Tratado de Derecho de la Familia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, vol. VII, pp. 181-213.

Olivier MORÉTEAU (2000), *Droit anglais des affaires*, Dalloz, París.

John E. MURRAY (1972), "The Realism of Behaviourism Under the Uniform Commercial Code", 51/1971-1972, *Oregon Law Review*, págs. 269-301.

Artur NUSSBAUM (1936), "Comparative aspects of the Anglo-American offer-and-acceptance doctrine", 36 [1936], *Columbia Law Review*, págs. 920-926.

Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER Y MICÓ (1981), "Anotaciones de Derecho español a...", Ludwig ENNECERUS et al. (1981), *Tratado de Derecho civil*, editorial Bosch, Barcelona, tomo I-2º, vol. 1º.

Robert Joseph POTHIER (1825; reimpresión 1974), *Traité des Obligations*, Barcelona, Banchs.

---(1827), *Traité du contrat de Vente, Oeuvres de Pothier contenant les Traités du Droit Français*, Dabo Jeune, París, tomo 2o.

José PUIG BRUTAU (1988), *Elementos de Derecho civil*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona.

Lluís PUIG FERRIOL et al. (1996), *Manual de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid tomo II.

Reyes SÁNCHEZ LERIA (2014), "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo. Especial consideración a la desaparición de la causa", en *Indret*, 3/2014, pp. 1 a 32 ( [www.indret.com](http://www.indret.com) )

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO (2013), *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Wendy M. SCHRAMA (2002), "Comentario al art. 3:35 CC holandés", en BUSCH, Danny, HONDIUS, Ewoud et al., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, págs. 75-103.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [Acquis Group], *Draft Common Frame of Reference [Outline Edition]*, Sellier, Munich, 2009.

UNCITRAL (1978), *Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*, Nueva York, 1981, vol. IX [*Yearbook*, 1978], pp. 61-145 ([http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/yb\\_1978\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/yb_1978_e.pdf))

UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (editor), "Principios sobre los contratos comerciales internacionales", Roma, 2010.