

# La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad\*

**ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ\*\***  
Contratado Predoctoral FPU  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*La oferta vinculante de contrato es una institución jurídica que, con algunas notables excepciones, apenas ha sido objeto de estudio por los autores. Cuando lo ha sido, los esfuerzos se han concentrado fundamentalmente en estudiar su funcionamiento junto con la aceptación, como declaraciones de voluntad que pueden formar el contrato, si concurren. También se ha estudiado la sustantividad de la oferta en los casos de muerte del oferente. Sin embargo, la responsabilidad en que puede incurrir el oferente por revocación de una oferta vinculante no ha sido tratada en solitario, como fenómeno, más allá de la ruptura de los denominados tratos preliminares. Este trabajo se ocupa de la oferta vinculante de contrato y las fuentes de las que nace o puede nacer esa vinculación para el oferente, teniendo en cuenta el Derecho comparado. Ello con el objetivo de analizar la particular responsabilidad del oferente que revoca la oferta vinculante y los modos en los que puede articularse dicha responsabilidad en los diferentes supuestos.*

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-84947-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

\*\* El origen de este estudio se remonta al Trabajo de Fin de Máster defendido públicamente en diciembre de 2016 en la Universidad Autónoma de Madrid y realizado bajo la dirección del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático Emérito de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, a quien, desde estas líneas, expreso mi más sincera admiración y gratitud. Sirva este trabajo como modesto homenaje a su magisterio y su persona; arquetipo del profesor volcado a la universidad en cuerpo y alma. Agradecimiento aparte merece la profesora Nieves Fenoy Picón, por las horas del día altruistamente dedicadas a leer el borrador del trabajo y los acertados consejos, sin ellos este trabajo desmerecería aun más. Las conversaciones de las que han brotado impagables sugerencias a cargo del profesor Máximo Juan Pérez García, así como de las profesoras Isué Vargas Brand y Marta Pantaleón Díaz, deben también destacarse en esta nota al pie, por lo demás insuficiente. Agradezco, por último, a los dos evaluadores anónimos del Anuario de Derecho Civil sus valiosos comentarios y críticas a la versión evaluada del trabajo. En lo restante, los errores que el presente trabajo contuviere solo a mí me son atribuibles.

**PALABRAS CLAVE**

*Oferta de contrato, oferta vinculante, oferta irrevocable, eficacia vinculante de la oferta, plazo para la aceptación, confianza del destinatario, revocación, aceptación, responsabilidad por revocación, operación de reemplazo, negocio de cobertura, error del oferente, fin de protección del contrato, alteración de circunstancias.*

**The contract offer: binding effect and liability****ABSTRACT**

*The contract binding offer is a legal institution that, excluding some notable exceptions, has barely been addressed. When it has been addressed, authors have mainly focused on the way it functions regarding acceptance. Some Authors have also tackled the matter of the maintenance of the offer in case of death of the offeror. On the contrary, the liability arising from the withdrawal of a binding offer has not been targeted beyond the breach of preliminary negotiations. This paper analyses the binding offer and the way its binding effectiveness emerges from a comparative perspective. The purpose is to study the offeror's liability when withdrawing a binding offer and the articulation that the mentioned liability may adopt.*

**KEY WORDS**

*Contract bid, binding offer, irrevocable offer, binding effectiveness, period for acceptance, offeree's reliance, withdrawal, acceptance, replacement transaction, substitute transaction, offeror's error, prospective purpose of the contract, change of circumstances.*

SUMARIO: I. *Introducción y delimitación de la materia objeto de estudio.*

PARTE PRIMERA: *La eficacia vinculante de la oferta en el Derecho comparado, el Derecho uniforme y el soft law.*—II. *La oferta vinculante de contrato en Derecho angloamericano:* 2.1 El Derecho inglés. 2.2 El Derecho estadounidense. 2.2.1 Consideraciones generales. El progresivo abandono de la regla del *common law*. 2.2.2 La confianza del destinatario como fuente de vinculación. Contratos de obra. 2.2.2.1 Perspectiva general. 2.2.2.2 *James Baird v. Gimbel Bros; Drennan v. Star Paving & Co.* 2.2.2.3 El (des)encuentro entre *Baird* y *Drennan*: *Pavel Enterprises, Inc. v. A. S. Johnson CO., Inc.* 2.2.2.4 ¿De regreso a *James Baird*? Valoraciones de la doctrina estadounidense.—III. *La oferta de contrato en el Derecho francés.* 3.1 La oferta de contrato antes de la reforma del *Code*. 3.2 La nueva regulación de la oferta en el *Code*.—IV. *La oferta de con-*

*trato en el Derecho alemán.* 4.1 La evolución histórica de la oferta en Derecho alemán. 4.1.1 Las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX. 4.1.2 Discusión doctrinal en el siglo XIX. 4.1.2.1 Jhering. 4.1.2.2 La línea del Derecho común (los pandectistas). 4.1.2.3 La línea favorable a codificar la eficacia vinculante de la oferta. 4.2 La operativa actual del sistema alemán: entre la vinculación estricta *ex lege* y la flexibilización jurisprudencial. 4.3 La responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. 4.3.1 Líneas generales. La indemnización de daños y perjuicios. 4.3.2 El error del oferente en el cálculo del precio y el umbral de confianza del destinatario. 4.3.3 La alteración sobrevinida de las circunstancias y la revocación de la oferta en Derecho alemán.—V. *Recapitulación y conclusiones sobre el Derecho comparado analizado.*—VI. *La oferta en el Derecho uniforme y el soft law.* 6.1 La oferta de contrato en la CISG. 6.1.1 La eficacia vinculante de la oferta en la CISG. 6.1.2 La laguna sobre la responsabilidad del oferente. 6.2 Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. 6.3 Los principios europeos de Derecho de contratos. 6.4 El marco común de referencia. 6.5 Los principios latinoamericanos del Derecho de los contratos. 6.6 Conclusión parcial.

PARTE SEGUNDA: *La oferta vinculante de contrato en el Derecho civil español.*—VII. *El plazo para la aceptación y la eficacia vinculante de la oferta.* 7.1 La discusión sobre la eficacia vinculante en la doctrina española. 7.2 El plazo implícito para la aceptación y la oferta vinculante. 7.3 El plazo explícito para la aceptación y la oferta vinculante. 7.4 La Propuesta de Modernización del Código Civil.—VIII. *Las fuentes de vinculación a la oferta de contrato en España.* 8.1 La declaración expresa de irrevocabilidad de la oferta. 8.1.1 La oferta vinculante como negocio jurídico unilateral. 8.1.2 La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la oferta vinculante. 8.1.3 Conclusión parcial. 8.2 La confianza productora de eficacia vinculante. 8.2.1 La confianza del destinatario. 8.2.2 La valoración de la confianza merecedora de protección en casos de error del oferente al formular su oferta. 8.2.3 El daño como requisito de la irrevocabilidad por razón de la confianza. 8.2.4 Recapitulación y aproximaciones. 8.3 Las ofertas vinculantes por cumplimiento de una obligación contractual del oferente. El *confirming*. 8.4 La oferta que solo contiene obligaciones para una parte. 8.5 La venta con posibilidad de prueba.—IX. *La responsabilidad del oferente por revocación de una oferta vinculante.* 9.1 El planteamiento inicial de la cuestión. Los límites de la irrevocabilidad. 9.2 Las construcciones de responsabilidad por revocación ligadas a la naturaleza jurídica de la oferta vinculante. 9.3 Modernización del Derecho de obligaciones y revocación. 9.4 La responsabilidad por revocación. La operación de reemplazo. 9.5 La limitación de la responsabilidad del oferente. 9.6 ¿Puede exigir el destinatario el *commodum ex negotiatione*? 9.7 El tratamiento jurisprudencial de la venta de la cosa ofrecida a un tercero. 9.8 La posible responsabilidad del tercer contratante. 9.9 La responsabilidad del oferente por pérdida de la cosa ofrecida. 9.10 El error del oferente en el cálculo del precio y su responsabilidad.—X. *La alteración sobrevinida de circunstancias y la revocación de la oferta vinculante en Derecho español.* 10.1 La alteración relevante a efectos de la oferta vinculante. 10.2 Las consecuencias de la alteración de circunstancias.—XI. *A modo de conclusiones de la Parte Segunda. Abreviaturas. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

1. La oferta o promesa<sup>1</sup> de contrato ha sido definida como aquella *declaración de voluntad* por la que el oferente manifiesta su interés en alcanzar la formación de un contrato, estableciendo su contenido necesario, de manera que este quedará formado si recae la aceptación<sup>2</sup>. La conceptualización de la oferta como declaración de voluntad es el punto de partida del presente trabajo. Con la oferta, el emisor muestra su intención de *vincularse* contractualmente en el futuro, si recae aceptación<sup>3</sup>. Que la oferta constituya el reflejo de la intención concreta de un sujeto permite trazar una línea divisoria, más o menos nítida, entre esta y los denominados tratos preliminares. Esta división posibilita asimismo estudiar la oferta como realidad jurídica separada de la dinámica de los tratos preliminares y más cercana al contrato, cuyo contenido (pre)establece<sup>4</sup>. La oferta puede, en ocasiones, tener la condición de vinculante o irrevocable.

2. Mi intención es ocuparme de la oferta vinculante de contrato, lo que requiere una breve precisión. Toda oferta de contrato tiene, en sí, cierto nivel mínimo de eficacia vinculante que se traduce en que, desde que llega al destinatario y en tanto no sea revocada, el contrato se puede perfeccionar, de concurrir aceptación del destinatario (art. 1262 CC)<sup>5</sup>. Esta sería una eficacia vinculante entendida en sentido amplio, que se correspondería con la denominada «*oferta simple*»<sup>6</sup>. Junto a esta noción amplia de vinculación a la oferta,

<sup>1</sup> Se usarán los términos promesa u oferta de manera indistinta. La primera acepción que la RAE propone para la palabra «oferta» es «promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar algo» (<http://dle.rae.es/?id=QvJWZSZ> [última consulta: 2.11.2017]). No se emplea, en este trabajo, la distinción entre oferta y promesa (oferta al público) según expresa Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, Vol. I, 6.ª ed., 2007, pp. 335-336.

<sup>2</sup> Definición de Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 330.

<sup>3</sup> Vid. PLANA ARNALDOS, «Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2012, parte comentario, p. 35; TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», *CCJC*, 87, septiembre-diciembre 2011, § 2311, p. 1593.

<sup>4</sup> TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., p. 1601.

<sup>5</sup> La vinculación a la que me refiero ha sido puesta de relieve por CAPILLA CASCO cuando afirma que «la oferta contractual es vinculante porque, una vez aceptada, el oferente queda obligado por su declaración de voluntad» («Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa», en SEBASTIÁN QUETGLAS (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones*, 2016, p. 127).

<sup>6</sup> En contra de la idea que propongo se muestra TARABAL BOSCH, quien considera que «ni los tratos preliminares ni la oferta producen por sí solos efectos vinculantes pues incluso la oferta necesita para ello de la aceptación». Este autor reconoce, sin embargo, que lo que produce la oferta es una «vinculabilidad» que es el elemento que, a su juicio, la separa de los meros tratos preliminares, intrascendentes para el Derecho (vid. «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., p. 1600).

existe otra, más estricta, que significa que la oferta no se puede revocar antes de que transcurra un plazo determinado o se acepte por el destinatario. Tradicionalmente, esta oferta se ha denominado «irrevocable». La oferta de que trato en este ensayo es esta. A ella me referiré preferentemente como «oferta vinculante», «oferta con eficacia vinculante» o simplemente oferta «irrevocable».

3. En Derecho español, la oferta de contrato carece, como norma general, de eficacia vinculante. A esta cuestión dedico un apartado completo (el VII), ya que la rotundidad de la afirmación precedente no está exenta de dudas ni de matizaciones, que evidentemente afloran en el terreno de la práctica. Aun así, puede decirse que la oferta vinculante de contrato es la excepción a la regla general. Tampoco debe confundirse la oferta vinculante de contrato con el contrato de opción, pues este último ya refleja la voluntad de ambos contratantes<sup>7</sup>. No me dedicaré a estudiar el contrato de opción, sin perjuicio de realizar puntuales alusiones a este.

4. La excepcionalidad de la oferta vinculante de contrato no significa que sea infrecuente. Solo que el ordenamiento español considera que la oferta es, en principio, no vinculante o, si se prefiere, revocable. Mi propósito es, por tanto y en primer término, estudiar aquellos casos en que la oferta de contrato adquiere eficacia vinculante en Derecho español. Para ello, trataré de identificar lo que he denominado «fuentes de vinculación a la oferta» (apartado VIII).

5. De poco serviría detectar y definir las «fuentes de vinculación», si a esa tarea no le acompaña una significación práctica. Por eso, al final me dedicaré a analizar la responsabilidad en que incurrir, en su caso, el oferente de una oferta vinculante, cuando revoca la misma durante su periodo de vigencia (apartado IX). Aparentemente, podría pensarse que esta cuestión ya está resuelta, gracias a la noción de «irrevocabilidad» que acompaña a la oferta vinculante. Sin embargo, limitar la eficacia vinculante de la oferta a su carácter «irrevocable» parece miope. Ello equivaldría a decir –salvando las distancias– que un contrato perfeccionado (art. 1261 CC) es, permítaseme la expresión, «inincumplible». Caracterizar la oferta vinculante como irrevocable constituye, en mi opinión, un punto de partida, no de llegada. Esta idea la desarrollaré en su momento.

En el trabajo, trataré de responder a la pregunta de si puede hacerse responder al oferente, que revoca indebidamente una oferta

---

<sup>7</sup> Díez-PICAZO tiene dicho que, «desde el punto de vista de su finalidad, el contrato de opción guarda una cierta semejanza con la oferta irrevocable, pero se diferencia de ella en que en la oferta solo hay una declaración unilateral de voluntad, la del oferente, y por consiguiente una única vinculación, la suya, mientras que en la opción hay un negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario unos específicos deberes» (*Fundamentos...*, cit., p. 441).

vinculante, y si esa responsabilidad debe canalizarse por la vía extracontractual (precontractual), o si es preferible la contractual. La responsabilidad derivada de la revocación indebida de una oferta con eficacia vinculante no ha sido tratada de manera individualizada por los autores y, cuando se ha tratado, se ha ligado a la responsabilidad precontractual<sup>8</sup>. Por tanto, mi objetivo es comprobar la hipótesis de que la responsabilidad del oferente por revocación de una oferta vinculante puede ser distinta de la mera responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos preliminares; pues, como digo, se parte de que oferta y tratos, aunque relacionados, son cosas distintas<sup>9</sup>.

7. La lectura de este trabajo requiere una puntualización desde el punto de vista sistemático y de contenido. Para agilizar la exposición y dinamizar el trabajo desde un punto de vista lógico, he creído conveniente fraccionar su estructura en dos partes diferenciadas.

La PARTE PRIMERA comprende el Derecho comparado escogido para el análisis, así como los principales instrumentos de Derecho uniforme y el *soft law*. Hay que indicar que la oferta contractual presenta sustanciales diferencias en los ordenamientos, que llegan a soluciones divergentes. Por ello, los epígrafes II, III y IV versan respectivamente sobre las particularidades de la oferta en (i) el Derecho angloamericano; (ii) el Derecho francés; y (iii) el Derecho alemán. Al analizar cada ordenamiento me detendré en (i) la eficacia vinculante de la oferta; y (ii) la responsabilidad por revocación que cada uno propone. Tras ello, dedicaré un apartado a la oferta vinculante y la responsabilidad por revocación en el Derecho uniforme y en los principales textos de *soft law* (VI).

La PARTE SEGUNDA engloba el estudio del Derecho español en lo referente a (i) oferta vinculante; y (ii) responsabilidad del oferente por revocación (apartados VII, VIII, IX y X). Con los miembros de la Parte Primera, estaré en mejores condiciones de enfocar el estudio que pretendo acometer en relación con nuestro Derecho.

## **PARTE PRIMERA: LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO, EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW***

Merece la pena ofrecer al lector unas breves pinceladas sobre el estado de la cuestión inherente a la oferta de contrato en los ordena-

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, en la extraordinaria monografía de GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, 1991, pp. 142-150; también en la obra referente de MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, 1998, pp. 216-223.

<sup>9</sup> Vid. PLANA ARNALDOS, M., «Formación...», cit., p. 42; refiriéndose a la STS 2.11.2010 (Pte. O'Callaghan Muñoz, RJ 2010/8016).

mientos de Derecho comparado escogidos para el estudio. Mientras el Derecho angloamericano parte de que la oferta es revocable por el oferente en cualquier circunstancia (salvo que vaya acompañada de *consideration* o reciprocidad), el Derecho alemán y los ordenamientos en él inspirados configuran, de manera legal, una vinculación del oferente a su oferta. Si hablamos de las consecuencias asociadas a la revocación, el Derecho angloamericano, en principio, no impone responsabilidad al oferente, que revoca; en tanto que el Derecho alemán parece que, simplemente, sustrae de todo efecto jurídico a la declaración de voluntad revocatoria, pues configura una oferta vinculante *ex lege*. A caballo entre ambos sistemas, se sitúa el Derecho francés, donde (i) la oferta no es revocable, como norma general, en tanto no haya transcurrido su plazo de duración o, en su defecto, uno razonable; pero (ii) la revocación de la oferta, de producirse, obliga al oferente a responder extracontractualmente por daños y perjuicios.

## II. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO

Si bien tanto el Derecho inglés como el estadounidense presentan unas similares bases dogmáticas a la hora de configurar la oferta de contrato y su revocabilidad, existen notables diferencias entre ellos, que no deben pasarse por alto y que aconsejan su tratamiento por separado.

### 2.1 EL DERECHO INGLÉS

1. En el Derecho inglés, como norma general, una oferta puede ser revocada en cualquier momento, mientras no haya sido aceptada por el destinatario<sup>10</sup>. Esta regla resulta de aplicación, incluso cuando el oferente ha prometido mantener su oferta durante un plazo concreto para su aceptación<sup>11</sup>. La solución del Derecho inglés se basa en que la oferta no está sostenida por la *consideration* y, por lo tanto, no es vinculante<sup>12</sup>. Dicho de otro modo, no hay reciprocidad que permita que el oferente quede vinculado. Esta es la solución tradicional del *common law*. En efecto, la *consideration* se basa en

<sup>10</sup> TREITEL, *The law of contract*, 14.<sup>a</sup> ed., 2015, 2-058, p. 46; CHEN-WISHART., en BEALE., *Chitty on Contracts*, 32.<sup>a</sup> ed., Vol. 1, 2015, párr. 2-093, p. 249; RAWLINGS, en BRIDGE (ed.), *Benjamin's sale of goods*, 9.<sup>a</sup> ed., 2014, párr. 2-010, p. 117.

<sup>11</sup> *Routedge v Grant* [(1828) 4 Bing 653, 660]; CHEN-WISHART, cit., párr. 2-093, p. 250.

<sup>12</sup> CHEN-WISHART, cit., párr. 2-093, p. 250.

la idea de reciprocidad<sup>13</sup>, de modo que –como ha apuntado Treitel– el destinatario debe entregar «*algo valioso a los ojos de la ley*<sup>14</sup>», si quiere que la promesa sea vinculante. No en vano, el propósito de la *consideration* es poner límites legales a la obligatoriedad de los acuerdos, incluso cuando estos van destinados a ser legalmente vinculantes y no están viciados por error, dolo, coacción o ilegalidad<sup>15</sup>.

Por ejemplo, un oferente que reciba 100 a cambio de mantener su oferta abierta durante un plazo de 10 días, queda vinculado a su oferta, que deviene vinculante en tanto que sostenida por la *consideration*. Sin embargo, esto nos acerca, más bien, al contrato de opción.

2. La revocación de la oferta en Derecho inglés exige que esta sea comunicada efectivamente al destinatario. De ahí que una actuación inconsistente con la oferta –por ejemplo, enajenar la cosa ofrecida a un tercero– no constituya, de por sí, revocación<sup>16</sup>. La revocación es recepticia<sup>17</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia inglesa considera que la comunicación de la revocación de la oferta al destinatario no tiene por qué proceder del oferente<sup>18</sup>. Esta visión jurisprudencial ha sido criticada por los autores ingleses, porque consideran que la no exigencia de que la comunicación revocatoria tenga que proceder del oferente constituye una incerteza que coloca al destinatario en la difícil posición de decidir si su fuente de información es fiable o no. Asimismo, se considera que resulta difícil para el destinatario determinar con exactitud el momento de revocación de la oferta<sup>19</sup>. Parece que la cuestión se complica, cuando el oferente simplemente realiza una segunda oferta a un tercero, pero sin aceptación de este.

<sup>13</sup> Según la regla *consideration*, una parte únicamente puede quedar vinculada cuando la otra parte (el destinatario, en lo que nos concierne) ha realizado una contraprestación, o ha prometido hacerlo. CALAMARI y PERILLO entienden que la *consideration* hace referencia a aquellas promesas que el Derecho hace exigibles, y toman las palabras de la jurisprudencia para añadir que *consideration* es «el pegamento que junta a las partes en un contrato» (*Contracts*, 3.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 185).

<sup>14</sup> Algo susceptible de ser estimado en términos de valor económico o monetario, incluso cuando no haya un modo del todo preciso de cuantificar dicho valor. Por este motivo, no puede entenderse que exista *consideration* en los casos de promesas realizadas sobre la base del amor o el afecto (TREITEL, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 4-022).

<sup>15</sup> TREITEL, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 4-001, p. 399.

<sup>16</sup> CHEN-WISHART, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 2-094, p. 250.

<sup>17</sup> CHEN-WISHART, M., en BEALE, H., *Chitty on Contracts*, cit., 2-094, p. 250.

<sup>18</sup> Así se declaró en *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch. D. 463 o en *Cartwright v. Hoogstoel* (1911) 105 L. T. 628. En *Dickinson*, el oferente (Dodds) ofreció el miércoles a *Dickinson* la venta de una propiedad, declarando mantener su oferta en pie hasta el viernes a las 9 de la mañana. El jueves, *Dickinson* tomó conocimiento de que *Dodds* había vendido la propiedad a un tercero, el Sr. Allan. Ante ello, el destinatario de la oferta acudió a casa de la madrastra del oferente para comunicarle que aceptaba su oferta de venta. Según la prueba practicada, el oferente no llegó a conocer este hecho, pues no se lo comunicó su madrastra. La *Court of Appeal* consideró que la oferta, como tal, podía ser revocada en cualquier momento antes de la aceptación y que, si la venta de la cosa objeto de la oferta llegó a conocimiento del destinatario por vía indirecta, la revocación deviene efectiva.

<sup>19</sup> *Vid.* TREITEL, cit., párr. 2-059, p. 47; CHEN-WISHART, cit., párr. 2-095, p. 251.

3. El Derecho inglés protege, quizás con buenos argumentos, abiertamente los intereses del oferente, en detrimento de los del destinatario, que queda prácticamente desprotegido. La toma en consideración de los intereses del destinatario de la oferta viene después, a través de la denominada *mailbox rule*, según la cual el oferente no puede revocar su oferta tras la emisión de la aceptación por parte del destinatario. En sus orígenes, la *mailbox rule* respondía a la idea de que el oferente autorizaba implícitamente a la oficina de correos que actuase como su agente para recibir aceptaciones. De esta forma, el contrato se perfeccionaba una vez depositada la aceptación en la sede postal, como si la declaración hubiese sido entregada personalmente al oferente<sup>20</sup>.

4. La libre revocación de la oferta en Derecho inglés implica, hasta donde sé, que la revocación carezca de consecuencias jurídicas para el oferente.

## 2.2 EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

### 2.2.1 Consideraciones generales. El progresivo abandono de la regla del *common law*

1. En el Derecho estadounidense, una oferta puede ser revocada, como norma general, en tanto no haya sido aceptada por el oferente<sup>21</sup>. Rige pues la norma tradicional del *common law*, antes expuesta<sup>22</sup> con algunas excepciones a las que ahora me referiré. En cambio, para ciertos autores no está tan claro que la regla de la libre revocación constituya una concreción de la doctrina de la *consideration*. En efecto, Allan Farnsworth considera que la revocabilidad sirve, más bien, para conjurar el riesgo de que el destinatario especule a costa del oferente; cosa que sucedería, si se atribuyese a la oferta algún tipo de eficacia vinculante<sup>23</sup>.

2. El Derecho estadounidense exige también que la revocación sea comunicada al destinatario, pues –como advirtiese Oliver Wendell Holmes– «*resultaría monstruoso permitir una actuación inconsistente con la oferta, desconocida o no comunicada al desti-*

<sup>20</sup> Sobre la *mailbox rule* se ha afirmado, a veces, que su justificación estriba en que, si el oferente es quien elige iniciar negociaciones por correo, asume el riesgo de retrasos y accidentes en el servicio. No obstante, ninguna justificación de esta aparece como completamente satisfactoria. De esta forma, la regla cumple un papel muy útil a la hora de limitar el poder del oferente de revocar la oferta a su voluntad. TREITEL, *The law of contract*, cit., 2-031, pp. 28-29).

<sup>21</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, Vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, § 3.17, p. 303.

<sup>22</sup> *Supra* 2.1 [1].

<sup>23</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.17, p. 304.

natario, que afectase a la formación del contrato<sup>24</sup>». La comunicación indirecta de la revocación de la oferta, a la luz del caso *Dickinson v. Dodds*<sup>25</sup>, ha sido incluida en el *Restatement of contracts*<sup>26</sup>.

3. No puede pasarse por alto que el Derecho estadounidense ha sido más crítico con la libre revocación de la oferta y, a la vez, más prolijo en la búsqueda de soluciones que protejan al destinatario. Así, se han equiparado las acciones de preparación de la futura transacción, realizadas por el destinatario, a la *consideration*. También se ha tratado de fortalecer la posición del destinatario mediante la confianza de este en que la oferta no se revocará. Con todo, en ambos casos se reconocen las dificultades que plantea tanto (i) convencer al juez de que la preparación equivale a la *consideration*; y (ii) probar la confianza del destinatario<sup>27</sup>.

Dentro de la lógica de favorecer la posición del destinatario, el Derecho estadounidense llega a considerar suficiente la declaración ficticia de que el destinatario ha abonado una suma de dinero a modo de *consideration*. En ese caso, existiría un contrato de opción con fuerza obligatoria<sup>28</sup>. El § 87.1 a) *Restatement (Second)* permite esta solución<sup>29</sup>, al establecer que una oferta es vinculante, como contrato de opción, si, emitida por escrito y firmada por el oferente, declara la existencia de una *consideration* presunta y propone un intercambio equitativo durante un período razonable de tiempo. Como advierte Farnsworth, la alusión al período razonable de tiempo y a los términos equitativos persigue evitar la eventual especulación del destinatario a costa del oferente<sup>30</sup>.

4. El último hito en la evolución del Derecho estadounidense hacia la mejora de la posición del destinatario de la oferta se aprecia en el *Uniform Commercial Code*. El *Uniform Commercial Code*—cuerpo legal que gobierna las transacciones comerciales para prácticamente el grueso de los Estados Unidos— abandona la tradición del

<sup>24</sup> *Vid. Brauer v Shaw* (1897), 46 N. E. 617 (618).

<sup>25</sup> *Supra* 2.1 [2]; nota 18.

<sup>26</sup> Así, el § 43 *Restatement (Second)* dispone hoy que «an offeree's power of acceptance is terminated when the offeror takes definite action inconsistent with an intention to enter into the proposed contract and the offeree acquires *reliable* information to that effect» (la cursiva es mía). El *Restatement (First)*, en el § 42, codificó el caso *Dickinson* limitado precisamente a cuando la oferta se circunscribe a la venta de un terreno y el oferente la vende a un tercero con conocimiento del destinatario (revocación indirecta). El § 43 *Restatement (Second)* incluye la regla de *Dickinson* en términos más generales, extendiéndola a cualquier caso en el que el oferente acomete una acción definitiva e inconsistente con la intención de entrar en el contrato propuesto inicialmente.

<sup>27</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 346.

<sup>28</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 347.

<sup>29</sup> § 87.1 a): «An offer is binding as an option contract if it (a) is in writing and signed by the offeror, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes an exchange on fair terms within a reasonable time».

<sup>30</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 347.

*common law*. Este código dispone que una oferta firme, realizada por un empresario para comprar o vender bienes en un soporte escrito firmado que, por sus términos, confiera la seguridad de que se va a mantener, *no es revocable*, por falta de *consideration*, durante el tiempo en ella establecido o durante un período razonable, si no se ha especificado tiempo (Sección 2-205 UCC<sup>31</sup>). En una segunda proposición –y buscando proteger ahora al oferente del riesgo de especulación del destinatario<sup>32</sup>– la Sección 2-205 UCC establece que el período en que la oferta posee eficacia vinculante no puede exceder de tres meses. Según sus comentaristas, la Sección 2-205 UCC busca limitar el poder de revocación libre del oferente cuando el destinatario confía en la firmeza de la oferta, pues permite al oferente «conceder» una oferta firme al destinatario, sin que este tenga que pagar una opción a cambio<sup>33</sup>. En su lugar, se requiere, simplemente, que vengan caracterizadas como tal en un documento escrito y firmado.

5. ¿Cuál es ahora la consecuencia jurídica a la revocación de una oferta con eficacia vinculante en el Derecho estadounidense bajo la Sección 2-205 UCC? Parece que entonces la revocación carece de efectos y el destinatario puede aceptar y demandar al oferente por incumplimiento del contrato, si el este termina incumpliendo su prestación<sup>34</sup>. Aun así, estas líneas generales no permiten conocer el desarrollo del Derecho estadounidense allí donde este ha sido más conspicuo en relación con la oferta, a saber, la eficacia vinculante de la oferta producida por la confianza del destinatario.

## 2.2.2 La confianza del destinatario como fuente de vinculación. Contratos de obra

### 2.2.2.1 PERSPECTIVA GENERAL

1. En el Derecho estadounidense, se ha discutido la incorporación de una regla que proteja al destinatario del riesgo de revocación de la oferta antes de la aceptación, cuando la oferta invita a la aceptación, mediante una actuación positiva del destinatario. Con carácter general, se ha negado la protección del destinatario en estos casos, pues este perfectamente puede aceptar la oferta antes

<sup>31</sup> «§ 2-205 UCC. Firm offers: An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror».

<sup>32</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, § 3.23, p. 347.

<sup>33</sup> WHITE/ SUMMERS/ HILLMAN, *Uniform Commercial Code*, Vol. 1, 6<sup>a</sup> ed., 2012, § 2:35, p. 135.

<sup>34</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 348 y nota 22.

de realizar actuaciones confiando en que la oferta se mantendrá<sup>35</sup>. Aun así, esta visión tradicional del *common law* ha sido revisada en el Derecho estadounidense.

2. La revisión se ha producido a la luz de contextos de licitaciones para *contratos de obra*, en los que intervienen, a grandes rasgos, tres actores: (i) el dueño de la obra, que saca a concurso o licitación la realización de un proyecto; (ii) un operador económico que se postula como contratista y realiza una oferta para que le sea concedida la realización de la obra por el dueño; y (iii) un segundo operador económico que, ante la anterior solicitud del operador que se postula como candidato a contratista, emite una oferta, bien de suministro de determinados materiales, bien de realización de parte de los trabajos objeto de licitación, como subcontratista. A este tercer sujeto me referiré como oferente u oferente-subcontratista. Quedan dos advertencias para terminar de delimitar el supuesto. La primera es que el candidato a contratista suele solicitar ofertas a varios subcontratistas a la vez. La segunda es que ese mismo candidato utilizará una de las ofertas de los subcontratistas en la confección de la suya propia. Con estos mimbres, el problema surge cuando el contratista gana la licitación, pero el oferente-subcontratista –cuya oferta empleó el entonces candidato a subcontratista para crear la suya propia– revoca la oferta. Los motivos del oferente-subcontratista para revocar su oferta pueden ser –como indica Farnsworth<sup>36</sup>– una mejor oportunidad de negocio, un repentino incremento de los costes o un error en la configuración de su oferta.

El mismo Farnsworth se ocupa de ofrecernos tres posibles soluciones al problema planteado, sin que ninguna sea plenamente satisfactoria. Veámoslas<sup>37</sup>.

El primer enfoque consistiría en tratar la oferta del subcontratista como una oferta revocable que permite la aceptación del contratista por medio de su declaración de voluntad, cuando éste haya ganado la licitación del contrato de obra. Hasta la aceptación, la oferta sería plenamente revocable. El único efecto sería que el contratista no volvería a confiar en la respetabilidad comercial del suministrador para negocios futuros, porque ha revocado una oferta en la que confió. Esta solución constituye una sanción social o de mercado, pero no una sanción jurídica, ni mucho menos un remedio frente a la revocación.

El segundo enfoque trata igualmente la oferta del subcontratista como una oferta que permite al contratista aceptar, cuando gane

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, en *Friedman v Tappan Dev. Co.*, [(1956) N. J. 126 A.2d 646] el destinatario de una oferta de venta que, en confianza de esta, gasta una cantidad de dinero en investigar la titularidad real del inmueble carece de protección si la oferta es finalmente revocada antes de que acepte (*vid.* FARNSWORTH, A., *On contracts*, cit., § 3.25, p. 362).

<sup>36</sup> FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 362.

<sup>37</sup> *Vid.* FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, pp. 362-364.

la licitación. La diferencia estriba en que, durante un periodo razonable, tras la comunicación al contratista de que su oferta ha resultado vencedora en la licitación, la oferta del subcontratista deviene irrevocable. Esta solución es más onerosa para el subcontratista, que se vincula; pero no así el contratista. Además, el subcontratista se vuelve más vulnerable al *bid shopping*<sup>38</sup>.

El tercer enfoque considera a la oferta del subcontratista como una propuesta que permite la aceptación del contratista mediante declaración de voluntad. La aceptación del contratista, por medio de su declaración de voluntad, se produce cuando éste emite su propia oferta en la licitación (en lugar de después de haber vencido en ella, como en los dos anteriores enfoques). La aceptación de la oferta del subcontratista es una aceptación tácita, que viene determinada por el hecho de emplear la oferta del subcontratista para emitir la suya propia en la licitación. Así, entre contratista y subcontratista se perfeccionaría un contrato sometido a la condición suspensiva de que el contratista gane la licitación. Con esta solución, ambas partes quedarían vinculadas y se previene el *bid shopping*. Sin embargo, tampoco está exenta de problemas<sup>39</sup>.

Tras esta perspectiva general, voy a referirme en el siguiente subapartado a dos casos en torno a los cuales ha pivotado el debate sobre la protección del contratista destinatario de una oferta, en contratos de obra, y que han marcado la evolución del sistema estadounidense. Ambos supuestos tienen en común que el subcontratista-oferente se equivocaba al elaborar el precio de su oferta, por un error en el cálculo de sus costes.

#### 2.2.2.2 JAMES BAIRD V. GIMBEL BROSS Y DRENNAN V. STAR PAVING CO

1. El primer caso es *James Baird v. Gimbel Bros*<sup>40</sup>. En él, el Juez Hand fundó su fallo en la tradicional doctrina contractual del *common law*<sup>41</sup>. Los hechos son los siguientes:

2.1. *James Baird, Co.* («Baird») era un contratista que pujaba para obtener la construcción de un edificio gubernamental en Harrisburg, Pennsylvania. *Gimbel Bros, Inc.* («Gimbel»), los

<sup>38</sup> El *bid shopping* constituye una práctica considerada antiética en la industria constructora conforme a la cual el contratista –con el fin de obtener la oferta de precio más bajo de entre una serie de subcontratistas– hace que los suministradores compitan entre sí, en una suerte de guerra de precios

<sup>39</sup> Los problemas surgen, para los subcontratistas, a la hora de demostrar que su oferta fue la efectivamente utilizada por el contratista. Y es que el contratista puede no haber identificado al concreto subcontratista en su oferta para licitar, o no haber comunicado al subcontratista que empleó su oferta para licitar. Además, las ofertas de los subcontratistas son susceptibles de contener problemas de concreción, o pueden necesitar de una modificación para ajustarse a las particulares necesidades del contratista (FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 364).

<sup>40</sup> 64 F.2d 344 (1933).

<sup>41</sup> *Supra*. 2.1.

famosos grandes almacenes de Nueva York, envió una oferta de suministro de linóleo a una serie de contratistas el 24 de diciembre. Baird recibió la oferta de Gimbel el 28 de diciembre. Con esta oferta, Baird realizó su propia oferta para concurrir a la concesión de la obra, empleando el precio del linóleo fijado por Gimbel. Gimbel se percató después de que su oferta de suministro de linóleo contenía un error de cálculo y notificó su revocación a Baird el mismo 28 de diciembre. Gimbel había *infravalorado su oferta en un 50%*. La autoridad adjudicataria concedió la realización de la obra a Baird el 30 de diciembre, sobre la base del precio inicial total con el que Baird había pujado. Este precio incluía el cálculo inicial del linóleo ofertado por Gimbel. Baird aceptó formalmente la oferta de Gimbel el 2 de enero (dos días después de la revocación de la oferta por éste). Gimbel se negó entonces a aceptar el perfeccionamiento del contrato. El juzgado de primera instancia determinó que no se había perfeccionado el contrato. Ante ello, Baird recurrió a la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Distrito.

El Juez Hand estimó que el suministrador que descubre un error en la composición numérica de su oferta antes de que ésta haya sido aceptada por el contratista puede revocarla a pesar de la confianza del segundo. El razonamiento del Juez Hand descansó en la idea de que la oferta no puede «ser contemplada como una opción, dando al demandante el tiempo razonable para aceptarla [...], en caso de que su oferta sea aceptada a su vez en la licitación, pero sin vincularle a él mismo a tener que tomarla y pagar si puede obtener un mejor negocio en otro lugar. No hay ninguna razón para suponer que el demandado quisiese someterse a sí mismo a semejante obligación unilateral». Para Hand, no podía aplicarse el denominado «*promissory estoppel*» (impedimento promisorio) a favor del destinatario de la oferta –desarrollado hasta entonces al albur de las promesas puramente gratuitas<sup>42</sup>–, que impidiese al oferente revocar su oferta simplemente en atención a la confianza del destinatario. Hand entendió que el «*promissory estoppel*», contenido en el § 90 *Restatement (First)*<sup>43</sup>, no era aplicable a un contexto en el

<sup>42</sup> El *promissory estoppel* es una doctrina que, durante el siglo XIX, permitía que, en algunas promesas formuladas a título gratuito, la confianza fuese reconocida como base para exigir su cumplimiento. Y es que, en caso de incumplimiento de la promesa, a la parte que se había visto privada de obtener lo prometido le estaba vedado alegar o probar que había actuado movida por mor de la promesa elaborada por el promitente y en la que había confiado. Por ello, los tribunales impidieron (*estopped*) al promitente esgrimir en su defensa que su promesa adolecía de *consideration*. Esta clase de impedimentos (*estoppel*) pasó a denominarse *promissory estoppel* (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 2.19, pp. 167-171; HENDERSON, «Promissory estoppel and traditional contract doctrine», *Yale Law Journal*, 78, n.º 3, 1969, pp. 350-351).

El *case law* estadounidense habitualmente afirma hoy que el incumplimiento de contrato (*breach of contract*) y el *promissory estoppel* son «*two sides of the same coin, and that coin is a cause of action for breach of contract*» (*Qatar Nat'l Navigation & Transp. Co. v. Citibank N. A.*, No. 89 Civ. 464 (CSH), 1998 WL 516117, at \*7 (S. D. N. Y. Aug. 20, 1998); o que el «*promissory estoppel is an equitable remedy, the effect of which [...] is to estop [the defendant] from denying the existence of the contract pleaded*») (*Pitak v. Bell Atl. Network Servs. Inc.*, 928 F. Supp. 1354, 1367 (D. N. J. 1996).

<sup>43</sup> § 90 *Restatement (First)*, titulado, «Promise reasonably inducing definite and substantial action»: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and

que las partes negocian y en el que la oferta, para adquirir eficacia vinculante, requiere una aceptación en forma de promesa (*promise*); ello por mucho que el destinatario confiase en la oferta. A juicio de Hand, el «*promissory estoppel*» se reservaba a casos donde concurrían compromisos altruistas («*charity pledges*»).

2.2. La opinión del Juez Hand fue muy criticada, pero también profundamente influyente. La crítica principal se basa en que, según la doctrina de *Baird*, el contratista general está vinculado por el precio de contrato que remite a la adjudicataria de la obra, pero no los subcontratistas, quienes pueden revocar libremente sus propuestas, aunque contengan errores. Algún autor norteamericano ha advertido que, cuando esto sucede, se puede reducir el beneficio del contratista, de tal suerte que un contrato inicialmente beneficioso pueda terminar convertido en un mal negocio<sup>44</sup>. La «injusticia» achacada a la solución de este caso fue traída a la palestra en el segundo caso clave, del que a continuación me ocupo.

3. Se trata del caso *Drennan v. Star Paving Co.*<sup>45</sup>. Aquí, la Corte Suprema de California se separó, un cuarto de siglo después, del análisis tradicional imperante en el *common law* y, con ello, de la solución del Juez Hand. Los hechos del caso son:

3.1. *Star Paving Co.* («Star Paving»), subcontratista, había ofertado por teléfono a *William A. Drennan* («Drennan») realizar el pavimentado de la «Monte Vista School» en Lancaster (California) por 7.131,60 dólares. Drennan era un contratista que iba a pujar en la licitación de los trabajos de cimentado. Como la oferta de Star Paving era la más baja, Drennan la empleó en la confección de la suya para la obra, *incluyendo el nombre del subcontratista en su oferta*. Y es que la licitación exigía que se incluyesen los nombres de los subcontratistas que asumirían un 0,5% o más de la obra, así como el ofrecimiento de un aval de 317,385 dólares, como garantía de que se entraría en el contrato en caso de ser concedido. La oferta de Drennan resultó ser la más baja y le fue adjudicado el contrato de obra, pero Star Paving le comunicó, al día siguiente y antes de que hubiese aceptado su oferta, que había cometido un fallo en el cálculo de su oferta, y que no le era posible realizar el trabajo por menos de 15.000 dólares. Drennan tuvo que solicitar presupuestos alternativos para obtener una oferta de un subcontratista lo más baja posible y, transcurridos meses, consiguió que otro subcontratista (L & H Paving Company) hiciera el trabajo por 10.948,60 dólares. Drennan demandó a Star Paving por la diferencia entre la oferta del subcontratista y el coste que finalmente le supuso a Drennan el pavimentado, a la sazón 3.817 dólares. Star Paving se opuso alegando que no había contrato alguno perfeccionado que amparase la acción ejercitada por Drennan y que, por el contrario,

---

which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise».

<sup>44</sup> SCHULTZ, «The firm offer puzzle: a study of business practice in the construction industry», *19 University of Chicago Law Review*, 1952, p. 239.

<sup>45</sup> 51 Cal. 2d 409 (1958).

lo que existía era una oferta revocable que, además, fue revocada eficazmente antes de cualquier aceptación. Siguiendo la opinión del Juez Traynor, la corte falló dando la razón a Drennan y concediéndole la diferencia como indemnización.

3.2. Para la resolución del caso, Traynor aplicó el § 90 del *Restatement (First)* (vigente en 1958) y lo interpretó en términos de «*promissory estoppel*»<sup>46</sup>, impidiendo al oferente revocar su oferta, habida cuenta del perjuicio económico que la confianza en ella había provocado al destinatario (lo que, en Derecho estadounidense, se conoce como «*detrimental reliance*»). Esta confianza, que produjo un perjuicio en el destinatario, permitió sustituir a la *consideration*, convertir la oferta en vinculante e indemnizar al destinatario el daño provocado por la revocación<sup>47</sup>.

El § 90 del *Restatement (First)* disponía: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise». Como se ve, la aplicación de la «*detrimental reliance*», en relación con el «*promissory estoppel*» exige que se haya producido un daño derivado de la acción o la omisión del destinatario<sup>48</sup>. La Corte consideró que la confianza en el mantenimiento y corrección de la oferta reemplazaba a la *consideration*, porque indujo al destinatario –al contratista– a realizar una acción que, de otro modo, no habría ejecutado (y que le había causado daños). A ello se suma, según la Corte, el propio interés económico del subcontratista en que al contratista-destinatario le fuese concedido el contrato de obra, pues ello redundaría en su propio beneficio. Con ello, la Corte entendió que era *justo* permitir al contratista aceptar la oferta del subcontratista, una vez que el contrato al que licitó le fue adjudicado<sup>49</sup>. La regla de *Drennan* fue codificada en el § 87.2 del *Res-*

<sup>46</sup> *Supra* nota 42.

<sup>47</sup> El razonamiento de la Corte, en lo que interesa, es el siguiente: «When plaintiff used defendant's offer in computing his own bid, he bound himself to perform in reliance on defendant's terms. Though defendant did not bargain for this use of its bid neither did defendant make it idly, indifferent to whether it would be used or not. On the contrary it is reasonable to suppose that defendant submitted its bid to obtain the subcontract. It was bound to realize the substantial possibility that its bid would be the lowest, and that it would be included by plaintiff in his bid. It was to its own interest that the contractor be awarded the general contract; the lower the subcontract bid, the lower the general contractor's bid was likely to be and the greater its chance of acceptance and hence the greater defendant's chance of getting the paving subcontract. Defendant had reason not only to expect plaintiff to rely on its bid but to want him to. Clearly defendant had a stake in plaintiff's reliance on its bid. Given this interest and the fact that plaintiff is bound by his own bid, it is only fair that plaintiff should have at least an opportunity to accept defendant's bid after the general contract has been awarded to him».

<sup>48</sup> *Vid.* Voz «*Promissory estoppel*», *West's Encyclopedia of American Law*, 2 Edition, 2008, The Gale Group [última consulta el 16.01.2018 en <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/promissory+estoppel>].

<sup>49</sup> No sin razón, se ha apuntado que la solución contenida en *Drennan* podría situar la protección del contratista en cotas muy elevadas, teniendo en cuenta además la concepción angloamericana de la eficacia vinculante de la oferta. Aun con todo, *Drennan* se ha utilizado en resoluciones posteriores. Es por este motivo que los tribunales angloamericanos se han cuidado de puntualizar (*i*) que la eficacia vinculante de la oferta pervive únicamente el tiempo suficiente para otorgar al contratista la oportunidad razo-

tatement (Second)<sup>50</sup>. Dicha codificación ha recibido críticas, pues la mayoría de casos se han resuelto según el § 90<sup>51</sup> Restatement (Second)<sup>52</sup>.

3.3. El error del oferente en la configuración de su oferta cobra particular importancia en *Drennan* en relación con la confianza del destinatario. El demandado alegaba que el error en el cálculo de su oferta le permitía revocarla y citaba precedentes a su favor. La Corte consideró que, en esos precedentes, el error del oferente era o debió haber sido conocido por el destinatario. Para el caso, la Corte entendió que *Drennan*, como destinatario, tenía motivos para confiar en la corrección de la oferta y que, por tanto, no le era exigible conocer el error de cálculo, dado que en la zona de Lancaster había una oscilación de un 160% entre las ofertas de pavimentado más caras y las más baratas, de modo que no podría haber inferido el error. La confianza era digna de protección. Esto denota la importancia del caso concreto, a la hora de enjuiciar la confianza del destinatario. En efecto, los tribunales norteamericanos han llegado a considerar aceptable una diferencia del 125%, sobre la base del testimonio del propio destinatario (el contratista) de que en el mercado las diferencias entre las ofertas más altas y las más bajas eran más del doble. A la vez, se ha negado la razonabilidad de la confianza en ofertas cuyas diferencias oscilaron entre el 35%, 40%, 50% y hasta el 290%<sup>53</sup>.

---

nable de aceptar; y (ii) que los contratistas que abusan de la regla de *Drennan* mediante el *bid shopping* pierden la protección (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 363).

<sup>50</sup> § 87.2 Restatement (Second): «An offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree before acceptance and which does induce such action or forbearance is binding as an option contract to the extent necessary to avoid injustice». *Supra* 2.2.1 [3] para el § 87.1.

<sup>51</sup> El § 90 (1) Restatement (Second), figura redactado de manera prácticamente similar al § 90 Restatement (First) y dispone: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires». Como se ve, el precepto contiene una proposición final a cuyo tenor «el remedio concedido por el incumplimiento puede limitarse según lo exija la justicia». Esta frase ha sido interpretada en el sentido de que la promesa es exigible en sí misma, pudiendo con ello el destinatario ver satisfecho su interés de cumplimiento (interés positivo). Sin embargo, si el fundamento de la indemnización del destinatario se contemplase como interés de confianza, parecería apropiado limitar la indemnización al valor de ese interés. En consecuencia, el § 90 (1) Restatement (Second) parece permitir al juez proceder de cualquiera de las maneras, en función de las necesidades de la justicia en cada caso concreto. Además, el juez puede tener en cuenta si el oferente que revoca ha procedido de mala fe en su revocación, para conceder el interés de cumplimiento o el interés de confianza, en cada caso (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 2.19, pp. 182-183). Esta solución es criticable a mi juicio, pues (i) parece dejar al arbitrio del juez la manera de proceder a la hora de conceder indemnización por la revocación de la oferta, lo que produce inseguridad jurídica; y (ii) atribuye un tinte sancionador a la decisión del juez.

<sup>52</sup> Vid. GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*): Much Ado about (almost) nothing», *Journal of legal analysis*, 2011, pp. 581-582.

<sup>53</sup> Vid. GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 558

4. El impacto de *Drennan* merece ser precisado ahora, por lo que después se dirá<sup>54</sup>. Lejos de constituir una «carta blanca» para la aplicación sin límite del «*promissory estoppel*» a todo tipo de realidades, el efecto del caso es simplemente convertir en irrevocables a determinadas ofertas, hasta que el destinatario tiene la posibilidad de aceptar. Lo que sucede es que la teoría del «*promissory estoppel*» fue la vía teórica disponible que permitió este resultado<sup>55</sup>. Ello quizás dote de sentido a la posterior codificación de la regla de *Drennan* en el § 87.2 *Restatement (Second)*, pues con ella se pretendía dar carta de naturaleza a la aplicación del «*promissory estoppel*» a contextos negociadores, sin necesidad de realizar juegos de escapismo con el § 90.1 *Restatement*<sup>56</sup>.

#### 2.2.2.3 EL (DES)ENCUENTRO ENTRE *BAIRD* Y *DRENNAN*: *PAVEL ENTERPRISES, INC. V. A. S. JOHNSON CO., INC.*

1. Robert Scott y Jody Krauss se han referido a *James Baird* y *Drennan* como dos casos en los que dos gigantes judiciales –Learned Hand y Roger J. Traynor– tomaron posiciones opuestas sobre la problemática de la revocación de las ofertas en contratos de obra<sup>57</sup>. Las doctrinas de los citados casos se encontraron en *Pavel Enterprises, Inc. V. A. S. Johnson CO., Inc*<sup>58</sup>, caso resuelto por la *Court of Appeals of Maryland*. Los hechos del caso son:

El *National Institute of Health* («NIH») sacó a concurso el proyecto de renovación de un edificio de su campus en Maryland. El proyecto implicaba trabajos de demolición, pero el componente principal del trabajo era de mecánica, incluyendo trabajos sobre el sistema de calefacción, ventilación y aire acondicionado. Pavel Enterprises («Pavel») preparó, como contratista, una oferta para el NIH. En la confección de su oferta, Pavel solicitó ofertas de varios constructores mecánicos. La *A. S. Johnson Company* («Johnson») respondió, como subcontratista, a Pavel con una propuesta de trabajo por escrito para las obras de calefacción, ventilación y aire acondicionado. En la mañana del 5 de agosto de 1993, el NIH abrió la licitación y Pavel remitió una oferta oral que incluía un presupuesto de 898.000 dólares para los trabajos de sobre los componentes de calefacción, ventilación y aire acondicionado. El presupuesto de 898.000 dólares era el resultado de la oferta de Johnson

<sup>54</sup> *Infra* 2.2.2.4.

<sup>55</sup> HENDERSON, «Promissory estoppel...», cit., pp. 356 y 366-367; GAIDES, «The «firm offer» problem in construction bids and the need for promissory estoppel», *William & Mary Law Review*, Vol. 10, Issue, 1968, pp. 225-227.

<sup>56</sup> Así, refiriéndose al borrador del *Restatement (Second)*, HENDERSON, «Promissory estoppel...», cit., p. 368.

<sup>57</sup> SCOTT / KRAUSS, *Contract Law and Theory*, 5.ª ed., 2013, p. 243.

<sup>58</sup> 342 Md. 143, 674 A.2d 521 (1996)

(subcontratista). Para el proyecto, en su conjunto, la oferta de Pavel ascendía a 1.585.000 dólares.

La oferta de Pavel fue la segunda más competitiva en precio, lo que significaba que no había sido aceptada. Sin embargo, a mediados de agosto, la oferta aparentemente más competitiva en precio fue descalificada y el NIH comunicó a Pavel que su oferta sería aceptada. Tras mantener una reunión, el 26 de agosto de 1993, Pavel remitió un fax a todos los subcontratistas con los que había contactado para confeccionar su oferta. En dicho fax, Pavel requería a los subcontratistas para que revisasen sus ofertas. En particular, Pavel les pedía que eliminasen de sus ofertas la partida de suministro de corriente y que recalculasen sus ofertas en atención a esta modificación.

El 30 de agosto de 1993, Pavel comunicó al NIH que Johnson era el subcontratista elegido para realizar los trabajos de ventilación, calefacción y aire acondicionado de la obra. El 1 de septiembre de 1993 Pavel remitió por fax y correo postal una carta a Johnson, en cuya virtud Pavel aceptaba la oferta de Johnson. Recibida por Johnson la aceptación de Pavel, Johnson llamó e informó a Pavel que su oferta contenía un error y que, como resultado, el precio era demasiado bajo. Según comunicó el responsable de presupuestos de Johnson, el error había sido descubierto antes, pero no se había comunicado a Pavel en la creencia de que el NIH no le había adjudicado el contrato principal. Por ello, no consideraron preciso corregirlo. De este modo, Johnson revocó su oferta el 2 de septiembre de 1993. A ello respondió Pavel, comunicando su negativa a permitir la revocación de la oferta de Johnson. El 28 de septiembre de 1993, el NIH concedió formalmente la realización de la obra a Pavel, quien tuvo que procurarse otro subcontratista que le hiciera los trabajos mecánicos. El precio de este nuevo subcontratista fue de 930.000 dólares. En consecuencia, Pavel demandó a Johnson reclamando la diferencia entre la oferta de Johnson (898.000 dólares) y la del subcontratista sustituto: (32.000 dólares)<sup>59</sup>.

2. La Corte de Maryland analizó si resultaba de aplicación la teoría de la «*detrimental reliance*» (aplicada en *Drennan*), esto es, si la confianza razonable de Pavel en la oferta recibida permitía convertirla en vinculante para Johnson, por haberle causado un daño. La respuesta fue negativa. Para la Corte, la oferta de Johnson no era vinculante, porque Pavel no depositó, en ella, una confianza «*sustancial y definitiva*». La «*detrimental reliance*» exigía, en opi-

---

<sup>59</sup> El tribunal de instancia realizó algunos apuntes valiosos sobre este supuesto, como son: (i) Pavel confió en la suboferta de Johnson y la empleó en la confección de la suya propia para el proyecto en conjunto; (ii) El hecho de que la oferta general de Pavel solo fuera la más competitiva tras la descalificación del contratista con la oferta aparentemente más competitiva sustrae el caso de la normalidad; (iii) Johnson revocó su oferta el 2 de septiembre, antes de que la obra le fuese adjudicada a Pavel (el 28 de septiembre); y (iv) La carta, de 26 de agosto, de Pavel a todos los potenciales subcontratistas indica que no había un acuerdo definitivo entre Pavel y Johnson y, más aun, que Pavel no confió plenamente en la oferta de Johnson, como subcontratista.

nión de la Corte, (i) que el destinatario no «jugase» al «*bid shopping*» (como parecía estar haciendo Pavel con su carta a los subcontratistas); (ii) que el destinatario comunicase al subcontratista oferente su intención de hacer uso de la oferta en la licitación; y (iii) si la oferta del subcontratista es tan baja que un contratista prudente y razonable, situado en su posición, no habría confiado en ella, el juzgador puede entonces inferir que el contratista no confió, de hecho, en la oferta errada. Por tanto, la oferta se reputó no vinculante y no se aplicó la doctrina de la «*detrimental reliance*»<sup>60</sup>.

#### 2.2.2.4 ¿DE REGRESO A *JAMES BAIRD*? VALORACIONES DE LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE

1. En *Pavel* la Corte no aplicó la doctrina del juez Traynor en *Drennan*, aunque los hechos del caso eran un tanto particulares. Tanto *Pavel* como *Baird* y como *Drennan* versaron sobre la *equivocación* del oferente en el cálculo del precio de su oferta. La regla de *Baird* asignó el riesgo del error al contratista destinatario, mientras que en *Drennan* se le atribuyó al oferente. Por este motivo, Victor Goldberg ha calificado la regla de *Drennan* como una «*regla asimétrica*»<sup>61</sup> que causa desprotección en el subcontratista<sup>62</sup>. La doctrina estadounidense coincide en que el problema reside, en última instancia, en determinar qué parte –si el oferente o destinatario– debe asumir el riesgo de un error en el cálculo del precio de la oferta. Y advierte que la asignación del riesgo de error en el precio de la oferta al oferente incentivaría la corrección de las ofertas, pero también se cuestiona si ello no provocaría que los contratistas destinatarios fuesen menos vigilantes a la hora de comparar ofertas<sup>63</sup>. La dificultad para determinar la alternativa que permita reducir mejor la comisión de errores ha conducido a la dogmática norteamericana a buscar respuestas en la práctica empírica de la industria de la construcción.

<sup>60</sup> En la fundamentación de su fallo, la Corte de Maryland tuvo presente el lapso entre la apertura de la licitación y la concesión de la obra a Pavel, así como que –tras serle concedido el contrato de obra– Pavel enviase un fax a todos los subcontratistas solicitándoles una revisión de sus ofertas sin incluir, esta vez, el precio del suministro de corriente.

<sup>61</sup> GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 542.

<sup>62</sup> La desprotección del subcontratista se aprecia en otro caso resuelto, una década después por el Juez Traynor. El caso fue *Southern California Acoustics Co. v. C. V. Holder, Inc.* (71 Cal.2d 719, 456 P.2d 975, 79 Cal. Rptr. 319 (1969)). En este caso, fue el subcontratista quien demandó al contratista. El contratista, habiendo ganado la licitación, reemplazó (con el consentimiento del dueño de la obra) al subcontratista que había formulado la oferta más competitiva, por otro que prefería. En su demanda, el subcontratista oferente reclamaba que había confiado en que su oferta había sido seleccionada y que, por ello, se había abstenido de ofertar en otros proyectos. El Juez Traynor, fiel a la regla de *Drennan*, concluyó que el contratista no estaba vinculado, pues él no realizó promesa alguna.

<sup>63</sup> Vid. SCOTT / KRAUSS, *Contract law...*, cit., pp. 243-244.

2. Destaca, aquí, el trabajo de Franz Schultz<sup>64</sup>. Schultz llama la atención acerca de que, en la práctica, existen poderosas *sanciones extralegales* que, de por sí, compelen a los oferentes-subcontratistas a mantener su oferta, aunque se equivoquen (como la pérdida de la reputación, el temor a que se les encarguen ofertas en el futuro, etc.). Ahora bien, Schultz informa de la poca importancia que muchos contratistas confieren a la revocación de la oferta y al reducido número de estos que recurrirían a sanciones extralegales o a demandas judiciales en caso de revocación. En su trabajo, Schultz refleja la realidad de una industria donde la práctica es flexible y donde en muchos casos la confianza del contratista en la oferta no es sino irónica, pues tras serle concedida la obra renegocia con el oferente o busca otro subcontratista. Por eso, se muestra suspicaz hacia admitir –en el ramo de la construcción– una regla de eficacia vinculante de la oferta como la de *Drennan* y la Sección 2-205 UCC; ello cuando, además, el oferente suele ser –según expone– la parte más débil en la negociación<sup>65</sup>.

3. A la luz del estudio de Schultz y asumiendo la eficacia de las sanciones extralegales, Scott y Krauss abogan por una vuelta a la doctrina de *Baird*. Los autores consideran que los oferentes tomarán las precauciones necesarias, merced a las sanciones extralegales; y, al mismo tiempo, que los destinatarios tomarán sus propias cautelas para evitar que se defraude su confianza<sup>66</sup> (el oferente podría revocar libremente)<sup>67</sup>.

4. Asimismo, Goldberg llama la atención de que, tratándose de dueños de obra privados, los problemas que surgen son menores y se suelen resolver extrajudicialmente por los implicados<sup>68</sup>. Según Goldberg, en el sector privado, al dueño, de ordinario, le será indis-

<sup>64</sup> SCHULTZ, «The firm offer puzzle...», cit., pp. 252 y ss.

<sup>65</sup> SCHULTZ, «The firm offer puzzle...», cit., pp. 284-285.

<sup>66</sup> SCHULTZ sostuvo que una prueba de la confianza del destinatario contratista puede ser la inclusión de la oferta exacta del subcontratista en su estimación general. Y que una prueba incluso mejor radica en demostrar que, con la obtención de la oferta del subcontratista en cuestión, el contratista ya no tenía intención de negociar con él un mejor precio ni de acudir a otros en ejercicio del «*bid shopping*». No obstante, esto último es extremadamente complicado de demostrar. Puede decirse que, si el destinatario ha hecho esfuerzos para entrar en un contrato detallado y condicionado a la concesión de la obra, el juez tiene buenas razones para apreciar confianza razonable («The firm offer puzzle...», cit., p. 248). En cualquier caso, los supuestos de oferta de contrato con eficacia vinculante derivada de la confianza del destinatario son tremendamente casuísticos. La confianza se convierte entonces en una cuestión puramente fáctica. No en vano, la calificación de la oferta como vinculante presenta un valor económico para el destinatario. Este valor incrementa con el tiempo en que la oferta existe y la variación de los costes del oferente, en particular, su coste de oportunidad. Puede decirse que, si el valor esperado de la oferta para el destinatario es mayor que el coste que al oferente le supone su formulación (y mantenimiento) existirá un incentivo económico a calificar la oferta como vinculante (GOLDBERG, «*Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)*...», cit., p. 564).

<sup>67</sup> SCOTT / KRAUSS, *Contract law...*, cit., p. 245.

<sup>68</sup> GOLDBERG, «*Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)*...», cit., p. 564.

tinta la figura del subcontratista. Su relación es con el contratista y se aquietará al buen juicio de este último en la elección de los subcontratistas<sup>69</sup>. La regla de *Drennan* parece entonces abocada a la aplicación en la contratación pública<sup>70</sup>.

5. En lo que me consta, la doctrina estadounidense se inclina hoy más por la solución de *James Baird*, negando la eficacia vinculante a la oferta del subcontratista<sup>71</sup>. Sin embargo, los comentaristas de la Sección 2-205 UCC se muestran más proclives a la aplicación de soluciones como la de *Drennan*, ya sobre la base de dicha sección, ya sobre la doctrina del «*promissory estoppel*» o el § 87.2 *Restatement (Second)*<sup>72</sup> (*supra* 2.2.2.2 [3.1]).

### III. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO FRANCÉS

1. El *Code civil* de 1804 ha sido recientemente reformado, en materia de obligaciones y contratos, mediante la *Ordonnance* núm. 2016-131, de 10 de febrero<sup>73</sup>. Dicha reforma ha incluido una regulación sobre la oferta de contrato, hasta el momento, inexistente en el *Code civil*. Por eso, antes de abordar la actual regulación de la oferta, me referiré al estado de la cuestión previo a febrero de 2016.

#### 3.1 LA OFERTA DE CONTRATO ANTES DE LA REFORMA DEL *CODE CIVIL*

1. La ausencia de previsión normativa sobre la oferta de contrato en el *Code* antes de la reforma de 2016 obligó a un desarrollo jurisprudencial de la cuestión. Desde antaño, la *Cour de Cassation*

<sup>69</sup> GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 566.

<sup>70</sup> GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 585.

<sup>71</sup> Como ha apuntado Goldberg la influencia de *Drennan* ha sido escasa más allá de la inclusión de su regla en el § 87.2 *Restatement (Second)*, que tilda de fracaso. En cualquier caso, Goldberg señala también que la cuestión de revocación de ofertas es raras veces planteada cuando el dueño de la obra es un ente privado (*vid.* GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., pp. 540-541).

<sup>72</sup> WHITE / SUMMERS / HILLMAN, *Uniform commercial code*, cit., § 2:35, pp. 135-136.

<sup>73</sup> *Ordonnance* no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016. FAGES ha llamado la atención sobre la sorpresa que le produjo el método empleado para acometer la modernización del Derecho de obligaciones francés, a través de una Ordenanza y no de una Ley, como se hiciera en Alemania mediante la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*. Califica ello como un misterioso «*bureau du droit des obligations*» antes que como una comisión gubernamental bien identificada, como fue la alemana («*Le processus de formation des contracts*», en SCHULZE, y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5<sup>mes</sup> Journées franco-allemandes*, Vol. 20, 2015, p. 41).

consideró que la oferta podía revocarse en cualquier momento anterior a su aceptación<sup>74</sup>. Hay que advertir que el Derecho francés, en este punto, era deudor –como en otros tantos– de las ideas de Pothier<sup>75</sup>.

Junto con lo anterior, la jurisprudencia francesa consideraba que la oferta hecha a persona determinada obligaba al oferente a su mantenimiento durante el plazo de vigencia por él indicado<sup>76</sup> o, en su defecto, durante un plazo razonable («*délai raisonnable*») a fijar por el tribunal en función de las circunstancias y los usos. El fundamento de esta «obligación», de creación jurisprudencial, se buscó en la teoría del precontrato, en la voluntad unilateral como fuente de obligaciones o en la responsabilidad extracontractual para el caso de revocación<sup>77</sup>. La doctrina más autorizada, sin embargo, optó por considerar que la revocación indebida de una oferta constituía un ilícito extracontractual («*faute*») que obligaba a su autor a responder *ex* artículo 1382 *Code civil* con una indemnización al destinatario, cuya confianza se había visto defraudada<sup>78</sup>. En cualquier caso, la responsabilidad extracontractual del oferente por *culpa in contrahendo* exigía la efectiva irrogación de un perjuicio al destinatario<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> La antigua sentencia de la *Cour de Cassation* (troisième chambre civil) de 3 de febrero de 1919 (DP, 1923. I.126) señaló que «*une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement*».

<sup>75</sup> POTHIER diferenciaba, por un lado, el contrato, formado por el concurso de oferta y aceptación, y la policitación (*pollicitatio*) o promesa, por el otro. Para Pothier, la policitación no producía obligación alguna, de modo que quien la formula puede revocarla. Una sola voluntad no podía, para este autor, generar vinculación por sí misma. (*Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations* de Pothier, 1978, n.º 4, p. 13).

<sup>76</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de mayo de 2008 (Bulletin 2008, III, n.º 79).

<sup>77</sup> Vid. COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Teoría General de las Obligaciones, 1924, p. 556. En efecto, algunos autores entendieron que, junto con la oferta, concurre una suerte de contrato preliminar que obliga al oferente a mantener la oferta en pie durante un tiempo. Este contrato sería ficticio y su perfección se produciría, según esta visión, mediante la aceptación tácita del destinatario, pues le favorece (vid. SCHMIDT, *Négotiation et conclusion de contrats*, 1982, n.º 223 y ss.; COLIN / CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., p. 556). Tampoco fueron infrecuentes, en la etapa previa a la modificación del *Code*, las tesis que recurrieron a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, con el fin de dotar a la oferta de eficacia vinculante. Para los defensores de esta última postura, el oferente quedaría obligado con la manifestación de su declaración (unilateral) en tal sentido, aun antes de que el destinatario de la oferta hubiera tenido conocimiento de ella (vid. COLIN / CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., pp. 557-558). La crítica a esta doctrina es que una manifestación de voluntad solo produce efectos cuando es conocida por su destinatario (vid. PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, Obligations, Première partie, 2.ª ed., 1952, n.º 131).

<sup>78</sup> Vid., en este sentido, la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de diciembre de 1958 (D 1959.1.33); MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7.ª ed., 2015, 470, p. 241; MALINUAD / FENOUILLET / MEKKI, *Droit des obligations*, 14.ª ed., 2017, p. 124.

<sup>79</sup> MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2015, cit., 470, p. 241.

2. Por lo tanto, antes de la inclusión de la oferta en el articulado del *Code* en 2016, la responsabilidad por revocación era extracontractual<sup>80</sup>. A ello respondía el consenso francés relativo a la imposibilidad de obligar al oferente, que revoca, a celebrar un contrato que no quiere<sup>81</sup>. Se consideraba que la revocación privaba de cualquier (re)encuentro posible entre la oferta y la aceptación, como declaraciones de voluntad, y que, en consecuencia, no se podía ya perfeccionar el contrato<sup>82</sup>.

### 3.2 LA NUEVA REGULACIÓN DE LA OFERTA EN EL *CODE CIVIL*

1. La nueva regulación de la oferta no ha roto con la tradición francesa. Más bien al contrario<sup>83</sup>. El nuevo artículo 1116 *Code*<sup>84</sup> parece adoptar una solución que dota a la oferta de contrato de eficacia vinculante, cuando dice, en su párrafo primero, que la «oferta no puede ser revocada antes de que expire el plazo fijado por el oferente o, en defecto de éste, antes del transcurso de un plazo razonable». La rotundidad de este primer párrafo se desdibuja en el segundo, que dispone que «la revocación de la oferta contraviniendo esta prohibición impide la formación del contrato». Por último, el artículo 1116.3 *Code* establece la consecuencia de la revocación indebida de la oferta: «ella [la revocación] trae consigo la responsabilidad extracontractual del oferente según las prescripciones del Derecho común, sin quedar este obligado a compensar la parte correspondiente a las ventajas esperadas del contrato».

2. La opinión de los autores franceses avala la solución codificada en el artículo 1116 *Code* y que recoge la tradición francesa

<sup>80</sup> Ello pese a la existencia de algunas voces que consideraban que las transacciones económicas, especialmente las comerciales, apenas serían posibles si las ofertas no tuvieran cierto carácter obligatorio (vid. PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique...*, cit., n.º 131).

<sup>81</sup> O, al menos, la jurisprudencia se mostraba dubitativa al respecto, según informa FAGES, «Le processus de formation...», cit., p. 44.

<sup>82</sup> Vid. MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2015, cit., 470, p. 241.

<sup>83</sup> Según el Informe al presidente de la República que siguió a la publicación de la Ordenanza, la nueva regulación codifica las soluciones jurisprudenciales que se estaban aplicando en materia de formación de los contratos (vid. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Ministère de la Justice, JORF n.º 0035 du 11 février 2016 texte n.º 25, sur 113, p. 7).

<sup>84</sup> Art. 1116. – Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

sobre la materia. En particular, se muestran satisfechos con evitar cualquier atisbo de acercamiento entre la revocación de la oferta y la responsabilidad contractual (art. 1116.3 *Code*). Al mismo tiempo, se reafirman en la visión que impide el concurso de voluntades y el consiguiente perfeccionamiento del contrato cuando se produce la revocación de la oferta; ello en atención al principio de libertad contractual que no permite emitir un consentimiento forzado<sup>85</sup>. A juicio de la doctrina francesa actual, la oferta no confiere a su destinatario un derecho al contrato, por lo que la reparación a que puede aspirar el «afectado<sup>86</sup>» por una revocación indebida no puede comprender el interés positivo<sup>87</sup> o de cumplimiento<sup>88</sup>.

#### IV. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO ALEMÁN

1. La eficacia vinculante de la oferta de contrato adquiere su máxima significación en el Derecho alemán, así como en los ordenamientos jurídicos que han sido influidos por él<sup>89</sup>. El § 145 del Código Civil alemán (BGB) contiene el principio de vinculación a la oferta de contrato. Este parágrafo dispone que «*quien ofrece a otro la celebración de un contrato queda vinculado a su oferta, salvo que haya excluido la vinculación*» (traducción propia). Por tanto, el oferente no puede revocar su oferta de manera eficaz y queda vinculado a ella mientras perdure la vinculación<sup>90</sup>. La vinculación del oferente a su oferta comienza cuando la oferta adquiere eficacia, es decir, en el momento en que llega al destinatario (§ 130.1 S 1 BGB)<sup>91</sup>; y se prolonga, bien hasta la llegada del plazo

<sup>85</sup> MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9.ª ed., 2017, 474, p. 272; MALINUAUD, P. / FENOUILLET / MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 125.

<sup>86</sup> En efecto, se emplea el término «*victime d'une revocation fautive*» en MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2017, cit., p. 272.

<sup>87</sup> MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2017, cit., p. 272.

<sup>88</sup> La solución del art. 1116.3 fue aplaudida por FAGES, incluso antes de su definitiva promulgación, toda vez que preservaría una cierta flexibilidad para las relaciones comerciales, sin conferir a la oferta una eficacia vinculante demasiado fuerte en términos de responsabilidad (*vid.* «*Le processus de formation des contracts*», cit., p. 44).

<sup>89</sup> § 145 BGB; § 862 S.3 ABGB; arts. 3 y 5 OR; art. 185.f CC griego; art. 230 CC portugués, art. 974 CC argentino de 2015. También se aprecia en la regulación de otros ordenamientos no necesariamente influenciados por el BGB: art. 846 CCom colombiano; art. 443 CCom costarricense; art. 317.1.º CC cubano; art. 1521 CC guatemalteco; art. 718 CCom hondureño; art. 1804 CC mexicano; art. 89 CCom. nicaragüense; art. 2453 CC nicaragüense; art. 1137.5.º CC venezolano.

<sup>90</sup> BUSCHE, «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, 7.ª ed., 2015, Rn. 1; ELLENBERGER, «§ 145 BGB», en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.ª ed., 2017, Rn. 3.

<sup>91</sup> La revocación de la oferta solo es eficaz cuando llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (§ 130.1 S.2 BGB). En ese caso debe hablarse propiamente de

marcado por el oferente (§ 148 BGB), bien hasta el transcurso de un plazo adecuado en atención a las circunstancias (§ 147.2 BGB).

2. Estas serían, a grandes rasgos, las líneas básicas que determinan la eficacia vinculante de la oferta en el Derecho alemán. Como se observa, la configuración del modelo alemán de vinculación a la oferta se aparta por completo de la tradición del *ius commune*. Resulta obligado, entonces, exponer primero los antecedentes histórico-legislativos que precedieron a la codificación del § 145 BGB.

#### 4.1 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OFERTA EN EL DERECHO ALEMÁN

En la evolución dogmática y legal de la eficacia vinculante de la oferta en el Derecho alemán pueden distinguirse tres fases. La primera se remonta a las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX. La segunda comprende el proceso codificador alemán durante el siglo XIX, que culmina en la redacción del BGB. La tercera alude a la actual interpretación jurisprudencial de la eficacia vinculante de la oferta de contrato.

##### 4.1.1 Las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX

1. Los antecedentes teóricos que fundamentaron la opción legislativa alemana consistente en dotar a la oferta de contrato de eficacia vinculante pueden hallarse en (i) la tradición teórico-filosófica y religiosa; (ii) la propia vinculación a la palabra dada provocada por los juramentos; y (iii) la constancia, según fuentes romanas, de la existencia de eficacia vinculante en promesas especiales jurídicamente vinculantes (*pollicitatio*)<sup>92</sup>. De los tres, la vinculación a la promesa unilateral presenta mayor interés y únicamente me referiré a ella.

2. En efecto, la *pollicitatio* en Derecho romano consistía en la promesa unilateral emitida por parte de un ciudadano para la ejecución de una obra en su lugar de origen o el pago de una suma de dinero. Semejante promesa era vinculante, sin aceptación<sup>93</sup>, solo si el ciudadano emisor se postulaba para un cargo público o para el

retirada de la oferta y no de revocación.

<sup>92</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», en SCHMOECKEL, *Historisch-kritiker Kommentar zum BGB*, Band I, 2003, Rn. 25, p. 856.

<sup>93</sup> *Vid.* la celeste enseñanza pandectista, de JHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, 1987, p. 259.

sacerdocio. En Alemania, la *pollicitatio* se reconoció hasta el siglo XVIII, mencionándose en el § 2, Capítulo 1, Parte 4.<sup>a</sup> del Código Maximiliano de 1756. En aquel momento, la figura ya había perdido las connotaciones de Derecho público<sup>94</sup>.

3. Más tarde, la vinculación jurídica a una promesa adquirirá verdadera concreción en la Escuela de Derecho Natural. Así, *Hugo Grotius*, apoyándose en fuentes bíblicas, así como en las aportaciones de pensadores antiguos como Cicerón, diseña, a mediados del siglo XVII, un sistema tripartito de declaraciones jurídicas, posicionándose en contra de la doctrina tradicional del Derecho común, a cuyo tenor no hay vinculación sin contrato. Para este autor, una vez el oferente pone de manifiesto su propósito de vincularse jurídicamente, se produce una limitación voluntaria de su libertad de acción, siendo esta limitación eficaz. En este sentido, la emisión de una promesa es equiparable a la transmisión (física) de una cosa, porque en ambos casos el legitimado hace entrega de una parte de sus derechos<sup>95</sup>. Para la Escuela de Derecho Natural, la oferta vinculaba al oferente.

#### 4.1.2 Discusión doctrinal en el siglo XIX

1. La doctrina de la Escuela de Derecho natural se recoge por primera vez en el *Landrecht* Prusiano de 1794<sup>96</sup> (ALR). Este cuerpo legal establecía determinados plazos para la aceptación de la oferta en función de la lejanía que separase a las partes, obligando al oferente a esperar durante un tiempo razonable. No obstante, la eficacia vinculante de la oferta no se desprendía explícitamente del Código, sino que se deducía analógicamente de la concesión de un plazo para la aceptación<sup>97</sup>.

El § 862 del Código civil austriaco de 1811 (ABGB) toma la regulación del ALR y añade que la promesa no es susceptible de ser revocada antes del transcurso de los plazos fijados legalmente, en lo que constituyó una formulación en términos negativos. Será el artículo 319 del Código de Comercio alemán de 1861 (ADHGB) el cuerpo legal que modifique el sentido de la proposición a términos positivos (similares a los del actual § 145 BGB) y pase a rezar que el declarante está vinculado por su oferta.

2. Aunque la línea codificadora del círculo germánico terminó siendo eminentemente unívoca<sup>98</sup> (en el sentido de atribuir

<sup>94</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 858.

<sup>95</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 859.

<sup>96</sup> I 5 §§ 94-98 ALR.

<sup>97</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 29, pp. 859-860.

<sup>98</sup> Como excepción puede citarse el § 816 del Código Civil de Sajonia de 1863, donde se rechazó la eficacia vinculante de la oferta de contrato y se adopta una solución en

*ex lege* eficacia vinculante a la oferta de contrato), la cuestión sobre si la oferta era o no irrevocable –como regla general– no fue pacífica durante el proceso codificador del BGB en Alemania. Dos líneas interpretativas aparecen nítidamente contrapuestas.

La primera, compuesta fundamentalmente por romanistas de la escuela pandectista, se nutría del Derecho común y partía de la idea de la revocabilidad de la oferta. Para los representantes de la línea del Derecho común, la facultad de revocación subsistía hasta la aceptación, pues un contrato perfeccionado no era ya susceptible de revocación unilateral<sup>99</sup>. La solución lógica propugnada por la línea de Derecho común consistía en que, dado que se defrauda la confianza de la parte receptora de la oferta en la inminente celebración del contrato, el oferente está obligado, tras la revocación a prestar una indemnización por daños.

Una segunda línea interpretativa se derivaba de la tradición germánica y defendía la eficacia vinculante de la oferta inspirada en la confianza («*Treu*»), el ALR y el ADHGB. Esta línea ponía el acento en que, otorgando eficacia vinculante a la oferta, la seguridad del tráfico jurídico entre ausentes quedaba estimulada y posibilitada.

Como paso previo al estudio de ambas líneas, me detendré brevemente en las aportaciones de Jhering, cruciales para entender la problemática de la oferta en aquel tiempo.

#### 4.1.2.1 JHERING

1. Como es sabido, *Rudolph von Jhering (1818-1892)*, en su estudio sobre la *culpa in contrahendo*, trató de encontrar un fundamento para indemnizar los daños en caso de nulidad del contrato. Semejante fundamento no podía hallarse, para él, en la responsabilidad extracontractual, pues ni la *actio doli* ni la *actio de legis aquiliae* ofrecían solución (la primera por falta de intencionalidad, la segunda por la exigencia de daño patrimonial que le era inherente); además, la circunstancia de que el contrato jurídicamente no produzca efectos no permitía acudir a la responsabilidad contractual<sup>100</sup>. Con base en fuentes romanas, Jhering advirtió que en los casos de venta de una herencia inexistente o de una cosa fuera del comercio, al acreedor se le concedía una pretensión indemnizatoria basada en la *actio empti*<sup>101</sup>. De este hecho infirió que, en tales supuestos, el contrato –

---

coherencia con la tradición del Derecho común: el oferente solo está vinculado cuando concede un plazo para la aceptación.

<sup>99</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 30 y Rn. 31, p. 860.

<sup>100</sup> JHERING, «*Culpa in contrahendo*», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, IV, 1861, p. 23.

<sup>101</sup> JHERING, «*Culpa in contrahendo*», cit., p. 27.

pese a la nulidad— había producido algún tipo de efectos obligacionales, los cuales no se dirigían tanto al cumplimiento del mismo, sino, por ejemplo, a la restitución o a la indemnización de daños. La indemnización se concretaba en el interés negativo (el acreedor es situado en la posición en que estaría de no haber llegado a contratar)<sup>102</sup>.

2. Para Jhering, la anterior solución (responsabilidad por *culpa in contrahendo*) es aplicable también a los casos de revocación de oferta en tiempo útil, pero que llega al destinatario tras la emisión de la aceptación<sup>103</sup>. En su opinión, los presupuestos de la *culpa in contrahendo* eran extrapolables a la revocación, porque con la llegada de la oferta el destinatario se coloca en una posición de seguridad con arreglo a la cual puede comenzar a operar. Esta seguridad tenía, para el floreciente comercio, un valor incalculable, por lo que, al revocar el oferente habría de considerar que el destinatario bien podía haber comenzado con la preparación ejecutiva del contrato. Y, si no quería pechar con el reproche, entonces debía asegurarse de que tal ejecución no hubiese comenzado. A juicio de Jhering, el oferente que omitiera este hecho incurría en culpa y debía indemnizar<sup>104</sup>. Conviene señalar que, para Jhering, la indemnización quedaba indisolublemente ligada a que el destinatario hubiera *aceptado*, pues las actuaciones acometidas antes de la aceptación no podían fundamentar pretensión indemnizatoria alguna<sup>105</sup>.

#### 4.1.2.2 LA LÍNEA DEL DERECHO COMÚN (LOS PANDECTISTAS)

1. El representante más autorizado de la línea del Derecho común que influyó en la codificación alemana es, sin duda, el pandectista *Bernhard Windscheid (1817-1892)*<sup>106</sup>. Este autor defendía que la oferta de contrato puede revocarse hasta que el destinatario emita su aceptación<sup>107</sup>; sin que, por lo demás, fuese exigible que la revocación llegase al destinatario para considerarla existente y válida<sup>108</sup>. Ahora bien, el oferente que revoca quedaba obligado — para Windscheid— a indemnizar al otro, que confió en que se celebraría el contrato (mediante su aceptación), todos los daños que se

<sup>102</sup> JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 18.

<sup>103</sup> JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 26.

<sup>104</sup> JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 73.

<sup>105</sup> JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., pp. 38 y 73.

<sup>106</sup> Otros autores, igualmente relevantes, defendieron la revocación de la oferta como regla general, al tiempo que reconocen la existencia de ofertas en las cuales la revocación se excluye (renuncia), bien explícita, bien implícitamente (*vid.* REGELSDORFER, *Civilrechtliche Erörterungen*, 1868, p. 71).

<sup>107</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed., 1906, Band II, §307, p. 249.

<sup>108</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., p. 249, nota 3.

le hayan causado, como consecuencia de esa confianza<sup>109</sup>. Windscheid pone, como ejemplo, (i) al comprador que, en la esperanza de que el contrato de compraventa se perfeccionara, pierde la oportunidad de satisfacer su necesidad de otra manera; y (ii) al vendedor que, como consecuencia de la revocación, ha perdido una provechosa oportunidad de venta<sup>110</sup>. La indemnización de daños no alcanzaba, para Windscheid, el denominado interés de cumplimiento<sup>111</sup>, limitándose al interés negativo<sup>112</sup>. El fundamento de la formulación *windscheidiana* residía en que cada parte precontractante debe responsabilizarse de los daños que, con su declaración de voluntad, haya podido producir en la confianza del otro en adquirir un derecho de crédito en el marco del contrato; ello en la medida en que dicha adquisición se ve frustrada por un motivo –inherente al oferente– que el destinatario ni conoce ni está obligado a conocer<sup>113</sup>. Con base en las fuentes, el pandectista alemán cita el caso en que alguien promete algo imposible<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 249.

<sup>110</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 250, nota 4a.

<sup>111</sup> SCHOTT considera, por el contrario, que existe un contrato celebrado en el ínterin (*Interimvertrag*), concertado para perfeccionar el contrato bilateral final, y, en consecuencia, acepta la obligación del oferente revocante de indemnizar el interés de cumplimiento (*Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 1873, pp. 95 y ss.). REGELSBERGER, por su parte, señala el fundamento de la eficacia vinculante de aquellas ofertas cuya revocación se excluye (renuncia) de manera explícita o implícita, no en la declaración de voluntad, sino en un contrato. En esos casos, junto con el ofrecimiento principal cohabita una *segunda oferta*. Sin embargo, una aceptación explícita de dicha oferta subyacente solo se producirá en algunos casos. En los supuestos de ofertas que otorgan un beneficio al destinatario sin imponerle carga alguna, no se exigirá aceptación alguna de la oferta subyacente de renuncia a la revocación, de tal modo que el contrato por el cual se fundamenta la vinculación del oferente se entiende perfeccionado en el momento en que la oferta completa (léase, la oferta de contrato y la oferta subyacente) llega a conocimiento del destinatario (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 72). La construcción de REGELSBERGER es cuanto menos discutible. A este respecto, THOL sostuvo que a aquel a quien se le formula una oferta de contrato disfruta de una pura arbitrariedad para decidir si contratar o si no hacerlo. Tampoco está obligado a dar respuesta; su silencio, en sí y para sí, no da pie a la conclusión de que está de acuerdo con el contrato, ni a que no lo está, y, por tanto, el consentimiento del que calle debe ser explicado de otra manera (*Das Handelsrecht*, Band I, 1879, § 237, p. 735).

El propio JHERING, para defender la vinculación del oferente, estima que, como antes de la aceptación no existe contrato, la vinculación se fundamenta en relación con una segunda relación jurídica comprendida durante el proceso formativo. Es decir, el oferente está vinculado antes de la aceptación en la medida en que tiene que permitir el curso de desarrollo de la relación, sin impedir la llegada de la aceptación que resta (*Passive Wirkungen der Rechte*, citado por SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 1873, p. 64).

<sup>112</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, pp. 249-250. La idea de que el oferente que revoca su oferta está obligado a la indemnización del interés negativo se encuentra también presente en THÖL. Para THÖL, el oferente que revoca su oferta que, en ausencia de revocación habría conducido a la celebración de un contrato entre él y el destinatario, está obligado a indemnizar todas las pérdidas ocasionadas a éste como consecuencia de haber supuesto que el oferente se mantendría en su oferta. Por tanto, a consecuencia de tal creencia en el mantenimiento de la oferta, el destinatario tiene una pretensión fundada en la buena fe (*Das Handelsrecht*, cit., § 237, p. 734).

<sup>113</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 250, nota 5.

<sup>114</sup> «Actio in factum» (I. 8. § 1 D. 11. 7).

Otros, como Mommsen, reconocerían un deber de indemnizar de quien revoca sobre la base de las normas del mandato; deber de indemnizar limitado a los daños derivados de una actividad del destinatario motivada por la oferta, en especial aquellos gastos abnegadamente realizados en vistas a la ejecución del contrato. Mientras tanto, Dernburg se posicionó frente al deber de indemnizar<sup>115</sup>.

2. Windscheid reconoció, asimismo, que cabía renunciar al derecho de revocar la oferta y que esa renuncia era válida. En ese caso, el que revoca respondería en la medida del interés positivo, como si no hubiese revocado<sup>116</sup>. Interesa destacar que, para Windscheid, la renuncia al derecho de revocar la oferta no se produce, sin más, en una oferta que incluye plazo para su aceptación; la fijación de un plazo significa para él que la aceptación solo es posible durante dicho plazo<sup>117</sup>. Al ocuparse de la renuncia al derecho de revocación del oferente, Windscheid alude a un contrato de renuncia («*Verzichtvertrag*»), que se perfeccionaría mediante una aceptación derivada del silencio del destinatario<sup>118</sup>. Esta construcción es ficticia, pero responde al «dogma de la voluntad» que imperaba en un sector del pensamiento pandectista, entre la que se encontraban Savigny<sup>119</sup> y el propio Windscheid, como discípulo suyo.

3. Con su teoría, Windscheid se situó en las antípodas del punto de vista defensor de la eficacia vinculante de la oferta de contrato –y por tanto de irrevocabilidad– basado en su supuesta naturaleza de promesa unilateral. El autor expone que para defender esta postura se había afirmado antes que el componente vinculatorio ligado a la promesa unilateral es una consecuencia del concepto mismo de promesa<sup>120</sup>. En su opinión, todas las construcciones tendentes a mantener la eficacia vinculante de la oferta sirven al

<sup>115</sup> Citados por WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 250, nota 5.

<sup>116</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251.

<sup>117</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, pp. 251-252.

<sup>118</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251, nota 6. En este sentido, el también pandectista REGELSBURG sostuvo que determinadas ofertas de contrato contienen una renuncia tácita a libre facultad de revocación (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 73). Con este reconocimiento se aleja de algún modo de la teoría de WINDSCHEID, pese a coincidir en la regla general de revocabilidad. Se trata de aquellas ofertas que permiten al destinatario acometer la ejecución inmediata del contrato (estando la mayoría relacionadas con el contrato de mandato y no tanto con los negocios de intercambio); las ofertas del tráfico mercantil sin excepción. El problema de esta construcción es, para el propio WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251, nota.7), si puede aceptarse tal renuncia tácita del oferente; pregunta que REGELSBURG responde remitiéndose al derecho consuetudinario mercantil (para la oferta mercantil), lo cual deja en el aire la solución para el resto de las ofertas. La construcción teórica de REGELSBURG busca proteger al destinatario de tener que probar, en estos casos, el montante del interés negativo, de modo que el remedio frente a la revocación consiste en tenerla por no hecha, como si el contrato ya se hubiera cumplido o la disposición para su cumplimiento ya hubiera sido tomada de forma vinculante (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 76).

<sup>119</sup> SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, tomos I-II, 2004, § CIV, pp. 143-145.

<sup>120</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 252, nota 7a.

propósito práctico de proteger al destinatario frente a los daños que se le puedan causar y, de hecho, llega a compartir el loable fin de justicia material que perseguía esta posición. Ahora bien, en lo que el autor difiere es en el modo de impartir dicha justicia. Para Windscheid, la justicia material debía traducirse, más bien, en conceder al destinatario, que ve revocada la oferta, un derecho a ser indemnizado en el interés negativo –no en el de cumplimiento–, y ello supeditado a haber aceptado la oferta<sup>121</sup>. Por consiguiente, lo que Windscheid sugería es que los remedios que buscaban proteger al destinatario de la oferta a través de su irrevocabilidad no estaban sino resarcido más de lo debido, pues, de algún modo, concedían indemnización por el interés positivo, con carácter general.

#### 4.1.2.3 LA LÍNEA FAVORABLE A CODIFICAR LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA

1. Otros autores alemanes del siglo XIX adoptaron una posición favorable a reconocer eficacia vinculante a la oferta<sup>122</sup>. Este tipo de posturas se impusieron finalmente en la redacción del Código civil alemán (BGB), cuyos redactores se enfrentaron a la cuestión de si debían o no separarse de la tradición del Derecho común<sup>123</sup>, que permitía revocar las ofertas, concediendo a la parte cuya confianza había sido defraudada una indemnización por *culpa in contrahendo*. El redactor del Preproyecto del Derecho de obligaciones, Franz Kübel, confeccionó, para la sesión de la Primera Comisión

<sup>121</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 253, nota 7a.

<sup>122</sup> Por ejemplo, SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund...*, cit. pp. 45-52. Con anterioridad, este autor sostuvo que la promesa unilateral es fuente de las obligaciones, junto con los contratos. Para este autor no existe en la dogmática contractual alemana ninguna razón que permita excluir que la voluntad de convertirse en deudor no sea suficiente por sí sola, siempre que se den el resto de condiciones inherentes a la relación obligatoria, a las que pertenece el acreedor. Incluso en el supuesto de los contratos, la promesa es tal que resulta de la libre iniciativa del que la emite; la declaración de voluntad del destinatario se hace accesoria y, por tanto, necesaria en la medida en que la exige el promitente. Si arraigase la exigencia de aceptación, entonces se suprimiría cualquier razón para afirmar la eficacia de la promesa. SIEGEL considera, refutando las soluciones inspiradas en la tradición romana, que tan insostenible es defender que una promesa aún no aceptada es revocable, como mantener que una promesa que ha sido aceptada jamás puede serlo. El derecho de una parte a arrepentirse [*Reurecht*] demuestra que la irrevocabilidad de los contratos es un efecto necesario de los mismos, pero también un error. La aceptación no constituye ningún obstáculo insalvable, es accesoria. Por lo tanto, para el autor, puede convenirse jurídicamente que, si una promesa puede retirarse pese a su aceptación, entonces el Derecho puede igualmente concluir que la promesa tiene que mantenerse, aunque no se haya producido aceptación. Con estos mimbres, SIEGEL considera que la oferta a persona ausente se encuadra dentro de estas promesas y la obligación que el Derecho liga a ésta únicamente consiste en que el oferente debe mantenerla durante un plazo razonable, siendo ineficaz cualquier revocación: el oferente está vinculado a su oferta, del igual modo que lo está a su palabra (SIEGEL, H., *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund...*, cit., pp. 53-59)

<sup>123</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 8, p. 844.

reunida el 17 de octubre de 1877, una propuesta recogida cuyo título era ciertamente expresivo: «*La promesa unilateral como fundamento de la obligación a mantener la palabra dada*<sup>124</sup>». A este título le seguía un primer artículo, a cuyo tenor «*la oferta de contrato produce una vinculación temporal del oferente a su palabra dada*». Durante los trabajos preparatorios, se llegó a proponer conjugar ambos principios (vinculación y revocación), de modo que la vinculación operase en los casos de concesión de plazo para la aceptación. Sin embargo, ese compromiso fue omitido y finalmente se impusieron las tesis de Kübel: el § 145 BGB reconoció la eficacia vinculante de la oferta de contrato<sup>125</sup>. A fin de fortalecer la línea argumental basada en que la eficacia vinculante de la oferta se derivaba de la obligación de mantener la palabra dada, Kübel recurrió a dos razones más. La primera referida a las necesidades del tráfico, que exigían el mayor grado de seguridad en cuanto al mantenimiento de las ofertas de contrato (sobre todo entre ausentes); la segunda aludía a una consideración de tipo moral.

2. El motivo de mayor peso para la adopción de la solución adoptada en el § 145 BGB fue, qué duda cabe, la protección del tráfico. Ello se advierte, sin esfuerzo, si atendemos a los motivos de los redactores del BGB<sup>126</sup>. En ellos, se hacía referencia al peligro a que quedaba expuesto el destinatario de la oferta con la posibilidad de revocación; peligro que exigía excluir soluciones indemnizatorias en caso de no poder celebrarse el contrato<sup>127</sup>. El parecer del codificador alemán puede resumirse entonces en la siguiente cita<sup>128</sup>:

«El tráfico exige una conclusión veloz y clara de los negocios, mientras que la remisión a una indemnización de daños conduce, a tenor de la experiencia, a complicados procedimientos judiciales

<sup>124</sup> Vid. KÜBEL, *Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung*, en SCHUBERT, *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, III, 1980, pp. 1145-1155.

<sup>125</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn.8, p. 844.

<sup>126</sup> Con todo, un miembro desconocido de la Primera Comisión redactora del BGB disintió, en 1881, de la solución adoptada, que entendía injusta, ya que con ella el oferente quedaba unilateralmente vinculado, pero no así el receptor. Este miembro sostuvo que era falso derivar la eficacia vinculante de las exigencias del tráfico, porque ésta exige únicamente que el receptor de la oferta pudiera confiar —en el momento en el que procede a aceptar— en la perfección del contrato. Si en ese momento podía conocer que el oferente entre tanto había sopesado su oferta, entonces sus expectativas no tendrían por qué ser defraudadas (vid. OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn.10, p. 845).

<sup>127</sup> *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, I, 1888, § 80, pp. 165-166.

<sup>128</sup> «Der Verkehr erfordert eine glatte und rasche Abwicklung der Geschäfte, während die Verweisung auf Schadensersatz erfahrungsgemäß zu Prozessen heikler Art und von zweifelhaftem Erfolge führt und auf den Verkehr lähmend einwirkt» (*Motive...*, I., cit., § 80, pp. 166). En la transcripción se aprecia un adelanto de la penetración de las concepciones mercantiles en el desarrollo del Derecho civil general, en cuanto que la reducción de los costes de transacción ya emergía como principio rector (OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 10, p. 845).

de dudoso éxito, y ello actúa sobre el tráfico, paralizándolo». [Traducción propia.]

3. Ya entrado el siglo xx, juristas de la talla de *Ernst Rabel* (1874-1955) se postularán a favor de la solución ofrecida por el § 145 BGB; y lo harán en línea con lo expuesto<sup>129</sup>.

#### 4.2 LA OPERATIVA ACTUAL DEL SISTEMA ALEMÁN: ENTRE LA VINCULACIÓN ESTRICTA *EX LEGE* Y LA FLEXIBILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. La regla alemana de vinculación a la oferta se recogió en la primera proposición del § 145 BGB. Ahora bien, el mismo § 145 BGB deja a salvo, en su inciso final, la posibilidad de que el oferente excluya la vinculación a su oferta<sup>130</sup>.

Será Karl Larenz quien nos recuerde que el hecho de que la eficacia vinculante de la oferta pueda ser excluida por el oferente demuestra que la vinculación no es un elemento intrínseco en ella<sup>131</sup>. Pese a la posibilidad de su exclusión, la vinculación no responde – para Larenz– a la voluntad del oferente, pues tal voluntad se dirige por lo general a obtener la vinculación al contrato, si concurre aceptación de la oferta<sup>132</sup>. A su juicio, la vinculación a la oferta –en contraposición a la vinculación al contrato– obedece más bien al imperativo legal, con vistas a colocar al destinatario en una posición jurídica segura hasta que expire la oferta (sobre todo en supuestos de plazos largos para la aceptación)<sup>133</sup>. El destinatario debe poder sopesar si acepta o no la oferta durante el plazo de duración de esta, sin temor a que el oferente cambie de parecer y la revoque<sup>134</sup>.

2. La solución adoptada en el § 145 BGB, a favor de la eficacia vinculante de la oferta, trajo consigo que numerosas ofertas incorporaran cláusulas rechazando dicha eficacia. La exclusión de dicha eficacia vinculante se ha buscado en diferentes fórmulas como, por ejemplo, la cláusula «*freibleibend*» (sin compromiso)<sup>135</sup>. El sentido otorgado a este tipo de fórmulas no es pacífico y depen-

<sup>129</sup> RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, 1936, 1 Band, p. 86.

<sup>130</sup> Para mayor facilidad, se transcribe de nuevo la traducción del § 145 BGB: «quien ofrece a otro la celebración de un contrato queda vinculado a su oferta, salvo que haya excluido la vinculación».

<sup>131</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch.*, 5.ª ed., 1980, § 27 I c, p. 478.

<sup>132</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478.

<sup>133</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478.

<sup>134</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478.

<sup>135</sup> Otras formas habitualmente empleadas son «*ohne Obligo*», «*Lieferfähigkeit vorbehalten*» y «*unverbindlich*» (vid. KRAMER, «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, §§ 1-240, 5.ª ed., 2006, § 145, Rn.7, p. 1825; BUSCHE, J., «BGB § 145...», Rn. 8).

de del concreto supuesto de hecho<sup>136</sup>. A lo largo del tiempo pueden atisbarse, que me conste, tres corrientes entorno a la cuestión de si el empleo de cláusulas tipo «*freibleibend*» constituía una oferta propiamente dicha o una mera *invitatio ad offerendum*.

La jurisprudencia del *Reichsgericht* (RG) era unánime en considerar que las ofertas formuladas «*sin compromiso*» no constituían una oferta a los efectos del § 145 BGB, sino que, más bien, eran una simple invitación a ofrecer. No obstante, el RG entendía que la buena fe obligaba a responder, sin demora, la oferta recibida en respuesta a la invitación inicial, so pena de considerar el silencio del destinatario emisor de la *invitatio* como aceptación<sup>137</sup>. Un sector de la doctrina alemana siguió la tesis del RG en este punto e interpretó la cláusula «*sin compromiso*» como una invitación a ofrecer cuyo emisor podía ser considerado aceptante, si no respondía de inmediato a la oferta formulada en respuesta a la invitación; formándose así el contrato<sup>138</sup>.

Otros autores estimaron que una propuesta «*sin compromiso*» constituía también una oferta en el sentido del § 145 BGB, con la particularidad de que podía ser revocada por el oferente antes de que concurra la aceptación. Para estos autores, una oferta así presentada significaba que el oferente quería efectivamente excluir la eficacia vinculante, es decir, deseaba quedar habilitado para su revocación<sup>139</sup>.

Finalmente, Larenz y Flume<sup>140</sup> vieron en la oferta emitida «*sin compromiso*» no solo una invitación a ofrecer, sino una oferta en sí que excluía la eficacia vinculante y que podía incluso revocarse de manera inmediata, tras la aceptación. Para Larenz, el rechazo de la aceptación tenía que ser, eso sí, tempestivo; de lo contrario, el silencio sería considerado como aceptación definitiva, de acuerdo con la buena fe y la confianza.

<sup>136</sup> Debe tenerse presente que, en Derecho alemán, cabe la posibilidad de que la cláusula «*sin compromiso*» venga referida, no a la oferta en sí misma, sino al contenido del contrato proyectado o a una parte de éste. En ese caso, la oferta tendrá siempre eficacia vinculante (§ 145 BGB), pero permite al oferente renegar del contrato, desistiendo por ejemplo. En cualquier caso, la exclusión de la vinculación en Derecho alemán debe hacerse con la propia oferta o, cuanto menos, debe llegar a su destinatario al mismo tiempo (BROX / WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 32.ª ed. 2008, párr. 170, p. 79).

<sup>137</sup> Puede citarse, por ejemplo, la Sentencia de 3 de junio de 1921 – III 481/20 (RGZ 102, 227). Ahora bien, el mismo RG estimaba que la buena fe imponía al destinatario la carga de responder sin demora a una invitación a ofrecer, de tal suerte que se le tenía por vinculado al contrato en caso de guardar silencio. Esta interpretación se fundaba en la idea de que, con la cláusula «*sin compromiso*», el oferente ponía de manifiesto su intención de rechazar la eficacia vinculante de la oferta y reservarse la decisión sobre contratar hasta la llegada de la respuesta del destinatario de su declaración. Por ello, debía comunicarle inmediatamente si hacía uso o no de su reserva, so pena de quedar contractualmente vinculado, si callaba.

<sup>138</sup> ENNECERUS / NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I-2, 15.ª ed., 1960, § 161, pp. 991-992.

<sup>139</sup> LANGE / HEFERMEHL, «§ 145» en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band I, 11.ª ed., 1978, Rn 9-10, p. 813.

<sup>140</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478; FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Band II, 4.ª ed., 1992, §35 I 3 c, pp. 642-643.

4. Hoy en día, la cuestión dista de estar clara<sup>141</sup>. Así, lo más que puede decirse es que el BGH ha titubeado a la hora de valorar este tipo de cláusulas. En ocasiones, ha entendido que se trata de meras invitaciones a ofrecer, mientras que otras veces ha considerado que constituyen una oferta con reserva del derecho de revocación<sup>142</sup>. En cualquier caso y pese a la codificación legal de la eficacia vinculante de la oferta, Peter Oestmann apunta que la praxis jurídica ha desplegado una suerte de dinámica propia, que está haciendo retroceder cada vez más el principio de la eficacia vinculante de la oferta en Derecho alemán<sup>143</sup>. Puede decirse entonces –con Peter Oestmann– que la moderna jurisprudencia alemana viene a derogar, de hecho, la vinculación del oferente conjugando dos vías: por un lado, amplía el plazo de reflexión del destinatario (§ 147.2 BGB); y por el otro, otorga al oferente la facultad de revocar una oferta vinculante, de acuerdo con el § 145 BGB. Con este proceder, señala Oestmann, el modelo diseñado por el BGB queda abierto ahora a las consideraciones jurisprudenciales<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Vid. BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn 7-9. La Sentencia del BGH de 8.3.1984 (VII ZR 177/82) constituye quizá el *leading case* sobre esta cuestión. Los hechos del caso son los siguientes. La empresa turística T deseaba fletar un vuelo que tenía planeado para la temporada estival de 1979. Mediante teletipo de fecha de 2 de agosto de 1978, solicitó a la sociedad L que le remitiese una oferta a estos efectos. Dado que L no disponía de aviones para las fechas y días deseados por T, devolvió el teletipo a ésta. Ante ello, T envió un nuevo teletipo, el 4 de agosto, con referencia al primero, en el que solicitaba a L que le hiciese una oferta «lo más rápido posible». L respondió a este segundo teletipo, ofreciendo «sin compromiso y según disponibilidad» («*freibleibend entsprechend unserer Verfügbarkeit*») un Caravelle SE 2010 a un precio por vuelo de 18.016 marcos. Mediante escrito de 11 de agosto, T comunicó a L que estaba interesado en la oferta y le pidió que le reservase dicha aeronave. Posteriormente, el 10 de octubre de 1978, L comunicó a T que, tras el cierre de su planificación para el verano de 1979, no tenía «ninguna disponibilidad». Tuvo entonces que procurarse otro avión y demandó a L por el daño emergente que este hecho le había ocasionado (120.000 marcos). El BGH consideró que T había solicitado a L en dos ocasiones que le remitiese una oferta, de modo que la respuesta de L (de 4 de agosto) constituía una respuesta a dicha solicitud, por mucho que contuviese la cláusula «sin compromiso». L además debería haber supuesto que T interpretaría su respuesta como oferta. Por tanto, para el BGH se trataba de una oferta contractual, donde se había excluido eso sí la eficacia vinculante (§ 145 BGB). Sentado esto, el escrito de 11 de agosto emitido por T suponía una aceptación a la oferta. Ahora bien, no puede perderse de vista que en dicho escrito T simplemente indicaba su interés en la oferta. Esta objeción es salvada por el BGH interpretando conjuntamente la declaración, pues además se pedía a la oferente (L) que reservase la aeronave en cuestión. En definitiva, a juicio del BGH, entre las partes existía un contrato perfeccionado. Puede consultarse el fallo en «Zur Auslegung der Klausel: “freibleibend entsprechend unserer Verfügbarkeit”» JZ, 39. Jahrg., Nr. 14, (20. Juli 1984), pp. 681-682).

<sup>142</sup> Las vacilaciones jurisprudenciales se resumen recientemente muy bien en ELLENBERGER, «§ 145 BGB», cit., Rn. 4; *vid.* también OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 41, p. 869; y *vid.* la Sentencia del BGH de 8.3.1984, expuesta *supra*.

<sup>143</sup> OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 41, p. 869.

<sup>144</sup> Este viraje jurisprudencial ha llevado a algunos autores a defender una dinámica operacional que combine la vinculación estricta con plazos de aceptación más breves; con ello se estima que se fortalecería la seguridad jurídica a la par que se reducirían los costes de transacción (OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 52, p. 880).

### 4.3 LA RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE

#### 4.3.1 Líneas generales. La indemnización de daños y perjuicios

1. Hay que decir, ya mismo, que la eficacia vinculante de la oferta no se traduce, en el Derecho alemán, en que esta sea irrevocable<sup>145</sup>. El primer autor en poner de manifiesto esta idea fue *Andreas Von Tuhr (1864-1925)*<sup>146</sup>. Para Von Tuhr, la oferta genera una relación jurídica con efectos particulares: el oferente –sin ser aún deudor contractual, pero pudiendo llegar a serlo mediante la aceptación del destinatario– debe procurar que no acontezca ningún suceso que imposibilite su deber de prestación en el contrato proyectado. Por eso, dice Von Tuhr, el oferente responde cuando frustra o empeora, de manera culposa, la posición jurídica del destinatario de la oferta. Así, por ejemplo, si la cosa objeto de la oferta de venta es dañada por culpa del oferente, entonces tendrá que indemnizar al destinatario, cuando el contrato se perfeccione con la aceptación. La indemnización alcanza el interés positivo.

En línea con las ideas de Von Tuhr, Werner Flume llamó la atención sobre lo incompleto de limitar la eficacia vinculante de la oferta a la mera irrevocabilidad. A su juicio, si el oferente destruye o vende la cosa ofertada antes de la aceptación, parece que –con la aceptación– se perfeccionaría un contrato nulo *ab initio* por imposibilidad de la prestación; y ello conduciría, entonces, a la indemnización del interés negativo por el oferente. A Flume esta solución le parece inadecuada. Por eso, propone –siguiendo a Von Tuhr– que la eficacia vinculante de la oferta comporte la restitución del subrogado, según disponía el entonces vigente § 281 BGB<sup>147</sup> para la responsabilidad contractual<sup>148</sup>. De esta manera, se completaría, en opinión de Flume, la eficacia vinculante de la oferta; eficacia que quedaría truncada si únicamente se limitase a excluir la posibilidad de revocación.

2. El poso de los dos autores precitados se aprecia en la moderna dogmática alemana<sup>149</sup>. En efecto, hoy se entiende que si

<sup>145</sup> Vid. KRAMER, «BGB § 145...», Rn.21; BUSCHE, «BGB § 145...», Rn. 20.

<sup>146</sup> VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1, 1957, § 62 III, p. 487.

<sup>147</sup> El contenido del § 281.1 pasó al § vigente 285 BGB, el cual se remite al § 275 BGB. Con esta remisión, se abarca todos los casos de imposibilidad fáctica.

<sup>148</sup> Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil...*, § 35 I 3.e., pp. 644-645.

<sup>149</sup> Ante todo, hay que advertir que, según la moderna concepción alemana, junto al contrato y la ley se da una categoría intermedia, como es la «relación obligatoria derivada de los tratos preliminares». En ella, la responsabilidad por su infracción no responde a los esquemas de la responsabilidad delictual, sino a los deberes de cuidado en el marco de las

el oferente se niega sería y definitivamente a mantener su oferta y manifiesta que no está en condiciones de realizar la prestación, comete un incumplimiento, de concurrir aceptación. Este incumplimiento permite al destinatario reclamar una indemnización de daños y perjuicios contractuales cuando, como consecuencia de la negativa del oferente, termina desistiendo de celebrar el contrato (§§ 280.1<sup>150</sup> y 241.2 BGB<sup>151</sup>)<sup>152</sup>.

3. En esta línea, según da cuenta Jan Busche, el destinatario puede escoger entre exigir al oferente una indemnización de daños («Schadenersatz») o una indemnización de gastos («Aufwendungsersatz»), para el caso en que la prestación contractual ofrecida con la oferta no pueda llevarse a cabo por *imposibilidad inicial* (de conformidad con el § 311a.1 y 2 BGB y el § 284 BGB<sup>153</sup>); bien porque el oferente enajenó la cosa a un tercero<sup>154</sup>, bien porque pereció<sup>155</sup>. La razón estriba en que, en esos casos, la pretensión de cumplimiento queda excluida *ex* § 275 BGB<sup>156</sup>.

relaciones especiales (cfr. § 311 BGB) (LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2011, Rn. 89).

<sup>150</sup> Según el § 280.1 BGB «si el deudor incumple un deber a que estaba obligado en la relación obligatoria, el acreedor está facultado a reclamar la indemnización del daño emergente. Ello salvo que al deudor no le sea imputable el incumplimiento» (traducción propia).

<sup>151</sup> El § 241 BGB contiene los deberes dimanantes de la relación obligatoria. En su segundo párrafo, dispone que «la relación obligatoria puede obligar a cada parte, según su contenido, a respetar los derechos, bienes e intereses de la otra».

<sup>152</sup> BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 20; en menor medida KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 21.

Otros autores, como SCHILDER se inclinan por defender una indemnización al destinatario de la oferta vinculante en la medida de su interés negativo por daño a la confianza, merced a una aplicación analógica del § 122.1 BGB, que regula el deber de indemnizar con que pecha el contratante cuando se anula a su favor el contrato por error por el daño a la confianza que produce en la otra parte. El autor parece asumir la diferencia entre la relación obligatoria contractual y precontractual expuesto en nota 149 (*Schadenersatz bei Durchbrechung der Bindung an obligatorische Vertragsofferten. Eine vergleichende Untersuchung zum BGB und zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 2003, pp. 193-236).

<sup>153</sup> El § 311a.1 establece que «la eficacia del contrato no se opone a que el deudor no pueda cumplir, según el § 275 1 a 3 y que el obstáculo para el cumplimiento *existiese ya al perfeccionar el contrato*» (traducción propia; la cursiva es mía). Tras ello, el § 311a.2 (primera proposición) BGB dispone «El acreedor puede, a su elección, reclamar indemnización de daños en lugar de la prestación o la indemnización de sus gastos en la medida del § 284» (traducción propia). El § 284 BGB permite al acreedor reclamar –en lugar de la indemnización de daños en vez de la prestación– la indemnización de los gastos inútiles que realizase en confianza del cumplimiento del contrato y que fuesen razonables.

<sup>154</sup> Adviértase que la emisión de una oferta de venta no afecta a la facultad de disponer sobre el bien (*vid.* VON TUHR, *Der Allgemeine Teil...*, cit., § 62 III, p. 467; ECKERT, «§ 145 BGB Bindung an der Antrag», en BAMBERGER / ROTH / HAU / POSECK, *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, 2017, Rn. 31).

<sup>155</sup> BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 20; KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 21; ELLENBERGER, «§ 145 BGB», cit., Rn. 3.

<sup>156</sup> Para mayor facilidad, adviértase que el § 275 BGB indica los supuestos en que la pretensión de cumplimiento queda excluida, bien por imposibilidad (1), bien por otros motivos en los que ahora no merece la pena detenerse (2 y 3); y, a la vez, recoge las alternativas que al acreedor contractual se le presentan. Entre ellas, el párrafo 4.º cita expresamente el § 311a BGB.

También de modo alternativo, la doctrina alemana actual parece reconocer al destinatario la posibilidad de optar por la restitución del subrogado *ex* § 285 BGB («*commodum ex negotiatione*»)<sup>157</sup>, para cuando la cosa objeto de la oferta se ha vendido a un tercero antes de la aceptación<sup>158</sup>.

4. La posible restitución del *commodum ex negotiatione* es una vieja discusión de la dogmática alemana, tras la promulgación del § 281.1 BGB (= § 285 BGB, hoy)<sup>159</sup>. Según el § 285 BGB, cuando el deudor obtiene una indemnización o una pretensión indemnizatoria, como consecuencia de un hecho que le ha impedido cumplir su prestación (según el § 275 1 a 3 BGB), el acreedor puede reclamar la restitución de lo obtenido por aquel como indemnización o la cesión de la pretensión. La doctrina alemana ha rechazado usualmente que del § 285 BGB pueda obtenerse el *commodum ex negotiatione*. La razón estriba en que la imposibilidad de la prestación –en caso de venta de la cosa a un tercero– se deriva de la disposición de la cosa, mientras que el beneficio obtenido por el deudor se desprende del negocio causal subyacente a dicha disposición real; de este modo, fallaría la relación de causalidad entre (i) el hecho que ocasiona la imposibilidad de la prestación (la disposición de la cosa debida) y (ii) el *commodum* obtenido mediante el negocio causal<sup>160</sup>. He de advertir la influencia que, sobre esta aproximación, tiene el sistema alemán de transmisión de la propiedad (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*; §§ 433 I 1 y 929 S 1 BGB). Con todo, la doctrina mayoritaria se posiciona hoy a favor de la inclusión del *commodum ex negotiatione* en el § 285 BGB, pues consideran que, aun así, existe causalidad adecuada, desde el punto de vista económico, entre el hecho que impide la prestación (transmisión de la cosa) y el hecho que ha permitido la obtención de la indemnización o beneficio (contrato de compraventa con el tercero)<sup>161</sup>. Hay que advertir que los autores que defienden esta postura equiparan la indemnización que, según el criterio de la causalidad adecuada, le sería debida al acreedor con el beneficio obtenido por el deudor con la venta de la cosa a un tercero. Esto es importante.

Lo que, precisamente, ha suscitado mayores dudas en Alemania es el caso en el que *commodum ex negotiatione* excede, con mucho, al valor de la cosa o a la cuantía de la prestación inicialmente acordada. ¿Puede, en ese caso, el acreedor reclamar ese valor extraordinario? Aquí, mientras una parte relevante de la doctrina se remite de nuevo al § 285 BGB, para admitirlo, cierto sector

<sup>157</sup> BUSCHE, J., «BGB § 145...», cit., Rn. 20.

<sup>158</sup> Lo dice abiertamente, KRAMER, E., «BGB § 145...», cit., Rn. 21.

<sup>159</sup> Sobre el reconocimiento, en Alemania, de la posibilidad de reclamar el *commodum ex negotiatione*, véase HELMS, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, 2007, pp. 314-318.

<sup>160</sup> Da cuenta de ello, EMMERICH, «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», *Munchener Kommentar zum BGB*, 6.<sup>a</sup> ed., 2016, Rn. 22 (y nota 62).

<sup>161</sup> Así opina EMMERICH, «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», cit., Rn. 22 (y nota 63); también UNBERATH, H., «§ 285 BGB Herausgabe des Ersatzes», en BAMBERGER / ROTH. / HAU / POSECK, *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2011, Rn. 10; en contra HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 340-342.

apunta al valor de la cosa en *Derecho de enriquecimiento* (por tanto, al § 818.2 BGB)<sup>162</sup>. Veamos, brevemente, hasta dónde se extiende la acción de enriquecimiento en Derecho alemán, regulada en los §§ 812-818 BGB.

También en el Derecho alemán de enriquecimiento<sup>163</sup>, se ha planteado si el *commodum ex negotiatione* tiene cabida en el § 818.1 BGB<sup>164</sup>. Según este párrafo, la obligación de restitución se circunscribe a las utilidades obtenidas, así como a aquello que el deudor de la restitución adquiere como consecuencia de un derecho obtenido o como indemnización por la destrucción, deterioro o expropiación de la cosa obtenida. La opinión dominante en Alemania rechaza incluir el beneficio obtenido con la venta (o *commodum ex negotiatione*) dentro de este deber de restitución, derivado del enriquecimiento. En contraposición, dicha doctrina dominante admite conceder –en caso de venta de una cosa obtenida sin título, pero efectivamente realizada– una acción de restitución por el valor (objetivo) de la misma *ex* § 818.2 BGB<sup>165</sup>. A juicio de esta opinión dominante, el § 818.1 BGB no ofrece el respaldo legal suficiente para obligar al deudor de la restitución, que ha alcanzado un negocio especialmente favorable, a comportarse como si hubiese puesto su capacidad negociadora al servicio del acreedor de la restitución. Dicho de otro modo, el § 818.1 BGB no permite remitir al acreedor al beneficio obtenido por el deudor, *si ese beneficio no se corresponde con el verdadero valor de la cosa*<sup>166</sup>. Ahora bien, se duda si el beneficio concreto que haya obtenido el deudor mediante la venta se corresponde con el que *objetivamente* se puede percibir en el mercado, lo que permitiría al acreedor obtener la cantidad correspondiente *ex* § 818.2 BGB (valor objetivo).

Hay que referirse entonces al § 818.2 BGB. Según este precepto, cuando la restitución no es posible debido al estado de lo obtenido o el deudor no está en condiciones de proceder a su restitución, entonces *se debe indemnizar su valor*. Dicho valor, se entiende, es objetivo<sup>167</sup>. Con ello, se ha planteado si existe la denominada responsabilidad general por ganancias («*generelle Gewinnhaftung*») derivada de este precepto<sup>168</sup>, es decir, un derecho del acreedor a obtener por esta vía el beneficio obtenido por el deudor. La respuesta a la pregunta ha sido no<sup>169</sup>. La siguiente

<sup>162</sup> De ello da cuenta, EMMERICH, «§ 285...», cit., Rn. 23.

<sup>163</sup> Que, no olvidemos, distingue entre los enriquecimientos derivados de la prestación (*Leistungskonditionen*), como es la *condictio indebiti*; y los enriquecimientos no derivados de la prestación (*Nichtleistungskondition*), como es la *condictio* por intromisión.

<sup>164</sup> Un luminoso repaso de los diversos intentos realizados en Derecho alemán por extender la acción de enriquecimiento por intromisión a las ganancias obtenidas por el infractor se contiene en VENDRELL CERVANTES, «La acción de enriquecimiento por injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, 2012-III, pp. 1180-1183.

<sup>165</sup> Así explica SCHWAB, «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», *Munchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2017, Rn. 46.

<sup>166</sup> SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 47. En contra, LIEB, «§ 818 BGB», *Munchener Kommentar zum BGB*, 4.ª ed., 2004, Rn. 18-24, 26 y 31.

<sup>167</sup> SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 81.

<sup>168</sup> SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 83.

<sup>169</sup> SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 83 (y nota 227).

reflexión lo pone de manifiesto: Las ganancias inesperadamente elevadas derivadas de la enajenación de la cosa a restituir solo se comprenden en la obligación de restituir el valor –tal como resulta desde una perspectiva *ex post*– si la obtención de esas ganancias ya era determinable desde un principio. Por lo tanto, en la medida en que se demuestre que *esa* ganancia se corresponde con el valor objetivo de mercado. Esta visión puede comúnmente llevar a la conclusión de que la ganancia obtenida por el deudor de la restitución tiene que restituirse (como *commodum*). Sin embargo, este efecto no se produce, porque el beneficio obtenido sea en sí restituable, como norma general, *sino porque juega la presunción de que el precio ha sido fijado con arreglo a las normas de la oferta y la demanda en el mercado y que, por ello, representa el valor objetivo de la prestación*. Esta aproximación no viene entonces a suavizar la norma del § 818.2 BGB (para permitir obtener a través de él el *commodum ex negotiatione*), sino más bien a confirmar y concretar la teoría que remite al acreedor de la restitución *ex* § 818.2 BGB al valor objetivo<sup>170</sup>.

5. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado sobre la naturaleza de la responsabilidad del oferente en caso de revocación de una oferta con eficacia vinculante. En ella, se atisba el sedimento doctrinal que acabo de exponer. Suele tratarse de casos de ofertas en contextos de licitaciones para contratos de obra. Puede decirse que los tribunales alemanes reconocen una pretensión indemnizatoria por el interés positivo al destinatario de la oferta. En efecto, se considera que la emisión de una oferta vinculante hace surgir una relación jurídica precontractual con deberes de prestación correspondientes (§ 311a.2 BGB), cuyo incumplimiento fundamenta una responsabilidad por culpa. Así, la revocación obliga al oferente a responder en la medida del interés positivo, de tal suerte que el destinatario sea colocado en la posición que tendría si el contrato se hubiera perfeccionado. A contrario, la jurisprudencia alemana considera que no acompaña razón alguna para indemnizar al destinatario en la medida del interés negativo, toda vez que una oferta vinculante coloca al destinatario en una posición que se asemeja a la del contrato de opción, y su lesión (la de esta posición) debe entonces canalizarse por los principios que gobiernan la responsabilidad contractual. Se establece, con ello, una delimitación

<sup>170</sup> HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 357-358. Refiriéndose al Derecho alemán, CARRASCO PERERA puso de manifiesto que la doctrina alemana, encabezada por Schultz, estima que deben restituirse todos los provechos derivados de la injerencia (*Gewinnherausgabe*). Al mismo tiempo, este autor llama la atención sobre los partidarios de la tesis contraria, quienes vindican que el § 818.2 BGB suministra la consecuencia general para todo enriquecimiento producido a través de una intromisión en asuntos ajenos: la restitución del *valor objetivo* de una cesión, de su precio objetivo si se consume, etc. («Restitución de provechos (y II)», *ADC*, 1988-I, pp. 131-132; *vid.* también VENDRELL CERVANTES, «La acción de enriquecimiento...», cit., p. 1182).

entre la simple responsabilidad por ruptura de unos tratos preliminares y la derivada de la revocación de una oferta vinculante<sup>171</sup>. Los supuestos de revocación atienden a errores en el cálculo de la oferta (sobre lo que volveré más adelante)<sup>172</sup> y a mejores oportunidades de negocio del oferente<sup>173</sup>.

#### 4.3.2 El error del oferente en el cálculo del precio y el umbral de confianza del destinatario

1. El Derecho alemán también se ha enfrentado a casos en los que existe un error del oferente en la formulación del precio de su

<sup>171</sup> *Supra* I.

<sup>172</sup> La Sentencia del BGH de 24.11.2005 (VII ZR 87/04; NZBau 2006, 390) es quizás la más relevante. Los hechos son los siguientes. La comunidad de propietarios A pretendía realizar obras de saneamiento de su sistema de tuberías para el suministro de agua potable. A tal efecto encargó la realización del proyecto a la empresa B. A su vez, A solicitó a otras empresas de construcción la formulación de ofertas para llevar a cabo parte de los trabajos de saneamiento. Una de estas empresas era la demandada, C. En lo que interesa, y dejando a un lado un problema previo sobre condiciones generales de la contratación sobre los trabajos a realizar por la subcontratada, C comunicó mediante oferta que los podría realizar por 794.780,97 marcos. Otro oferente emitió una oferta que era 80.000 marcos más elevada que la de C. Casi 20 días después, C comunicó a B que no había incluido en el cálculo del precio de su oferta una remuneración adicional necesaria para llevar a cabo los trabajos. Ante ello, A terminó encomendando las tareas a D. Asimismo, A reclamó a C una indemnización por el mayor coste que le había supuesto terminar encomendando parte de los trabajos a D, cuya oferta era más cara. En tribunal de primera instancia desestimó la demanda, mientras que en segunda instancia fue estimada. Finalmente, el BGH consideró que (i) el oferente había incumplido su deber de prestación al comunicarle a que no estaba en situación de cumplir el contrato en los términos ofertados; y (ii) cuando el destinatario de la oferta se ve impedido a aceptarla por este motivo, tiene derecho a reclamar los daños que aquel incumplimiento le haya podido irrogar y que se concretaron en que el contrato con el oferente C no se perfeccionó, sino que tuvo que encargar el trabajo a otro operador.

<sup>173</sup> Puede citarse la sentencia del OLG de Colonia de 21.7.2014 (11 U 10/14; BeckRS 2014, 17386). En aquella oportunidad, los hechos fueron como sigue. El dueño de la obra (A) sacó a concurso la fabricación de un parque de atracciones. Para los trabajos a desempeñar se necesitaban piezas prefabricadas de acero. Un oferente (B) en la subasta, que no podía fabricar por sí mismo dichas piezas, tomó la oferta de un suministrador (C). La oferta de suministro de C era vinculante hasta el 31 de enero de 2011. Sin embargo, en diciembre de 2010, C comunicó a B que su empresa, como consecuencia de los nuevos pedidos recibidos, estaría a pleno rendimiento hasta abril de 2011, por lo que le revocaba la oferta de suministro. Dado que B no pudo encontrar en el poco tiempo otro suministrador, no pudo mantener su propia oferta de realización de la construcción del parque de atracciones frente a A. La realización del parque le fue concedida a un competidor de B. Ante ello, B reclamó a C una indemnización tasada en 91.000 euros. En su contestación a la demanda C alegó que (i) no era segura la concesión de la obra a B; (ii) B no había hecho suficientes esfuerzos en obtener un negocio de cobertura; y (iii) en cualquier caso, sería indemnizable el interés negativo, pero no el positivo concretado en la ganancia dejada de obtener. El OLG de Colonia dio la razón a B. A juicio del tribunal, C no podía revocar su oferta. Hay que advertir que, según la prueba practicada, quedó demostrado que a B le habría sido concedida la obra, de haber mantenido su oferta en pie. Y es que el dueño de la obra declaró que la segunda oferta más competitiva, tras la de B, era 300.000 euros más cara. En cuanto a la posibilidad de acometer un negocio de reemplazo, consideró el tribunal que ello no constituía una carga con la que tuviera que pechar el destinatario de la oferta, sino que más bien el oferente le debería haber indicado posibilidades a tales efectos.

oferta. Al igual que sucedía con el Derecho estadounidense, la cuestión parece quedar referida al ámbito de los contratos de obra<sup>174</sup>. Los problemas que han surgido, en Derecho alemán, a la luz de estos supuestos atañen (i) al error del oferente; y (ii) al umbral de confianza del destinatario.

2. Respecto al error del oferente en la confección del precio de su oferta, las cuestiones que surgen no son nuevas<sup>175</sup>: ¿debe el oferente mantener su oferta, cuando en su formulación ha cometido un error *en el cálculo del precio*? La doctrina alemana tampoco es ajena al problema de la ponderación de intereses: ¿debe protegerse al oferente que se equivoca y revoca la oferta o, más bien, al destinatario que, *en su caso*, confió en la corrección del precio? Al abordar la cuestión, los tribunales alemanes se han movido entre el error *de cálculo* («*Kalkulationsirrtum*») y el error en la declaración de voluntad («*Inhaltsirrtum*»)<sup>176</sup>.

En un primer momento, la Sentencia del BGH de 7.7.1998<sup>177</sup> negó que la equivocación del oferente en el cálculo del precio de su oferta pudiese impugnarse por error de cálculo, pues la equivocación atañe al proceso formativo de la voluntad interna y el oferente es quien soporta el riesgo de su declaración; ello salvo que el destinatario se percatase o hubiese debido percatarse del error<sup>178</sup>. En esta sentencia, el BGH opta por proteger el tráfico frente a la inseguridad jurídica que produciría la revocación de la oferta (impugnando la declaración por error de cálculo).

Sin embargo, el criterio del BGH ha variado con su Sentencia de 24.11.2005, a la que ya me he referido<sup>179</sup>. En ella, el BGH realiza una serie de apuntes novedosos sobre el error del oferente. En lo que interesa, considera plausible –y lo somete a consideración del tribunal de apelación, a modo de *obiter dicta*– la existencia de un error en la declaración de voluntad (§ 119.1 BGB). Es decir, para el BGH resulta ahora posible pensar que el oferente quería que su declaración fuese entendida en el sentido de no comprender la rea-

<sup>174</sup> En este sentido y desde un punto de vista práctico para supuestos de obras públicas, destaca el trabajo de STÄDLER, «Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe», *NZBau*, 2014, Heft 8, pp. 472-477.

<sup>175</sup> BENEDICT, «Schadensersatzanspruch des Ausschreibenden bei Verweigerung der Vertragserfüllung durch Bieter wegen Kalkulationsirrtums», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1/06, pp. 361-362; STÄDLER, «Der Umgang...», cit., p. 473.

<sup>176</sup> Debe tenerse presente que, en Derecho alemán, oferta y aceptación son declaraciones de voluntad a las que resultan de aplicación las reglas generales de las declaraciones de voluntad (*Willenserklärungen*) (vid. REIDT, «§ 10 VOB», en DREHER / MOTZKE, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2.ª ed., 2013, Rn. 41; ILLMER, «Contract (Formation)», en BASEDOW / HOPT / ZIMMERMANN, *The Max Planck encyclopedia of European Private Law*, Vol. 1, 2012, p. 378).

<sup>177</sup> X ZR 17/97, ZIP 1998, 1640. En aquella oportunidad, el BGH consideró también que los presupuestos de la *culpa in contrahendo* podían obligar al destinatario, en su caso, a avisar al oferente sobre su error.

<sup>178</sup> ARMBRÜSTER, «§ BGB § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2015, Rn 122.

<sup>179</sup> *Supra* 4.3.2 [1], nota 172.

lización de determinadas prestaciones (de ahí que el precio calculado fuese menor). En ese caso –considera el BGH– la declaración del oferente tendría un contenido distinto al querido. Si esto fuera así, *no estaríamos en realidad ante un error de cálculo*, sino ante un error en la declaración de voluntad (oferta) que *podría* ser eficazmente impugnado. Y en ese caso, el BGH también plantea la posibilidad de una indemnización al destinatario, que confió en la oferta, por daño a la confianza (§ 122.1 BGB). Para que esta pretensión indemnizatoria prosperase tendría que analizarse, dice el BGH, si el destinatario de la oferta debió haber conocido el error del oferente (§ 122.2 BGB)<sup>180</sup>. Los autores alemanes que han abordado la cuestión se muestran confusos y subrayan el cambio de criterio del BGH<sup>181</sup>.

2. En cuanto al umbral de confianza, este se ha estudiado en Derecho alemán, a fin de valorar la posibilidad del oferente de «desdecirse» de su oferta. Städler informa aquí de los diferentes criterios manejados en la práctica y la dificultad de alcanzar soluciones netamente satisfactorias<sup>182</sup>.

#### 4.3.3 La alteración sobrevenida de las circunstancias y la revocación de la oferta en Derecho alemán

1. El cambio sobrevenido de circunstancias durante el tiempo de vigencia de la oferta y su posible revocación por dicho motivo han sido tratados en el Derecho alemán. Lejos de sorprender, esta aproximación resulta lógica, si se tiene en cuenta la eficacia vinculante de la oferta, consagrada en el § 145 BGB. En efecto, la mayoría de los redactores del BGB advirtieron la desventaja que, desde el punto de vista de política legislativa, subyacía en las ofertas vinculantes con largos plazos para su aceptación. En estos casos –se decía– el destinatario puede aprovecharse del cambio de circunstancias y especular a costa del oferente, que permanece vinculado<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> El § 122.1 BGB reconoce –y esto es importante, pues no es así en nuestro Derecho– además el derecho de quien recibe la declaración de voluntad (o un tercero) a ser indemnizado por el daño a la *confianza*, salvo que conociese, o debiese haber conocido (de no haber procedido negligentemente), el error (§ 122 párr. 2 BGB).

Partidario de una aplicación analógica de la responsabilidad por daño a la confianza *ex* § 122.1 BGB a los casos de revocación de ofertas vinculantes se muestra SCHILDER, *Schadensersatz bei...*, cit., pp. 199-219.

<sup>181</sup> *Vid.* BENEDICT, «Schadensersatzanspruch...», cit., 361-362.

<sup>182</sup> En Alemania se han manejado criterios basados en diferencias porcentuales entre las ofertas más altas y más bajas en precio, así como otros basados en criterios inherentes al Derecho de la competencia. Últimamente parece existir cierto consenso en torno a una frontera del 20%, a partir de la cual el destinatario tiene que solicitar aclaración al oferente (STÄDLER, «Der Umgang...», cit., p. 476).

<sup>183</sup> *Motive...*, I., cit., § 80, p. 166; OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 860; KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 20.

La cuestión atinente a la revocación de la oferta vinculante por alteración sobrevenida de las circunstancias se trató en Alemania de nuevo durante la primera mitad del pasado siglo, habida cuenta de la situación económica y los vaivenes políticos<sup>184</sup>.

2. La posterior doctrina alemana no permaneció ajena a este problema y desarrolló la teoría del cambio de circunstancias en la oferta de contrato. En este punto, debe destacarse el pensamiento de Flume. La concepción de este autor puede resumirse en que, para revocar eficazmente una oferta por alteración sobrevenida de las circunstancias, se exige (i) que la alteración de las circunstancias fuese imprevisible; y, (ii) que el destinatario de la oferta pudiese al mismo tiempo reconocer, sin duda, que el oferente, de haber previsto esa alteración, no habría emitido la oferta en los mismos términos. Añade Flume que, revocada una oferta en estos términos, no puede el destinatario reclamar una indemnización de daños<sup>185</sup>. Matizando esta visión, Larenz apuntará que, cuando el cambio de circunstancias era previsible, no cabe revocar la oferta, pues en ese caso el oferente habrá asumido el riesgo<sup>186</sup>.

3. Deudora del pensamiento de Flume, la doctrina alemana actual asume los postulados teóricos antes expuestos sobre el cambio de circunstancias y admite que debe concederse un derecho de revocación al oferente, cuando no le es exigible mantenerse vinculado a su oferta. Alternativamente, en Alemania se reconoce hoy la posibilidad de adaptar el contenido de la oferta al nuevo cambio de circunstancias (§ 313 BGB)<sup>187</sup>. La jurisprudencia alemana ha reconocido la posibilidad de revocar una oferta de largo plazo de duración, cuando al oferente no le es exigible mantenerla<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Ante supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, los tribunales alemanes también recurrieron a negar el carácter de oferta de contrato a aquellas propuestas que contenían la cláusula *freibleibend* (sin compromiso) como recurso frente al contexto de hiperinflación en los años veinte del siglo pasado o a otras dificultades de suministro. Asimismo, el *Reichsgericht* determinó que las cláusulas *freibleibend* referidas al precio no debían conducir a una eliminación de la oferta, en sí, tras la revocación, sino solo a un derecho unilateral del vendedor a fijar el precio. En este sentido, el *Reichsgericht* llegó incluso a entender que existía un derecho a establecer un precio justo. Hay que advertir, además, que los intentos de debilitamiento de la eficacia vinculante de las ofertas de contrato continuaron en Alemania durante los cincuenta años siguientes, en lo que OESTMANN considera una conexión descosida (*nahtlose Anknüpfung*) a la jurisprudencia de crisis de 1923. La razón está en que dicha jurisprudencia sirvió para reconducir a un estado jurídico normal lo que era una situación económica excepcional (hiperinflación alemana), concretada en el enorme riesgo financiero que acompañaba a una oferta vinculante (*vid.* «§§ 145-146», cit., Rn. 40, pp. 868-869).

<sup>185</sup> FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 35 I 3 d, p. 644.

<sup>186</sup> LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478;

<sup>187</sup> *Vid.* KRAMER, «BGB § 145...», cit. Rn. 20, nota 5; BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 19.

<sup>188</sup> Sentencia del OLG de Düsseldorf de 10.10.1991 (9 U 93/9 – NJW-RR 1991, 331). Se trataba de un caso en el que el propietario y arrendador de un terreno realiza, durante la duración del arrendamiento, una oferta de venta del mismo terreno al arren-

4. También se ha discutido en Alemania, si la revocabilidad de la oferta por alteración sobrevenida de las circunstancias posee virtualidad propia o si, por el contrario, debe venir referida a la posibilidad hipotética de apreciar una alteración en la base del negocio que, en su caso, se celebraría (hoy recogida en el § 313 BGB). En una primera etapa, Flume y Larenz señalaron que la revocabilidad de la oferta en atención al cambio de circunstancias debía ser más laxa que la posibilidad de terminar o adaptar el contrato por este mismo motivo. Sin embargo, la doctrina actual –con Bork– considera que la revocabilidad solo tiene cabida si el contrato proyectado con la oferta es también rescindible, según la teoría de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*)<sup>189</sup>. En la línea de Bork se mueve Dieter Medicus<sup>190</sup>.

## V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO COMPARADO ANALIZADO

1. El breve estudio de Derecho comparado que he realizado exige que recapitule y me permite extraer algunas conclusiones.

2. El Derecho inglés configura la oferta como revocable en cualquier caso, salvo que la misma esté sostenida por la *consideration*<sup>191</sup>, en cuyo caso, la institución jurídica se acerca, a mi juicio, a la promesa de contrato y, con ello, al precontrato; nos alejamos de la oferta y su patología<sup>192</sup>. La revocación de una oferta no compor-

datario. En la oferta se indicaba que el arrendador y oferente permanecería vinculado irrevocablemente durante trece años. Tras ello, el arrendatario y destinatario de la oferta no pagó la renta del arriendo durante los tres meses de verano, desocupando el mismo y encontrándolo el arrendador y oferente abandonado con las puertas abiertas. Por este motivo, el arrendador y oferente declaró resuelto el arrendamiento y revocó su oferta de venta del terreno al arrendatario. En la sentencia, el tribunal resolvió que, ante una oferta vinculante con un plazo de duración tan extenso, al oferente no le era exigible el mantenimiento de esta. Para ello, aplica de manera analógica la doctrina de la base del negocio.

<sup>189</sup> BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3.ª ed., 2011, Rn. 724, p. 283.

<sup>190</sup> Este autor no advierte una gran diferencia entre la vinculación a la oferta y la vinculación a un contrato perfeccionado. Por lo tanto, considera que, para revocar la oferta, deben exigirse los mismos presupuestos que, en su caso, se exigirían para terminar o adaptar el contrato, según la teoría de la base del negocio (§ 313 BGB). (MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª ed., 2006, Rn. 369, p. 143).

<sup>191</sup> En Escocia no es de aplicación, hasta donde me consta, la teoría de la *consideration*, reconociéndose, por el contrario, la eficacia vinculante de la oferta en caso de establecimiento de un plazo para la aceptación (*vid. Morton's Trustees v. Aged Christian Friend Society of Scotland* (1899) 7 SLT 220 (IH (1 Div)) at 221; *Robertson v. Anderson* (2003) SLT 235 (IH (E Div)) at 240; también RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 71).

<sup>192</sup> En efecto, en el caso en que existe un acuerdo entre el oferente y el destinatario para el mantenimiento de la oferta nos hallamos ante una opción, la cual suele garantizarse en escritura pública (*vid. BEALE / BÉNÉDICTE, RUTGERS / TALLON / VOGENAUER, Contract law*, 2010, pp. 271-272; KÖTZ, H., *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., 2015, p. 31).

tará nunca consecuencias para el oferente. La *mailbox rule* es un intento de paliar la situación de incertidumbre que puede acusar el destinatario, protegiendo su confianza<sup>193</sup>. Tras ella, subyace a mi juicio un intento de distribución más equitativo de riesgos entre el oferente y el destinatario. Asimismo, con esta regla, se ha venido a moderar el completo poder de revocación ostentado por el oferente, en lo que supone una suerte de reconocimiento indirecto de los efectos perniciosos derivados de una aplicación generalizada de la solución inglesa, que requiere la *consideration* para proteger al destinatario.

En contraposición al Derecho inglés, el Derecho estadounidense ha desarrollado las bases dogmáticas para una mayor vinculación a la oferta de contrato. Como vimos, la doctrina estadounidense cuestiona que la regla general de libre revocación de la oferta se fundamente en la *consideration*. Y quizá, con ese cambio de paradigma, es capaz de ofrecer soluciones que buscan ser más conciliadoras con los intereses implicados (Sección 2:205 UCC). Al mismo tiempo, la jurisprudencia estadounidense ha sido especialmente activa en tratar de dar respuesta a la posible eficacia vinculante de la oferta, debido a la confianza de su destinatario; y lo ha hecho al albur de la problemática inherente a los contratos de obra, donde nos encontramos con dos colosos jurisprudenciales: *James Baird y Drennan*. Aunque hoy parezca rechazarse la regla de *Drennan*, protectora de la confianza del destinatario, fuera de la contratación pública<sup>194</sup>, creo que constituye un precedente relevante a la hora de enjuiciar cuándo la oferta adquiere eficacia vinculante en atención a la confianza y la eventual responsabilidad del oferente por su revocación.

En particular, *Drennan* resulta de especial interés por la consecuencia que anuda al reconocimiento de eficacia vinculante en la oferta por «*detrimental reliance*». El lector atento habrá intuido, sin dificultad, que la solución de *Drennan* fue conceder al contratista la indemnización consistente en la diferencia entre el precio del pavimentado de la primera oferta recibida y el precio estipulado en la operación de reemplazo a que se vio abocado. La indemnización consistió, por tanto, en el mayor coste de la operación de reemplazo. Conviene dejar este hecho aquí apuntado, por lo que más tarde se dirá, para el Derecho español<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> Los iuscomparatistas KÖTZ y ZWEIGERT han puesto de relieve que, para el observador extranjero, la *mailbox rule* puede resultar difícil de conciliar con la naturaleza consensual del contrato, ya que esta regla implica entender perfeccionado el contrato con la emisión de la aceptación sin el conocimiento del oferente (*Introducción al derecho comparado*, cit., p. 377).

<sup>194</sup> *Supra* 2.2.2.4 [4].

<sup>195</sup> *Infra* 9.4.

3. El Derecho francés ha codificado una oferta no revocable, como norma general, hasta que expire su plazo de duración o, en su defecto, hasta que expire un plazo razonable (art. 1116.1 *Code*). A la vez, ha establecido que la revocación de la oferta impide la formación del contrato (art. 1116.2) y, por tanto, solo da lugar a la responsabilidad extracontractual (art. 1116.3). Hay que advertir que la nueva regulación francesa puede dar lugar a malentendidos, pues parece hacer lo que en realidad no hace o, dicho de otro modo, parece ser menos fiel a la tradición jurisprudencial de lo que en realidad es. Veamos por qué. El *Code* formalmente parece admitir la eficacia vinculante de todas las ofertas (art. 1116.1), pero inmediatamente se desdice y reconoce que la revocación de la oferta es del todo posible antes de su aceptación. De producirse la revocación, se impide la celebración del contrato (art. 1116.2)<sup>196</sup>. La responsabilidad por revocación es extracontractual y en ningún caso faculta al destinatario a obtener el interés de cumplimiento (art. 1116.3 *Code*)<sup>197</sup>.

Con todo, la reforma francesa merece ser valorada positivamente, toda vez que –más allá del zigzagueo del artículo 1116– el *Code* es pionero en ofrecer, hoy, una consecuencia jurídica concreta y expresa a la revocación indebida de una oferta vinculante. Además, el artículo 1116 *Code* supera el tradicional dogma ligado a la oferta vinculante, consistente en pensar que la irrevocabilidad constituía el único remedio frente a la revocación de la oferta.

4. El Derecho alemán, al apartarse –no sin debate– de la tradición del *ius commune*, regula una oferta con eficacia vinculante *ex lege*, salvo que sea excluida por el oferente (§ 145 BGB); para ello se utilizan fórmulas, como «*freibleibend*», cuyo sentido no es del todo pacífico. Así, la vinculación *ex lege* de la oferta parecer ser relajada jurisprudencialmente, según algún autor ha informado.

---

<sup>196</sup> Esta manera de operar es quizá la que llevó a un comparatista, como RABEL, a sostener que el sistema francés «se acobarda» ante la solución jurídica consistente en tratar una revocación (indebida) como ineficaz, conformándose con una indemnización de daños y perjuicios (*Das Recht des Warenkaufs*, cit. p. 75).

<sup>197</sup> Semejante serpenteo ha sido merecedor –incluso antes de su aprobación y sobre la base del precepto del proyecto de Ordenanza, que no difiere en lo sustancial del texto finalmente aprobado para la oferta– de críticas desde autores alemanes, calificándola de «tramposa», porque si se reconoce que la revocación de la oferta es ineficaz, no cabe impedir la formación del contrato y este acto (la revocación) no daría nunca lugar a la responsabilidad extracontractual, sino a la *responsabilidad contractual* (vid. REINER, «Le processus de formation du contract dans le project d'ordonnance de la chancellerie: quelques commentaires», en SCHULZE, y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France*. 5<sup>èmes Journées franco-allemandes, Vol. 20, 2015, p. 60).</sup>

Como se ha visto, el Derecho alemán, en contra de lo que pudiera pensarse<sup>198</sup>, traduce la eficacia vinculante de la oferta en responsabilidad contractual del oferente por daños y perjuicios, que, según los casos, puede llegar a alcanzar el interés positivo del destinatario. Importa destacar que el sistema alemán parte de que la imposibilidad inicial de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta – derivada, por ejemplo, de la venta o pérdida de la cosa ofrecida – no afecta a la validez del contrato que pueda formarse, sino que simplemente reconduce la satisfacción del interés del acreedor a otros remedios contractuales, como la indemnización de daños, la indemnización de gastos o, incluso, la restitución del subrogado.

El Derecho alemán tampoco ha permanecido ajeno a la dinámica de las ofertas en entramados de contratos de obra. No en vano, la jurisprudencia alemana se ha ocupado de casos donde el error del oferente en la configuración del precio de la oferta desemboca en la revocación de esta. En este aspecto, la más reciente jurisprudencia del BGH parece querer encarrilar la equivocación del oferente dentro de la figura del error en la declaración de voluntad (§§ 119 y 122 BGB).

Finalmente, el contrapunto a la fuerte vinculación legal del oferente en Derecho alemán se encuentra en la búsqueda de soluciones que eviten su exposición a la especulación del destinatario gracias a un cambio de circunstancias en ofertas con largos plazos de duración. El intento de conjurar este riesgo explica el mayor desarrollo de la doctrina del cambio de circunstancias aplicada a la oferta vinculante de contrato para permitir la adaptación de la oferta o su libre revocación. No obstante, hoy parece haberse endurecido esta posibilidad.

5. Las soluciones de cada sistema jurídico responden a distintas ponderaciones de los intereses en juego para, primero, construir la norma general y, después, dosificar sus efectos por medio de excepciones<sup>199</sup>. Así, los resultados prácticos que la comparación entre sistemas arroja ofrecen un panorama relativamente uniforme (quizás con la excepción del *common law*). Esta relativa uniformidad se ha logrado, en mi opinión, gracias a las consecuencias jurídicas

---

<sup>198</sup> Vid. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., pp. 32-33). La doctrina española que se ha ocupado del asunto en Derecho alemán parece asumir también esta idea (vid. ASÚA GONZÁLEZ, *Culpa in contrahendo. Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, 1989, pp. 153-154).

<sup>199</sup> En efecto, permitir la libre revocación se sitúa claramente a favor de los intereses del oferente, que puede haber descubierto la posibilidad de vender los bienes objeto de su oferta a un mejor precio y que, por tanto, desea terminar con la vinculación a su oferta. En el otro lado, el destinatario confía o puede haber confiado en la oferta y, con ello, haber emprendido actuaciones previas a la aceptación formal (por ejemplo, negociar un préstamo bancario o buscar potenciales compradores para revender) (SMITS, *Contract Law. A comparative introduction*, 2014, p. 51).

asociadas a la revocación de la oferta en cada sistema o, si se quiere, a la responsabilidad que cada sistema atribuye al oferente que revoca una oferta considerada como vinculante. Puede decirse –parafraseando a Puig Brutau sobre el particular– que la diferencia, existente entre el «*Derecho en los libros*», queda muy atenuada en el «*Derecho en acción*»<sup>200</sup>.

## VI. LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW*

El Derecho uniforme y los instrumentos de *soft law* contractual no han permanecido ajenos a la problemática de la oferta de contrato. En este apartado, estudiaré los más relevantes. Por su importancia e influencia posterior, comenzaré refiriéndome a la Convención de Viena CISG)<sup>201</sup>.

### 6.1 LA OFERTA DE CONTRATO EN LA CISG

#### 6.1.1 La eficacia vinculante de la oferta en la CISG

1. No iba desencaminado Luis Díez-Picazo –sino más bien todo lo contrario, como de costumbre– cuando calificó a la CISG como el «*fruto de la correlación de fuerzas de origen*»<sup>202</sup>. No lo iba, al menos, en relación con la revocabilidad de la oferta de contrato<sup>203</sup>. Según el artículo 16.1 CISG, la oferta es revocable como regla general, si la revocación llega al destinatario antes de la aceptación. Sin embargo, el artículo 16.2 dispone que la oferta no podrá revocarse (*i*) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o, de otro modo, que es irrevocable; y (*ii*) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

<sup>200</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Vol. I, 3.ª ed., 1988, p. 187.

<sup>201</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. La adhesión del Estado español se produjo por Instrumento de 17 de julio de 1990.

<sup>202</sup> Díez-Picazo, «Prólogo», en Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, 1998,

<sup>203</sup> Una narración exhaustiva de lo acontecido en los debates que antecedieron a la CISG, en relación con la eficacia vinculante de la oferta, se contiene en HONNOLD, *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, 1989, pp. 261, 280-281, 306-308, 374-375, 396, 412, 498-501, 665-666, 740. Un gran resumen en castellano en PERALES VISCASILLAS., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, 1996, pp. 427-442.

2. La declaración de revocación libre no impide pensar que quizás las excepciones (art. 16.2 CISG) sean más importantes que la propia regla general. En particular, no resulta clara la función que debe atribuirse al plazo. La pregunta es si el plazo produce, por sí mismo, vinculación o si es necesario que la oferta indique que es irrevocable, en cuyo caso el plazo sería un indicio. Esta dificultad condujo a John Honnold a sostener que ambas posiciones pueden acomodarse, concluyendo que la referencia a un plazo fijo para la aceptación origina una «presunción de irrevocabilidad hasta la fecha señalada»; presunción rebatible demostrando que el plazo solo significa expiración automática de la oferta (art.18.2 CISG), pero no promesa de no revocar<sup>204</sup>. Los comentaristas españoles del artículo 16 CISG suelen coincidir en que el plazo, por sí solo, no imprime eficacia vinculante a la oferta<sup>205</sup>.

3. En cuanto a la actuación del destinatario basada en la creencia de que la oferta era vinculante (art. 16.2 CISG), los comentaristas de la Convención aluden a la confianza como elemento generador de vinculación. Para ilustrar la confianza originadora de eficacia vinculante, Honnold<sup>206</sup> se vale del ejemplo paradigmático en contextos de licitaciones para contratos de obra:

El ejemplo que utiliza es el siguiente: El 1 de mayo un constructor solicita a un suministrador que le remita una oferta de venta de una cantidad determinada de ladrillos. El constructor le explica que necesita esa oferta para concurrir, a su vez, a una licitación de un contrato de obra de un edificio. El constructor añade que debe presentar su oferta el 1 de junio y que la apertura de las propuestas y el otorgamiento final del contrato de obra tendrán lugar el 14 de junio. El 7 de mayo el suministrador comunica al constructor su oferta de venta de ladrillos, oferta que el constructor emplea para el cálculo de los costes y, con ello, confeccionar su propia oferta para el contrato de obra, que presenta el 1 de junio. El 10 de junio el suministrador le comunica que revoca su oferta, mientras que el 15

<sup>204</sup> HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.ª ed., 2009, párr. 143.1, pp. 218-219.

<sup>205</sup> Es claro Díez-PICAZO cuando, en su comentario al art. 16 CISG, sostuvo que «la solución final parece producirse en el sentido de que por el mero hecho de establecer plazo para la aceptación no deviene [la oferta] irrevocable y solo lo es en la medida en que además del plazo incorpore la declaración de irrevocabilidad» («Comentario al art. 16», en Díez-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional...*, cit., p. 174); *vid.* también en este sentido PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., pp. 437-438). Por el contrario, CARRASCO PERERA ha considerado que el art. 16.2.a CISG no solo propone la irrevocabilidad de la oferta sometida a plazo como «una cuestión de interpretación de la declaración del oferente, ni como una regla presuntiva sobre el alcance de la voluntad del oferente, sino que lo construye como una regla independiente de toda interpretación; para el Convenio el plazo vale como declaración de irrevocabilidad» (la cursiva del autor). Al mismo tiempo, este autor señala que «esta opción es equivocada, porque peca de rigidez» (*Derecho de contratos*, 2.ª ed., 2017, p. 211).

<sup>206</sup> HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 144, p. 220). La problemática de estos casos ya la expuse al hilo del Derecho estadounidense (*supra* 2.2.2.1 y 2.2.2.2.)

de junio le es notificado al constructor que su propuesta de contrato de obra ha sido aceptada. Acto seguido, el constructor hace saber al suministrador que acepta su oferta de venta de ladrillos.

En sus anotaciones, Honnold considera que el constructor destinatario de la oferta podía, en el ejemplo, razonablemente confiar en su mantenimiento y no revocación. Otros comentaristas a la Convención han enunciado más ejemplos donde la confianza se traduce en una concreta actuación del destinatario, que confía en que la oferta no será revocada<sup>207</sup>. Parece que el artículo 16.2.b CISG no exige la irrogación de un daño efectivo al destinatario, pues no se circunscribe a los supuestos en que hay «*detrimental reliance*»<sup>208</sup>. Expresado de otro modo, el supuesto de hecho del artículo 16.2.b CISG no parece ser exactamente una versión del «*promissory estoppel*» norteamericano<sup>209</sup>, en tanto que no requiere que la confianza se traduzca finalmente en la provocación de un daño al destinatario<sup>210</sup>. Aun así, cabría una reducción teleológica del precepto, si los tribunales terminan aplicándolo *de facto* como una manifestación del «*promissory estoppel*»<sup>211</sup>.

Conviene advertir –con Honnold– que la actuación del destinatario en la que se refleja su confianza (productora de vinculación del oferente) ha de interpretarse a la luz del principio de buena fe (art. 7.1 CISG). Ello con el fin de prevenir comportamientos abusivos por el destinatario o conductas ambiguas<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> Como el comienzo de las actividades de producción, la adquisición de materiales, la celebración de contratos, el alquiler de almacenes, la reventa de la mercancía objeto de oferta de compra, el perfeccionamiento de contratos de transporte, la apertura de una línea de crédito y, bajo determinadas circunstancias, la contratación de personal. La actuación del destinatario, en confianza del mantenimiento de la oferta, puede consistir también en una omisión como, por ejemplo, la no aceptación de otras ofertas similares (*vid.* SCHROETER, «Art. 16 CISG» en SCHLECHTRIEM / SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 2013, p. 348). Con todo, no es unánime que el artículo 16.2.b CISG comprenda también una omisión en confianza de que la oferta es irrevocable (MATHER, «Firm offers under the UCC and the CISG», *Dickinson Law Review*, 105, Fall 2000, p. 49).

<sup>208</sup> SCHROETER, «Art. 16 CISG», cit., p. 348.

<sup>209</sup> *Supra* 2.2.2.2.

<sup>210</sup> *Vid.* *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc* [98 CIV 861 (RWS) and 99 CIV 3607 (RWS)], donde la Federal District Court de Nueva York rechaza expresamente que la CISG adopte el modelo americano del «*promissory estoppel*».

<sup>211</sup> *Vid.* MATHER, «Firm offers...», cit., p. 48. No puede perderse de vista que durante la discusión de la octava sesión del Grupo de Trabajo UNCITRAL se redactó el art. 5.3 exigiendo, para convertir en irrevocable la oferta derivada de la confianza, que el destinatario hubiese sufrido un daño al alterar su posición. Este inciso final se retiró del artículo durante la novena sesión (*vid.* EÖRSI, «Article 16» en BIANCA-BONELL, *Commentary on the International Sales law*, 1987, p. 152).

<sup>212</sup> Por ejemplo, cuando el destinatario de una oferta de compra –que en cualquier caso tiene que adquirir las materias primas para producir los bienes objeto de su actividad comercial– trata de revestir esa adquisición como una actuación acometida confiando en el mantenimiento de la oferta (HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 144, pp. 220-221).

## 6.1.2 La laguna sobre la responsabilidad del oferente en la CISG

1. El artículo 16 CISG no ofrece ninguna pista sobre la responsabilidad en que incurre el oferente que revoca una oferta vinculante. Parece que la CISG presenta una laguna en este punto, tal y como subrayó Honnold con el estudio de un ejemplo concreto<sup>213</sup>:

Un operador emite una oferta de compra de una concreta máquina muy compleja y específica a un fabricante, el cual la elaborará atendiendo al diseño e instrucciones suministradas por el oferente. La oferta de compra incluía la prescripción de que se mantendrá vigente durante dos meses, a fin de permitir al fabricante decidir si le era factible acometer la construcción de la máquina al precio consignado en la oferta. El fabricante inicia de inmediato el proceso de diseño de la máquina y el cálculo de costes. Dos semanas más tarde –habiendo desembolsado importantes sumas el fabricante para calcular sus costes, pero sin haber finalizado– el oferente le comunica que no le es ya posible adquirir ni utilizar la máquina solicitada y revoca su oferta de compra. El fabricante destinatario de la oferta detiene sus trabajos de cálculo de costes y diseño. Para él, no resulta económico invertir más sumas en la preparación de la fabricación de una máquina, cuya recepción el oferente no aceptará y presumiblemente no podrá abonar.

Si se considera que la oferta es vinculante –por incluir plazo o porque esta era la voluntad del oferente<sup>214</sup>–, el destinatario cuenta con su mantenimiento para realizar las operaciones necesarias y decidir si acepta o no. Estas operaciones implican gastos. Sin embargo, la oferta es revocada antes de que el destinatario esté en condiciones de saber si le interesará contratar o no. Para saberlo, necesita afrontar gastos adicionales, pero el oferente ya le ha comunicado que no podrá pagarle. ¿Qué puede hacer el destinatario? Según el artículo 16 CISG, parece que la única solución es aceptar la oferta (que suponemos vinculante) y obligar al oferente a cumplir el contrato, pese a la revocación<sup>215</sup> (noción de «irrevocabilidad»)<sup>216</sup>.

Honnold apunta que la CISG, al igual que otros cuerpos legales, no contempla un sistema articulado de remedios efectivos alternativos a la exigencia de mantenimiento de la oferta (irrevocabilidad), cuando esta es vinculante. Por eso, se plantea si el artícu-

<sup>213</sup> HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 148, p. 223.

<sup>214</sup> *Supra* 6.1.1; también *infra* 7.3.

<sup>215</sup> HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

<sup>216</sup> *Supra* I [5].

lo 7.2 CISG<sup>217</sup> autoriza al Juez para recurrir al Derecho interno y aplicar un remedio diferente al previsto por el artículo 16 CISG. Para Honnold, la respuesta es positiva, toda vez que lo contrario dejaría en una posición comprometida al destinatario de ofertas como las del ejemplo antes transcrito. El autor apunta a un remedio orientado a indemnizar, extracontractualmente, los daños causados por la revocación prevista en algunos ordenamientos locales. Este proceder permitiría, para Honnold, (i) rellenar la laguna de la CISG; y (ii) avanzar hacia una mayor uniformidad, ya que las soluciones serían tomadas en cuenta por los tribunales nacionales, emergiendo una jurisprudencia común en este ámbito<sup>218</sup>. Y es que Honnold juzga contradictorio con el deber de mitigar el daño (art. 77 CISG) que el destinatario tenga que seguir realizando dispendios, si quiere beneficiarse de la eficacia vinculante<sup>219</sup>.

Como se ve, Honnold pretende, con el supuesto de hecho expuesto, destacar una laguna, a su juicio existente, en la CISG. Otros no han pensado como él. Para Peter Schlechtriem, la irrevocabilidad de la oferta en la CISG significa que el destinatario puede aceptar y perfeccionar el contrato, pese a la revocación. Schlechtriem considera a la regulación de la CISG como excluyente en este punto y rechaza la aplicación de las normas nacionales. Por eso, objeta que el destinatario pueda tratar la revocación como efectiva y, a partir de ahí, exigir una indemnización por daños y perjuicios por el interés negativo (gastos o negocios de cobertura). A juicio Schlechtriem, las acciones de daños por *culpa in contrahendo* o la cláusula general de responsabilidad extracontractual, según Derecho nacional, deben obviarse, salvo dolo o fraude del oferente que revoca<sup>220</sup>.

## 6.2 LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

1. Los Principios Unidroit (PICC) siguen, de modo prácticamente literal, la CISG, de cuya influencia son deudores<sup>221</sup>. Así, el

<sup>217</sup> Artículo 7.2 CISG: «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

<sup>218</sup> HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

<sup>219</sup> HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

<sup>220</sup> SCHLECHTRIEM, «Art. 16 CISG», en SCHLECHTRIEM, / SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 250.

<sup>221</sup> Vid. NOTTAGE, «Art. 2.1.4 (Revocation of offer)», en VOGENAUER, (ed.), *Commentary On the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.<sup>a</sup> ed., 2015, p. 279.

artículo 2.1.4 (1) establece que la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación. Tras ello, vienen, de nuevo, las excepciones a la regla general, que son idénticas a las de la CISG<sup>222</sup>. Su condición de herederos del consenso de Viena hace que los PICC presenten la misma carencia exegética que su causante en lo referido al plazo para la aceptación, lo que ha sido criticado entre nosotros<sup>223</sup>.

### 6.3 LOS PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE CONTRATOS

La regulación de los PELC es, en gran medida, deudora de las experiencias de la CISG y los PICC; y ello se advierte en materia de oferta de contrato<sup>224</sup>. Aun así, se advierte algún cambio. El artículo 2:202 (1) PECL dispone, como regla general, que la oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que este haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) o (3) del artículo 2:205. Las excepciones a la regla general son similares, pero no idénticas, a las estudiadas para la CISG y los PICC<sup>225</sup>. Quizás la principal diferencia estribe en que el artículo 2:202 (3) (b) PECL dispone, a las claras, que la oferta es vinculante si indica plazo para su aceptación.

La edición comentada de los PECL informa de que, en los casos de irrevocabilidad, si se acepta la oferta, esta deviene obligatoria, aun cuando se hubiera revocado antes de su aceptación. Ello abre

<sup>222</sup> Art. 2.1.4 PICC: «La oferta no podrá revocarse: (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta».

<sup>223</sup> Con razón, considera PERALES VISCASILLAS que bien debería hacerse un esfuerzo por especificar con claridad los efectos del plazo que acompaña a la oferta. Y es que, al igual que con la CISG, el art. 2.1.4 admite dos interpretaciones. La autora parece decantarse por no atribuir a la oferta con plazo eficacia vinculante, pues propone una redacción del art. 2.1.4 (1) PICC en los siguientes términos: «La oferta, *aun cuando establezca un plazo fijo para aceptar*, podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes de éste haya enviado la aceptación» (cursiva mía) («Formación», en MORÁN BOVIO, (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed., 2003, pp. 123-124).

<sup>224</sup> Vid. Díez-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES MORENO, *Los principios europeos del Derecho de contratos*, 2002, pp. 82-84 y 187.

<sup>225</sup> Son tres: «(a) si la oferta indica que es irrevocable, (b) o fija un plazo determinado para su aceptación, (c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta».

la puerta a los remedios contractuales frente al incumplimiento y, en particular, a la indemnización<sup>226</sup>.

#### 6.4 EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El artículo II – 4:202 DCFR se pronuncia en términos idénticos a los de los PECL. Por ello, no transcribiré su dicción. En lo que interesa, sienta (párrafo 1.º) la regla general de libre revocación de la oferta y establece (párrafo 3.º) excepciones a la revocabilidad<sup>227</sup>. En tales casos, dispone que la revocación no impide la formación del contrato ni tampoco la subsecuente responsabilidad por incumplimiento, si el destinatario acepta. Según sus impulsores, el párrafo 3.º representa una versión mejorada del compromiso logrado en la CISG.<sup>228</sup> Al igual que los PECL, la oferta confeccionada por el DCFR es irrevocable, si indica plazo para su aceptación.

#### 6.5 LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DEL DERECHO DE CONTRATOS

1. Los neonatos Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (PLDC)<sup>229</sup> bien merecen ser incluidos en una revisión del *soft law* sobre la materia. Ello no solo por ser hoy primicia, sino también por reflejar el intento de los países latinoamericanos<sup>230</sup> de dotarse a sí mismos de un instrumento de derecho contractual que tome en consideración los problemas de la región, atesorando al tiempo una impecable solidez dogmática<sup>231</sup>. Con estos mimbres, el artículo 17 PLDC establece que la oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación; y, en los casos en que la aceptación consiste en una conducta distinta a una

<sup>226</sup> LANDO/BEALE (eds.), *Los principios de derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, vol. I-II, Edición española, 2003, p. 229.

<sup>227</sup> A saber, (i) si indica que es irrevocable; (ii) si establece plazo; o (iii) si la confianza del destinatario en la oferta le empujó a actuar en aras a la misma.

<sup>228</sup> VON BAR / CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, 2009, p. 302.

<sup>229</sup> La versión final, en castellano, de los PLDC en DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, 2017, pp. 79-102.

<sup>230</sup> Tampoco pueden perderse de vista los Principios OHADAC. Para una presentación general *vid.* FENOY PICÓN, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017-II, pp. 526-537.

<sup>231</sup> Un ilustrativo resumen sobre el *iter* de la concepción de los PLDC, problemas que afrontan y ámbito de aplicación en FENOY PICÓN, «La revisión...», *cit.*, pp. 568-580.

declaración, hasta el perfeccionamiento del contrato. En un precepto separado (art. 18) –titulado «irrevocabilidad de la oferta»– los PLDC establecen que la oferta es irrevocable si el oferente le ha atribuido ese carácter, o ha fijado un plazo para la aceptación sin reserva expresa de la facultad de revocarla (apartados 1.º y 2.º). Tampoco puede revocarse la oferta si el destinatario hubiera podido confiar, conforme a la buena fe, en su irrevocabilidad (art. 18.3 PLDC)<sup>232</sup>.

2. Debe resaltarse la regulación de la oferta vinculante en los PLDC. Los PLDC parecen dar un paso más en la polémica cuestión del plazo dispuesto en la oferta<sup>233</sup> e inclinarse –no sin rodeos– por una solución que no convierte al plazo, *per se*, en un elemento que dote de eficacia vinculante a la oferta. Además, es de destacar la ligazón que el artículo 18.2 PLDC asienta entre la confianza productora de vinculación y la buena fe.

## 6.6 CONCLUSIÓN PARCIAL

Los textos analizados en este apartado VI han centrado sus esfuerzos –quizás por influencia de la CISG– en la eficacia vinculante de la oferta y en tratar de alcanzar soluciones de consenso. Aun así, respecto al papel desempeñado por el *plazo en la oferta*, la regulación es ambivalente en unos (CISG y PICC), inclinada por completo hacia la irrevocabilidad en otros (PECL y DCRF) y aparentemente dirigida hacia el sentido opuesto en los recién llegados PLDC.

Respecto a la eficacia vinculante producida *por la confianza*, los materiales analizados nos muestran que la clave no es la confianza aisladamente considerada, sino la dicha confianza debe ser siempre puesta en relación con una actuación (u omisión) del destinatario de la oferta; actuación sostenida por la creencia razonable de que la oferta se mantendría. Al mismo tiempo, no me parece descabellado exigir, para considerar irrevocable la oferta, que la actuación por razón de la confianza depositada en la oferta deba haber irrogado un daño al destinatario («*detrimental reliance*»<sup>234</sup>).

<sup>232</sup> Así queda la versión final de los PLDC. Hasta ahora, en las anteriores versiones, que me conste, el art. 18 se dividía en dos párrafos, unificando en uno solo la declaración expresa de irrevocabilidad y el plazo para la aceptación (*vid.* SAN MIGUEL PRADERA «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016-III, p. 1016).

<sup>233</sup> *Infra* 7.3, 7.4 y 7.5.

<sup>234</sup> *Infra* 8.2.3.

La alusión al plazo<sup>235</sup> por parte de los principales instrumentos de Derecho uniforme y el *soft law* no debe confundirnos. A mi juicio, tales textos no se refieren al plazo aisladamente, sino al plazo como exteriorización de la voluntad del oferente. Con su mención al plazo para producir vinculación en la oferta –lo que es más o menos claro en función del texto– pretenden dotar de sentido a la declaración de voluntad del oferente. Nada más<sup>236</sup>.

Con todo, sigue resultando inexplicable, a mi juicio, la absoluta falta de desarrollo que el Derecho uniforme y los distintos instrumentos de *soft law* dedican a las consecuencias de la revocación de una oferta con eficacia vinculante, una vez que se ha determinado que tiene<sup>237</sup>. Existe una laguna en los textos uniformes y otros instrumentos de *soft law*, arrastrada desde la CISG. Afirmar que la oferta es «irrevocable» no añade nada a la cuestión de la responsabilidad del oferente. Se hace necesario articular remedios que den mejor respuesta a los intereses implicados, escapando de la tan asentada noción de «irrevocabilidad» como solución aparente. Ante ello, vimos que Honnold abogó por la indemnización extracontractual de daños, mientras que Schlechtriem se conformaba con la propia noción de irrevocabilidad.

## PARTE SEGUNDA: LA OFERTA VINCULANTE DE CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil no contiene regla alguna que nos ilustre sobre la eficacia vinculante de la oferta de contrato<sup>238</sup>, a diferencia de la Compilación Navarra de 1973 (Ley 521)<sup>239</sup>. Mucho menos nos provee de pauta para determinar las consecuencias jurídicas de su revocación. En un plano de derecho positivo, se desconoce cuándo la oferta de contrato es vinculante en nuestro Derecho, y si, en tal

<sup>235</sup> Sobre el plazo y su posible relación con la eficacia vinculante de la oferta, *infra* 7.3.

<sup>236</sup> Conviene tener presente, por un lado, que en el comercio internacional de mercaderías (CISG) puede tener sentido avanzar legislativamente hacia una mayor vinculación a la oferta que potencie la seguridad jurídica y la confianza de los operadores del mercado. Ello se consigue atribuyendo significado (eficacia vinculante) a un elemento de la oferta, el plazo para la aceptación; elemento que forma parte de la declaración de voluntad del oferente.

<sup>237</sup> Ello aun cuando se reconocen las diferencias que el Derecho de los ordenamientos europeos presentan en esta cuestión (*vid.*, por ejemplo, VON BAR / CLIVE, cit., p. 304).

<sup>238</sup> En cambio, y como referencia histórica, puede citarse el art. 229 del Código de las Obligaciones del Protectorado español en Marruecos de 1914 (COPM). Este precepto establecía que la oferta es revocable mientras no haya sido aceptada.

<sup>239</sup> Ahora bien, este precepto se refiere a la promesa y no a la oferta de contrato. La STSJ Navarra 11.12.2008 (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597) deslinda con claridad la promesa pública de la Ley 521 Comp. Navarra 1973 de la oferta de contrato, considerando a la primera conceptualmente distinta y perfectamente distinguible de la segunda (FD 3.º [1]).

caso, la revocación entraña algún tipo de responsabilidad para el oferente. El único precepto del Código civil que trata sobre la oferta es el artículo 1262<sup>240</sup>. Ninguna otra norma del Código se refiere de manera explícita a ella y a nadie se le escapa el «laconismo» que encierra<sup>241</sup>. La tarea exegética ha recaído, al igual que en la Francia anterior a reforma<sup>242</sup>, en la jurisprudencia, que considera que la oferta puede ser libremente revocada, como norma general, antes de la aceptación<sup>243</sup>. A su vez, en la fundamentación de su razonamiento la jurisprudencia parece haberse basado en la doctrina<sup>244</sup>.

## VII. EL PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN Y LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA

El desarrollo de la oferta, como institución jurídica, se ha efectuado gracias al impulso de nuestra doctrina. En efecto, los autores españoles no han escatimado ni el esfuerzo ni el ingenio en discutir sobre si la oferta es revocable, como regla general. Con frecuencia, este debate se ha asociado a la pregunta de si la oferta contiene, en sí misma, plazo para la aceptación, y de cuál es el papel de dicho plazo en relación con la vinculación o irrevocabilidad. Comenzaré presentando las diferentes posturas que he advertido presentes en la doctrina española.

<sup>240</sup> Artículo que simplemente exige el concurso de oferta y aceptación como requisito para formar el consentimiento. Algunas leyes sectoriales sí prevén (o han previsto) la existencia de ofertas con eficacia vinculante. Así, el art. 8 LCCC establece que «el prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, como *oferta vinculante* que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él»; el art. 6 LCS dice que «la proposición de seguro por el asegurador *vinculará* al proponente durante un plazo de quince días»; el art. 113 LMV prescribe que «reglamentariamente [art. 30.1 RD 1066/2007] se establecerán: d) los términos en que la oferta será irrevocable (...)»; el art. 56 LOCM dispone que «la celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca»; y el art. 8.2 LDAT 1998 (derogada por la LDAT 2012) atribuía al documento informativo el carácter de «oferta vinculante».

<sup>241</sup> TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., § 2311, p. 1590.

<sup>242</sup> *Supra* 3.1.

<sup>243</sup> SSTs 19.6.1950 (RJ 1950\1028), 6.3.1969 (Pte. Cantos Guerrero, RJ 1969/1175), 7.6.1986 (Pte. Santos Briz, RJ 1986/3296); 28.1.2000 (Pte. González Poveda, RJ 2000/454); o 29.1.2009 (Pte. Marín Castán, RJ 2009/1278).

<sup>244</sup> Así, la STS 7.6.1986 (Pte. Santos Briz, RJ 1986/3296): «es *doctrina científica comúnmente admitida* que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando, como en el caso debatido, se formulan modificaciones o alterando la propuesta o someténdola a condición» (FD 3.º) (la cursiva es mía).

## 7.1 LA DISCUSIÓN SOBRE LA EFICACIA VINCULANTE EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

1. La posición doctrinal de que la oferta de contrato es revocable, por principio, se aprecia, ya con nitidez, en los primeros comentaristas españoles del Código civil<sup>245</sup>. Para ellos, la revocación constituía un derecho del proponente<sup>246</sup>. Continuando esta línea, L. Díez-Picazo razonará que la oferta puede revocarse porque no existe ningún tipo de vinculación del oferente, quien solo ha emitido una comunicación dirigida a posibilitar la contratación, pero sin contratar; y si no ha contratado, no está obligado. A ello, L. Díez-Picazo añade que la llegada de la oferta al destinatario tampoco provoca un estado de confianza en el destinatario que sea merecedor de protección<sup>247</sup>. La libre revocabilidad de la oferta, hasta que recaiga aceptación, en atención a su debilidad para producir cualquier tipo de efectos vinculantes es compartida por otros autores<sup>248</sup>.

2. De otro lado, no han faltado autores que, quizá influidos por la experiencia alemana<sup>249</sup>, defendieron la conveniencia de reconocer eficacia vinculante a la oferta de contrato, al menos durante un tiempo mínimo para que produjese sus efectos y el destinatario pudiese emitir, en su caso, su respuesta<sup>250</sup>. Otros autores, como Lacruz Berdejo, parecen haber mantenido posiciones eclécticas sobre la base de distinciones conceptuales un tanto oscuras<sup>251</sup>.

<sup>245</sup> SCAEVOLA ligó la facultad revocatoria de la oferta al hecho de no existir aún contrato y por aplicación analógica de la regla de la estipulación en favor de tercero (art. 1257 II CC). Para él, esa estipulación en favor de tercero representa una oferta hecha por los otorgantes, la cual tampoco produce efecto alguno hasta hacer saber su aceptación al obligado, y puede ser revocada antes de su aceptación» (*Código Civil comentado y concordado extensivamente*, t. XX, 1904, p. 588).

<sup>246</sup> MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 1901, p. 598.

<sup>247</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 341.

<sup>248</sup> ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II, Vol. 1, 8.ª ed., 1989, p. 409; GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1-b, 1989, pp. 68-69; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 209; CAPILLA RONCERO, «Voz Oferta», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. III, 1995, p. 4561.

<sup>249</sup> GALLART CASES –quien defendía que nuestro Derecho, por respuesta al sistema tradicional, otorga al proponente el derecho de revocar su oferta– advirtió que algunos civilistas, como De Diego, «cuyo germanicismo es de sobra conocido», entendían que la oferta dirigida a una persona debe ser mantenida por el tiempo que se señale o por el que prudencialmente se considere necesario según la naturaleza del contrato y circunstancias de la oferta («El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, 1959, p. 657).

<sup>250</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., pp. 189.-190; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, III, 15.ª ed., 1988, pp. 595-601; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. III, 2.ª ed., 1972, p. 468.

<sup>251</sup> LACRUZ BERDEJO distingue entre el eventual carácter obligacional de la oferta de contrato, que niega, y el deber jurídico de mantenerla durante el tiempo previsto en ella o, en su defecto, el tiempo determinado por el uso. Para este autor, la oferta (todavía no acep-

3. El tratamiento de la eficacia vinculante de la oferta en Derecho español se ha enfocado desde el posible reconocimiento de un plazo implícito para la aceptación<sup>252</sup>.

## 7.2 EL PLAZO IMPLÍCITO PARA LA ACEPTACIÓN Y OFERTA VINCULANTE

1. Como he indicado, el debate sobre la eficacia vinculante de la oferta se ha planteado por los autores españoles en relación con la posible existencia de un plazo implícito para la aceptación. El debate así planteado ha oscurecido la cuestión. Y es que una parte de nuestros autores han tenido que defender la inexistencia de un plazo implícito acompañando a la oferta. No por convicción, sino porque, de lo contrario, parece que también habrían tenido que admitir que la oferta de contrato es vinculante, como norma general<sup>253</sup>. Otros han preferido desligar la cuestión del plazo implícito acompañando a la oferta de cualquier valoración respecto a su eficacia vinculante, atribuyendo al plazo los solos efectos de provocar la caducidad o expiración de la oferta<sup>254</sup>.

2. La Sala 1.<sup>a</sup> del TS (e incluso el TC) admitió la existencia de un plazo implícito junto con la oferta, pero sin aclarar del todo si ello afectaba o no a su eficacia vinculante<sup>255</sup>. Por tanto, la pregunta

---

tada) puede originar un deber jurídico, mas no una obligación en sentido técnico. El deber jurídico de mantenerla durante cierto tiempo puede basarse –para Lacruz–, ya en el principio de buena fe, ya en la costumbre, o ya considerando implícito en la promesa una renuncia al derecho de retirarla, válida al amparo del art. 6.2 CC. En definitiva, LACRUZ BERDEJO reconoce eficacia vinculante a la oferta e inmediatamente la desliga de un posible carácter obligacional (*Elementos de Derecho civil*, II, 4.<sup>a</sup> ed., 2007, p. 121). El pensamiento de LACRUZ BERDEJO acaso se derive de la tesis de PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER en sus anotaciones al BGB: «No se trata de que el oferente esté *obligado* por su oferta (obligación que solo puede venir en virtud de la subsiguiente aceptación), sino de que está *vinculado*, es decir, no que deba no revocar, sino que no pueda revocar por haber renunciado a tal derecho» (ENNECERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, t. I, Vol. II, 1981, p. 263).

<sup>252</sup> Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit., p. 409.

<sup>253</sup> DE COSSÍO y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 428; GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 80; CUEVILLAS MATOZZI, «Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)», *Actualidad Civil*, n.º 16, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Sep. 2004; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., p. 399 y ss.

<sup>254</sup> GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 149; COCA PAYERAS, «Comentario al artículo 1262», en PAZ ARES / Díez-PICAZO, L. / BERCOVITZ, / SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código civil*, 1993, p. 448.

<sup>255</sup> La STS 22.12.1956 (Pte. Bonet Ramón, RJ 1956/1170) revela que «respecto a la fuerza vinculante de la proposición, oferta o policitación de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquella no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente en todo momento el derecho absoluto de retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la fijación de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por

a responder es si reconocer que la oferta incluye siempre un plazo, aun implícito, equivale a reconocer que la oferta de contrato posee eficacia vinculante, en España.

3. Los antecedentes histórico-legislativos del artículo 1262 CC pueden ayudarnos a arrojar luz sobre la cuestión del plazo implícito y su relación con la eficacia vinculante de la oferta.

El antecedente del artículo 1262 CC se encuentra en el artículo 1275 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888<sup>256</sup>. Este precepto –se nos ha dicho– recoge las influencias de los artículos 1058 del Anteproyecto belga de Laurent, 1144 y 1145 del CC argentino de 1869 y 5 del Código de las obligaciones suizo de 1881 (OR)<sup>257</sup>. A simple vista, resulta complicado hallar la influencia del artículo 5 OR en nuestro artículo 1262 CC<sup>258</sup>, que más bien parecería por completo deudor del artículo 1058 del Anteproyecto belga de Laurent<sup>259</sup>. ¿Dónde está entonces la influencia del artículo 5 OR? A mi juicio, en un precepto de escasa trascendencia, pero revelador, como es el artículo 226 del Código de las Obligaciones del Protectorado español en Marruecos (COPM). Según este artículo, «la oferta hecha a persona ausente *sin fijación de plazo obliga a quien la hizo a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla por correo en circunstancias normales*» (la cursiva es mía)<sup>260</sup>. Parece claro que «obligar a esperar la respuesta» implica reconocer que la oferta incorpora plazo implícito (para permitir la aceptación), pero no que la oferta sea por ello vinculante; pues el

---

una serie de circunstancias que solo dado el caso práctico pueden determinarse» (CDO 1.º). También la STC 16.11.1981 (Pte. Rubio Llorente, RTC 1981/37) apunta que «toda oferta de contrato debe ser mantenida, de acuerdo con los usos del comercio, durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige» (FD 1 [2]).

<sup>256</sup> Que establecía que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato».

<sup>257</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., 2006, p. 386; LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, t. IV, Vol. II, 1970, p. 670.

<sup>258</sup> Según el artículo 5 OR 1881: «Cuando la oferta se hubiere hecho sin determinación de plazo a persona no presente, el oferente quedará vinculado hasta el momento en que habría de esperarse la llegada de una respuesta que fuera expedida oportuna y regularmente. El oferente tiene derecho a suponer, para el cálculo que ha de realizar, que el destinatario recibió la oferta en el tiempo querido» (traducción tomada de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...*, p. 386).

<sup>259</sup> Según este precepto «el consentimiento se forma por el concurso de la oferta y de la aceptación. La aceptación hecha por carta no obliga al oferente sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato se realiza en el lugar en que se hizo la oferta y en que se recibe la aceptación» (Vid. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 50).

<sup>260</sup> El empleo del COPM resulta muy ilustrativo a efectos interpretativos, ya que la sensación que la lectura de su contenido produce es que, junto con la transcripción literal de los artículos ya existentes en el propio Código civil, en 1914 se introdujeron aquellos otros que, consciente o inconscientemente, los codificadores obviaron en 1889. Por consiguiente, la compatibilidad entre una regla general de revocabilidad de la oferta y el reconocimiento de que ésta va acompañada de un plazo implícito para la aceptación es arrojada por una interpretación sistemática de los arts. 223 a 229 COPM.

artículo 229 COPM disponía, acto seguido, que la oferta es revocable *mientras no haya sido aceptada*<sup>261</sup>.

En consecuencia, parece que, según nuestra tradición, toda oferta contiene –si no expresa plazo– un *plazo implícito de vigencia*, necesario para que pueda desarrollarse, en su caso, el concurso con la aceptación. En tal caso, el plazo de vigencia implícito se correspondería, además, con el plazo (máximo) de aceptación<sup>262</sup> con que cuenta el destinatario, más allá del cual no cabe aceptación alguna, pues la oferta debe caducar en algún momento por razones de seguridad jurídica.

4. Si lo anterior es correcto, puede decirse entonces que el plazo de vigencia de la oferta y el plazo máximo para la aceptación serían las dos caras de una misma moneda, de tal forma que –si ni el oferente ni la ley los han estipulado– tendrán que determinarse según las circunstancias, los usos del tráfico y/o el tipo de contrato proyectado con la oferta<sup>263</sup>.

De este modo, el plazo implícito solo incide en la duración de la oferta, pero no en su eficacia vinculante, que circula por otros derroteros. Debe quedar entonces muy bien trazada la diferencia entre identificar un plazo implícito de duración de la oferta, por un lado, y la eficacia vinculante de la oferta, por el otro. El reco-

<sup>261</sup> Hay que reconocer que la regulación que se acaba de presentar podría dar la razón a quienes entienden que el reconocimiento de un plazo de vigencia «mínimo» e implícito de toda oferta conduce inexorablemente a entender que toda oferta es vinculante. Si, por su naturaleza, la oferta tiene y necesita de un plazo mínimo que obliga a esperar, entonces es vinculante durante ese mínimo plazo. Así, la STS 22.12.1945 (citada por la STS 7.3.1968 [Pte. De Vicente Tutor y Guelbenzu, RJ 1968/1735]) declaró –a mi juicio, siguiendo la estela del art. 226 COPM– que una oferta que no establecía plazo para su aceptación podía revocarse, pero transcurrido un plazo mínimo lógico para decidir en apelación a la importancia y cuantía del objeto ofrecido (CDO 5.<sup>o</sup>). Esta resolución merece ser comentada. La oferta, como elemento que en última instancia tiende a permitir la perfección del contrato si media aceptación, necesita dinámicamente de un elemento temporal (plazo mínimo de vigencia o existencia). Este plazo varía según el caso y tipo de oferta. Ello porque, de otro modo, no se podría perfeccionar el contrato. Creo que ahí está el fundamento de obligar al oferente a esperar; esperar, no porque esté vinculado por su oferta, sino porque si quiere celebrar el contrato, tendrá que hacerlo hasta obtener una respuesta en modo de aceptación. Reconocer esto no equivale, a mi juicio, a concluir que el oferente no puede revocar. Podrá revocar su oferta, si esta no es vinculante. La STS 22.12.1945 conduce a entender que toda oferta es vinculante durante un plazo mínimo, transcurrido el cual puede revocarse (divide el plazo de vigencia en dos). Esta visión trae más problemas de los que solución y aún puede producir más, si el oferente ha expresado plazo con su oferta. ¿Acaso la oferta es vinculante durante ese primer plazo expresado o una parte razonable del mismo a partir de la cual ya no lo es hasta su expiración?

<sup>262</sup> El plazo del que hablaba el art. 226 COM no era un plazo al que necesariamente le acompañase el atributo de «mínimo», sino simplemente era el plazo preciso para que la oferta de contrato de que se tratase pudiera ser aceptada por el destinatario, en su caso y en cada caso.

<sup>263</sup> Vid. GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*, 2004, pp. 62-63; CUADRADO PÉREZ, «La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil» en PARRA LUCÁN (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, 2014, pp. 211-212.

nocimiento de que toda oferta va acompañada de un plazo implícito no tiene nada que ver con valoraciones inherentes a la eficacia vinculante de la misma. Reconocer que, si la oferta no incorpora plazo, esta tiene aun así un plazo implícito de duración no es sino reconocer un elemento connatural a toda oferta<sup>264</sup>. El destinatario necesita una base firme para su decisión, lo que le puede exigir un tiempo<sup>265</sup>.

Ese plazo implícito *razonable según los usos y el tipo de contrato proyectado* además bien podría ser fijado por el Juez en aplicación del artículo 1128 CC<sup>266</sup>. Para el establecimiento del plazo implícito de vigencia de la oferta (o máximo de aceptación), cabe recurrir a la interpretación de la declaración de voluntad<sup>267</sup>, teniendo en su caso en cuenta los usos del comercio<sup>268</sup>. Otros factores pueden ser la naturaleza de las cosas objeto de la oferta (cfr. art. 1118 II CC), la expectativa del oferente, el comportamiento previo de las partes o la actuación del oferente después de la formulación de la oferta<sup>269</sup>.

Con todo, no faltan sentencias que –reconociendo un plazo implícito para la aceptación– anudan al plazo el efecto de impedir que el proponente revoque la oferta en cualquier momento antes de la aceptación<sup>270</sup>.

5. Ahora bien, ¿qué sucede cuando la oferta sí incorpora plazo? ¿Se debe entender su inclusión como manifestación de voluntad de convertir la oferta en irrevocable?

<sup>264</sup> SCAEVOLA, en su día, tampoco creyó que pudiera entenderse que, si el oferente no fija plazo, la aceptación pueda hacerse indefinidamente, ya que «en los derechos y obligaciones no cabe lo infinito e indeterminado» (*Código civil comentado y concordado extensamente*, cit., p. 587).

<sup>265</sup> Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», *InDret*, 1/2012, p. 19.

<sup>266</sup> En este sentido, MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 191; ALONSO UREBA / VIERA GONZÁLEZ, «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet» en MATEU DE ROS (Coord.), *Derecho de internet*, 2003, p. 314; GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato*, cit., p. 62.

Nótese que el señalamiento judicial del plazo *ex art.* 1128 CC se realiza mediante expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 96 y 97 LJV).

<sup>267</sup> La Sala 1.<sup>a</sup> del TS ha admitido la aplicación de las normas sobre la hermenéutica contractual a los actos preparativos de los contratos, como es la oferta contractual. En este sentido pueden citarse, entre otras, las SSTs 20.5.1996 (Pte. Almagro Nosete, RJ 1996/3793), 28.1.2000 (Pte. González Poveda, RJ 2000/454) y 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826).

<sup>268</sup> STC 16.11.1981 (RCT 1981/37): «Toda oferta de contrato debe ser mantenida, de acuerdo con los usos del comercio, durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige» (FD 2.º) (la cursiva es mía).

<sup>269</sup> Así GUILLÉN CATALÁN, «Análisis de la oferta contractual desde la perspectiva del derecho europeo de contratos», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25/2010, parte varia, Aranzadi, p. 191.

<sup>270</sup> STS 3.11.1993 (Pte. Almagro Nosete, RJ 1993/8963). La STSJ Navarra 11.12.2008 (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597) declara abiertamente que la oferta de contrato genera, hasta su aceptación, el *deber jurídico* de mantenerla durante un plazo razonable (FD 3.º [1]).

### 7.3 EL PLAZO EXPLÍCITO PARA LA ACEPTACIÓN Y LA OFERTA VINCULANTE

1. En Derecho español tampoco es pacífico si el establecimiento de un plazo en la oferta convierte a esta automáticamente en vinculante<sup>271</sup>. Destaca, entre los autores españoles, la opinión de Durany Pich, que comparto. Para él<sup>272</sup>, la oferta con plazo de aceptación es una oferta normal y corriente, porque toda oferta contiene un plazo; lo que ocurre es que el plazo –que si no se dice nada está implícito y abierto a la interpretación– pasa ahora a ser concreto y explícito<sup>273</sup>. Esta visión es seguida por otros autores<sup>274</sup>. Con todo, no es infrecuente encontrar autores que sostienen que la oferta que indica plazo es vinculante y no puede ser revocada hasta que expire el mismo<sup>275</sup>.

2. Si el plazo no genera eficacia vinculante, hay que determinar entonces cuál es su función. En un plano objetivo, el plazo especificado por el oferente permite que la oferta caduque o expire una vez transcurre<sup>276</sup>. En un plano subjetivo, el plazo dota de una mayor seguridad al destinatario de la oferta, que querrá disponer de cierto tiempo

<sup>271</sup> *Supra* 6.1.1 [2], al hilo del Derecho uniforme, concretamente el art. 16.2.a CISG.

<sup>272</sup> *Vid.* DURANY PICH, *La formación del contrato*, Tesis Doctoral, 1993, p. 28.

<sup>273</sup> En esta línea, MENÉNDEZ MATO ha sostenido, con cita de jurisprudencia del TS, que, dado que el principio general subyacente al art. 1289 CC, en relación con el art. 6.2 CC, ordena resolver las dudas en favor de la mayor reciprocidad de intereses cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de algún contratante, para que dicha renuncia sea válida, esta debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante, sin que pueda deducirse de actos de equívoca significación (*La oferta contractual*, cit., p. 191, nota 483); en igual sentido, GUILLÉN CATALÁN, «El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19, enero 2015, p. 616. 608-617

<sup>274</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 343; CAPILLA RONCERO, cit., p. 4561; MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, 1963, pp. 182-183; MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 191; GUILLÉN CATALÁN, «El plazo de aceptación...», cit., pp. 616-617.

<sup>275</sup> Así, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», *La Ley*, 1989, II, p. 1148. En la misma línea hoy se muestra CHAPARRO MATAMOROS, quien entiende que «la irrevocabilidad es una consecuencia de todas las ofertas con plazo de vigencia, teniendo el plazo precisamente la finalidad de restringir el poder absoluto de revocación del oferente» («Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento. Sentencia 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 6826)», *CCJC*, 95, mayo-agosto 2014, § 2537, pp. 305-306).

<sup>276</sup> ALBALADEJO GARCÍA, para quien, eso sí, la concesión de un plazo por el oferente torna la oferta en vinculante, ha distinguido entre el caso en que la oferta se hace para que esté en vigor durante un cierto tiempo, transcurrido el cual ésta se extingue automáticamente sin necesidad de revocación; y que la oferta se haya hecho, no para un plazo determinado, pero sí comprometiéndose a no retirarla durante cierto tiempo, en cuyo caso, entiende el autor, que concluido el primer plazo, la oferta pervive mientras no se revoque expresamente (*Derecho Civil*, cit., p. 411).

MORENO QUESADA dejó sentado que «la renuncia expresa al derecho de revocar la oferta puede hacerse por un tiempo determinado, que es posible sea menor que el concedido para aceptarla, ya que es dable por el oferente, al manifestar su proposición, lo haga comprometiéndose a no revocarla durante un cierto tiempo, recuperando esta facultad para el resto de su vigencia [...], manteniéndose la misma a pesar de que a partir de un tiempo determinado deje de ser irrevocable» (*La oferta de contrato*, cit., pp. 180-181).

para sopesar la aceptación; así como para conferir cierta seguridad al propio oferente<sup>277</sup>. Puede decirse, por tanto, que el plazo cumple siempre la misma función, que es producir la caducidad o expiración de la oferta cuando transcurre (impidiendo aceptaciones tardías) e informar del período en que la oferta se mantiene vigente. El establecimiento del plazo hace explícito lo que figura implícito de por sí.

La explicitación de plazo con la oferta no comporta vinculación, del mismo modo que el reconocimiento de la existencia de plazo implícito tampoco la generaba. La eficacia vinculante de la oferta no se produce porque se indique plazo en ella, sino porque el oferente quiera efectivamente quedar vinculado a su oferta. Es la voluntad del oferente y no el plazo lo que dota a la oferta de eficacia vinculante. Otra cosa es que la inclusión de plazo, junto con otros elementos y circunstancias, pueda ser tenida en cuenta a la hora de valorar la voluntad del oferente, en aquellos casos en que no está clara. Pero el plazo, por sí, solo indica la duración de la oferta<sup>278</sup>; duración exigida por la seguridad jurídica y el principio de exclusión de los vínculos perpetuos<sup>279</sup>.

3. La Sala 1.<sup>a</sup> del TS parece haber asumido que la inclusión de un plazo en la oferta, no influye en su eficacia vinculante<sup>280</sup>. Las AAPP también parecen haber tomado esa senda en los últimos años<sup>281</sup>, aunque no de manera uniforme<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> *Vid.*, en este sentido, PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., p. 419.

<sup>278</sup> Un ejemplo se contiene en el art. 27.3 LSSI atribuye al plazo el mero efecto de provocar que la oferta emitida por vía electrónica expire cuando transcurra el plazo por el que fue realizada. Si no se acompaña de plazo, este precepto dispone que la oferta es válida durante todo el tiempo en que permanezca accesible a los destinatarios del servicio, lo que podría interpretarse como que la oferta no expira nunca mientras se mantenga accesible a los destinatarios. Esto puede entrar en contradicción con la idea de existencia de un plazo implícito de vigencia (plazo máximo para la aceptación) que la haga perecer. La aparente contradicción se resuelve si tenemos en cuenta que los contratos celebrados desde un dominio web se pueden equiparar a los celebrados previa oferta en un escaparate. El dominio web es el escaparate tradicional. Así, la oferta de contrato, si no va acompañada de plazo explícito, no necesita tener uno implícito de vigencia (plazo máximo para la aceptación), pues tampoco se dispone de él en las ventas en establecimientos abiertos al público: la oferta permanece vigente el tiempo en que los consumidores pueden acceder a ella (art. 9.1 LOCM) (*vid.* ALONSO UREBA / ARÍSTIDES VIERA, «Formación y perfección de los contratos a distancia...», cit., p. 315).

<sup>279</sup> *Vid.* a propósito PÉREZ GARCÍA, «La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?», *ADC*, 2009-I, p. 162.

<sup>280</sup> Así la STS 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826) (que será tratada más adelante), y recientemente la STS 11.10.2017 (Pte. Orduña Moreno, RJ 2017/4298). Esta última resolución parece confirmar (FD 3.º [2]) la interpretación que atribuye al plazo los solos efectos de hacer que la oferta expire o caduque cuando transcurre. Se trataba de un caso de «oferta vinculante» de compra de bienes de una sociedad concursada sujeta a un plazo de caducidad de 90 días.

<sup>281</sup> SSAP Cádiz (Secc. 8.ª) 27.12.2012 (Pte. González Castrillón, JUR 2016/90872), Murcia (Secc. 5.ª) 28.11.2008 (Pte. Hervás Ortíz, JUR 2009/103827), Cádiz (Secc. 8.ª) 27.2.2004 (Pte. Ercilla Labarta, JUR 2007/79453). En contra, SAP Málaga (Secc. 6.ª) 24.7.2014 (Pte. Orellana Cano, JUR 2015/199911).

<sup>282</sup> La SAP Murcia (Secc. 4.ª) 15.7.2010 (Pte. Martínez Pérez, JUR 2010/296249) atribuye a la concesión de un plazo para la aceptación el efecto de convertir la oferta en vinculante, en aplicación del art. 16.2.b CISG (FD 2.º).

## 7.4 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1. La oferta de contrato –apenas atendida por el codificador de 1889, como he expuesto– se regula con mayor intensidad en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (en adelante, «PMCC»). Las disposiciones sobre la oferta de la PMCC son indiscutiblemente deudoras de la CISG y los PICC<sup>283</sup>, si bien se incluyen, en mi opinión, elementos inéditos.

2. La Propuesta parece establecer, sin decirlo abiertamente, la libre revocación de la oferta de contrato, una vez esta surte efectos con su llegada al destinatario<sup>284</sup>. En efecto, el artículo 1248 PMCC indica los casos en que «la oferta será, *sin embargo*, irrevocable» (cursiva mía)<sup>285</sup>, y son (i) la atribución expresa por el oferente de tal carácter; (ii) la fijación de un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocar la oferta; y (iii) la confianza del destinatario en la eficacia vinculante de la oferta por las declaraciones o comportamiento del oferente; confianza traducida en la realización de actos o negocios sobre su base<sup>286</sup>.

2.1 En cuanto al plazo para la aceptación, la solución del artículo 1248.2 PMCC parece confirmar la idea de que la fijación de plazo para la aceptación no genera de por sí eficacia vinculante<sup>287</sup>. En efecto, parece posible, según el artículo, que exista una oferta de contrato, que fije plazo, pero que sea revocable. Lo determinante, como vemos, es la voluntad del oferente y no el plazo en sí mismo.

2.2 Y parece posible inferir de la PMCC que el reconocimiento de un plazo implícito con la oferta actúa a efectos de que la aceptación acontezca, en su caso, dentro de un plazo delimitado;

<sup>283</sup> Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *BMJ*, núm. 2130, abril 2011, p. 5.

<sup>284</sup> El art. 522-7 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se redacta en términos similares al art. 1248 PMCC. En ella se establece la libre revocación, como regla general. Sin embargo, desde un punto de vista expositivo, el art. 522-7.3 no indica cuándo la oferta es irrevocable, sino cuándo la revocación de la oferta es *ineficaz*.

<sup>285</sup> El carácter excepcional de la oferta vinculante se aprecia también en el art. 1249 PMCC, según el cual toda oferta, aun cuando fuere irrevocable, queda ineficaz en el momento en que la comunicación rechazándola llegue al oferente.

<sup>286</sup> GARCÍA RUBIO –al referirse al art. 1248 PMCC– entiende la «irrevocabilidad» como una limitación de carácter legal que impide apartarse de las negociaciones preliminares («La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010-IV, pp. 1627-1628).

<sup>287</sup> *Supra* 7.2 y 7.3.

sin dotar de eficacia vinculante a la oferta<sup>288</sup>. Así se observa en el artículo 1250 III PMCC cuando dispone: «*La aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no se hubiere fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación*»<sup>289</sup>.

2.3. Respecto a la confianza del destinatario, la PMCC incorpora la idea de que no es la confianza, en sí misma, la que genera irrevocabilidad, sino que esta debe interpretarse puesta en relación con los actos del oferente y los del propio destinatario (vid. *supra* 6.1.1 y 6.6.). No se especifica, en la PMCC si la confianza productora de irrevocabilidad de la oferta requiere de la producción de un daño al destinatario («*detrimental reliance*»). Ello dependerá de la interpretación que se dé al artículo 1248.3.º PMCC<sup>290</sup>.

## VIII LAS FUENTES DE VINCULACIÓN A LA OFERTA DE CONTRATO EN ESPAÑA

He expuesto que el Derecho civil español no reconoce, como norma general, la eficacia vinculante de la oferta de contrato y que la inclusión de un plazo en la oferta no dota, de suyo, eficacia vinculante a la oferta<sup>291</sup>. En este apartado me referiré entonces a los supuestos donde la oferta puede adquirir eficacia vinculante, como excepción a la norma general.

### 8.1 LA DECLARACIÓN EXPRESA DE IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA

1. El oferente puede acompañar a su oferta la declaración de que ésta es irrevocable durante un plazo determinado<sup>292</sup>. Para ello,

<sup>288</sup> La propuesta de Código Civil elaborada por BOSCH CAPDEVILA / VAQUER ALOY / DEL POZO CARRASCOSA establece que la oferta puede ser revocada por el oferente *una vez transcurrido un plazo razonable* (art. 25.1) Estos autores, adoptan la regla general de que la oferta puede ser revocada por el oferente, pero añaden que el principio de buena fe exige, para ello, el transcurso de un plazo razonable, ya que el destinatario debe tener un mínimo de tiempo para poder decidir si acepta o no. Ese tiempo varía en función de las características de la propia oferta (*Teoría General del Contrato, propuesta de regulación*, 2016, pp. 117-118).

<sup>289</sup> El artículo es heredero del art. 18.2 CISG. En la CISG, si el oferente no explicita plazo, este puede deducirse de la interpretación *ex art. 8 CISG* (vid. SCHLECHTRIEM, «Art. 16 CISG», cit., p. 247).

<sup>290</sup> *Supra* 2.2.2.2 (derecho estadounidense); 6.1.1 [3] (CISG); *infra* 8.2.3.

<sup>291</sup> *Supra* 7.1 y 7.3.

<sup>292</sup> MANRESA y NAVARRO destacó que «si la renuncia se limita a un cierto plazo, es perfectamente lícita, y aun puede ser conveniente para permitir la reflexión del aceptante; pero no cabe admitir la renuncia absoluta, la irrevocabilidad de la oferta, porque eso supondría una obligación existente antes de nacida, y un solo contratante obligado o no

caben diferentes fórmulas con las que expresar tal intención. Por ejemplo, «esta oferta es firme», o «mantendremos nuestra oferta hasta recibir su aceptación». Así indicadas, estas ofertas no son problemáticas respecto su eficacia vinculante. El problema reside en aquellas indicaciones que *implícitamente* pueden ser consideradas como determinantes de la voluntad del oferente de hacer su oferta vinculante. Esta cuestión puede resolverse mediante la interpretación de los términos en que la oferta se formula<sup>293</sup>. Precisamente aquí es donde, a mi juicio, entra en juego el plazo para la aceptación que, como elemento de la declaración de voluntad, que es la oferta, es susceptible de ser interpretado<sup>294</sup>.

2. Los autores suelen coincidir en que la declaración de irrevocabilidad equivale a una renuncia del oferente a su facultad de revocar la oferta<sup>295</sup>, de tal suerte que la eventual revocación, por el oferente sería ineficaz<sup>296</sup>. Por lo demás, las valoraciones sobre las consecuencias jurídicas de la revocación de una oferta vinculante las señalo en el apartado correspondiente<sup>297</sup>.

3. Las ofertas que incorporan una declaración expresa de irrevocabilidad han tratado de ser explicadas a la luz de los negocios jurídicos unilaterales, así como de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones<sup>298</sup>. A continuación, me refiero a ambas instituciones.

### 8.1.1 La oferta vinculante como negocio jurídico unilateral

1. Autores muy relevantes han atribuido a la oferta que expresamente indica que es irrevocable la condición de negocio jurídico unilateral. Así, L. Díez-Picazo señaló que la oferta irrevocable constituye un negocio jurídico unilateral del proponente, que atribuye al destinatario un *derecho potestativo*, que le faculta para per-

---

para siempre al arbitrio del otro, en contra de las razones que inspiran el art. 1256 CC» (*Comentarios al Código Civil español*, cit., pp. 598-599).

<sup>293</sup> Por ejemplo, una declaración en la oferta en la que se urge al destinatario a aceptar en los próximos 3 días, en atención a la elevada contratación del producto en cuestión, añadiendo que después de esa fecha probablemente no podrá contratar no puede llevarnos a pensar que la oferta tiene eficacia vinculante durante los tres días a que hace referencia.

<sup>294</sup> *Supra* 7.3.

<sup>295</sup> *Vid.*, por todos, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, II, 2012, p. 237.

<sup>296</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 342-343. Expresamente, el art. 522-7.3 Propuesta Asociación de Profesores de Derecho civil.

<sup>297</sup> *Infra* IX.

<sup>298</sup> Una luminosa presentación de las diversas tesis doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la oferta con cláusula de irrevocabilidad en MENÉNDEZ MATO, J., C., *La oferta contractual*, cit., pp. 190-196.

feccionar el contrato con su sola aceptación<sup>299</sup>. Esta aproximación quizá soslaye que la formación del contrato nunca se basa en la sola declaración de aceptación por el destinatario, sino en las declaraciones de las dos partes –oferente, primero, y aceptante, después. También puede que se valga de una ampliación desmesurada del concepto de «derecho potestativo»<sup>300</sup>.

En mi opinión, la clasificación de una oferta irrevocable como negocio jurídico unilateral depende del concepto de negocio jurídico que se maneje, bien amplio, bien más restringido. En efecto, si por negocio jurídico consideramos la voluntad que, por sí misma, crea algún tipo de efectos jurídicos, parece obvio que toda oferta (y con más razón la que expresa que es irrevocable) que llega al destinatario los crea mínimamente: en caso de ser aceptada antes de la revocación, se produce el concurso de voluntades y se forma el contrato<sup>301</sup>. Ahora bien, si nuestro concepto de negocio jurídico es más estricto, tengo mis dudas sobre si es posible vestir a la oferta autoproclamada como irrevocable de negocio jurídico unilateral<sup>302</sup>.

2. Parece que la renuncia expresa del oferente a revocar su oferta –lejos de responder a un negocio jurídico unilateral– simplemente busca dotar de mayor seguridad al destinatario<sup>303</sup>, que contará con un elemento de mayor certidumbre y podrá aprovechar el tiempo de vigencia de la oferta<sup>304</sup> en adoptar una decisión. Además, la inclusión de una cláusula de irrevocabilidad puede atender al interés del propio oferente en contratar cuanto antes, advirtiendo al otro de la firmeza de sus intenciones.

<sup>299</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 343.

<sup>300</sup> Federico DE CASTRO y BRAVO criticó el empeño doctrinal en dar título de derecho subjetivo especial y en señalar sus peculiares caracteres a una serie confusa de poderes jurídicos. Para este autor, estos derechos (conocidos hoy como potestativos) comprendían facultades inconcretas, derivadas algunas de la capacidad jurídica y otras de la potestad de hacer negocios jurídicos o capacidad negocial. Bajo estos se situaba –a su parecer– el derecho a aceptar la oferta contractual. Lo que ocurría es que el poder de aceptar no era sino un reflejo de la capacidad de obrar, en su aspecto negocial o de autonomía de la voluntad; y ello llevó a DE CASTRO y BRAVO a sostener que una desmesurada ampliación de este tipo de derechos conducía a desnaturalizar el concepto de derecho subjetivo. (*Derecho Civil de España*, Parte General, 2.ª ed., 1949, pp. 603 y ss.). En similar sentido, GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 83.

<sup>301</sup> *Supra* I [2].

<sup>302</sup> El concepto de negocio jurídico que manejaba Federico DE CASTRO y BRAVO es restringido. Para este autor, el Derecho considera «negocio jurídico» a «la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos». Este concepto de negocio jurídico excluye de su condición otras realidades a las que le son de aplicación otras reglas (*El negocio jurídico*, 1967, §§ 33-35, pp. 34-35).

<sup>303</sup> Al final, pero todavía dentro de una fase –la precontractual– sobre la que se cimentará el futuro desarrollo de la relación jurídica programada.

<sup>304</sup> *Supra* 7.2 y 7.3.

## 8.1.2 La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la oferta vinculante

1. Que la voluntad unilateral no es, en general, fuente de las obligaciones se reconoce, en Derecho español, desde De Castro<sup>305</sup>; fuera de determinados casos como la promesa pública de recompensa. Ello no ha impedido, aun así, que la oferta vinculante permaneciese ajena del debate sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones<sup>306</sup>. La doctrina española ha rechazado que la oferta vinculante admita ser considerada como voluntad unilateral productora de obligaciones, pues los efectos obligacionales que pudiere tener solo se producen cuando concurre con la aceptación, no por sí sola<sup>307</sup>.

Igualmente, en el plano jurisprudencial<sup>308</sup>, muchas resoluciones adolecen precisamente de un error de principio, por cuanto aquellas que han considerado que la oferta vinculante constituía un ejemplo de voluntad unilateral como fuente de obligación lo han hecho en casos donde existía una oferta ya aceptada por el destinatario<sup>309</sup>. Pero, en ese caso, resulta que la obligación jurídica no bebe ya de la voluntad unilateral incorporada en la oferta, sino más bien del contrato perfeccionado por el concurso entre esta y la aceptación<sup>310</sup>.

<sup>305</sup> Para DE CASTRO y BRAVO, la voluntad unilateral no podía ser considerada en sí misma fuente de obligaciones, fuera de los casos legalmente previstos. Por ejemplo, en las donaciones por razón de matrimonio el art. 1330 CC, en su redacción anterior a la modificación del Código Civil (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), decía que «no es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones». En el resto de los casos, la eficacia obligacional de la declaración unilateral solo acontece –en su opinión– una vez se acepta («Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», *ADC*, 1977-I, pp. 200-205).

Por otro lado, el art. 1093 PMCC considera a la promesa pública de recompensa fuente de obligaciones, si se realiza la conducta, se produce el resultado o se está en la situación contemplada. Para un estudio sobre la promesa pública de recompensa en el marco del moderno Derecho de obligación, véase ALONSO PÉREZ, «La promesa pública y unilateral de prestación de recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2018-I, pp. 95-106.

<sup>306</sup> Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 199.

<sup>307</sup> PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, en ENNECERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, cit., pp. 262-263; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», cit., p. 200; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, cit., p. 302; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho Privado*, I, 1948, p. 200 y 204; DURANY PICH, *La formación del contrato*, cit., 1993, pp. 15-17; DURANY PICH, «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro», *ADC*, 1990-IV, p. 1330).

<sup>308</sup> En la jurisprudencia española no se adivina una línea lo suficientemente clara como para poder afirmar que la voluntad unilateral es fuente de las obligaciones. ALBALADEJO GARCÍA llega a decir: que el tratamiento jurisprudencial de la cuestión ha sido confuso y contradictorio, sin que, por lo demás, nunca el fallo haya dependido de semejante aspecto (*Derecho Civil*, cit., p. 296).

<sup>309</sup> Vid. DE CASTRO y BRAVO, «Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», cit., p. 205; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, cit., p. 301.

<sup>310</sup> En la STS 5.5.1958 (Pte. De la Cruz Díaz, RJ 1958/1714) se dice que una declaración unilateral de voluntad constituida por una promesa, posteriormente aceptada, deviene obligatoria para el oferente, lo cual no es sino enunciar que los contratos perfeccionados obligan a las partes (CDO 3.<sup>o</sup>).

2. Cuestión distinta parece ser la supuesta obligación de no revocar en que incurriría el emisor de una oferta vinculante. Es decir, no me refiero ahora a la obligación que produciría la propia oferta si se le atribuyese la cualidad de ser fuente de obligaciones, sino a la supuesta obligación (más simple) de no revocar la oferta durante la vigencia. ¿Es esto una obligación? A mi juicio, no. Siguiendo a Moreno Quesada, la renuncia a la facultad de revocar no produce *obligación* alguna a cargo del oferente, sino que lo que provoca es la desaparición del derecho de revocar como resultado de la renuncia al mismo<sup>311</sup>. Pero esto es otra cosa. Una oferta considerada como vinculante comporta que el oferente no puede en principio revocarla. Y, si la revoca, el destinatario puede aceptar y perfeccionar el contrato con las consecuencias que luego estudiaremos<sup>312</sup>. Ello no tiene que ver con la eficacia obligacional del contrato, pues para que la imposibilidad de revocar tuviese carácter obligacional haría falta, desde luego, la aceptación del destinatario; lo que nos conduce al contrato de opción. Bajo mi óptica, la vinculación a la oferta vinculante es distinta a la vinculación al contrato, tal y como pone de relieve Larenz, para el Derecho alemán (*supra* 4.2 [1]).

### 8.1.3 Conclusión parcial

Ni los negocios jurídicos unilaterales ni la voluntad unilateral como fuente de obligaciones son aproximaciones adecuadas para la oferta que incorpora una cláusula con renuncia expresa a la facultad de revocación. Encorsetar a la oferta vinculante en una categoría jurídica creo que enturbia, si de ello no se extraen consecuencias prácticas. Se trata, más bien, de determinar cuándo el ordenamiento atribuye eficacia vinculante a la oferta y qué consecuencias asigna a su revocación.

Acabamos de ver que, en algunos casos, la eficacia vinculante de la oferta vendrá expresamente incluida en ella, mediante diversas fórmulas<sup>313</sup>. Junto a esta posibilidad existen otras, de las que me ocupo en los siguientes apartados.

## 8.2 LA CONFIANZA PRODUCTORA DE EFICACIA VINCULANTE

1. Otras veces, la oferta puede adquirir eficacia vinculante en virtud de la confianza del destinatario. Conviene, sin embargo, perfilar

<sup>311</sup> MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 192.

<sup>312</sup> *Infra* IX.

<sup>313</sup> *Supra* 8.1.

con cautela los casos en que ello puede suceder, pues se está atribuyendo eficacia vinculante a una oferta, no por la voluntad del oferente, sino por la *reacción que la misma suscita en el destinatario*. Es decir, en estos casos, nos separamos de la sola declaración de voluntad del oferente para pasar a tener en cuenta más factores. Resulta también importante destacar que aquí la oferta deja de responder a la dinámica tradicional que preside el artículo 1262 CC, insertándose en una relación precontractual más compleja, y que muchas veces supone la respuesta a una previa invitación a ofrecer del destinatario; invitación que recoge los móviles o motivos del destinatario, que el oferente conoce.

2. El Código Civil español no reconoce la posibilidad de que una oferta adquiera eficacia vinculante debido a la confianza, cosa que sí hace la PMCC<sup>314</sup>. Nuestra mejor doctrina, sin embargo, sí se ha hecho eco de la posibilidad. Así, L. Díez-Picazo dedica en sus *Fundamentos* un apartado a la «irrevocabilidad de la oferta nacida de la confianza», donde, sin duda, recoge las mejores aportaciones al hilo del artículo 16.2.b CISG<sup>315</sup>. Con todo, L. Díez-Picazo no profundiza en grado de confianza necesario para que la oferta se convierta en irrevocable o vinculante; tampoco se detiene en aclarar si la revocación tiene que haber provocado un daño al destinatario para que la oferta pueda ser considerada vinculante, aunque pareciera admitir que sí<sup>316</sup>.

3. En el presente apartado me ocuparé (i) de la confianza del destinatario; (ii) de la necesidad de un patrón para determinar un *umbral de confianza* que nos diferencie unos casos de otros; y (iii) de si se precisa que la revocación irroque un daño al destinatario de la oferta para atribuir eficacia vinculante a la misma. Todo ello a los efectos de perfilar mejor cuándo la oferta es vinculante, debido a la confianza del destinatario.

### 8.2.1 La confianza del destinatario

1. Debe partirse de que la simple confianza del destinatario no crea, por sí sola y aisladamente considerada, vinculación a la oferta<sup>317</sup>. Antes bien, se trata de la confianza provocada por las pro-

<sup>314</sup> *Supra* 7.4.

<sup>315</sup> *Supra* 6.1. Díez-Picazo pone, como ejemplo paradigmático, el propuesto en su día por HONNOLD (*supra* 6.1.1 [3]) y desarrollado con profusión en el Derecho estadounidense para contratos de obra (*supra* 2.2.2). (*Fundamentos...*, cit., pp. 344-345).

<sup>316</sup> Díez-Picazo sostiene: «El daño que el constructor *experimentaría* si tuviera que proceder a una nueva contratación de los materiales a precios que pueden ser significativamente distintos, es un daño que no tiene por qué soportar» (*Fundamentos...* cit., p. 345).

<sup>317</sup> Debo advertir que la confianza a que hago referencia en este apartado no se corresponde con el interés de confianza o interés negativo, como medida de la responsabilidad precontractual. El denominado interés de la confianza lo trato más adelante, al estudiar la responsabilidad del oferente (*infra* 9.1).

pías actuaciones del oferente<sup>318</sup>, que además se debe traducir en una concreta actuación (u omisión) del destinatario.

2. En efecto, cuando existe una confianza del destinatario, esta confianza se exterioriza en una concreta actuación suya, que a su vez atiende a una previa declaración del oferente. La cuestión estriba en que, antes de todo ello, habrá existido un período en el que el destinatario tuviese que adoptar una posición activa a modo de «invitación a ofrecer»<sup>319</sup>. Con esa «invitación», el destinatario transmite al oferente información sobre sus intereses, móviles o motivos; y el oferente formula su oferta. Por esta razón, creo que en ese momento surge una especie de preasignación de riesgos entre los implicados; preasignación que hay que tener en cuenta a la hora de evaluar, después, la confianza del destinatario. La explicación está en que, sin esa previa asignación de riesgos, no cabe evaluar en su totalidad la posterior actuación del destinatario, teóricamente confiando en la oferta formulada. Por eso, como han apuntado algunos, autores la confianza del destinatario debe suscitarse en relación con la actuación del oferente (formulación de la oferta), pero *de forma objetiva*<sup>320</sup>.

Por ejemplo, una simple oferta en la que el destinatario *confía en exceso* con base en diferentes causas (el prestigio del oferente, su solvencia o la aparente seriedad de que goza en el mercado, por ejemplo) no parece que pueda adquirir eficacia vinculante. No ha habido una preasignación de riesgos que nos permita objetivar luego la confianza, que solo se manifiesta de forma subjetiva y unilateral en el destinatario. Si una confianza así pudiese fundar la vinculación, la inseguridad jurídica sería enorme<sup>321</sup>.

3. Y, como vimos en la CISG<sup>322</sup>, la actuación del destinatario de la oferta confiando en esta –además de fundarse en la actuación del oferente previa, fruto de esa preasignación de ries-

<sup>318</sup> *Supra* 6.6.

<sup>319</sup> Así, en los contratos de obra analizados al hilo del Derecho estadounidense (*supra* 2.2.2.2), el destinatario (contratista) se dirigía primero al oferente (suministrador o subcontratista) y le solicitaba que le remitiese una oferta, que después utilizaría (o no) para la confección de la suya propia en la licitación del contrato de obra).

<sup>320</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 344; MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, 2000, p. 69; CUADRADO PÉREZ, «La formación del contrato...», cit., p. 225.

<sup>321</sup> En contratos de obra, para valorar la confianza generadora de vinculación, en Derecho estadounidense se atendía a factores como (i) el porcentaje de obra que el subcontratista oferente realizará sobre el total de la obra; (ii) la intensidad de los tratos previos a la oferta; (iii) el número de ofertas de subcontratistas manejadas por el contratista destinatario (amenaza del «*bid shopping*»); (iv) el lapso entre la formulación de la oferta y la adjudicación de la obra al contratista. El contexto es, en suma, muy importante para calificar la oferta como vinculante en virtud de la confianza (GOLDBERG, «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)...», cit., p. 550).

<sup>322</sup> *Supra* 6.1.

gos— ha de ser concreta y no ambigua, y puede consistir en una omisión (por ejemplo, abstenerse de contratar con otro proveedor o cliente).

4. El análisis anterior sirve para definir mejor en qué debe basarse la confianza potencialmente generadora de irrevocabilidad en la oferta. Sin embargo, no basta para resolver los supuestos donde la confianza del destinatario responde al esquema expuesto (que he denominado de previa asignación de riesgos entre los implicados), pero la oferta formulada contiene un error (error que comete el oferente), que determina su revocación posterior. Por eso, se hace necesario establecer las bases que ayuden a fijar un umbral de confianza, a partir del cual el destinatario de la oferta merece protección.

### 8.2.2 La valoración de la confianza merecedora de protección en los casos de error del oferente al formular su oferta

1. Como vimos al analizar el Derecho estadounidense<sup>323</sup>, surgen problemas cuando el oferente comete un error en la elaboración de su oferta, el destinatario confía en la oferta errada y actúa en atención a esta (por ejemplo, la utiliza en una licitación). Urge entonces determinar qué grado de error del oferente permite al destinatario tener la oferta por seria o, por mejor decir, cuál es el *grado de confianza susceptible de protección* para que la oferta tenga eficacia vinculante. Habrá casos donde, por ser tan burdo el error cometido por el oferente, la confianza del destinatario no sea merecedora de protección y, en consecuencia, no permita considerar vinculante la oferta<sup>324</sup>.

A priori, el error del oferente al formular su oferta puede consistir, bien en ofrecer realizar la prestación a un precio que no responde a su estructura de costes reales (se ha omitido recoger algún coste que encarecería al oferta), bien en ofrecer realizar la prestación a un precio en cuyo cómputo se ha soslayado alguna tarea concreta que, de incluirse, lo elevaría<sup>325</sup>.

2. Para valorar el grado de confianza del destinatario merecedor de protección, se ha acudido al estándar del hombre medio. Así, L. Díez-Picazo se mostró partidario de tener en cuenta lo que ocurriría con personas actuando con una diligencia media, a efectos de evaluar si la confianza del destinatario resulta objetivamente

<sup>323</sup> *Supra* 2.2.2.

<sup>324</sup> *Supra* 2.2.2.3 [3.3], cuando me referí al caso *Drennan v Star Paving & Co.*

<sup>325</sup> En Derecho alemán, como vimos, se planteaban problemas similares; *supra* 4.3.2.

relevante<sup>326</sup>. Esta aproximación, aunque acertada, no me parece del todo completa. Tal vez el problema admita observarse mejor desde la perspectiva del oferente (que es, además, quien se equivoca), y no solo desde la perspectiva del destinatario que «confía».

3. En este sentido, el error en los contratos puede ayudar a trazar un dibujo más completo, pues como es sabido atiende a los intereses de ambas partes implicadas. Ahora bien, primero se ha de determinar qué manifestación del error encaja mejor en nuestro supuesto.

4. En Derecho español, existe el denominado error *de cuenta*. El artículo 1266 III CC dispone que «*el simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección*». El error de cuenta es el que se produce en las operaciones de cálculo<sup>327</sup>. Este tipo de error podría emplearse para medir la confianza de un destinatario ante una oferta errada. Ahora bien, el simple error de cuenta tiene como presupuesto la previa fijación del precio (por ejemplo, el precio de la finca total se fija a razón de una cantidad de dinero por hectáreas<sup>328</sup>). Por este motivo, no parece encajar bien en el supuesto de hecho del oferente que determina erróneamente el precio de su oferta (de suministro en un contrato de obra, pongamos por caso), ya que ese cálculo equivocado del oferente afecta y altera uno de los elementos esenciales de la organización contractual de intereses del contrato proyectado con la oferta<sup>329</sup>. El recurso al error de cuenta cobraría sentido solo si el error del oferente, al formular su oferta, fuese estrictamente aritmético, es decir, se ofrece a un precio que responde a una errada suma de los costes que la propia oferta recoge. Más allá, creo que el error de cuenta no alcanza para solventar aquellos supuestos donde la equivocación del oferente no responde a errores simplemente aritméticos (por ejemplo, una multiplicación o una suma), como los planteados.

5. Tal vez el *error en la declaración de voluntad* constituya un mejor patrón para la cuestión que nos atañe.

Como es sabido, en este caso, la invocación del error está supeditada a la protección de la confianza de la parte que no lo sufre<sup>330</sup>, toda vez que la voluntad declarada, aunque creada por un sujeto, debe ser armonizada con el resto de los intereses en juego<sup>331</sup>. La oferta de contrato que contiene un error en la deter-

<sup>326</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 344.

<sup>327</sup> MORALES MORENO, «Artículo 1266» en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1.º-B, 1993, p. 275.

<sup>328</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, 1988, p. 181.

<sup>329</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 183.

<sup>330</sup> O que lo sufre, atribuyendo a lo dicho o hecho un valor que no tiene, si asumimos la tesis de DE CASTRO y BRAVO (*El negocio jurídico*, cit., § 151, p. 122).

<sup>331</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 120.

minación del precio parece que puede encauzarse mejor a través del error en la declaración de voluntad, entendido como discordancia entre lo querido y lo declarado por quien la emite. En efecto, el error del oferente, al calcular el precio de la cosa ofertada, puede equipararse a una falta de conciencia entre lo verdaderamente querido (ofrecer al precio que responde a su estructura de costes en relación con el contrato proyectado, o al precio que ciertamente refleja las prestaciones incluidas en el contrato proyectado con la oferta) y lo declarado (ofrecer al precio resultante de omitir partidas de costes reales o tareas concretas incluidas, lo que redundaría a la baja en el precio). A fin de no inducir a confusión, conviene aclarar que, en el supuesto planteado, el oferente se equivoca al formular su oferta, no por un error aritmético, sino porque calcula mal sus costes (que son esos, en todo caso) o porque soslaya incluir en el cálculo de los mismos una prestación a la realmente se comprometería, de celebrarse el contrato. Por eso, me parece adecuado canalizar la cuestión por la vía del error en la declaración de voluntad.

Debe tenerse presente que un error en la declaración de voluntad *puede* provocar un desajuste económico severo en el contrato proyectado con la oferta, ya que, si no se concede relevancia al error del oferente, se protege la confianza del destinatario. En ese caso, la oferta podría ser considerada irrevocable en atención a la confianza y podría terminar en la perfección de un contrato muy desequilibrado para el oferente, que se equivocó<sup>332</sup>. En otros casos, por el contrario, apreciar el error en la declaración *puede* ser compatible con una justa organización de los intereses en juego<sup>333</sup>. Dependerá del caso. En este sentido, Morales Moreno ha llamado oportunamente la atención sobre «*el elevado coste que para el oferente puede suponer mantener su oferta equivocada*», a la hora de valorar las circunstancias económicas subyacentes a la decisión de proteger a una u otra parte<sup>334</sup>.

Creo que la doctrina del error en la declaración constituye un punto de encuadre apropiado para los casos en que el oferente se equivoca al formular su oferta y esa equivocación puede suscitar una confianza del destinatario susceptible de convertir la oferta en vinculante. El error en la declaración tiene en cuenta, de un lado, la confianza del destinatario de la oferta y la propia responsabilidad

---

<sup>332</sup> En ese caso, la revocación del oferente se canalizaría en responsabilidad contractual; *infra* 9.4.

<sup>333</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 119.

<sup>334</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 120.

del emisor de la oferta<sup>335</sup>; pero, de otro, también considera los intereses del oferente que yerra<sup>336</sup>. Así, se llega a una mejor ponderación de los intereses implicados, que no son solo los del destinatario. Asimismo, el error en la declaración del oferente nos permite denegar la protección al destinatario, por razón de su confianza, cuando pudo precisamente haber evitado depositarla en la oferta mediante el empleo de una mínima diligencia, teniendo en cuenta su condición<sup>337</sup>. De este modo, puede construirse un umbral para la confianza.

En suma, el oferente que comete un error en el precio al emitir su oferta de contrato –en la que se dan las circunstancias expuestas antes<sup>338</sup>– podrá «anular» su declaración de voluntad (*rectius*, revocar su oferta), si la confianza del destinatario –traducida, insisto, en una determinada actuación u omisión<sup>339</sup>– no es protegible. En ese caso, puede decirse que la confianza no alcanza para considerar la oferta como irrevocable o vinculante. Y la confianza del destinatario no será protegible, según lo veo, cuando el contrato proyectado con la oferta resulte absolutamente desequilibrado para el oferente, como consecuencia de su error (oferente convertido en deudor tras la aceptación). De ser así, la protección de la confianza del destinatario debe ceder, pues cabrá presumir que conoció o debió haber conocido que la oferta era errada.

En el caso de que el oferente pueda revocar su oferta vinculante, por error en su declaración de voluntad, cabe preguntarse si sería pertinente permitir, en Derecho español, una indemnización por daño a la confianza del destinatario, similar a la contenida en el § 122.2 BGB<sup>340</sup>. No obstante, parece difícil cohonestar, *lex data* en nuestro Derecho, la admisión de la impugnación de la declaración de voluntad (por el oferente, en este caso) con la protección del interés de la confianza de la otra parte (el destinatario)<sup>341</sup>.

<sup>335</sup> DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, § 152, p. 122 y § 161, p. 126; MORALES MORENO, *Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro*, en Díez-PICAZO (Dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, 2015, p. 326.

<sup>336</sup> Tal confianza será protegible en algunos casos, mientras que en otros no lo será. Entran aquí en juego los límites de la protección de la confianza. Dentro de ellos, creo que la confianza del destinatario de la oferta no merecerá protección, cuando se aprecie nítidamente que la declaración de voluntad en que se concreta la oferta dará lugar –si concurre aceptación por su parte– a un contrato claramente lesivo para el oferente (convertido en deudor con la aceptación), que desvirtúe la equivalencia de las prestaciones (*vid.* MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., pp. 129-130).

<sup>337</sup> *Vid.* MORALES MORENO, «Art. 1266», cit., pp. 275 y ss.

<sup>338</sup> *Supra* 8.2.1.

<sup>339</sup> *Supra* 8.1.1.

<sup>340</sup> Precepto que, si se recuerda (*supra* 4.3.2), prevé la posibilidad de indemnizar al contratante, que no sufre el error, por daño a la confianza, cuando el contrato ha sido anulado, salvo que conociese la anulabilidad, o, por negligencia, no la hubiese conocido.

<sup>341</sup> Lo rechaza, con buenos argumentos, MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 125. DE CASTRO y BRAVO pareció sugerir, sin aludir al sistema alemán, la responsabilidad negocial por defectuosa declaración concretada, bien en la indemnización del

En cualquier caso, se debe proceder con cautela al evaluar si la oferta es irrevocable o no, es decir, si, ante el error del oferente, la confianza del destinatario merece o no protección. Ello para evitar penalizar al destinatario permitiendo al oferente la «anulación» de su declaración de voluntad (esto es, revocar la oferta). Y es que el destinatario se encuentra con la (legítima) posibilidad de comprar más barato o vender más caro, salvo que se diga que el Derecho no permite nunca realizar buenos negocios.

### 8.2.3 El daño como requisito de la irrevocabilidad por razón de la confianza

1. Para proteger al destinatario, el Derecho estadounidense exige que la revocación de la oferta tiene que haber irrogado un daño al destinatario («*detrimental reliance*»<sup>342</sup>). La cuestión es si en Derecho español debe aplicarse también este requisito o si, por el contrario, debemos prescindir de él<sup>343</sup>.

2. A mi juicio, la construcción de la eficacia vinculante de la oferta, por mor de la confianza del destinatario, debe exigir también que la revocación de esta haya irrogado un daño al destinatario. Una vez se admite que no es la confianza aislada del destinatario la que produce vinculación, sino la confianza puesta en relación con la actuación del oferente y que se traduce en una determinada acción u omisión (contractual, por ejemplo) del destinatario, debemos exigir que a esta acción u omisión le siga un daño concreto y efectivo. El daño, como tal, puede ser variado. Así, cabe pensar en el daño derivado de la contratación de seguros, suministros, almacenaje, garantías o, incluso, en la pérdida de otros negocios (cfr. art. 1899 CC). Ese daño será la constatación última de la eficacia vinculante de la oferta merced a la confianza del destinatario. Y es que perfectamente se puede pensar en una confianza del destinatario en el contenido de la oferta que siendo «sustancial y definitiva»<sup>344</sup> y mereciendo protección (caso de error del oferente) no termine produciendo ningún daño al destinatario<sup>345</sup>. En ese caso, creo que una adecuada ponderación de intereses no puede

interés negativo de la parte que recibe la declaración (cuando el contrato se anula), bien en la celebración del contrato (*El negocio jurídico*, § 161, p. 126).

<sup>342</sup> *Supra* 2.2.2.2 [3].

<sup>343</sup> Me remito aquí a las valoraciones realizadas al estudiar el art. 16.2.b CISG; *Supra* 6.1.1 [3].

<sup>344</sup> *Supra* 2.2.2.3.

<sup>345</sup> Porque, por ejemplo, el destinatario habría tenido que incurrir en un gasto igual de cualquier manera o porque –en los casos de contratos de obra– el contratista destinatario que vio defraudada su confianza pudo después procurarse, a un mejor precio, un bien o servicio igual o mejor que el ofrecido, gracias a los vaivenes del mercado.

llevar a considerar la oferta vinculante, por motivo de la confianza. La oferta vinculante derivada de la confianza debe exigir algo más.

Cierto es que la exigencia de un daño presupone una revocación y conduce a una valoración de la oferta *ex post* a su emisión. Pero es que la construcción de la eficacia vinculante de la oferta por la confianza ya exige de suyo valoraciones posteriores a la propia emisión.

#### 8.2.4 Recapitulación y aproximaciones

1. Puede concluirse, que para que una oferta adquiera eficacia vinculante en virtud de la confianza del destinatario se precisen los siguientes elementos. En primer lugar, un comportamiento activo inicial del destinatario con el que se transmita información y pueda surgir una suerte de preasignación de riesgos. Tras ello, una confianza del destinatario de la oferta, que tiene que ponerse en relación con la propia oferta y que debe concretarse en una determinada actuación u omisión suya. No cabe la confianza aislada, subjetiva o abstracta. En tercer lugar, dicha confianza debe ser merecedora de protección, lo que no sucede en los casos en que la oferta contiene un error burdo, que pudo ser detectado por el destinatario. La figura del error en la declaración de voluntad juega aquí un importante papel ponderador de intereses. Finalmente, la revocación debe haber producido un *daño efectivo* al destinatario; y creo que nos acompañan buenas razones de índole práctica y de seguridad jurídica para incorporar este requisito a la interpretación de cualquier precepto que incorpore una regla similar a la del artículo 16.2.b CISG.

Debe advertirse que la responsabilidad por revocación del oferente no se deriva del daño irrogado a la confianza. La producción de un daño es lo que permite finalmente considerar que la oferta es vinculante (cuando además se han cumplido el resto de los requisitos) pero no es lo que fundamenta, en última instancia, la responsabilidad indemnizatoria de que pueda ser acreedor el destinatario<sup>346</sup>.

2. En los casos estadounidenses sobre contratos de obra, la doctrina diferenciaba entre supuestos donde el dueño era una administración pública y donde no<sup>347</sup>. Quizás esta aproximación tenga alguna utilidad para el Derecho español. Aquí, el interés de la Administración pública, como dueño de la obra, parece situarse por encima del resto de intereses<sup>348</sup>. Por esta razón, podría tener

<sup>346</sup> *Infra* 9.4

<sup>347</sup> *Supra* 2.2.2.4 [4].

<sup>348</sup> Así, en la contratación con el sector público la existencia de subcontratistas es tenida en cuenta por la Administración *ab initio* en la licitación (art. 227.2 LCSP 2017), a pesar de la incomunicación entre el dueño (Administración) y el subcontratista.

más sentido una mayor protección de la confianza del destinatario contratista en supuestos de licitaciones públicas; frente a los casos donde el dueño es una empresa privada (aquí el ordenamiento no parece tener tan clara su ponderación)<sup>349</sup>.

### 8.3 LAS OFERTAS VINCULANTES POR CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL OFERENTE. EL *CONFIRMING*

1. Una oferta puede tener eficacia vinculante cuando su formulación responde al cumplimiento de una obligación contractual del oferente, inserta en una relación contractual más amplia<sup>350</sup>.

2. Un supuesto práctico donde puede apreciarse la existencia de este tipo de ofertas vinculantes en el tráfico es el «*confirming*»<sup>351</sup>. En él, la empresa cliente remite las facturas a la entidad financiera

<sup>349</sup> Ello se aprecia, por ejemplo, en la existencia de *acción directa* del subcontratista frente al contratista. En el ámbito privado, el art. 1.597 CC permite la acción directa hasta el límite de la cantidad que el dueño adeude al contratista. Por el contrario, en la contratación administrativa los subcontratistas no tienen, en ningún caso (desde 2011), acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (art. 227.8 LCSP 2017). Con estos mimbres, blindar al dueño frente a la acción directa implica una ponderación favorable a sus intereses, desde un punto de vista de política legislativa. Semejante ponderación contribuirá a que las ofertas de los subcontratistas hacia los contratistas sean vinculantes o, por mejor decir, a que se sea más laxo a la hora de apreciar la vinculación derivada de la confianza. A contrario, si se permite la acción directa, la ponderación de intereses es más difusa y, con ello, parecería tener más sentido una mayor exigencia a la hora de calificar a la oferta del subcontratista como vinculante.

Como fuere, la supresión de la acción directa del subcontratista frente a la Administración ha sido recientemente matizada por influjo de la Directiva 2014/24/UE; y es que la disposición adicional 51.ª LCSP 2017 prevé la posibilidad de que el órgano de contratación prevea en los pliegos de cláusulas administrativas la realización de pagos directos a los subcontratistas. Para una interpretación de esta disposición adicional *vid.* CARRASCO PERERA, «Acción directa y pagos directos en la subcontratación de obras públicas», *Análisis GA&P*, marzo 2018.

Hay que advertir también que, en el ámbito de la contratación pública, los subcontratistas solo quedan obligados ante el contratista principal que asume, en consecuencia, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración con estricto arreglo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares / documento descriptivo y a los términos del contrato; ello sin que el conocimiento por la Administración del hecho de la subcontratación altere la responsabilidad exclusiva del contratista principal (art. 227.4 LCSP 2017).

En el ámbito concursal, el art. 50 LC ha suspendido (tras la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) la acción directa del subcontratista desde la declaración del concurso hasta su conclusión.

<sup>350</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 212-213.

<sup>351</sup> Se trata del «contrato de gestión de pagos a proveedores» o «gestión financiera de compromisos de pago» regulado por las normas de la comisión mercantil (arts. 244 a 280 CCom.) que se concierta entre una empresa de gran facturación (cliente) y una entidad de crédito para la gestión y administración de los pagos que la empresa tiene que efectuar (no para cederle los créditos a la entidad, salvo pacto expreso).

para que efectúe (anticipe) el pago a sus proveedores, emitiendo el banco la *oferta de descuento y anticipo* al acreedor del cliente. Con esta oferta y la subsiguiente aceptación del acreedor, surge una segunda relación contractual entre la entidad financiera y el tercero acreedor, en cuya virtud se aplica un descuento y anticipo de la factura, con unas determinadas condiciones, en las que puede participar o no la empresa cliente del «*confirming*»<sup>352</sup>. Como se ve, la emisión por el banco de la oferta de anticipo y descuento responde al cumplimiento de la obligación contractual previa que la entidad financiera ha contraído con el cliente. La litigiosidad derivada de la *oferta de anticipo y descuento* no es infrecuente y en muchos casos se debe a su revocación por la entidad financiera<sup>353</sup>.

3. Conviene advertir que la oferta de anticipo y descuento no comporta solo obligaciones para la entidad financiera. Si el acreedor o proveedor del cliente acepta la oferta, se le carga una comisión a cambio del anticipo de su factura. Además, salvo que sea sin recurso pactado expresamente, el «*confirming*» no garantiza el pago. El banco no actúa como fiador o garante del pago, sino como gestor de este. Por ello, no puede decirse que la oferta de anticipo y descuento sea vinculante debido a que solo el banco asume obligaciones. La vinculación a la oferta se desprende de que se emite en cumplimiento de una previa obligación contractual del banco oferente.

#### 8.4 LA OFERTA QUE SOLO CONTIENE OBLIGACIONES PARA UNA PARTE

1. El artículo 1333 CC italiano recoge la oferta vinculante *ex lege* para cuando, en el contrato, solo asume obligaciones el oferente, de modo que el contrato se entiende celebrado salvo que el destinatario la rechace<sup>354</sup>. Entre nosotros, Parra Lucán ha apuntado que el régimen de la oferta y la aceptación está elaborado con la

<sup>352</sup> De este modo, existen dos relaciones jurídicas diferenciadas, una, entre el cliente y la entidad financiera, por la que aquél encomienda a ésta la gestión de los pagos que tiene que efectuar a sus proveedores –garantizando a éstos o no, según se haya convenido con el cliente, el cobro del importe de la factura–; y otra, entre la mencionada entidad y los proveedores, cuyo contenido depende en gran medida de la modalidad y características del contrato antecedente de gestión.

<sup>353</sup> SSAP Madrid (Secc. 12.ª) 10.4.2014 (Pte. Romero Suárez, JUR 2014/158042), Madrid (Secc. 13.ª) 28.6.2013 (Pte. Romero Suárez, JUR 2013/273908), Asturias (Secc. 5.ª) 17.12.2014 (Pte. Pueyo Mateo, JUR 2014/262381), o Ciudad Real (Secc. 1.ª) 20.4.2012 (Pte. Astray Chacón, JUR 2012/182167). Con todo, la jurisprudencia no ha reconocido abiertamente la eficacia vinculante de esta clase de ofertas en el «*confirming*».

<sup>354</sup> Vid. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, 2003, p. 124.

mira puesta en contratos de los que surgen obligaciones para ambas partes, y que, cuando se trata de contratos de los que únicamente nacerán obligaciones para una de las partes, no siempre se exige la aceptación del destinatario, que tiene interés al no quedar obligado<sup>355</sup>.

2. A propósito de lo anterior, se ha planteado la cuestión de la eficacia vinculante que ostentaría la (oferta de) fianza, toda vez que esta únicamente produce obligaciones para el oferente-fiador o, por mejor decir, tiene un carácter unilateralmente favorable para el acreedor<sup>356</sup>.

3. A mi juicio, el debate está mal enfocado. Veo difícil hablar de «oferta de fianza» en los casos en que el «ofrecimiento de fianza» viene exigido por un negocio previo celebrado, entre acreedor y deudor, en un contrato de préstamo (art. 1828 CC). En tal caso, más que de «oferta de fianza», creo que puede hablarse de constitución de la fianza por el fiador a favor del acreedor del contrato merced a un pacto preexistente<sup>357</sup>. Con la constitución de la fianza por el fiador no asistimos a un «ofrecimiento» propiamente dicho, sino a parte de la ejecución del contrato por el destinatario de la oferta de préstamo; realizada por un tercero. En efecto, lo que existe es un pacto entre el acreedor y el deudor por el que el deudor se compromete a buscar fiador (art. 1828 CC); la constitución de la fianza no es sino la manifestación del consentimiento del fiador; no olvidemos que tiene que consentir (art. 1254 CC)<sup>358</sup>. La fianza se constituye, no se ofrece su prestación, porque es accesoria (art. 1824 CC) y actúa como garantía personal de un contrato ya perfeccionado, que produce obligaciones. En ese contrato –pongamos de préstamo– ya consta una voluntad emitida, la del acreedor, que se habrá dado, condicionando la concesión del préstamo a la prestación de fianza a su favor. Y, si esto es así, no tiene ya sentido hablar de eficacia vinculante de la oferta de fianza ni mucho menos de revocación de la misma.

4. Como fuere, y aun asumiendo que existe oferta u ofrecimiento de fianza, creo que surgen dudas sobre la eficacia vinculante de la supuesta oferta de fianza. En primer lugar, porque si la oferta de fianza se desprende del pacto previo entre acreedor y deu-

<sup>355</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «La formación del contrato como proceso», en PARRA LUCÁN (Dir.), cit., p. 72. En el plano del *soft law*, LANDO/BEALE indican que «las promesas que no necesitan aceptación son irrevocables» (*Principios...*, cit., p. 231).

<sup>356</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 219.

<sup>357</sup> Puede ser, incluso, que en la oferta de préstamo la entidad prestamista oferente haya supeditado el perfeccionamiento del contrato de préstamo a la constitución de una garantía personal, por un tercero fiador.

<sup>358</sup> CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», en BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2009, p. 2081.

dor en el contrato (de préstamo, por ejemplo) y responde al cumplimiento de una obligación de ese contrato, no creo que nos acompañe ninguna razón para atribuir eficacia vinculante a la oferta. Esta supuesta oferta de fianza no se derivaría de una obligación contractual asumida por el oferente en una (otra) relación contractual más amplia<sup>359</sup>.

5. Sí cabe hablar de oferta vinculante de fianza –asumiendo la tesis de que se exige oferta de fianza, porque se exige también aceptación por el acreedor–, cuando la fianza se desprende de la existencia de un pacto entre fiador y deudor (no entre acreedor y deudor), por el que el primero se obliga a garantizar la deuda del segundo ante su acreedor<sup>360</sup>. Aquí, la emisión de la oferta de fianza sí respondería a una previa obligación del oferente fiador<sup>361</sup>.

6. En la jurisprudencia, la STS 23.3.1988<sup>362</sup> consideró que la fianza convencional es un contrato consensual que se perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación. Esta sentencia ha sido merecedora de loas<sup>363</sup> y críticas<sup>364</sup>. Sin embargo, la STS 4.7.2017<sup>365</sup> –en un caso de responsabilidad de la entidad de crédito *ex artículo 1 Ley 57/1968*<sup>366</sup>– casa la sentencia de la AP que aplicaba la precitada STS 23.3.1988 y consideraba insuficiente la simple alusión, en el contrato de compraventa, al compromiso de garantizar la devolución con cargo a la línea de aval que habría tenido abierta la promotora con la entidad bancaria demandada; exigiendo, por tanto, el consentimiento individualizado de los acreedores para constituir la garantía.

## 8.5 LA VENTA CON POSIBILIDAD DE PRUEBA

1. Una de las explicaciones de la venta a prueba (art. 1453 CC) ha sido considerar que constituye una oferta de venta que no puede

<sup>359</sup> *Supra* 8.3. *Vid.* CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 212 y 213 (nota 51).

<sup>360</sup> CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», cit., p. 2.081.

<sup>361</sup> En ambos casos presentados –es decir, de entenderse que existe oferta de fianza, ya sea vinculante o no– la aceptación de esta por el acreedor destinatario puede venir «por hechos concluyentes (v. gr. concediendo crédito al deudor) o, simplemente, no rechazando la oferta cuando ésta llegó a su conocimiento». Lo cual terminaría eximiendo al acreedor de manifestar su aceptación (CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», cit., p. 2.081).

<sup>362</sup> Pte. Fernández-Cid de Temes, RJ 1988/2422.

<sup>363</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, 2003, p. 132.

<sup>364</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 219.

<sup>365</sup> Pte. Parra Lucán, RJ 2017/3684.

<sup>366</sup> Para el caso de incumplimiento de la promotora cuando no se llegó a extender aval individual. Se trata de la derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas.

revocarse, mientras se prueba. En efecto, una interpretación teleológica del artículo 1453 CC condujo a De Castro a defender la existencia de la oferta de venta con posibilidad de prueba como oferta vinculante, cuya revocación originaría responsabilidad extracontractual<sup>367</sup>.

2. ¿Tiene sentido hablar de la oferta vinculante de venta con posibilidad de prueba que el oferente se compromete a mantener mientras el destinatario decide aceptar o no según la *degustatio* realizada? La respuesta depende, en mi opinión, del significado que se otorgue a la acepción «prueba». Si entendemos prueba en sentido objetivo, como posibilidad del destinatario de la oferta de realizar las comprobaciones y mediciones necesarias de la calidad expresa o tácitamente aceptada del producto en cuestión<sup>368</sup>, quizás sí quepa hablar de eficacia vinculante de esta oferta (cfr. art. 328 CCo). No cabe hacerlo, a mi juicio, si por prueba entendemos el que la cosa satisfaga subjetivamente al destinatario (salvo que así se diga expresamente). Pero esto no nos resuelve si la oferta con prueba es vinculante.

3. Creo que la concesión de posibilidad de prueba por el oferente no se diferencia mucho del problema del plazo en la oferta. Al final, la oferta con posibilidad de prueba equivale a la concesión de un plazo implícito necesario para realizar determinadas comprobaciones de calidad; la prueba exige cierto lapso temporal (piénsese en una máquina, cuyo buen funcionamiento objetivo debe evaluarse). Ya hemos visto que el plazo implícito no convierte, por sí mismo, a la oferta en vinculante, conforme a Derecho español<sup>369</sup>. Lo determinante, de nuevo, no será la posibilidad de prueba, sino interpretar la voluntad del oferente a efectos de perfeccionar, si quiso convertir su oferta en vinculante<sup>370</sup>.

4. La gran particularidad de la oferta de venta con prueba es que el destinatario recibe la cosa antes de que el contrato se haya perfeccionado, es decir, antes de su aceptación. Este hecho, quizás, sí sea un indicador de su eficacia vinculante. La razón sería que, aunque la cosa esté en poder del destinatario, el oferente (y eventual vendedor) sigue siendo propietario y asume el riesgo de su pérdida, pues a él le corresponderán los frutos de la cosa<sup>371</sup>. Nótese que el artículo 1453 CC se remite a las reglas de la condición sus-

<sup>367</sup> DE CASTRO y BRAVO, «La promesa de contrato», *ADC*, 1959-IV, p. 1160.

<sup>368</sup> DE CASTRO y BRAVO, «La promesa de contrato», cit., p. 1160.

<sup>369</sup> *Supra* 7.2 y 7.3.

<sup>370</sup> El término «prueba» será, al igual que el plazo un elemento más de la declaración de voluntad del oferente que puede constituir un indicio (*supra* 7.3 y 8.1).

<sup>371</sup> *Vid.* CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987-IV, p. 1140. En contra de esta idea, Díez-Picazo, «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida», *ADC*, 2015-II, p. 597.

pensiva, donde el artículo 1120 CC asigna al vendedor los frutos del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. No me detendré sobre la conexión que puede existir entre eficacia vinculante de la oferta y atribución de frutos<sup>372</sup>.

## IX. LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE POR LA REVOCACIÓN DE UNA OFERTA VINCULANTE

### 9.1 EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LOS LÍMITES DE LA IRREVOCABILIDAD

1. La importancia práctica de considerar una oferta como vinculante radica en determinar qué sucede cuando dicha oferta es revocada por el oferente durante el plazo de vigencia y antes de su aceptación. El objetivo del presente apartado es responder a dicho interrogante. Dicho de otro modo, la pregunta que se plantea es en qué se ha de traducir la vinculación a la oferta de contrato.

2. La noción de «irrevocabilidad», habitualmente ligada a la oferta vinculante, ha conducido tradicionalmente a la idea de que el remedio ofrecido por el ordenamiento al destinatario no es otro que considerar ineficaz la revocación, pudiendo este aceptar, perfeccionar el contrato y compeler al oferente a ejecutarlo en los términos de la oferta<sup>373</sup>, mediante la *pretensión de cumplimiento*.

3. A la anterior solución se contraponía igualmente la tradicional objeción teórica –o, más bien, el prejuicio dogmático<sup>374</sup>– de

<sup>372</sup> Por ejemplo, podría considerarse la oferta de compra o de venta de herencia en este sentido. El art. 1533 CC atribuye al comprador de la *herencia* los frutos de esta, desde antes del perfeccionamiento del contrato. Ello invita a pensar en la posible eficacia vinculante de una oferta de *compra* de una herencia. El oferente, cierto es, no obtiene una prestación aquí en el estricto sentido de *consideration* angloamericana por mantener su oferta. Ahora bien, la perfección del contrato le da derecho a los frutos, si no se ha pactado nada en contrario. Y siempre podría salvar su mayor vinculación a la oferta de compra mediante una declaración en contrario (art. 1533 *in fine* CC).

<sup>373</sup> Esta parece ser hoy la solución más ampliamente considerada por la doctrina española. Así, ASÚA GONZÁLEZ, *Culpa in contrahendo...*, cit., p. 279; DÍEZ-PICAZO, «*Fundamentos...*», p. 343; MORENO QUESADA, cit., p. 192; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, p. 144; ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, II, p. 913. Se recoge expresamente en el art. 522-7.3 Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

<sup>374</sup> El prejuicio dogmático, que no puede ser aceptado en nuestro sistema, consistente en pensar que el contrato tiene que corresponderse en todo caso con la voluntad real de las partes hasta el último momento que precede a su perfección; de tal suerte que el contrato no se perfeccionaría, si la declaración del oferente no se corresponde con su voluntad real. Ha criticado esta idea CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 210. *Vid.* también RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La muerte del oferente...*, cit., p. 139).

que emitida la declaración de voluntad revocatoria decae todo encuentro posible entre voluntades, no cabiendo aceptación *ex* artículo 1262 CC<sup>375</sup>. En ese caso, excluida la posibilidad lógica de aceptar, solo quedaba la vía de la responsabilidad extracontractual por revocación de la oferta<sup>376</sup>.

4. Puede afirmarse que la eficacia vinculante de la oferta (irrevocabilidad) se ha asociado usualmente, bien con la ineficacia de la revocación, bien con la obligación de indemnizar por extemporaneidad en la revocación (responsabilidad extracontractual)<sup>377</sup>.

5. En este apartado, se defenderá una solución distinta de las dos anteriores, que parte de una realidad práctica, a mi juicio, innegable: la revocación de la oferta, mediante declaración de voluntad, puede producirse, por muy irrevocable que esta sea<sup>378</sup>. Como he adelantado, la noción de «irrevocabilidad» de la oferta, asociada a la vinculación, simplemente informa de que el destinatario puede aceptar, aunque se produzca una declaración de voluntad revocatoria. Nada más. La «irrevocabilidad» no constituye un remedio en sí mismo, sino simplemente el reflejo de la eficacia vinculante, que permite al destinatario aceptar. Considerar la «irrevocabilidad» como remedio responde a una concepción tradicional y estática de la oferta, desgajada de su relación con el contrato y su influencia en la configuración de este. Además, supone construir, desde el plano abstracto, una solución teórica a un problema práctico<sup>379</sup>. La «irrevocabilidad» o eficacia vinculante de la oferta abre la puerta a la aceptación del destinatario, pese a la revocación. Por eso, sostengo que la noción de «irrevocabilidad» constituye un punto de partida, no de llegada. A partir de ahí, se han de buscar remedios efectivos con los que la responsabilidad del oferente pueda ser canalizada. Tal como lo veo, el error está en asociar los conceptos «irrevocabilidad» o «eficacia vinculante de

<sup>375</sup> GARCÍA RUBIO señala que esta visión, de indudable influencia francesa, obedecía al carácter personal e incoercible del consentimiento (*La responsabilidad precontractual...*, p. 144).

<sup>376</sup> En Derecho español, se ha admitido esta solución para la oferta simple, es decir, la que no es vinculante o irrevocable (*vid.* ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», cit., p. 913; MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., pp. 223 y 233-235). Aun así, como se vio al analizar la oferta de venta con posibilidad de prueba, DE CASTRO y BRAVO parecía canalizar la revocación de una oferta de esta clase, a la que atribuía cierta eficacia vinculante, por la acción de daños del art. 1902 CC (*vid. supra* 8.6 [1]).

<sup>377</sup> Así lo afirma la STSJ Navarra 11.12.2008, FD 3.º [1] (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597).

<sup>378</sup> Así lo reconoce la STSJ Cataluña 19.5.2003, FD 2.º (Pte. Bassols Muntada, RJ 2003/6230).

<sup>379</sup> Lo que, como vimos, ni siquiera es seguido en aquellos ordenamientos, como el alemán, que atribuyen eficacia vinculante *ex lege* a la oferta de contrato (*vid. supra* IV, 4.2 y 4.3.1).

la oferta» a la ineficacia de la revocación, lo que conduciría, como mucho, a la pretensión de cumplimiento del contrato, como remedio, si recae aceptación. El testeo práctico nos desvela los límites de esta visión con rapidez.

6. En efecto, los límites de la «irrevocabilidad» se aprecian en los supuestos en que el oferente, durante el plazo de vigencia de la oferta, celebra un contrato incompatible con la oferta vinculante emitida. Por ejemplo, cuando vende la cosa ofrecida a un tercero, que la hace irreivindicable, o pierde la cosa con culpa suya. A ellos me referiré en este apartado. En estos casos, parece que el contrato proyectado adolecería de una *imposibilidad inicial de cumplimiento* (arts. 1272 y 1460 CC) que impediría al destinatario aceptar –amparándose en la irrevocabilidad– y, por tanto, exigir su cumplimiento<sup>380</sup>. La visión de que la oferta vinculante es «irrevocable», aunque impecable sobre el papel, quiebra en la práctica. Otro tanto de lo mismo sirve para todos aquellos casos en que, en general, la satisfacción del interés del destinatario acreedor ya no puede obtenerse por la vía de la prestación o cumplimiento inicialmente acordado<sup>381,382</sup>, como sucede cuando el oferente comete un error en la formulación del precio de su oferta.

7. El *moderno Derecho de contratos* ofrece otra perspectiva. Sus postulados nos proporcionan, según lo veo, soluciones más consistentes con la práctica; y ello en el marco de la responsabilidad contractual. Como es sabido, estas soluciones se basan en una redefinición del papel de la pretensión de incumplimiento y de la indemnizatoria<sup>383</sup>.

8. Antes de explicar la influencia del moderno Derecho de contratos en la responsabilidad por revocación de la oferta, me referiré a dos interesantes posturas que han considerado contractual la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante, cuando la cosa se vende a un tercero. Para ello, han atendido a la naturaleza de la oferta. Se trata de las tesis de García Rubio y Menéndez Mato.

<sup>380</sup> Vid. MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 166.

<sup>381</sup> GÓMEZ POMAR pone en duda –con gran acierto, a mi juicio– que la *pretensión de cumplimiento* sea el remedio prioritario; máxime cuando la prestación resulta de imposible ejecución, desproporcionadamente gravosa para el obligado, insatisfactoria para el acreedor o retardatorio de su satisfacción, de modo que el valor de conjunto se reduce para los contratantes («El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, p. 18).

<sup>382</sup> La solución propuesta, en estos casos, ha sido la indemnización de daños al destinatario sobre la base de la responsabilidad precontractual, pues perfeccionar el contrato parece que no sería posible (*vid.* GALLART CASES, «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», cit., pp. 660-662).

<sup>383</sup> MORALES MORENO, *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, ed. Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 100.

## 9.2 LAS CONSTRUCCIONES DE RESPONSABILIDAD POR LA REVOCACIÓN LIGADAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OFERTA VINCULANTE

1. García Rubio considera relevante calificar la acción indemnizatoria que el destinatario puede ejercitar en caso de perfección del contrato proyectado con la oferta con un tercero ajeno a la relación inicial. La autora, aun cuando reconoce que la voluntad unilateral no es fuente de las obligaciones, se inclina –no sin algunas dudas– hacia equiparar el «deber jurídico» de mantener la oferta con la *obligación*. Así, señala una analogía entre la revocación de la oferta vinculante y el incumplimiento del precontrato. Hay que advertir que la preocupación de García Rubio se cierne sobre el plazo de prescripción de la acción<sup>384</sup>.

2. Tiempo después, Menéndez Mato sostuvo que la responsabilidad del oferente, por su revocación, será contractual o extracontractual en función de la naturaleza jurídica que se asigne a la oferta vinculante<sup>385</sup>. Para él, la revocación de la oferta vinculante equivale al incumplimiento de un negocio jurídico unilateral y, por ende, de una obligación, debiendo regirse la responsabilidad del oferente por la vía del artículo 1101 CC<sup>386</sup>.

3. A mi juicio, ambas visiones suponen un gran avance, porque tratan de relacionar la responsabilidad por revocación de la oferta con la responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Sin embargo, basan la responsabilidad contractual del oferente en la atribución de eficacia obligacional a la oferta vinculante de contrato. Como he indicado, resulta inane considerar la oferta vinculante como negocio jurídico unilateral o como productora unilateral de obligaciones<sup>387</sup>. En mi opinión, no es preciso recurrir a construcciones sobre la naturaleza de la oferta vinculante –entendiéndola como negocio jurídico unilateral o como cuasi obligación– si se reconoce que el destinatario puede aceptar la oferta y perfeccionar el contrato, aun cuando el cumplimiento del mismo sea imposible (o se diga que no cabe obligar al oferente a estar a su declaración de voluntad original). Según lo veo, la aceptación de la oferta irrevocable o vinculante abre la puerta a la responsabilidad contractual, aunque se haya revocado antes. Con la aceptación, se perfecciona el contrato proyectado por la oferta vinculante, a pesar de que el oferente haya emitido antes una declaración de voluntad

<sup>384</sup> GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, cit., pp. 145-146.

<sup>385</sup> MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 222-223.

<sup>386</sup> MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pp. 199-201.

<sup>387</sup> *Supra* 8.1.1 y 8.1.2.

revocatoria, haya contratado antes con un tercero o ambas cosas a la vez. Las bases del moderno Derecho de contratos contribuyen a sostener esta afirmación.

### 9.3 MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y REVOCACIÓN

1. En el moderno Derecho de contratos, la vinculación contractual ha superado la noción tradicional de deber de conducta del deudor, para entenderse como garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, en la medida que resulte del contrato. Hoy se admite, con carácter general, que la vinculación contractual no se agota en el deber de prestación<sup>388</sup>. Antes bien, la vinculación contractual existe, aunque el deber de prestación del deudor resulte imposible (por imposibilidad inicial)<sup>389</sup>. Una construcción de la idea de vinculación en tales términos se proyecta sobre la noción de incumplimiento del moderno derecho, que ahora es más amplia (o, si se quiere, unitaria) y que desemboca en un sistema articulado de remedios frente al incumplimiento<sup>390</sup>.

2. A mi juicio, el sustrato ideológico del moderno Derecho de contratos tiene una incidencia capital en la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Con la aceptación, la responsabilidad del oferente que revoca puede articularse contractualmente, pues se habrá perfeccionado el contrato<sup>391</sup>. Ello, con independencia de que la prestación ofrecida sea imposible de realizar, por haberse perfeccionado y ejecutado antes un contrato incompatible con aquella. Dan buena cuenta de esta idea modernizadora los Motivos VI y XV de la Exposición de Motivos de la PMCC<sup>392</sup>, sus

<sup>388</sup> Vid. MORALES MORENO, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012-I, p. 9. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO tiene señalado también que «una justa tutela del contratante acreedor de una prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continua interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad» («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, p. 1721).

<sup>389</sup> Por todos, MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., p. 83.

<sup>390</sup> MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., pp. 88-92.

<sup>391</sup> SCHROETER ha defendido, en el marco de la CISG, que el destinatario de una oferta con eficacia vinculante puede aceptar y tratar la revocación como un supuesto de «*anticipatory breach of contract*» ex art. 72 CISG («Art. 16 CISG», cit., p. 350).

<sup>392</sup> Motivo VI: «La presente reforma se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la con-

propios artículos 1303 y 1460 I<sup>393</sup>, la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS<sup>394</sup> o el artículo 4:102 PECL<sup>395</sup>.

3. Con estos mimbres, la responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante, bien puede traducirse en indemnización de daños por incumplimiento del contrato (proyectado con la oferta); indemnización que alcanzaría al interés contractual positivo<sup>396</sup>, sin por ello excluir el negativo<sup>397</sup>. Y es que no hay que olvidar –como señalara, con usual precisión, Pantaleón Prieto– que la presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato puede servir al acreedor para reclamar la *indemnización de aquellos gastos como la cuantía*

---

vención de Viena y en los Principios del derecho europeo de contratos. *Mas se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación»* (la cursiva es mía).

Motivo XV: «La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. *El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa.* Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del código. El artículo 1460 ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450» (la cursiva es mía).

<sup>393</sup> Artículo 1303 PMCC: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto de los mismos».

Art. 1460 I: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

<sup>394</sup> La STS 22.10.2013 (Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2013/7810) constituye un buen ejemplo al reconocer incumplida la obligación cuando el deudor no ejecuta la prestación debida, tanto si la falta de identidad plena entre lo contratado y lo ejecutado es consecuencia de no haber realizado mínimamente el comportamiento proyectado, como si lo es de una irregular realización por razones cualitativas, cuantitativas o circunstanciales (FD 6.º).

<sup>395</sup> En su comentario al art. 2:202 PECL, LANDO/BEALE indican que la realización de contratos incompatibles con la oferta irrevocable no obsta que el destinatario acepte la oferta, pues el contrato no es nulo. La razón –explican– está en que el contrato no deja de existir por el hecho de que, en el momento de su conclusión, fuera imposible el cumplimiento de la obligación, ni por el hecho de que en aquel momento la parte no tuviera derecho de disposición de los bienes objeto del contrato (*Principios...*, cit., pp. 230-231).

<sup>396</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA entendió, para la revocación de la oferta, que sí hay lugar para indemnizar el interés de cumplimiento en los casos en que el oferente está obligado, por su propia declaración o por ley (art. 6 LCS) a mantener la oferta por un determinado plazo, porque el destinatario puede aceptar como si no hubiese sido revocada y considerar la revocación como incumplimiento («Artículo 1101», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, p. 434). Sin decirlo expresamente, este autor, parece querer aplicar esta solución a los casos en los que la revocación –de una oferta irrevocable– tiene como antecedente un acto del oferente que imposibilita la prestación del contrato proyectado.

<sup>397</sup> *Infra*, 4 [9].

*mínima* en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo<sup>398</sup>.

4. El moderno Derecho de contratos permite abandonar la idea que impedía entender perfeccionado el contrato, aunque se aceptase la oferta, si la prestación ofertada ya no existía o se ha vendido la cosa a un tercero (por imposibilidad inicial; cfr. arts. 1272 y 1460 CC).

5. Conviene advertir que la responsabilidad del oferente por revocación exigirá la irrogación de un daño efectivo al destinatario<sup>399</sup> que puede manifestarse de diversas formas<sup>400</sup>.

6. Es, por último, menester insistir en que el estudio de la responsabilidad del oferente que planteo se asienta sobre la base del moderno Derecho de contratos, lo que me permite llegar a proponer una solución diferente de la tradicional. Como he indicado, en el moderno Derecho el objeto vendido no es tanto el real, sino el ideal, según se quiso en el contrato. No se me escapa que tanto el artículo 1272 CC, en general, como el 1460 CC, para la compraventa, continúan siendo hoy Derecho positivo aplicable<sup>401</sup> y que la solución a la que se llegaría lejos los postulados del moderno Derecho de contratos sería distinta.

#### 9.4 LA RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN. EN PARTICULAR. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

1. Como se ha anticipado, el estudio de la responsabilidad del oferente cobra especial importancia cuando el oferente celebra un

<sup>398</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», pp. 1734-1735.

<sup>399</sup> PANTALEÓN PRIETO ya advirtió esto, afirmando que «*por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño al acreedor*» («El sistema...», cit., p. 1023). Así lo reconoció también, refiriéndose a la responsabilidad precontractual por revocación de la oferta, MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 228).

<sup>400</sup> Este daño, en muchos casos, bien puede traducirse en la existencia de un previo compromiso económico del destinatario de la oferta con la oferta misma, porque confiaba en su estabilidad (*vid.* CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 213). En otros supuestos, la no evidencia del daño no debe, a mi juicio, conducirnos a suponer su inexistencia. Si, por ejemplo, tras la revocación indebida, el destinatario se ve obligado a procurarse con rapidez la máquina objeto de una oferta de venta por otra vía en el mercado, porque ya había actuado en confianza de la no revocación (solicitud de préstamo, búsqueda de comprador para reventa, etc.).

<sup>401</sup> Me remito aquí a las recientes aportaciones de FENOY PICÓN en su estudio sobre la imposibilidad inicial (y el error) en diferentes textos jurídicos. En lo que interesa, la autora, al analizar los arts. 1303 y 1460 I PMCC, advierte de la existencia de posiciones doctrinales, como la de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, contrarias a dejar de tratar el supuesto de imposibilidad inicial como supuesto de nulidad («La revisión...», pp. 678-685). FENOY PICÓN analiza también el estado de la cuestión en otros textos modernizadores como la propuesta elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que parece excluir la nulidad absoluta en supuestos de imposibilidad inicial («La revisión...», p. 711); y la propuesta formulada por los profesores BOSCH, DEL POZO Y VAQUER, que por el contrario se acoge a la solución tradicional de la nulidad absoluta del contrato ante la imposibilidad inicial («La revisión...», pp. 718-721).

contrato incompatible con su oferta vinculante inicial, de modo que la prestación ofrecida ya no puede ser procurada al destinatario<sup>402</sup>. El ejemplo paradigmático es la venta de la cosa ofrecida a un tercero<sup>403</sup>.

Adviértase que, para que exista revocación, en Derecho español es necesario que esta se comunique efectivamente al destinatario. En defecto de comunicación, no puede considerarse que el mero acto de la venta de la cosa a un tercero pueda suplir la revocación. La revocación es recepticia<sup>404</sup>, exige una comunicación al destinatario de la oferta de que ésta queda efectivamente revocada (porque se ha vendido a un tercero, por ejemplo<sup>405</sup>). El conocimiento de la venta que, por otra vía, adquiera el destinatario resulta irrelevante en la oferta vinculante, pues podrá aceptar en tanto la oferta perdure.

2. La aceptación perfecciona el contrato proyectado con la oferta vinculante. Sin embargo, el destinatario de la oferta, convertido en acreedor tras la aceptación, no puede obtener la prestación contractual si la cosa ha pasado a manos de un tercero de manera irreivindicable (arts. 34 LH y 464 CC). En tal caso, la satisfacción del interés del acreedor destinatario de la oferta se articulará mediante el remedio indemnizatorio.

3. La cuestión estriba en identificar el daño indemnizable<sup>406</sup>. En muchos casos, *la cosa ofrecida no será específica*. Aquí, si el destinatario de la oferta vinculante ha tenido que procurarse un bien similar o igual al ofrecido (mediante una operación de reemplazo), abonando un precio superior, parece lógico que la indemnización que deba prestar el oferente (ahora deudor) sea la diferencia entre el precio de la oferta de venta vinculante y el mayor precio que el des-

<sup>402</sup> Y, en general, en todos aquellos casos en que la satisfacción del interés del destinatario, convertido en acreedor con la aceptación, no alcanza a ser procurada por la vía de la prestación en sí (*vid. supra* 9.1 [3]).

<sup>403</sup> La revocación de la oferta vinculante por enajenación de la cosa ofrecida a un tercero es un caso recurrente en el Derecho comparado: *vid. supra* 2.1 [2], para el *common law*, y 4.3.1 [2] para el Derecho alemán.

<sup>404</sup> Por todos, MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 208). En contra, MORENO QUESADA quien defiende el carácter no recepticio de la revocación de la oferta (*La oferta de contrato*, cit., pp. 172 y ss.).

<sup>405</sup> La STS 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826) considera que la revocación, al igual que la propia oferta, constituye una declaración de voluntad recepticia, que no requiere forma especial; y que la venta de la cosa ofrecida a un tercero no equivale a la revocación, si no se comunica al destinatario (FD 11.º).

<sup>406</sup> En este sentido, GARCÍA RUBIO considera que la consecuencia jurídica de la enajenación a un tercero de buena fe de la cosa objeto de la oferta irrevocable de venta consiste en la condena al oferente a indemnizar los daños y perjuicios equivalentes exactamente a la prestación que hubiera debido ejecutarse si el contrato con el primer destinatario se hubiese celebrado (*La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 144). La autora aplica esta solución (que comparto) aunque el destinatario de la primera oferta aún no la haya aceptado, lo que se enfrenta al obstáculo de que sin aceptación no se forma el contrato.

tinatario ha tenido que abonar en el mercado para satisfacer su interés. Esto es, el mayor coste de la *operación de reemplazo*<sup>407</sup>.

4. La indemnización al destinatario de la oferta vinculante del mayor coste de la operación de reemplazo actúa además como límite o contrapeso a la pretensión de cumplimiento del contrato, inicialmente proyectado con la oferta. Y es que la pretensión de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta vinculante de venta se supedita a que la prestación sea todavía posible, sin que resulte física, jurídica o prácticamente imposible<sup>408</sup>. Siguiendo a Pantaleón Prieto, devenida imposible la prestación, el acreedor ostenta un interés subjetivo en ella; interés que no es evaluable en menos del valor de mercado del bien, en este caso ofertado<sup>409</sup>. Pues bien, yo creo que tal interés puede procurarse al destinatario a través de la operación de reemplazo<sup>410</sup>, dentro de los márgenes del moderno Derecho de contratos donde el centro gravitacional de la relación obligatoria contractual parece haber virado hacia la pretensión indemnizatoria. A través de esta pretensión, la operación de reemplazo permite satisfacer *in natura* el interés del acreedor, más allá del cumplimiento específico del contrato<sup>411</sup>.

<sup>407</sup> Si se recuerda (*supra* 2.2.2.2), en *Drennan* la Corte Suprema de California consideró que el destinatario tenía una confianza razonable en el mantenimiento de la oferta («*detrimental reliance*») que obligaba al oferente a pechar con las consecuencias perjudiciales derivadas de la revocación de la oferta erróneamente calculada. Admitida la existencia de una oferta vinculante, a *Drennan* se le concedió: la diferencia entre (i) el precio de la oferta del subcontratista erróneamente calculado y que *Drennan* había empleado para la confección de la suya propia y (ii) el mayor coste que supuso para *Drennan* encontrar otro subcontratista que realizase el trabajo. Asimismo, la Corte asumió que *Drennan mitigó efectiva y razonablemente los daños*; y ello porque, como se ha expuesto, tuvo que invertir varios meses en analizar nuevas ofertas de subcontratistas y elegir la que finalmente resultaba más económica (10.948,60 dólares). Con todo, en *Drennan* no se aclaró si la responsabilidad era contractual o extracontractual.

<sup>408</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1046.

<sup>409</sup> En este sentido, el mismo autor concluye: «*Salvo prueba en contrario del deudor, dicho valor de mercado habrá de considerarse «daño mínimo» sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida*» (PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1052). Con todo, no puede pasarse por alto que el autor atribuye a la operación de reemplazo virtualidad meramente probatoria, sin considerarla una regla de valoración del daño indemnizable (*vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1743). De la misma opinión, aunque algo matizada, por referencia al coste de sustitución en el mercado y al deber de mitigar, se muestra SOLER PRESAS, *La valoración del daño en la compraventa*, 1998, pp. 99, 107, 111, 115, 116, 118, 121, 123, 125, 126, 132 y 137.

<sup>410</sup> De entrada, he de aclarar que un estudio en profundidad de la operación de reemplazo excede, con mucho, el objeto de este trabajo. El Derecho positivo español reconoce la operación de reemplazo en sede de la compraventa internacional de mercaderías (art. 75 CISG). De este precepto, puede inferirse que los requisitos de la operación de reemplazo son la resolución del contrato, la buena fe y la razonabilidad del tiempo y del precio. Al respecto y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* SOLER PRESAS, *La valoración del daño...*, pp. 93-138; PÉREZ VELÁZQUEZ, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 1/2015; y ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo: bases para una teoría general de la operación de reemplazo en Derecho español*, Tesis Doctoral, 2013, pp. 269-301.

<sup>411</sup> *Vid.* MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., pp. 100-108.

Tampoco puede pasarse por alto que una indemnización así planteada –además de operar como límite a la pretensión de cumplimiento específico y forzoso<sup>412</sup>, que es lo que se pretendía al reputar ineficaz la revocación de la oferta vinculante– evita el daño o el incremento de su cuantía<sup>413</sup>.

5. La indemnización al destinatario del mayor coste de la operación de reemplazo se erige como una solución razonable para encauzar la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Esta solución tiene, como presupuesto, asumir que el coste de la operación de reemplazo constituye un daño irrogado al destinatario-acreedor; daño que será mínimo, en cualquier caso<sup>414</sup>.

6. Que el mayor coste de la operación de reemplazo admite ser incluido dentro de los daños contractuales está, para mí, fuera de toda duda<sup>415</sup>. De este modo, se satisface el interés que el destinatario-acreedor tiene en el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta (se haya acudido a la regla de cobertura o a la regla del mercado)<sup>416</sup>. Indemnizar al destinatario-acreedor, al menos, por el mayor coste que le ha supuesto la operación de reemplazo compensa el interés de cumplimiento<sup>417</sup>, gracias a la «*obtención del resultado material esperado, pero con un sacrifi-*

<sup>412</sup> En este sentido GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual...», cit., p. 18. Para el autor, la pretensión de cumplimiento puede hacer renunciar al acreedor a una operación de reemplazo que reduciría eficientemente las consecuencias negativas del incumplimiento. Contraria a la operación de reemplazo como límite a la pretensión de cumplimiento en el Derecho continental SOLER PRESAS, «Sentencias comentadas: El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15-11-94)», *ADC*, 1995-II, p. 966.

<sup>413</sup> Lo sugiere, con matices, FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011-IV, p. 1540; también lo apunta, como posibilidad que aparece en el moderno Derecho de contratos MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., p. 102. Con acierto a mi juicio, este autor llama la atención sobre el prejuicio dogmático que planea sobre la pretensión de cumplimiento, valiéndose del supuesto en que el acreedor, en lugar de optar por la resolución, lo hace por el cumplimiento y se ve, con ello, abocado a acudir al procedimiento de ejecución; procedimiento donde, si la prestación de dar o hacer es fungible y el deudor desatiende el mandato judicial de ejecutarla, se manda hacerlo a su costa (vid. MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., pp. 106-107).

<sup>414</sup> Sirve a ello la conveniencia práctica de no obligar al acreedor a tener que ejercitar primariamente la pretensión de cumplimiento (vid. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, 2010, p. 41; ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, p. 510-511).

<sup>415</sup> Vid., recientemente en este sentido, bien que en sede de responsabilidad médica, SANTOS MORÓN, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 1/2018, p. 44.

<sup>416</sup> ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 512.

<sup>417</sup> Que, con la operación de reemplazo, el acreedor puede satisfacer igualmente su interés económico en el cumplimiento lo dice abiertamente, refiriéndose al deber de mitigar el daño, VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en PIZARRO WILSON / VIDAL OLIVARES (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 245-246.

*cio económico que en justicia no debe soportar según la regla contractual*<sup>418</sup>».

7. Ni que decir tiene que el daño (coste del reemplazo) tendría que colmar los requisitos del artículo 1107 I CC, para ser indemnizable. Es decir, tendría que situarse dentro del fin de protección del contrato (proyectado con la oferta) o, si se quiere, cumplir con la regla de la previsibilidad. Dependerá de la interpretación. En general, creo que el coste del reemplazo caerá dentro del fin de protección, pues la obtención de la cosa ofrecida al precio indicado entra dentro del interés del destinatario-acreedor configurado y garantizado por el contrato<sup>419</sup>. Opera también, a mi entender, la «presunción de previsibilidad<sup>420</sup>» al tiempo de contratar. En este sentido, y tal como lo veo, los daños irrogados al destinatario-acreedor quedarían limitados a los derivados de la regla del mercado, en caso de que no hubiese realizado operación de reemplazo, siendo ello posible<sup>421</sup>.

Así, por ejemplo, en caso de revocación de una oferta vinculante en contratos de obra<sup>422</sup>, si el contratista-destinatario se proporciona el material ofertado mediante una operación de reemplazo, su posición queda asegurada con la indemnización de la diferencia entre el precio de la oferta y el precio al que ha tenido que procurarse el material. Pero si nuestro contratista no se procura el material en el mercado –cosa que será extraña, pues está obligado a cumplir su contrato de obra– no puede pretender que, con su aceptación, el subcontratista-oferente le indemnice por todos los daños derivados de la paralización de su actividad en el contrato adjudicado. En caso de no cubrirse, la indemnización comprenderá únicamente el mayor precio que habría tenido que asumir para obtener el material objeto de la oferta, según la regla del mercado<sup>423</sup>, y también el daño del retardo a que se expuso para conseguir el citado material<sup>424</sup>.

<sup>418</sup> ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 513.

<sup>419</sup> Vid. RUIZ ARRANZ, «La doctrina del fin de protección del contrato en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, n.º 34, 2016, p. 412.

No se olvide que la finalidad del art. 1107 I CC descansa en delimitar (*infra* 9.5) los daños y perjuicios indemnizables como consecuencia del incumplimiento del deudor (de buena fe) a aquellos contemplados como posibles al tiempo de contratar, lo cual comprende el cálculo de costes-beneficios que lleva a un contratante a ofrecer vender al precio concreto (*vid.* PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1027-1028).

<sup>420</sup> Vid. ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 21.

<sup>421</sup> Es decir, la diferencia entre el precio de la oferta de venta (precio del contrato) y el precio corriente en el mercado en el momento de la revocación de la oferta (*vid.* arts. 76 CISG). Automáticamente surge entonces la cuestión del momento relevante a efectos del reemplazo. ¿Debemos considerar el de revocación de la oferta o, más bien, uno posterior en donde la prestación ofrecida fuese debida? A mi parecer, y reconociendo la necesidad de ahondar más en la cuestión, creo que podría considerarse el momento de la revocación efectiva (comunicación) o, cuando menos, un momento muy cercano a este (*vid.* SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., pp. 98-99).

<sup>422</sup> *Supra* 8.2.1

<sup>423</sup> *Supra* 9.4 [6].

<sup>424</sup> ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 456.

8. Por último, la indemnización al destinatario, al menos, mediante la operación de reemplazo no excluye la indemnización de otros posibles daños que se le hayan podido irrogar, como consecuencia de la revocación de la oferta y que se inserten dentro del fin de protección del contrato (*i. e.* gastos de transporte, depósito y custodia de los bienes objeto de operación de reemplazo; comisiones y cargos comerciales; o, incluso y bajo determinadas circunstancias, el daño derivado del incumplimiento por el acreedor-destinatario derivado de la reventa de un contrato que ya tenía formalizado en atención a la oferta vinculante<sup>425</sup>). La indemnización en responsabilidad contractual de los gastos satisfechos por el destinatario-creedor es admitida, si se quiere como interés negativo (cfr. arts. 1478.4.º, 1486 CC; 1202 IV PMCC)<sup>426</sup>.

De nuevo, en supuestos de contratos de obras y ofertas vinculantes<sup>427</sup>, el dueño de la obra podría penalizar al contratista-destinatario en el contrato que licitó, por un comienzo tardío de las obras<sup>428</sup>. Este daño sí parece que tendría que serle indemnizado, incluso como partida propia del interés negativo, también sobre la base de la regla de la previsibilidad o fin de protección del contrato (art. 1107 I CC)<sup>429</sup>. Pero si, como consecuencia de tener que

<sup>425</sup> Sobre este último ejemplo, *infra* 9.5.

<sup>426</sup> En Derecho alemán se reconoce la «*Aufwendungsersatz*»: *Supra* 4.3.1 [2].

<sup>427</sup> *Supra* 8.2.1.

<sup>428</sup> En este sentido, el TRLCSP 2017 contempla en su articulado la posibilidad de establecer, en los pliegos o en el documento descriptivo, penalidades para los casos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso de la prestación (art. 192 TRLCSP 2017) o demora en la ejecución (art. 193 TRLCSP 2017).

<sup>429</sup> La STS 25.5.2016 [Pte. Pantaleón Prieto, RJ 2016/4301], abre la posibilidad de aplicar la regla de la previsibilidad a la indemnización del interés negativo. Lo ha hecho con el siguiente párrafo (FD 7.º), no exento de interrogantes: «Además, CAF pudo razonablemente prever, al tiempo de la celebración del Contrato de Suministro, que FESUR buscaría algún tipo de financiación para atender las obligaciones de pago que contraía, y que los gastos que de la misma se derivasen para FESUR resultarían plenamente “frustrados” o “hundidos” en caso de que el Contrato se *resolviera* sin que FESUR hubiese podido explotar ninguna de las locomotoras. Y eso basta para satisfacer el requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados, *si se asume –como lo han asumido ambas partes– que el referido requisito es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del denominado “interés de confianza” o “interés contractual negativo”*» (cursiva mía). Mayores interrogantes plantea el hecho de si, ante la resolución del contrato, el acreedor puede optar por el interés contractual negativo, en lugar del positivo, en contra de muy autorizadas opiniones doctrinales (PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989-IV, pp. 1165-1167; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1734; y RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, 2013, p. 237). Así, no sin razón se ha dicho que el extracto de la sentencia expuesto plantea un enigma que la Sala 1.ª no se ve obligada a resolver en el caso concreto, pues ninguna de las partes en el litigio había suscitado la cuestión (*Vid.* GREGORACI FERNÁNDEZ, «Resolución por retraso a propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)», *ADC*, 2016-III, p. 1129). Solo se me ocurre que, detrás de esta argumentación de la Sala, 1.ª subyazca la idea, apuntada también por PANTALEÓN PRIETO –tras rechazar conceder al acreedor la alternativa de exigir la indemnización en la medida de su interés contractual negativo–, de que cosa distinta es que, en

buscar otro suministrador incurre en un retraso que se arrastra hasta el final de la obra, de tal suerte que no puede cumplir los plazos marcados con la regularidad que había previsto, ese daño no debe ser resarcido por el oferente, pues resulta extraño al fin de protección del contrato. En ese caso, factores adicionales externos pueden entrar en juego para provocar el incumplimiento relativo final de las obligaciones del contratista-destinatario en su contrato. Junto a ello, el destinatario contratista, ante esa complicación sobrevenida, debe poder sobreponerse a la misma aumentando los trabajos, contratando más operarios, etc. (deber de mitigar el daño). Al oferente-subcontratista no se le puede trasladar todo el riesgo del incumplimiento del destinatario-contratista en su propio contrato; sí los costes que inmediatamente se le irroguen y penalizaciones en que incurra como consecuencia del tardío inicio de las obras.

Otra cosa es que la responsabilidad en que pueda incurrir el contratista-destinatario de la oferta para con su contraparte acreedora (dueño de la obra) pueda verse mitigada e incluso exonerada en función de las particularidades de la cosa objeto de oferta. Así, bien podría suceder que –en los casos donde el oferente-suministrador sea un monopolista– la revocación de la oferta atienda a un fallo imprevisible en la esfera de este que, a su vez, no permita al destinatario cubrirse eficazmente en el mercado<sup>430</sup>.

10. Como he expuesto, con el recurso a la operación de reemplazo (cuando esta es posible, por no ser específica la cosa), se desplaza la responsabilidad del oferente a la indemnización de los daños contractuales. A mi juicio, ello se compadece mejor con los dos intereses implicados (*i*) el interés del destinatario en que se mantenga la oferta irrevocable en sus propios términos, y (*ii*) el interés del oferente en que no sea así por cuanto es posible la satisfacción *in natura* del interés del destinatario.

11. Durante el razonamiento de este apartado, me he centrado en el supuesto en que la cosa no específica y cabe operación de reemplazo. Por eso, conviene aclarar que, si la cosa ofrecida es específica, la satisfacción del interés del destinatario acreedor se puede realizar también mediante la responsabilidad contractual, que podría comprender su lucro cesante, así como otros daños que se le hayan irrogado<sup>431</sup>.

---

favor del acreedor, juegue la presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, deba cifrarse el *interés contractual positivo* («Las nuevas bases...», cit., pp. 1734-1735). Esta idea se aprecia en el art. 1202 IV PMCC y ya se ha mencionado en este trabajo (*supra* 9.3 [2])

<sup>430</sup> *Vid.* en este sentido, para la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1069.

<sup>431</sup> *Infra* 9.5 [3.2] y 9.6 [2].

## 9.5 LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE. LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD

1. La exigencia de que los daños derivados de la revocación de la oferta vinculante caigan dentro del fin de protección del contrato –como lo hace el coste del reemplazo<sup>432</sup>– obedece a la necesidad de limitar la cadena de los daños indemnizables. La doctrina del fin de protección del contrato, como concreción de la regla de la previsibilidad (art. 1107 I CC) sirve para evitar que cualquier daño, de los producidos por el incumplimiento –en que se traduce la revocación, gracias a la aceptación del destinatario– sea puesto a cargo del oferente<sup>433</sup>.

2. La SAP Murcia (Secc. 4.<sup>a</sup>) 15.7.2010<sup>434</sup> constituye un buen ejemplo de la necesidad de limitar los daños indemnizables; también en este ámbito. Esta sentencia aborda un supuesto de revocación de una oferta vinculante (donde resultaba de aplicación la CISG<sup>435</sup>), y se ocupa de la indemnización del daño en concepto de lucro cesante al destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación. De nuevo, se trataba de la venta de la cosa ofrecida a un tercero<sup>436</sup>. La AP consideró que el perjuicio provocado al

<sup>432</sup> *Supra* 9.4 [7].

<sup>433</sup> El fin de protección del contrato es, a mi juicio, la mejor forma de entender la regla de la previsibilidad del daño (art. 1107 I CC) (*vid.* RUIZ ARRANZ, «La doctrina del fin de protección...», cit., pp. 409-440). En este sentido, MORALES MORENO ha precisado –con habitual claridad– que el fin de protección del contrato determina el interés protegido, lesionable por el incumplimiento del contrato y fundamentador del derecho a exigir indemnización. Este autor se inclina recientemente por asociar el fin de protección del contrato con la delimitación del interés cuya lesión puede constituir daño; y esta función es predicable –cosa muy relevante para el ámbito que nos ocupa– tanto en relación con el interés positivo como con el interés negativo (*Claves de la modernización del Derecho de contratos*, cit., p. 116).

<sup>434</sup> Pte. Martínez Pérez, JUR 2010/296249.

<sup>435</sup> *Supra* 6.1.1 y 6.1.2.

<sup>436</sup> Los hechos son los siguientes. La sociedad alemana *Krane Maschinen Service GmbH & Co. Handels KG* («Krane») recibió una oferta de venta de una grúa por parte de la sociedad española *Grúas Andaluza, S. A* («Grúas Andaluza»). La oferta concretaba el importe de venta de la grúa (512.000 euros) y exigía un adelanto de 60.000 euros a pagar el día siguiente al de formulación de la oferta. La oferta también indicaba un plazo para la aceptación de 6 días, dentro del cual Krane había de satisfacer el importe restante de la operación. Krane aceptó la oferta y realizó una transferencia por importe de 60.000 euros el día señalado. Esta transferencia fue rechazada por Grúas Andaluza el mismo día en que Krane la realizó. Tres días después, Grúas Andaluza llamó a Krane para revocar su oferta. En su llamada, Grúas Andaluza comunicó a Krane que el mismo día en que ésta había realizado la transferencia de la reserva le llamó otro comprador interesado para decirle que, esa misma mañana, efectuaría una transferencia por el importe total de la máquina (512.000 euros). Con ello, Grúas Andaluza enajenó la máquina a ese tercero. La comunicación de la revocación se produjo tres días antes de la finalización del plazo que inicialmente Grúas Andaluza había concedido a Krane para abonar el importe completo de la venta.

Puede dejarse a un lado la cuestión de si la aceptación se produjo con el abono de la reserva de 60.000 euros o si ésta estaba condicionada al completo abono del importe de la venta.

destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación, se concretaba en las ganancias dejadas de obtener y que, según los hechos probados, este perjuicio era indemnizable *ex* artículos 74, 75 y 77 CISG. Ello porque (i) el daño derivado del beneficio dejado de obtener era previsible por el oferente (art. 74); (ii) no se acreditó que destinatario pudiera acometer una *compra de reemplazo* (art. 75); (iii) tampoco se acreditó que el destinatario no efectuase las medidas razonables para mitigar el daño (art. 77) (FD 3.º).

3. A mi juicio, la resolución del caso por la AP es criticable en lo que se refiere a la responsabilidad del oferente. Parece que el lucro de la reventa del destinatario de la oferta, concedido como indemnización, se sitúa extramuros del fin de protección del contrato proyectado con la oferta; ello salvo que en el contrato se hubiera incluido el propósito de reventa del destinatario o así pudiere deducirse de la interpretación<sup>437</sup>. En cualquier caso, hay que distinguir entre dos escenarios posibles.

3.1 Si la grúa objeto de la oferta vinculante no era específica y, por tanto, el destinatario pudo haberse procurado otra –a mayor coste que la ofertada– con la que cumplir a su vez el contrato que tenía concertado, este mayor coste sí sería indemnizable como daño (art. 75 CISG). De este modo, el destinatario habría visto satisfecho su interés en obtener la ventaja del intercambio, pues, con la indemnización del mayor coste que le habría supuesto en hipótesis la operación de reemplazo, el destinatario habría preservado su interés en realizar el contrato en las condiciones de equivalencia inicialmente pactadas<sup>438</sup>. El daño derivado del coste de la operación de reemplazo entraría dentro del fin de protección del contrato<sup>439</sup>. Que no se hubiera acreditado la posibilidad de una

---

Asumiendo que la oferta era irrevocable según el art. 16.2.b CISG, poco importa si la efectiva aceptación se produjo antes de la revocación indebida de la oferta. La AP consideró que la aceptación se produjo en el momento en que Krane realizó la transferencia de la reserva de 60.000 euros a Grúas Andaluza y que, en consecuencia, Grúas Andaluza incumplió los términos de la oferta de venta, al vender la grúa a un tercero; oferta que ya había sido aceptada por Krane.

Del relato de los hechos resulta (y esto es lo importante) que Krane tenía concertada ya una operación de reventa de la grúa a un tercero; reventa que se vio frustrada por la venta de la misma grúa a otro comprador por parte de Grúas Andaluza. Esta operación de reventa de la grúa estaba cifrada en 660.000 euros. En el proceso de instancia, Krane había demostrado eficazmente la existencia de este contrato de reventa de la grúa por el precio antedicho (660.000 euros). En consecuencia, Krane reclamaba en su demanda una indemnización de daños y perjuicios que ascendía a 122.850 euros; cantidad correspondiente a la ganancia dejada de obtener. Para el cálculo de este beneficio se tenía en cuenta el precio de compra de la oferta (512.000 euros) más el coste de ubicación de la grúa en el domicilio de Krane (25.000 euros). El Juzgado de Primera Instancia, así como la AP, consideraron ajustado a Derecho la concesión de esta indemnización de daños a Krane y condenaron a Grúas Andaluza a su abono.

<sup>437</sup> Se desconoce la gestión que el destinatario-acreedor hizo (i) de la revocación de la oferta (incumplimiento del oferente); y (ii) de su propio incumplimiento del contrato de reventa.

<sup>438</sup> *Vid.* MORALES MORENO, *Incumplimiento...*, cit., p. 43.

<sup>439</sup> *Supra* 9.4 [7] y [8].

compra de reemplazo no implica que no existiese esa posibilidad, solo que no se probó. Es más, de haber existido esa posibilidad, el destinatario podría haber obtenido la diferencia entre el precio de la oferta vinculante de contrato y el precio corriente en el mercado (art. 76 CISG), aunque no hubiera procedido a la realización de la compra de reemplazo.

3.2 Si la grúa objeto de oferta de contrato era específica, no habiendo la posibilidad de obtener otra de similares características en el mercado –ni siquiera remotamente–, entonces quizás existan mejores, aunque no definitivos<sup>440</sup>, argumentos para conceder al destinatario el interés de intercambio en que se manifestaba el lucro cesante reclamado. En este escenario, resultaría más defendible conectar el lucro cesante con el fin de protección del contrato (arts. 1107 I CC y 74 CISG) proyectado con la oferta y finalmente celebrado (aunque habría que estar a la interpretación del contrato para determinar si el oferente, convertido en deudor con la aceptación, asumió el riesgo de garantía del buen éxito de la reventa). Con todo, nos acompañan buenas razones para suponer que, en este caso, la grúa ofertada no era ni única ni irremplazable (según los hechos, no había sido fabricada por encargo, se vendió a un tercer comprador que también se interesó por ella, etc.).

## 9.6 ¿PUEDE EXIGIR EL DESTINATARIO EL *COMMODUM EX NEGOTIATIONE*?

1. La venta de la cosa ofertada a un tercero ajeno genera la cuestión de si el destinatario de la oferta vinculante puede exigir, opcionalmente en ese caso, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero al oferente o, en su defecto, la entrega de lo ya satisfecho por este, teniendo en cuenta que la suma puede ser mayor que la indemnización basada en el coste de la operación de reemplazo. La cuestión alude al *commodum ex negotiatione*, cuyo reconocimiento en Derecho español no es pacífico entre la doctrina.

Hay quienes, como Pantaleón Prieto, han argumentado que el acreedor puede obtener el *commodum ex negotiatione* por aplicación del art. 1186 CC, en principio pensado para el cómodo representativo. Este autor argumenta que la pretensión de entrega (o cesión de la pretensión) del beneficio interesará especialmente al acreedor, cuando, por esta vía, pueda obtener una suma mayor de la que percibiría como indemnización<sup>441</sup>. Otros, como Carrasco Perera, se han posicionado en contra, al entender que el beneficio que obtiene el deudor incumplidor no guarda equivalencia con el

<sup>440</sup> Vid. SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., pp. 138-148.

<sup>441</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1737; y «El sistema...», cit., p. 1022; también BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1998, p. 181.

daño que se produce al acreedor; y que su reconocimiento sería punitivo para el deudor<sup>442</sup>. Advierte Carrasco Perera que el hecho de que no exista correlación entre el incumplimiento y lo que al deudor aprovecha incumplir no es óbice para que cálculo del beneficio pueda ser utilizado como variable de la función del daño<sup>443</sup>. Díez-Picazo pareció coincidir aquí, de modo general, con Carrasco Perera<sup>444</sup>.

2. Si se recuerda, en Alemania se admite, como posibilidad, la obtención del *commodum ex negotiatione* por el destinatario de la oferta. En aquel sistema, la manera de traslación de la propiedad desempeña un papel importante para dar una respuesta fundada<sup>445</sup>.

Si bien en España nuestro sistema de transmisión de la propiedad exige título y modo (arts. 609 y 1095 CC), acaso de la explicación alemana, que rechazaba el *commodum ex negotiatione* con base en la dualidad del sistema traslativo<sup>446</sup>, pueda extraerse también la conclusión de que no cabe el *commodum ex negotiatione*, inserto en el artículo 1186 CC; *commodum* derivado, además, del mero derecho de crédito que no confiere un derecho sobre la cosa (*in re*). En mi opinión, nuestro destinatario-acreedor tendrá derecho a reclamar responsabilidad por incumplimiento del oferente, que vendió la cosa a un tercero. No así a hacer suya la ganancia del oferente-deudor con la venta (vía pretensión de entrega o cesión de la pretensión), si se admite que el beneficio debe pasar a integrar el patrimonio en el cual se genera. Ello, sin perjuicio de poder tener en cuenta el beneficio del deudor con el incumplimiento para la estimación de su lucro cesante<sup>447</sup>, sobre todo en los casos en que la cosa ofrecida era específica (y no cabía operación de reemplazo).

Resulta complicado, a mi entender, establecer una relación entre la ganancia del que incumple y la pérdida del acreedor; ello, sobre todo, cuando la ganancia obtenida es extraordinariamente superior al valor de la cosa (que precisamente es donde el *commo-*

<sup>442</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, p. 668.

<sup>443</sup> CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., p. 668.

<sup>444</sup> DÍEZ-PICAZO, «Commodum ex negotiatione», cit., p. 1607. También BARROS BOURIE, «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE / GARCÍA RUBIO / MORALES MORENO, *Derecho de daños*, 2009, p. 45. Parece adherirse a la visión de DÍEZ-PICAZO, GARCÍA RUBIO, «Restitución de beneficios por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BOURIE / GARCÍA RUBIO / MORALES MORENO, cit., p. 116.

<sup>445</sup> *Supra* 4.3.1 [4].

<sup>446</sup> *Supra* 4.3.1 [4].

<sup>447</sup> Como, por lo demás, hace el art. 6:104 NBW, cuya traducción en inglés es la siguiente: «*If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it*».

*dum* es más provechoso de reclamar por acreedor). Según creo, el beneficio que percibe el deudor incumplidor no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable. Es más, el daño podría incluso no existir, como explicaré. Hay que advertir que el caso planteado como problemático –para los autores que han defendido la viabilidad de obtener el *commodum ex negotiatione*– es aquel donde lo obtenido por el deudor, como consecuencia de su incumplimiento, excede con mucho el precio que el acreedor iba a abonarle por la cosa, según el contrato<sup>448</sup>.

Ahora bien, admitiendo que el valor de realización de la cosa *en el mercado* por el deudor incumplidor se corresponde con su valor objetivo de mercado (reflexión alemana), si el valor contractual de la cosa que al destinatario de la oferta le era debida era de 10 y el oferente-deudor la vende en el mercado por 15, entonces ese mayor valor (5) constituye un *lucro cesante* que –en su caso– podría ser *resarcible como daño* (no como restitución de la ganancia del acreedor) en la medida del interés del intercambio del acreedor<sup>449</sup>. Esto tiene razón de ser, a mi juicio, cuando la cosa es cierta y determinada (no cabe la operación de reemplazo)<sup>450</sup>. No obstante, esta visión supone, de algún modo, concluir que no cabe realizar buenos (mejores) negocios (al menos, no desde un punto de vista objetivo) o, por mejor decir, que todos los operadores económicos son iguales, pues el mercado ofrecerá siempre el valor objetivo. Al mismo tiempo, con la equiparación del lucro cesante al beneficio obtenido por el incumplidor, parece rechazarse, como factor a tener en cuenta, la mayor habilidad negociadora que pueda ostentar el deudor oferente o, cuanto menos, lo subsume en la regla del mercado. Pero el problema de admitir o no el *commodum ex negotiatione* no reside exactamente aquí, según lo veo. Veamos por qué.

Pantaleón Prieto consideró que al acreedor le convendrá optar por obtener la contraprestación entregada por el tercero (o la pretensión a obtenerla), *cuando tal contraprestación tiene un valor superior al del mercado de la cosa debida, y no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor*<sup>451</sup>. El autor se basa así (i) en la existencia de un valor de mercado y (ii) en la superación de dicho valor por el mejor negocio logrado por el deudor. Es decir, en la no equiparación entre ambos valores. De este modo, se escapa de la lógica

<sup>448</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1022.

<sup>449</sup> DÍEZ-PICAZO, «Commodum...», p. 1615.

<sup>450</sup> CARRASCO PERERA considera que «si el vendedor que aún no ha entregado la cosa la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso del BGB, donde el § 281-2.º [hoy § 285] permite al vendedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de los daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida; y este cómo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione*» («Restitución de provechos (y II)», cit., p. 144).

<sup>451</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1.022.

alemana antes expuesta, que no contraponía los dos valores, sino que, para permitir la obtención del beneficio del deudor (*rectius*, del valor objetivo de la prestación) consideraba que el mercado es objetivamente capaz de ofrecerlo<sup>452</sup>. Por este motivo, me parece que una solución así llegaría incluso a sancionar al deudor incumplidor. Una cosa es conceder al acreedor, en su caso como daño, el lucro que presumiblemente habría obtenido si el deudor hubiera cumplido su obligación de entrega de la cosa (interés en el intercambio), asumiendo para ello que *ese* es el *valor objetivo de mercado* que se obtendría (art. 1107 I CC); y otra cosa es concederle el mayor beneficio obtenido por su deudor fruto de la especial capacidad o habilidad negociadora de este; mayor beneficio que haya podido lograr el deudor en comparación con el normalmente obtenible en el mercado (beneficio normal, que es el que habría percibido el acreedor). De operar así –en el caso en que lo obtenido por el deudor supere con mucho el valor objetivo de mercado de la cosa debida– el acreedor percibiría más de lo que el cumplimiento del contrato le habría reportado.

Antes he indicado que el derecho de crédito no concede, tal como lo veo, derecho al acreedor sobre la cosa (vendida, en este caso). De una opinión distinta se muestran Pantaleón Prieto y Basozabal Arrue, quienes se apoyan en la atribución de frutos al acreedor *ex art. 1095 CC* para defender una suerte de *ius ad rem* del acreedor de cosa determinada<sup>453</sup>. A mi juicio, que el acreedor tenga derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC) o desde el *perfeccionamiento* (art. 1468 CC)<sup>454</sup> no sé si nos permite declarar que tiene también por ello derecho a reclamar la entrega (o la cesión de la pretensión) del beneficio derivado de la transmisión de la cosa a un tercero de manera eficaz e irreivindicable. Ello, porque (i) no creo que el (mayor) precio obtenido por el deudor constituya un fruto del mismo<sup>455</sup>, y (ii) por la especial relación de esta regla con el sistema traslativo de la propiedad que el ordenamiento adopte<sup>456</sup>. Aun así, y asumiendo la propuesta de ambos autores, creo que el resultado al que se llega no sería muy divergente del antes expuesto: atribución, como mucho, al acreedor del valor objetivo de mercado de la cosa.

<sup>452</sup> *Supra* 4.3.1 [4].

<sup>453</sup> PANTALEÓN PRIETO «Las nuevas bases...», cit., pp. 1736-1737; BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 181.

Ha defendido esta tesis en Derecho alemán BOLLENBERGER, *Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, 1999, pp. 99, 105, 129 y 162. En contra, HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 354-356.

<sup>454</sup> La perfección a que hace referencia el art. 1468 CC alude, en mi opinión, a la inmediata exigibilidad de entrega de la cosa por el deudor, por no estar sometida a condición ni a plazo; que, además, en un contrato sinalagmático, exige que haya sido cumplida u ofrecida, mediante puesta a disposición, la prestación a cargo del acreedor. Particularmente didáctica resulta aquí la STSJ Navarra 28.6.1995, FD 9.º (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 1995/5928).

<sup>455</sup> Me valgo de la definición de Díez-PICAZO, «Naturaleza jurídica de los minerales: ¿tienen o no la condición de frutos», *ADC*, 1954-II, p. 365. *Vid.* CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., pp. 1085-1086 y 1090; CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 81 y 134.

<sup>456</sup> *Vid.* STS 25.4.2014 (FD 3.º) (Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2014/4205).

Veamos por qué. Admitir que al acreedor le corresponde una especie de *ius ad rem*, equivale, desde un punto de vista restitutorio, a admitir que el derecho de crédito presenta cierto *contenido de atribución*, esto es, que el derecho de crédito otorga una posición jurídica exclusiva sobre el bien objeto de venta atribuida por el ordenamiento jurídico al titular (acreedor)<sup>457</sup>. Ello es propio de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno. Desde esta lógica, podría pensarse que al acreedor corresponde, por tanto, la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor con la venta a tercero. Pero tampoco es así. En realidad, el objeto de la pretensión restitutoria se limita, desde esta aproximación, a devolver al titular (acreedor) aquello que el ordenamiento le habría asignado en exclusiva. Pues bien, lo que el ordenamiento asignaría en exclusiva al acreedor (repito, desde esta lógica) no es el concreto beneficio percibido por el deudor, sino la posibilidad de obtener, él también, unas ganancias gracias a la (re)venta de la cosa (o su explotación), es decir, el valor de mercado del bien mediante la negociación. Con su actuación, el deudor ha impedido al acreedor obtener, en su caso, unas ganancias, pero no el concreto beneficio que obtuvo<sup>458</sup>.

Puede traerse aquí la STS 4.7.2011<sup>459</sup> que –en un caso de venta de unos locales de negocio con transmisión de la propiedad al comprador (arts. 609 y 1462 CC) donde el vendedor, además de incumplir su obligación de entrega, continuó utilizando para sí los locales vendidos– consideró que el deudor había cometido una intromisión ilegítima en un derecho subjetivo ajeno (el del comprador, ya propietario) y le condenó a *indemnizar* al comprador el importe de lo que hubiera tenido que pagar por usar los locales, si el comprador hubiera estado dispuesto a arrendárselos. Es decir, condena a indemnizar el valor de uso o disfrute (valor de mercado). Luego parece razonable pensar que, si el vendedor hubiera arrendado los locales a un tercero –negociando una muy buena renta, tras la venta y transmisión de la propiedad– no debería indemnizar al acreedor por las ganancias obtenidas con ese arrendamiento (de haberse

---

<sup>457</sup> Que el ordenamiento [el Código civil] otorga al acreedor de entrega de una cosa específica el «monopolio de utilidades de la misma» (frutos derivados del goce y precio por disposición) es abiertamente sostenido por BASOZÁBAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 181.

<sup>458</sup> Me baso, para esta disertación, en las certeras aportaciones de VENDRELL CERVANTES al hilo de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno («La acción de enriquecimiento...», cit., pp. 1136-1148 y 1178-1180).

<sup>459</sup> Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2011/4997 (FD 5.º). Citada por VENDRELL CERVANTES, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en BASOZÁBAL ARRUE / DEL OLMO GARCÍA, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, 2017, pp. 313-314.

Concluye esta sentencia del siguiente modo (FD 5.º): «No hay que olvidar que la obligación del usurpador de pagar el precio procedente, en la hipótesis de haberse producido una cesión onerosa del bien usurpado –equivalente al mecanismo de reintegración propio de la llamada *condictio* por reintegración–, ha sido expresamente establecida, como una forma de indemnizar al perjudicado por las ganancias dejadas de obtener, en varias leyes de nuestro ordenamiento– artículos 43, apartado 2, letra c), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, 66, apartado 2, letra c), de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, 55, apartado 2, letra c), de la Ley 20/2003, de 7 de julio, y 140, apartado 2, letra b), del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril».

podido ejecutar el contrato), sino de igual modo por el valor de uso de los bienes (valor de mercado).

Bien es verdad que el artículo 1683 atribuye a la sociedad las ganancias que, durante ella, el socio industrial haya obtenido en el ramo de la industria que sirve de objeto de esta<sup>460</sup>. Ahora bien, tal como lo veo, este precepto establece la consecuencia jurídica que le sigue al incumplimiento, por el socio industrial, de la obligación de no concurrencia, que es una *obligación de no hacer*. Obligación de no hacer que concede al acreedor (sociedad) una posición de exclusiva sobre el uso de la fuerza del trabajo del deudor (socio industrial), como si se tratase de un activo más. Por eso, quizás este supuesto se asemeje más a un derecho de crédito (el de la sociedad frente al socio) cuyo posible contenido atributivo sea protegible vía *condictio*. No creo que este resultado sea predicable, sin embargo, respecto de otras obligaciones de no hacer.

4. La indemnización al destinatario de la oferta vinculante por el mayor coste que, en su caso, le haya supuesto la realización de la *operación de reemplazo* puede provocar incluso que el beneficio final del oferente no varíe respecto al que habría obtenido si hubiese contratado con el destinatario, esto es, si no hubiese revocado la oferta de venta; *ceteris paribus* el coste para el oferente. Ello sucederá, cuando el mayor coste de la operación de reemplazo equivalga al mayor precio finalmente percibido por el oferente (incumplidor). Pero este resultado se logra, en su caso, no por la vía de una acción restitutoria del beneficio obtenido por el oferente, sino gracias a la responsabilidad contractual que, concretada en el coste de la operación de reemplazo, actúa además como límite o contrapeso a la pretensión de cumplimiento (superado el prejuicio dogmático de la imposibilidad inicial)<sup>461</sup>. Por otro lado, si el mayor coste de la operación de reemplazo no alcanza al mayor precio obtenido por el oferente en el mercado, ese sería el daño indemnizable; pero no todo lo percibido por el oferente. Y si por algún motivo, el destinatario lograra realizar una operación de reemplazo más ventajosa (compra más barato de lo inicialmente ofertado) el oferente no respondería, cuando del conjunto de circunstancias se concluyese que no ha habido daño. En tal caso, se puede presumir que el coste del reemplazo se vincula al valor objetivo de la cosa en el mercado y absorbe, para el destinatario-acreedor, el mayor beneficio que obtiene el oferente deudor con su incumplimiento.

5. Finalmente, no es nuevo que la venta de la cosa ofrecida a un precio superior admite ser estudiada desde el punto de vista de

<sup>460</sup> Se apoya en este precepto PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1023. CARRASCO PERERA lo considera supuesto excepcional de restitución de todos los provechos fundado en la reserva de toda expectativa de ganancia en un determinado mercado al derecho del principal («Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 137-138.

<sup>461</sup> *Supra* 9.4.

la «*efficient breach theory*»<sup>462</sup>. Desde esta perspectiva, a nuestro oferente-deudor le es más eficiente revocar y vender la cosa ofrecida a un tercero, que le paga más, que mantenerse en los términos de su oferta inicialmente vinculante<sup>463</sup>. No entro en si la no concesión del *commodum ex negotiatione* incentiva o no este tipo de conductas. De lo que sí albergo ciertas dudas es sobre si el incumplimiento del deudor que vende la cosa a un tercero, porque le conviene, admite ser calificado como doloso a los efectos del artículo 1107 II CC<sup>464</sup>. Quizás tendría más sentido restringir el ámbito del artículo 1107 II CC a supuestos en que el incumplimiento termina dañando otros bienes del acreedor, sin que ello conduzca *per se* a ceñir, a su vez, el ámbito de aplicación de este precepto estrictamente a casos de dolo en la formación del contrato<sup>465</sup>. Me parece que el incumplimiento aquí estudiado goza de un cariz más neutro, de tal forma que el daño irrogado al acreedor, que se ve privado de adquirir la cosa, sería indemnizable si lesiona un interés comprendido dentro del fin de protección del contrato (art. 1107 I). Y si la eventual existencia del mayor daño ha sido comunicada *ex post* por el acreedor<sup>466</sup>, el fin de protección del contrato creo que excluiría del elenco de daños indemnizables aquellos que fueran previsibles al momento de incumplir, pero no al momento de contratar. Extender la responsabilidad del deudor incumplidor conforme al artículo 1107 II CC, ante esta clase de incumplimientos, no deja de tener cierto regusto sancionador<sup>467</sup>.

<sup>462</sup> Al respecto *vid.* c 2002, pp. 32-38 y 206; también Barros BOURIE, «Restitución de ganancias...», cit., p. 43.

<sup>463</sup> Se hace eco de ello, por contraposición a los criterios de justicia conmutativa, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1022, nota 9.

<sup>464</sup> A favor, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1032-1036; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Un estudio experimental sobre el remedio eficiente para el incumplimiento contractual» en *Blog de Derecho mercantil*, 25 de abril de 2017 (<http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2017/04/un-estudio-experimental-sobre-el.html> [última consulta 05.02.2018]). Díez-PICAZO rechazó hábilmente cualquier vinculación de la restitución del *commodum ex negotiatione* con el ensanchamiento de responsabilidad del deudor doloso (art. 1107 II CC), pero lo hizo apuntando que el ensanchamiento lo es en la responsabilidad por daños, no en la restitución («Commodum...», cit., p. 1615). Abiertamente en contra, desde el análisis económico del derecho, CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 142-143; GÓMEZ POMAR, *Previsión...*, cit., pp. 207-222.

<sup>465</sup> *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1035-1036. Para el daño a otros bienes del acreedor, valga el ejemplo de la vaca enferma propuesto por Pothier, que ha sido ampliamente citado (por todos, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1085), en lo que constituiría un caso de lo que modernamente MORALES MORENO ha denominado «interés de conservación» (*Incumplimiento...*, cit., pp. 87-93). En una dirección parecida, pero virando hacia la responsabilidad extracontractual por lesión de «interés de indemnidad», CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1228-1229.

<sup>466</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1032-1033; «Las nuevas bases...», cit., p. 1742, nota 75.

<sup>467</sup> En este sentido, GÓMEZ POMAR, *Previsión...*, cit., pp. 220-221; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», cit., p. 11; MORALES MORENO, *Incumplimiento...*, cit., pp. 172-179.

## 9.7 EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA VENTA DE LA COSA OFRECIDA A UN TERCERO

1. La Sala 1.<sup>a</sup> del TS ha abordado el caso en que la cosa ofrecida es vendida a un tercer contratante, que la adquiere de manera irrevindicable. Se trata de la STS 17.9.2013<sup>468</sup>. Hay que advertir que, en aquella oportunidad<sup>469</sup>, la Sala 1.<sup>a</sup> no consideró que la oferta fuera vinculante, aun cuando incluía un plazo<sup>470</sup> para su aceptación<sup>471</sup>. Ahora bien, la Sala entendió que el contrato se había perfeccionado, ya que la aceptación se produjo antes de la revocación efectiva (el mero hecho de la venta no implica revocación<sup>472</sup>).

<sup>468</sup> Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826.

<sup>469</sup> Los hechos del caso son los siguientes. A entró, a través de su representante a finales de 2006, en negociaciones preliminares con B para la adquisición de una finca. Tras una serie de comunicaciones cruzadas, el 24 de abril de 2007 B remitió a A una oferta de venta. En esa oferta, figuraba la fecha de 25 de abril como fecha de formalización de la escritura pública de compraventa, con entrega de llaves y desalojo de la finca. A, conocida esta oferta gracias a su representante, procedió a la liquidación y venta de un fondo de inversión por importe de 550.793 euros a fin de hacer frente a los primeros pagos derivados de la firma del contrato. Con ello, el representante de A telefoneó a B, la tarde del 25 de abril de 2007, para comunicarle la aceptación de la oferta de venta por su mandante. En esa conversación telefónica, B le comunicó que se había firmado, esa misma mañana, un contrato por el que se vendía la finca a un tercero (C), que había inscrito válidamente su posición sobre la finca en el Registro de la Propiedad. Como hecho relevante, debe destacarse que el contrato proyectado con la oferta de venta incluía una cláusula penal a cuyo tenor, en caso de incumplimiento, los vendedores se obligaban a «la devolución de las cantidades entregadas hasta ese momento más 300.000 euros en concepto de sanción». Ante ello, A interpuso demanda frente a B interesando que (i) se declarara que se había perfeccionado el contrato de compraventa proyectado con la oferta de venta, y (ii) se condenase a B a otorgar escritura pública de transmisión de la finca a favor de A, en virtud del contrato; y (iii) subsidiariamente, y para el caso en que no fuere posible el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta, se condenase a B al pago de 300.000 euros como indemnización por incumplimiento de contrato, según resultaba de la cláusula penal. En su contestación a la demanda, B alegó que el contrato no se había perfeccionado, sino que la venta de la finca a C, el día 25 de abril, supuso la revocación de la oferta. Por lo tanto, según la defensa de B, la cláusula penal que contenía la oferta de contrato no era de aplicación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. En este sentido, consideró que el contrato había quedado perfeccionado en una fecha incluso anterior (el 24 de abril) por vicisitudes del proceso negociador, antes aludido y condenó a B al pago de 300.000 euros como indemnización por incumplimiento (en la audiencia previa, A había renunciado a la pretensión relativa al otorgamiento de la escritura). Recurrida en apelación, la AP desestimó el recurso de B y confirmó el fallo de instancia, pero considerando que la perfección del contrato había tenido lugar el 25 de abril (fecha de la conversación telefónica en la que se comunicaba la aceptación). En particular, la AP entendió que la oferta de venta fue aceptada por A durante su período de vigencia, que se extendía durante el 25 de abril, sin que el oferente hubiera manifestado su voluntad de revocarla expresamente. La AP omitió pronunciarse sobre la impugnación de la cláusula penal que hizo B en apelación, por considerarla una cuestión nueva.

<sup>470</sup> En su comentario, CHAPARRO MATAMOROS se muestra crítico con la sentencia en este punto, pues considera que el plazo genera vinculación («Momento de aceptación...»), cit., p. 306).

<sup>471</sup> *Supra* 7.3 [2].

<sup>472</sup> *Supra* 9.4 [1].

Tras la aceptación, la Sala admitió que la responsabilidad del oferente es contractual (art. 1101 CC) y no por *culpa in contrahendo* o precontractual. Este hecho es muy relevante, pues sitúa en el plano contractual la responsabilidad por revocación de una oferta. Ciertamente que no se trataba de una oferta vinculante, pero, a efectos prácticos la única diferencia es que, si la oferta es vinculante, la aceptación puede producirse, aunque la oferta se revoque. En el caso, el contrato se perfeccionó, porque la aceptación sobrevino antes de la revocación efectiva.

Como digo, la Sala reconoce entonces que la responsabilidad es contractual y la vincula a la cláusula penal que incluía el contrato proyectado con la oferta. La existencia de la cláusula es trascendental en la construcción del fallo. En efecto, da la sensación de que fue la existencia de la cláusula penal que prefijaba los daños el elemento que atenuó los posibles reparos frente a una solución en clave de responsabilidad contractual por la revocación derivada de la venta a tercero donde el bien se vuelve irreivindicable (art. 34 LH). Tales reparos habrían descansado —creo— en negar al destinatario la posibilidad de aceptar, toda vez que el contrato proyectado con la oferta parecería adolecer de una imposibilidad inicial de cumplimiento (y sería nulo). Tal como lo veo, la cláusula actuó como referencia de una idea de responsabilidad contractual latente. Tanto es así, que el destinatario ni siquiera reclamó otros posibles daños contractuales y limitó su pretensión al importe de la cláusula penal; reclamación que es finalmente enervada por la Sala 1.<sup>a</sup>, por otros motivos<sup>473</sup>.

Se desconoce la actuación posterior del destinatario de la oferta de venta, tras ver frustrada la efectiva adquisición del dominio de la finca ofertada, pues centró su pretensión en obtener la indemnización basada en la cláusula penal. Ello no significa que no existieran otros daños, solo que no se alegó ni se probó su existencia. Según los hechos, el destinatario desinvertió y liquidó participaciones en fondos de inversión para poder hacer frente a los primeros pagos del precio. No constan las condiciones de tal liquidación. Se ignora, también, si el destinatario, con esa liquidez, acometió una *operación de reemplazo* mitigadora adquiriendo otra u otras fincas similares (según la sentencia, estaba interesado en adquirir una «finca con casa» [FD 1.º, aptdo. 1]); y las condiciones en que, en su caso, lo hizo. Como fuere, creo que si el destinatario, ante la imposibilidad de adquirir efectivamente la finca, hubiera destinado su liquidez a una inversión completamente diferente de bienes raíz

---

<sup>473</sup> Es relevante el siguiente párrafo: «La indemnización que podía exigir la compradora por el incumplimiento de los vendedores era el resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente producidos, no la fijada en la cláusula penal para el caso de que iniciada la ejecución del contrato se produjera el incumplimiento imputable a los vendedores. Para otorgarla era preciso justificar no solo el incumplimiento del contrato por los demandados sino también la efectiva causación de tales daños y perjuicios y su cuantía, lo que no se ha hecho por la demandante» (FD 13.º).

ces «con casa» similares, que le hubiera reportado pérdidas (por ejemplo, una inversión en bolsa), ese daño no sería indemnizable.

Al leer esta sentencia, uno no puede evitar preguntarse cuál habría sido el fallo del TS, si no hubiera existido cláusula penal o si la pretensión del demandante hubiese sido otra.

## 9.8 LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL TERCER CONTRATANTE

1. Corresponde ahora referirse a la responsabilidad en que podría incurrir el tercero que adquiere la cosa que había sido ofertada, de modo vinculante, al primer destinatario. La responsabilidad hipotética del tercer contratante únicamente parecería tener recorrido –por equiparación al derecho de opción no inscrito<sup>474</sup>– en los casos en que éste actúe de mala fe, es decir, conociendo o no pudiendo ignorar el hecho de que el bien ofertado ya lo había sido a un primer operador. El fundamento de esta responsabilidad, de darse, desde luego sería extracontractual y se basaría en el principio del *neminem laedere* (art. 1902 CC)<sup>475</sup>.

2. En mi opinión, resulta discutible hacer responder, frente al destinatario de la oferta irrevocable, a un tercero, al que también se le ha ofrecido la cosa ofertada y la ha aceptado antes, perfeccionando y consumando el contrato de compraventa. En primer lugar, porque se haría demasiado costoso establecer un grado de certeza o conocimiento del tercero, a partir del cual puede considerarse que actúa de mala fe al comprar la cosa. Además, cuando el tercero acepta la segunda oferta y se perfecciona su contrato ni siquiera existe, del lado del destinatario inicial, un derecho de crédito que deba respetar, sino una mera expectativa. Y es que la irrevocabilidad de la oferta no elimina la facultad de disposición del oferente<sup>476</sup>. Por ello, en el caso de la oferta vinculante no considero apro-

<sup>474</sup> Vid. en este sentido PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, 2005, pp. 368-370.

<sup>475</sup> MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pp. 199-200. GARCÍA RUBIO, basándose en AUBERT, apunta que, cuando el tercer contratante es de mala fe (y la es oferta irrevocable), el contrato concluido con éste es inoponible al destinatario inicial de la oferta, por lo que, si éste lo desea, puede concluir el negocio o, siendo esto prácticamente imposible, obtener una condena *in solidum* del oferente y del tercero tendente a la indemnización del equivalente contractual (*La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 144).

Sobre la protección aquiliana del derecho de crédito en Derecho español, *vid.* la excelente monografía de PÉREZ GARCÍA, *La protección...*, cit., pp. 107-123.

<sup>476</sup> *Supra* 4.3.1[2] en Derecho alemán; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil...*, cit., § 62 III, p. 467. En España, la jurisprudencia admite que la concesión de una opción de compra no elimina la facultad de disposición de los concedentes (SSTS 30.9.1989 [Pte. González Poveda, RJ 1989/6393], 7.5.1996 [Pte. Gullón Ballesteros, RJ 1996/3779] y 5.6.2006 [Pte. Almagro Nosete, RJ 2006/3067]).

piado imputar al tercero responsabilidad alguna, incluso aunque conociese la existencia de la oferta inicial<sup>477</sup>.

3. Si el destinatario de la oferta vinculante ya hubiese aceptado cuando se produce la transmisión de la cosa vendida al tercero, parece que, esta vez sí, tendría que acudirse la eventual responsabilidad por daños del tercero que vulnera dolosa o negligentemente el derecho de crédito ajeno. Nuestra jurisprudencia ha avalado, abiertamente y de modo general, la procedencia de una responsabilidad resarcitoria por intromisión en el derecho de crédito ajeno – como derecho subjetivo–, llegando incluso a afirmar que la actuación dolosa del tercero conduce a la reparación por él de *todas* las consecuencias dañosas derivadas de su actuación<sup>478</sup>. Sin negar la cabida de dicha responsabilidad en nuestro ordenamiento, creo que, al menos en el caso de venta a un tercero, la atribución de responsabilidad a este debe realizarse con cautela. En contra de una muy autorizada opinión al respecto<sup>479</sup>, no me parece del todo evidente que se deba atribuir responsabilidad al tercero que contrata con el deudor por lesión del derecho de crédito del acreedor, simplemente porque conociese la existencia del dicho derecho. Se antoja difícil sostener, sin más, que este tercero actúa de manera culposa o, por mejor decir, que con su actuación infringe un deber objetivo de conducta impuesto para la protección de otros (art. 1902 CC)<sup>480</sup>, por el solo hecho de comprar la cosa conociendo la existencia del derecho de crédito. Parece que, en tal caso, ha de exigirse del tercero *algo más* que el mero conocimiento o imposibilidad de ignorar la existencia del derecho de crédito.

4. Junto con el conocimiento de la existencia del derecho de crédito (o la imposibilidad de ignorarla), creo que debe exigirse una *actuación* concreta del tercero, orientada a provocar el incumplimiento del deudor y que persiga (o cuanto menos no pueda ignorar) afectar la posición patrimonial del acreedor en el mercado, más allá de las solas consecuencias inmediatas que el incumplimiento del contrato le pueda ocasionar. Me parece que la actuación del tercero debe exceder de una legítima captación de factores en el

---

<sup>477</sup> La STS 12.3.2008 (Pte. Roca Trías, RJ 2008/4046) –en un caso de transmisión a un tercero del bien por el concedente de un derecho de opción– afirma que el incumplimiento del contrato de opción de compra no puede ser imputable al tercero, aunque conociese la existencia de la opción, ya que no se probó que su conducta produjese el incumplimiento (FD 2.º).

<sup>478</sup> Valgan las SSTS 5.2.2014, FD 12.º (Pte. Saraza Jimena, RJ 2014/1060); y 6.10.2015, FD 5.º (Pte. Baena Ruiz, RJ 2015/4738).

<sup>479</sup> PÉREZ GARCÍA, *La protección...*, cit., pp. 427-436.

<sup>480</sup> Sobre la noción de culpa SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA/JUÁREZ TORREJÓN/ NAVARRO MENDIZÁBAL/BASOZABAL ARRUE/GREGORACI FERNÁNDEZ/DE COUTO GÁLVEZ, «Capítulo 2: Elementos sustantivos de la pretensión», en SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA, *Prácticum daños 2017*, 2016, párr. 2/805 2/925, pp. 258-268.

mercado, que este además se encarga de incentivar<sup>481</sup>. Tampoco parece ocioso considerar la condición de competidor efectivo del acreedor que pueda ostentar el tercero<sup>482</sup>.

En este sentido, una ponderación razonable de la eventual responsabilidad extracontractual del tercero, para el supuesto que nos ocupa, se contiene en el artículo 14 LCD. Este precepto representa una buena prueba de la necesidad de exigir algo más que el mero conocimiento del derecho de crédito ajeno para fundamentar la responsabilidad del tercero<sup>483</sup>. Como es sabido, el artículo 14 LCD indica aquellas conductas que, por «*sucumbir al juicio de deslealtad*», se consideran ilícitas y, en consecuencia, pueden fundamentar la responsabilidad extracontractual, por vulnerar una leal competencia (art. 32.5 LCD). Sin ánimo de profundidad, conviene advertir que la inducción a la infracción contractual (art. 14.1) y la inducción a la terminación regular de un contrato (art. 14.2) requieren unas particulares *finalidades* en la actuación del tercero, sin las cuales la conducta parece permitirse<sup>484</sup>. E incluso el propio aprovechamiento del incumplimiento contractual ajeno (art. 14.2) –así como la inducción a la terminación regular de un contrato– exigen requisitos o circunstancias adicionales al simple conocimiento, que revelen la deslealtad en un ambiente concurrencial<sup>485</sup>.

5. La regulación comprendida en el artículo 1473 CC, para el caso de doble venta, no me parece una referencia del todo adecuada para abordar el supuesto planteado. Este artículo tiene su antecedente en el artículo 982 P. 1851. Este último precepto estaba sistemáticamente relacionado con el artículo 981 P. 1851 que, como es sabido, indicaba que la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, adoptando así una solución de corte francés. Según informa García Goyena, cuando por diversos contratos alguien se obligaba a entregar la misma cosa (mueble) a diversas personas, la entrega decidía la adquisición de la propiedad, como excepción a la transmisión consensual *ex* artículo 981 P.

<sup>481</sup> Sobre la relación, en general, entre la libertad de obtener provecho a partir de elementos patrimoniales ajenos y la pretensión del titular de estos para excluir la acción de terceros, *vid.* BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento...*, cit., pp. 131-136. En concreto para competencia desleal, MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 404.

<sup>482</sup> En este sentido y refiriéndose a la STS 23.3.1921 (*Caso Raquel Meller*), CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 612-613.

<sup>483</sup> Advierto que dejo a un lado los supuestos de lesión del derecho de crédito motivados por una actuación que podría considerarse ajena a una actuación enteramente contractual o, si se quiere, competencial. Por ejemplo, el tercero coleccionista de arte, que puede ser además competidor del acreedor, también coleccionista, destruye dolosamente el valioso cuadro que este había comprado.

<sup>484</sup> MASSAGUER FUENTES, *Comentario...*, cit., pp. 406-418. Así, el mismo autor apunta que la simple realización de una oferta ventajosa no basta para entender producida una inducción al incumplimiento de obligaciones contractuales básicas; el objetivo ha de ser el incumplimiento y sus resultados (*Comentarios...*, cit., p. 407).

<sup>485</sup> MASSAGUER FUENTES, *Comentario...*, cit., pp. 418-419.

1851, fundada en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles<sup>486</sup>. Creo que la referencia histórica ilustra bien el concreto problema que persigue resolver el artículo 1473 CC, que es el problema de la atribución de la propiedad en estos casos (aunque el sistema del código exige título y modo)<sup>487</sup>. Más allá de ello, estimo complicado, a partir del artículo 1473 CC, sacar conclusiones sobre la eventual responsabilidad extracontractual del tercero frente al destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación.

6. En consecuencia, la mera contratación con el deudor, aun conociendo la existencia del derecho de crédito inicial (o la oferta vinculante, si aún no se aceptó) no me parece requisito que, por sí solo, permita basar la responsabilidad del tercero con arreglo al artículo 1902 CC. Si no se quiere restringir en exceso la libre competencia, se debe requerir algo más<sup>488</sup>.

## 9.9 LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE POR PÉRDIDA DE LA COSA OFRECIDA

Cuando la cosa específica ofrecida en una oferta vinculante de venta se pierde (por un incendio en la fábrica del oferente, por ejemplo), surge la cuestión de si el oferente incurre en algún tipo de responsabilidad. El caso guarda cierta similitud con la venta de la cosa a un tercero. Parece que la pérdida de la cosa trae consigo la revocación de la oferta, que debe comunicarse<sup>489</sup>. La pregunta es si esa revocación puede hacerse libremente y sin consecuencias. En mi opinión, el hecho de la pérdida no allana el camino de la revocación para el oferente; el destinatario podría igualmente aceptar.

<sup>486</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, III, 1852, p. 15.

<sup>487</sup> Sobre la protección del acreedor de dominio frente a terceros de mala fe en casos de doble venta *ex art.* 1473 CC, *vid.* PÉREZ GARCÍA, *La tutela...*, cit., pp. 195-233; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 624.

<sup>488</sup> El profesor PÉREZ GARCÍA considera que basta con el conocimiento de la existencia del derecho de crédito por el tercero para fundamentar la responsabilidad extracontractual de este. Este conocimiento constituiría, para él, el criterio de imputación subjetivo de la mala fe. Ahora bien, este autor –reconociendo la necesidad de operar cautelosamente, so pena de restringir el tráfico– identifica la mala fe del tercero con la certeza relativa a la existencia del derecho de crédito ajeno (conocimiento fehaciente) y excluye al tiempo la validez de los simples indicios; certeza esta que puede manifestarse, en su opinión, mediante la inscripción registral, la comunicación o la imposibilidad de conocer por mor de la profesión desempeñada por el tercero (*La protección...*, cit., pp. 427-436). Lo que aquí se defiende –sin por ello dejar de asumir las brillantes aportaciones del citado autor– es la necesidad de exigir, además del conocimiento certero, una actuación culposa o dolosa del tercero, en el sentido de infracción del deber objetivo de cuidado orientada a perjudicar la posición del contratante que ve defraudado su interés.

<sup>489</sup> *Supra* 9.4 [1].

Otra cosa es qué sucede a partir de aquí. En este trabajo, se defiende que la imposibilidad originaria de la prestación no determina la nulidad de la obligación<sup>490</sup>. Por tanto, la pérdida de la cosa ofrecida debe permitir al destinatario aceptar, perfeccionar el contrato y convertirse en acreedor. Situados en este punto, habría que tratar el supuesto de acuerdo con las reglas de la imposibilidad sobrevenida en relación con el incumplimiento<sup>491</sup>. Al no ser posible ya pretensión de cumplimiento (arts. 1182-1184 CC) habría que dilucidar si el destinatario-acreedor puede valerse de otros remedios frente al incumplimiento, en que se traduce la revocación por pérdida de la cosa. En particular, habría que determinar si el oferente-deudor responderá del daño causado; y lo hará si la pérdida le es subjetivamente imputable<sup>492</sup>.

Otra manera de abordar la cuestión es aquella que emplee el binomio riesgo–frutos propuesto en su día por Carrasco<sup>493</sup>. Este autor sostiene que el riesgo de pérdida fortuita de la cosa está de lado de la parte que percibe o retiene los frutos. Siendo esto así, cabría entender que, en una oferta de venta con eficacia vinculante, dado que los frutos los percibe en principio el oferente de venta, hasta el perfeccionamiento del contrato (arts. 354, 1095 y 1468 CC), el riesgo de pérdida de la cosa lo soporta él. Por tanto, no podría revocar su oferta libremente y, además según esta tesis, tendría que responder, si el destinatario se acepta. Lo contrario sucedería en una oferta de venta de una herencia, donde los frutos pertenecen al comprador desde antes de la venta (art. 1533 CC)<sup>494</sup>.

## 9.10 EL ERROR DEL OFERENTE EN EL CÁLCULO DEL PRECIO Y SU RESPONSABILIDAD

1. Sabemos que el oferente puede cometer un error en el cálculo del precio de su oferta, como vimos al estudiar la confianza productora de vinculación<sup>495</sup>. Este supuesto es particularmente

<sup>490</sup> *Supra* 9.1, 9.3 y 9.4.

<sup>491</sup> Toda vez que la imposibilidad sobrevenida, en el moderno Derecho de contratos, no es sino un supuesto más de incumplimiento, independiente de la causa que lo motive o las circunstancias en que se produzca, como se ha encargado de recordar recientemente la profesora GÓMEZ CALLE («La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *ADC*, 2017-I, p. 98).

<sup>492</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1044. La imputación subjetiva al oferente-deudor se determinaría con arreglo a los arts. 1104 y 1105 CC. Según PANTALEÓN PRIETO, para que el deudor se exonere de la obligación de indemnizar, (i) la falta de cumplimiento debería haber sido provocada por un impedimento ajeno a su esfera de control; (ii) tendría que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento fuese imprevisible al tiempo de contratar; y (iii) tendría que ser un suceso inevitable («El sistema...», cit., pp. 1067-1068; y «El sistema...», cit., p. 1021).

<sup>493</sup> CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., pp. 1138-1140.

<sup>494</sup> *Supra* 8.5

<sup>495</sup> *Supra* 2.2.2.1; 4.3.2; 8.2.1 y 8.2.2.

relevante en contextos de contratación de obras. Aquí, la oferta puede ser vinculante en atención a la confianza del destinatario-contratista en la propuesta del oferente-subcontratista<sup>496</sup>. Lo que me planteo es si la responsabilidad del oferente de una oferta vinculante admite ser matizada en atención a la contribución que el error del oferente-subcontratista al formular su oferta haya podido tener en el éxito final del contratista-destinatario en la licitación. Expresado de otro modo, cabe pensar que, si la oferta del subcontratista hubiese estado bien formulada, al destinatario no le habría sido concedida la realización de la obra, teniendo que destinar sus recursos de otra manera.

En la contratación de obras públicas bajo Derecho español, los criterios de valoración de ofertas se recogen en los pliegos y documentación que gobierna la licitación (art. 139.1 TRLCSP 2017). Normalmente se atiende a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, como la calidad o el precio; con la particularidad de que, si solo se aplica un criterio de adjudicación, éste ha de estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida (art. 146.1 TRLCSP 2017)<sup>497</sup>. De este modo, puede decirse que, en función de los mayores o menores criterios empleados para la adjudicación del contrato, el peso de la oferta del subcontratista que contiene un error de cálculo sea mayor o menor y, con ello, su incidencia en el buen éxito del contratista licitante<sup>498</sup>.

2. La (paradójica) contribución de la oferta del subcontratista al éxito del contratista en la licitación conduce a la pregunta de si resulta correcto indemnizar, en casos de error, al destinatario de la oferta mediante la operación de reemplazo. Quizás sea más razonable conceder al destinatario de la oferta, en estos, casos una

<sup>496</sup> *Supra* 8.2.1 a 8.2.4.

<sup>497</sup> El art. 150.1 II TRLCSP 2011 disponía que, si solo se aplica un criterio, éste tenía que ser necesariamente, el del precio más bajo.

<sup>498</sup> Era ilustrativo el primer párrafo del art. 150 TRLCSP 2011, recientemente derogado: «Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes». Hoy, el art. 145.1 TRLCSP 2017 establece que la adjudicación de los contratos se realizará atendiendo a una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio; a lo que añade que, previa justificación, se puede adjudicar con base en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida.

indemnización consistente en la diferencia entre el precio de la oferta del contratista en la licitación y el de la siguiente oferta de precio más elevado de aquellas que participaron en la licitación<sup>499</sup>; oferta que sí recoge un correcto cálculo. A favor de esta solución se postula la hipótesis expuesta de que la licitación ha sido ganada por el contratista gracias, en parte, a la oferta erróneamente confeccionada por el subcontratista. La siguiente oferta de precio más elevado podría haber sido la ganadora de la licitación, si la oferta de nuestro destinatario no contuviese error, o si este no hubiese licitado. Y, de hecho, lo habría sido de haberse tenido en cuenta por el adjudicatario únicamente el precio más bajo, como criterio (lo que no será siempre así). En efecto, este método de determinación de la responsabilidad del subcontratista, que revoca, solo funcionará bien cuando el único criterio elegido para adjudicar la obra haya sido el precio. Además, no hay que pasar por alto que el contratista ha quedado obligado a ejecutar la obra conforme le ha sido adjudicada.

3. El criterio que determinaría la responsabilidad del subcontratista mediante la diferencia entre el precio de la oferta del contratista en la licitación y el de la siguiente oferta de precio más elevado de aquellas que licitaron solo se antoja adecuado cuando la adjudicación de la obra atiende en exclusiva al precio, con exclusión del resto de criterios<sup>500</sup>; y bajo determinadas circunstancias (que la equivocación del subcontratista provoque que la oferta del contratista ya no sea la más competitiva en cuanto a precio). Hay que advertir que una aproximación de este tipo nos acerca a la *compensatio lucri cum danno*<sup>501</sup>.

<sup>499</sup> Así, FARNSWORTH pone de manifiesto que en Estados Unidos muchos tribunales han recurrido a esta solución (*On contracts*, cit., § 3.25, p. 367, nota 16).

<sup>500</sup> En ese caso, la diferencia entre ambas pujas en la licitación sería el error del subcontratista oferente.

<sup>501</sup> La *compensatio lucri* se define como «la regla que indica que, al momento de realizar la evaluación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias beneficiosas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral» (ALDAX, «Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura», *Lecciones y Ensayos*, Vol. 90, 2012, p. 24). La Sala 1.<sup>a</sup> del TS, en su STS 15.12.1981 [Pte. De la Vega Benayas, RJ 1981/5157] entendió que «el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (*compensatio lucri cum damno*), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto». No obstante, esta sentencia ha sido criticada y su doctrina parece haberse corregido por la STS 17.10.1998 [Pte. Villagómez Rodil, RJ 1998/8071]. La doctrina mayoritaria entiende, por influencia de Pantaleón Prieto, que la *compensatio* no admite adquirir la dignidad de «regla de principio», requiriendo su aplicación, cuanto menos, cautela, a fin de evitar descontar la indemnización debida al acreedor con el desplazamiento del daño (SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA/JUÁREZ TORREJÓN/NAVARRO MENDIZÁBAL/BASOZABAL ARRUE/

## X. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS Y LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE EN DERECHO ESPAÑOL

1. Durante el plazo de vigencia de la oferta vinculante<sup>502</sup> puede producirse un cambio abrupto de las circunstancias que existían en el momento de su formulación, cuando esta tiene un plazo más o menos amplio de vigencia. Cabe preguntarse entonces en qué medida la alteración de las circunstancias afecta o puede afectar a la eficacia vinculante de la oferta.

En Derecho español, apenas se ha planteado la posibilidad de apreciar una alteración sobrevenida de las circunstancias a la oferta vinculante de contrato, como sí ha sucedido en Derecho alemán<sup>503</sup>. Entre nosotros, solo Gómez Laplaza, que me conste, ha aludido a las tesis de Flume y Larenz, que permitan no exigir responsabilidad al oferente, cuando el cambio de circunstancias era *imprevisible* y *no asumió el riesgo*. Avalan, para la autora, esta solución, los principios de confianza y autorresponsabilidad<sup>504</sup>.

2. En el plano contractual y en Derecho español, la problemática del cambio de circunstancias se ha circunscrito tradicionalmente a la ejecución de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida. En este ámbito, han proliferado, desde antaño, diferentes teorías encaminadas a relajar el principio de vinculación al contrato («*pacta sunt servanda*»). Ahora no me corresponde ocuparme de estas teorías<sup>505</sup>. Conviene precisar, sin embargo, que el tratamiento de la alteración de circunstancias sobre contratos de tracto único, pero de ejecución diferida en el tiempo, parece asemejarse mejor a la oferta vinculante de contrato. Esto es importante y conduce, como se verá, a una apreciación muy limitada del cambio de circunstancias a favor del oferente.

---

GREGORACI FERNÁNDEZ/DE COUTO GÁLVEZ, «Capítulo 2...», cit., párr. 2/60, pp. 188-189 y párr. 2/1145, pp. 316-317).

Parece mostrarse a favor de aplicar la regla de la *compensatio*, sobre la base del art. 356 CC, CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., p. 1075 (nota 29); «Restitución de provechos (y II)», cit., p. 56.

<sup>502</sup> *Supra* 7.2 y 7.3.

<sup>503</sup> *Supra* 4.3.3.

<sup>504</sup> GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 85.

<sup>505</sup> Puede citarse la doctrina de la «*rebus sic stantibus*», la teoría de la base del negocio o la excesiva onerosidad. A estos efectos, véase los importantes trabajos de SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009; y PARRA LUCÁN, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4/2015; ampliamente y con exhaustivas referencias al derecho comparado, español y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS, SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento del contrato y modalidades de su ejercicio*, 2004, pp. 77-201.

## 10.1 LA ALTERACIÓN RELEVANTE A EFECTOS DE LA OFERTA VINCULANTE

1. Hay que tener en cuenta que la vinculación a la oferta es siempre menos intensa que la vinculación al contrato (art. 1091 CC). Ello nos conduce intuitivamente a la idea de que el cambio de circunstancias necesario para apartarse de la oferta vinculante será, de suyo, menos exigente que aquel que permita apartarse del contrato. Esto, que es verdad, omite un paso previo. Este paso es el de determinar primero si el cambio de circunstancias es *relevante jurídicamente* para la oferta. Si la respuesta es positiva, entonces –superada la barrera– la revocación de la oferta será libre y sin consecuencias. Porque, repárese, no me estoy preguntando si la revocación puede o no realizarse, sino si puede hacerse libremente y sin responsabilidad para oferente; que no es lo mismo.

2. Tomando como referencia los contratos de tracto único, pero de ejecución diferida, puede advertirse la dificultad de que la alteración de circunstancias adquiera relevancia jurídica para la oferta vinculante (como paso previo). Se trata de un problema de asignación de riesgos<sup>506</sup>. Hay que ver si el oferente asumió o no, con su declaración, el *riesgo* de la alteración del cambio de circunstancias que termine por vincularle en el contrato proyectado<sup>507</sup>. En contratos de tracto único, pero de ejecución diferida, la alteración de circunstancias que rompe el equilibrio del contrato suele responder a un error de previsión de la parte que lo sufre; riesgo que podría haberse neutralizado con una mejor estrategia empresarial<sup>508</sup>. Si extrapolamos esta idea a la oferta vinculante, existen buenos argumentos para sostener que la elevación o caída de los precios, así como la alteración de elementos que se tienen en cuenta al emitir una oferta de contrato por un operador en el mercado no son, de ordinario, circunstancias radicalmente imprevisibles. Ello a efectos de impedir conductas especulativas por el oferente a costa del destinatario.

Pongamos por caso una oferta de contrato de crédito, emitida a un tipo de interés del 8% y con un plazo para la aceptación de 6

<sup>506</sup> SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias...», cit., p. 35. También MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983-IV, pp. 1537 y ss.

<sup>507</sup> Es importante, por tanto, no perder de vista el contrato proyectado con la oferta a efectos de asignar relevancia jurídica o no a la alteración de circunstancias.

<sup>508</sup> Vid. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 992-993. En este sentido, la Sala 1.ª del TS, considera que «en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida» [*Vid.* SSTS 10.2.1997 (Pte. González Poveda, RJ 1997/665) y 15.11.2000 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez, RJ 2000/9214)].

meses, durante el cual la oferta es vinculante. El destinatario puede hacer depender su decisión sobre la aceptación de la evolución de los tipos de interés durante el período concretado por la oferta. Así, si los tipos de interés descienden por debajo del 8%, buscará un crédito alternativo en el mercado; mientras que, si ascienden por encima del tipo de la oferta, aceptará. Parece que una normal oscilación de los tipos de interés, tanto al alza como a la baja, en el período de 6 meses resultará previsible para el oferente del crédito<sup>509</sup>. Por ello, si al cabo de los 6 meses el destinatario acepta la oferta, estando los tipos de interés en el mercado a un 11%, no parece que el oferente pueda revocarla al abrigo del cambio de circunstancias supuestamente imprevisto. Habrá que ver, en cualquier caso, cómo eran las perspectivas de evolución. En caso de que el oferente revoque su oferta, tendrá que responder, si finalmente recae aceptación y se causó un daño<sup>510</sup>.

La alteración sobrevenida de las circunstancias que permita revocar libremente la oferta vinculante no puede desprenderse de las oscilaciones normales del mercado. Tales oscilaciones (en los precios de una oferta de venta o de compra, por ejemplo) están y deben estar, a mi entender, dentro de las previsiones del operador que emite esta declaración de voluntad con eficacia vinculante<sup>511</sup>.

Así, no es evento radicalmente imprevisto, en una oferta de venta de unos terrenos para la construcción, la variación del plan urbanístico que afecte al volumen edificable del terreno objeto de la oferta, durante el periodo que media entre la emisión de la oferta con eficacia vinculante y la aceptación<sup>512</sup>. Hay que admitir que este supuesto se antoja más complicado, pues responde a una vicisitud que no es simplemente la oscilación de precios. Si la modificación del Plan General de Ordenación Urbana era previsible en ese momento (o no era descartable) para una sociedad dedicada a la construcción, entonces la reducción del volumen edificable del terreno no parece ser un factor que permita a la oferente revocar sin más trámite su oferta (cuando esta tenía eficacia vinculante). De concurrir aceptación de la empresa destinataria, la responsabilidad (contractual) en la que incurriría la oferente, ahora convertida en deudora, se concretaría en la indemnización procedente (art. 27.3 TRLS). Nótese que, en este

<sup>509</sup> Ejemplo tomado de MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª ed., 2006, § 26, Rn. 368, p. 143.

<sup>510</sup> A propósito del ejemplo, puede añadirse la improcedencia de estimar relevante el cambio de circunstancias, cuando el afectado especula al alza y a la baja con el valor del contrato (CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 980).

<sup>511</sup> En este sentido, la STS 29.5.1996 (Pte. Ortega Torres, RJ 1996/3862) declaró, bien que, para un caso de opción de compra, que «el aumento de valor de la finca objeto de la opción de compra no puede calificarse por sí solo de “alteración completamente extraordinaria” ni menos aún puede reputarse consecuente a circunstancias radicalmente imprevistas» (FD 5.º).

<sup>512</sup> STS 22.4.2004 (Pte. González Poveda, RJ 2004/2673).

caso, podría haber una rebaja proporcional de la contraprestación a pagar por el destinatario de la oferta, una vez acepte, si se reconoce –como así lo creo– que la acción *quanti minoris* es un medio reinstaurador de la equivalencia de las prestaciones y de tutela del acreedor frente al incumplimiento<sup>513</sup>.

3. Como se ve, la *relevancia jurídica* de la alteración de circunstancias en sede de oferta vinculante equivale a comprobar si, en el caso, el oferente asumió o no el riesgo de modificación de circunstancias; ello sucede, a mi juicio, cuando se trata de oscilaciones normales del mercado. Nótese que si el oferente ha dotado de eficacia vinculante a su oferta probablemente será para conferir seguridad al destinatario frente a este tipo de oscilaciones. Fuera de estos casos, la alteración de circunstancias sí adquiriría, a mi juicio, relevancia jurídica. Por ejemplo, en casos de insurrecciones bélicas<sup>514</sup> o crisis humanitarias<sup>515</sup>. Mayores dudas suscitan los supuestos que afectan en la esfera interna del oferente<sup>516</sup>.

La *rescisión por lesión «ultra dimidium»*, propia del Derecho civil catalán (art. 621-46 Comp. Catalana), guarda cierta relación con la alteración sobrevenida de las circunstancias como causa de revisión de los contratos. Ello debido (*i*) a la naturaleza jurídica objetiva, independiente de los vicios del consentimiento, que presenta esta institución (en contraposición con lo que ocurre en el

<sup>513</sup> PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1051.

<sup>514</sup> Así, una oferta de venta de aceite con eficacia vinculante, que permanece abierta durante 2 meses, estallando entre tanto un conflicto bélico en la zona de producción del aceite, parece que debe permitir al oferente revocar sin mayor problema (*vid.* STS 13.6.1944 [RJ 1944\893 bis]).

<sup>515</sup> Supongamos que, en mayo de 2015, se emite una oferta de venta y envío de un determinado material a un contratista, que éste necesitaba en caso de que le fuese adjudicada la licitación a la que ha concurrido. Admitimos, por lo tanto, que la oferta tenía eficacia vinculante. El oferente es británico y el destinatario-contratista español. Para el envío, las mercancías habían de atravesar el *Canal de la Mancha*. La oferta iba a permanecer abierta para la aceptación durante 3 meses, e incluía un precio y un compromiso de llegada de la mercancía a España en 3 días, desde la aceptación. Pues bien, la situación de crisis humanitaria vivida en el verano de 2015 –y cuyos efectos aún hoy se experimentan– provocó importantes retrasos en los servicios del túnel que conecta Reino Unido con el continente, y puede constituir una alteración de las circunstancias tomadas en cuenta para emitir la oferta de contrato que autorice al oferente a revocarla ante tiempo sin incurrir en responsabilidad.

<sup>516</sup> Imagínese, por ejemplo, un operador que ofrece la construcción y puesta en funcionamiento de una determinada máquina, bajo unas determinadas condiciones de precio y prestaciones, a un destinatario, teniendo la oferta eficacia vinculante durante, pongamos, 3 meses. Si, transcurrido un mes, se produce una huelga de los trabajadores de su sector que le impide cumplir con los términos del contrato proyectado con la oferta, en caso de que se produzca aceptación, podrá revocar su oferta libremente y exonerarse si la huelga fuese imprevisible. Aquí será determinante la duración, seguimiento e intensidad de esta. Y es que bien podría considerarse que una huelga –esta vez– en la factoría del oferente no es, por sí solo, hecho determinante de una modificación sobrevenida de las circunstancias que altere en términos desproporcionados la base sobre la que se emitió la oferta (*vid.* DÍEZ-PICAZO, «Cláusula rebus sic stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación», *CCJC*, 6, 1984, p. 1917).

Derecho civil navarro<sup>517</sup>); y (ii) a la relación que la rescisión por lesión catalana y la alteración sobrevinida de las circunstancias con la idea de equivalencia de las prestaciones<sup>518</sup>. Llevado al plano de la *oferta vinculante de contrato*, puede ser interesante estudiar la revocación de una oferta con eficacia vinculante, si en el momento de perfeccionamiento del contrato (con la aceptación) se aprecia una lesión (en más de la mitad) con respecto a la fecha de emisión de la oferta. En Cataluña, se ha planteado la procedencia de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*» de una opción de compra sobre un bien inmueble, cuyo valor de venta en el momento de ejercicio de la opción se había incrementado en más de la mitad con respecto al precio de ejercicio pactado en el momento de su concesión<sup>519</sup>. El TSJ de Cataluña considera que la valoración del «precio justo» (y, por tanto, de la eventual lesión) ha de realizarse de acuerdo con el precio de venta del inmueble en cuestión *en el momento de concesión del derecho de opción* (momento de contratar); y no en el momento de ejercicio de este (tiempo después y comparando con el precio por el que la opción se concede). Así se ha codificado en el artículo 621-46.3 Comp. Catalana. Lo anterior da pie a aplicar esta doctrina *de modo invertido* a la oferta con eficacia vinculante. En la oferta únicamente concurre la voluntad del oferente, en tanto no haya sido aceptada. Por eso, cuando se produce un incremento sustancial del precio del bien inmueble objeto de una oferta vinculante de venta (o una bajada abrupta en la de compra), debe permitirse la revocación libre antes de la aceptación, si se tiene que el contrato que se perfeccionase –en caso de aceptarse la oferta– irrogaría una lesión al oferente en comparación con el precio inicial de la oferta. Esto no impide que el contrato que se perfeccionase fuere a su vez rescindible por lesión, de cumplirse los requisitos. Hablamos aquí simplemente de permitir revocar libremente una oferta con eficacia vinculante en aquellos casos en que el ordenamiento permite la rescisión del contrato por lesión, mediante la comparación del precio de la oferta de venta del bien con el valor del bien antes de la aceptación. No permitir el ejercicio que acabo de presentar convertiría, de algún modo, a la oferta vinculante en un derecho de opción a favor del destinatario; en aquellos ordenamientos que permiten rescindir. Con todo, se antoja improbable una oferta vinculante de venta cuyo plazo de vigencia sea tan largo que permita la apreciación de una lesión entre su precio y el valor posterior del bien antes de la aceptación<sup>520</sup>.

<sup>517</sup> Arts. 499-507 Comp. Navarra 1973. Como es sabido, la rescisión por lesión no se permite con carácter general por el ordenamiento civil común para los contratos (art. 1293 CC), salvo en supuestos de contratos (i) celebrados por tutores sin autorización judicial o (ii) celebrados en representación de ausentes, y siempre que la lesión se sufra en más de la cuarta parte (art. 1291.1.º y 2.º CC).

<sup>518</sup> Sobre el fundamento objetivo de la institución de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*» catalana *vid.*, entre otras, SSTSJ Cataluña 23.1.2012 (Pte. Anglada Fors, RJ 2012/4210), 2.11.2009 (Pte. Valls Gombau, RJ 2010/257) y 9.10.2008 (Pte. Ramos Rubio, JUR 2009/296117).

<sup>519</sup> SSTSJ Cataluña 19.5.2003 (Pte. Bassols Muntada, RJ 2003/6230) y 7.1.2011 (Pte. Bassols Muntada, RJ 2011/1418).

<sup>520</sup> Aun así, en Derecho alemán *vid. supra* 4.3.3 [3], nota 188.

## 10.2 LAS CONSECUENCIAS DE LA ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS

1. Una vez determinado que la alteración de circunstancias es *relevante jurídicamente* en el plano de la oferta, porque el oferente no ha asumido el riesgo de esta modificación con la emisión de su declaración de voluntad, la consecuencia es permitir la libre revocación de la oferta vinculante.

2. Junto con esta consecuencia, no parece descabellado conferir al oferente la posibilidad de optar, ante un hipotético cambio de circunstancias relevante, entre la revocación libre o la reformulación de la oferta, ahora adaptada al nuevo cambio de circunstancias<sup>521</sup>. No considero, eso sí, que la modificación o reformulación de la oferta deba gozar de prioridad respecto de la llana revocación, pues la vinculación a la oferta es, en cualquier caso, menor.

3. Tampoco parece haber mayor inconveniente en que la propia oferta vinculante incluya una previsión sobre la libre revocación en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias y antes de producirse la aceptación<sup>522</sup>.

## XI. A MODO DE CONCLUSIONES DE LA PARTE SEGUNDA

1. Después del análisis del Derecho español sobre la oferta vinculante de contrato y responsabilidad por revocación se pueden realizar algunas conclusiones.

2. En Derecho español, la oferta de contrato no es vinculante, como norma general. Su eficacia vinculante es excepcional y puede venir por diversas vías. Una de ellas es la declaración expresa del oferente en tal sentido, lo que no equivale a un negocio jurídico ni debe llevar a defender la existencia de un supuesto de voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

3. La confianza del destinatario es susceptible de producir eficacia vinculante en la oferta. Para ello (i) se requiere una actuación inicial previa del destinatario; (ii) la confianza no puede ser aislada, sino que debe concretarse en otra actuación (u omisión) del destinatario, basada en la propia oferta; (iii) la confianza debe ser merecedora de protección, lo que no sucede en casos de errores

---

<sup>521</sup> Posibilidad semejante a la prevista en el art. 1468 CC italiano para los contratos con obligaciones de una sola parte (*vid.* Díez-PICAZO / GULLÓN *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II-1, 11.ª ed., 2016, p. 258). *Vid. supra* 4.3.3 [3] sobre la posibilidad de adaptación de la oferta *ex* § 313 BGB en Derecho alemán.

<sup>522</sup> *Vid.* SAP Asturias (Secc. 5.ª) 17.9.2014 (Pte. Pueyo Mateo, JUR 2014/262381).

de bulto; y (iv) la actuación en confianza de la oferta ha de haber irrogado un daño al destinatario.

Y, en particular, si se pretende fundar la irrevocabilidad de la oferta en la confianza, habiendo cometido el oferente un error en su formulación, las bases dogmáticas del error en la declaración de voluntad constituyen una buena herramienta para valorar si, en el caso concreto, dicha confianza del destinatario merece protección.

Además, y como he indicado, la construcción teórica de la oferta vinculante basada en la confianza debe exigir, como requisito, que se haya producido un daño efectivo al destinatario. Para ello acompañan buenas razones, si se quiere evitar un reconocimiento de esta figura excesivamente etéreo, carente de un sólido anclaje material.

4. Se proponen otros casos donde la oferta puede adquirir eficacia vinculante. Se trata de las ofertas realizadas en cumplimiento de una obligación previa del oferente y la oferta de venta con posibilidad de prueba. En la oferta de venta con posibilidad de prueba debe dedicarse especial atención a la entrega real de la cosa ofrecida antes del perfeccionamiento. Mayores dudas se suscitan ante oferta de fianza.

5. Se han puesto de relieve las limitaciones intrínsecas de enfocar la responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante, en términos de mera irrevocabilidad, considerando ineficaz la revocación. Tales limitaciones afloran, sobre todo, en los casos de celebración de un contrato incompatible con la oferta vinculante inicial. Cuando ello sucede (y se comunica al destinatario), la revocación de la oferta es un hecho. Por mucho que la oferta sea formalmente irrevocable o vinculante, si la disposición de la cosa ofrecida es eficaz la revocación también lo será. De nada sirve entonces considerar ineficaz la revocación. La noción de «irrevocabilidad», asociada a la eficacia vinculante de la oferta no constituye, en sí misma, una solución. Que la oferta sea irrevocable solo informa de que esta vincula al oferente en mayor medida que la oferta simple. Esta mayor vinculación significa, según se propone, que el destinatario puede aceptar la oferta, aunque se haya revocado. Por eso, la «irrevocabilidad» constituye el punto de partida; no el de llegada.

El moderno derecho de contratos proporciona las herramientas teóricas y conceptuales necesarias para entender posible la aceptación de la oferta vinculante, aunque se haya revocado; y con ello posibilita también el perfeccionamiento del contrato. A tenor de los postulados del moderno derecho, la satisfacción del interés del acreedor (destinatario) no se agota en el deber de prestación. Así,

se pueden salvar objeciones teóricas que opondrían la inexistencia *ab initio* de la cosa y que impedirían aceptar porque el contrato sería nulo. Con todo, no puede desconocerse la vigencia, aun hoy, de los artículos 1272 y 1460 CC y la existencia de voces doctrinales que abogan por mantener soluciones en consonancia con estos preceptos, lo que afectaría la alternativa propuesta en este ensayo para la oferta vinculante de contrato.

Superadas estas objeciones se abre, para el destinatario, el sistema articulado de remedios frente al incumplimiento, propio de la responsabilidad contractual, donde la indemnización adquiere una relevancia particular.

6. La responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante se puede traducir en una indemnización de daños al destinatario, convertido en acreedor con la aceptación, para satisfacer su interés. Ello será especialmente útil en los casos en que el oferente, estando viva la oferta vinculante, vende la cosa ofrecida a un tercero, que la adquiere de modo irrevindicable; también, en los supuestos en que la cosa ofrecida se perdió con culpa del oferente (y en el resto de los supuestos en que la satisfacción del interés del destinatario acreedor ya no cabe por vía prestacional). Tampoco parece desacertada en los casos donde el oferente comete un error en el cálculo de la oferta, que adquirió aun así eficacia vinculante en atención a la confianza de su destinatario.

7. La indemnización al destinatario se puede concretar en el mayor coste que a este le supone adquirir un bien equivalente en el mercado (operación de reemplazo), cuando ello es posible, por no ser específico el bien ofrecido (o la prestación). La indemnización del coste de la operación de reemplazo al destinatario se antoja una solución razonable en estos casos, que no excluye la indemnización de otros posibles daños que se hayan podido irrogar.

La indemnización de daños contractual al destinatario de la oferta debe cumplir con la regla del artículo 1107 I CC, no siendo indemnizables daños que queden extramuros del fin de protección del contrato. En este sentido, los daños causados al destinatario-acreedor podrían limitarse a los que la regla del mercado arrojase, de no haberse realizado la operación de reemplazo.

Como fuere, la responsabilidad contractual del oferente, que revoca, exige la producción efectiva de un daño al destinatario. Ello no sucederá, si el destinatario ha podido procurarse un bien equivalente a menor precio, mediante la operación de reemplazo (y no hay daños adicionales).

8. La responsabilidad del oferente no alcanza a la restitución del beneficio que este haya podido obtener por la venta de la cosa a

ofrecida a un tercero en el mercado (*commodum ex negotiatione*), pues el derecho de crédito no concede al acreedor, en general, derecho sobre la cosa hasta la entrega, ni parece que exista relación exacta entre el precio que el deudor obtiene en el mercado y el daño que se le provoca al acreedor; sobre todo cuando la suma del *commodum* supera, con mucho, el importe que se obtendría como indemnización por incumplimiento. Que se rechace el *commodum ex negotiatione* no empece para que se pueda alcanzar un resultado similar por la vía de la indemnización contractual, precisamente cuando la cosa ofrecida es específica y no tiene equivalente en el mercado (no cabe operación de reemplazo).

9. En los casos de venta de la cosa ofrecida no creo que pueda exigírsele responsabilidad alguna al tercero que finalmente contrata con el oferente antes de la aceptación, aunque supiera de la existencia de una oferta vinculante. Hasta la aceptación, no hay derecho subjetivo susceptible de protección; y, aunque lo hubiere, creo que la responsabilidad del tercero debe requerir algo más que el mero conocimiento de la existencia del derecho subjetivo.

10. El sistema de responsabilidad contractual ofrece unas bases dogmáticas más sólidas que la visión tradicional –consistente en declarar ineficaz la revocación obligando al oferente a celebrar el contrato, si recaía aceptación– para dar respuesta a la responsabilidad por revocación de una oferta vinculante. Si concurre aceptación, la responsabilidad contractual confiere mayor seguridad jurídica y permite abordar mejor las diferentes situaciones que la revocación de la oferta puede comportar en cada caso (y contrato) concreto. También se antoja preferible esta solución a la articulación de otra de corte extracontractual, más propicia para la responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos preliminares.

En este sentido, la Sala 1.<sup>a</sup> del TS parece haber admitido, tímidamente, la canalización de la responsabilidad del oferente por la vía contractual. Lo ha hecho en un caso donde la oferta no era vinculante y ante la venta de la cosa ofrecida a un tercero.

11. La alteración sobrevenida de las circunstancias consideradas al emitir la oferta vinculante admite ser tenida en cuenta como suceso que permite al oferente revocar libremente su oferta sin consecuencias o reformular sus términos adaptándola. Para ello, es preciso que el oferente no hubiera asumido el riesgo del cambio de circunstancias con su declaración. De existir un cambio relevante de circunstancias, la oferta vinculante o irrevocable podría revocarse libremente o, en su caso, reformularse con consideración a dicho cambio.

**ABREVIATURAS**

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco de 1811).
AC	Aranzadi Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ALR	Código de Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1794.
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (Código de Comercio Alemán de 1861).
AP	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
BGH	Bundesgerichtshoff (Tribunal Supremo Alemán).
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil español.
CCo	Código de Comercio español.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDO	Considerando.
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.
COPM	Código de las Obligaciones del Protectorado Español en Marruecos.
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Marco Común europeo de Referencia).
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LDAT 1998	Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
LDAT 2012	Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht.
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Código civil holandés reformado en 1992).
OLG	Oberlandesgericht.
OR	Código de las Obligaciones Suizo.
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo (2002).

PICC	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009).
PLDC	Principios Latinoamericanos del Derecho de contratos.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
RG	Reichsgericht.
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TRLCSP 2011	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
LCS	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
TRLS	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UCC	Uniform Commercial Code.
Vid.	Vide.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, II, Vol.1, 8.ª Ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- ALCALDE SILVA, J.: *Incumplimiento y reemplazo: bases para una teoría general de la operación de reemplazo en Derecho español*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2013.
- ALDAX, M.: «Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura», *Lecciones y Ensayos*, Vol. 90, 2012, pp. 19-53.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Un estudio experimental sobre el remedio eficiente para el incumplimiento contractual», en *Blog de Derecho mercantil*, 25 de abril de 2017 (<http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/04/un-estudio-experimental-sobre-el.html> [última consulta 05.02.2018]).
- ALONSO PÉREZ, M.: «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, II, pp. 859-922.
- ALONSO PÉREZ, M.ª T.: «La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2018-I, pp. 79-109.

- ALONSO UREBA, A. / VIERA GONZÁLEZ, J.: «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet», *Derecho de internet*, en MATEU DE ROS, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 271-385.
- ARMBRÜSTER, C.: «§ BGB § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums», en SÄCKER, F./ RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2015.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.: *Culpa in contrahendo. Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1989.
- BARROS BOURIE, E. / GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. / MORALES MORENO, A. M.: *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- BASOZÁBAL ARRUE, X.: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- BEALE, H.: *Chitty on Contracts*, 32th Edition, Vol.1, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- BEALE, H. / BÉNÉDICTE F. / RUTGERS, J. / TALLON, D. / VOGENAUER, S.: *Contract law*, Hart Publishing, Portland, 2010.
- BENEDICT, J.: «Schadensersatzanspruch des Ausschreibenden bei Verweigerung der Vertragserfüllung durch Bieter wegen Kalkulationsirrtums», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1/06, pp. 361-362.
- BOLLENBERGER, R.: *Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, Springer, Wien-New York, 1999.
- BORK, R.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3 Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- BOSCH CAPDEVILA, E. / VAQUER ALOY, A. / DEL POZO CARRASCOSA, P.: *Teoría General del Contrato, propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- BUSCHE, J.: «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./ OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.<sup>a</sup> ed., München, 2015.
- CALAMARI, J. / PERILLO, J.: *Contracts*, 3.<sup>a</sup> ed., West Publishing & Co., Minnesota, 1987.
- CAPILLA CASCO, A.: «Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Dir), *Manual de fusiones y adquisiciones*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 99-134.
- CAPILLA RONCERO, F.: «Voz Oferta», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4561-4562.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Acción directa y pagos directos en la subcontratación de obras públicas», *Análisis GA&P*, marzo, 2018.
- *Derecho de contratos*, 2.<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- «Comentario al art. 1823 del CC» en Bercovitz, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 2080-2082.
- «Artículo 1101», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 374-444.
- «Artículo 1106», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.
- «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987-IV, pp. 1055-1148.
- «Restitución de provechos (y II)», *ADC*, 1988-I., pp. 1-151.

- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, III, 15.ª Ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1988.
- CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento. Sentencia 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 6826)», *CCJC*, 95, mayo-agosto 2014, § 2537, pp. 291-308.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 1262», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios del Código civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 446-454.
- COLIN, A. / CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Teoría General de las Obligaciones, Traducción de la edición francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus S. A., Madrid, 1924.
- CUADRADO PÉREZ, C.: «La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil» en Parra Lucán, M. Á. (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 199-268.
- *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2003.
- CUEVILLAS MATOZZI, I.: «Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)», *Actualidad Civil*, n.º 16, Sección A Fondo, Quinceña del 16 al 30 Sep. 2004.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», *ADC*, 1977-I, pp. 194-207.
- *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- «La promesa de contrato», *ADC*, 1959-IV, pp. 1133-1186.
- *Derecho Civil de España*, Parte General, 2.ª Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DE COSSÓ Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, I, 2.ª Ed., Civitas, Madrid, 1991.
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. / PIZARRO WILSON, C. / VIDAL OLIVARES, Á.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida (Comentario de la STS de 25-4-2014)», *ADC*, 2015-II, pp. 589-599.
- «La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *BMJ*, núm. 2130, abril 2011, pp. 1-9.
- «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007-IV, pp. 1601-1617.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.ª Ed., Civitas, Madrid, 2007.
- «Prólogo», en Díez-Picazo, L. (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Cláusula rebus sic stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación», *CCJC*, 6, 1984, pp. 1911-1918.
- «Naturaleza jurídica de los minerales: ¿tienen o no la condición de frutos?», *ADC*, 1954-II, pp. 355-376.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II-1, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

- DURANY PICH, S.: *La formación del contrato*, Tesis Doctoral dirigida por Pablo Salvador Coderch, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993.
- «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro», *ADC*, 1990-IV, pp. 1321-1330.
- ECKERT, H. W.: «§ 145 BGB Bindung an der Antrag», en BAMBERGER, G. / ROTH, H. / HAU W. / POSECK, R., *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2017.
- ELLENBERGER, J.: «§ 145 BGB», en PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76 Auflage, C. H. Beck, 2017, München.
- EMMERICH, V.: «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», *Munchener Kommentar zum BGB*, 6 Aufl., C. H. Beck, 2016.
- ENNECERUS, L. / NIPPERDEY H. C.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 2 Halbband, 15 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960.
- EÖRSI, G.: «Article 16», en BIANCA, C. M. / BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 150-160.
- FAGES, B.: «Le processus de formation des contrats», en Schulze, R. y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes Journées franco-allemandes, Société de Législation Comparée*, Volume 20, 2015, pp. 41-52.
- FARNSWORTH, A.: *On contracts*, Vol. 1, 3.<sup>a</sup> Ed., Wolters-Kluwer, Nueva York, 2004.
- FENOY PICÓN, N.: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017-II, pp. 473-785.
- «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011-IV, pp. 1481-1685.
- GAIDES, J.: «The "firm offer" problem in construction bids and the need for promissory estoppel», *William & Mary Law Review*, Vol. 10, Issue, 1968, pp. 212-227.
- GALLART CASES, R.: «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, 1959, pp. 656-662.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P.: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010-IV, pp. 1621-1642.
- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GOLDBERG, V.: «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird): Much Ado about (almost) nothing», *Journal of legal analysis*, 2011, pp. 539-585.
- GÓMEZ CALLE, E.: «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *ADC*, 2017-I, pp. 79-117.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.: «Artículo 1262», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1-b, Edersa, Madrid, 1989, pp. 48-154.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007.
- *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

- GONZÁLEZ GOZALO, A.: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «Resolución por retraso a propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)», *ADC*, 2016-III, pp. 1097-1133.
- GUILLÉN CATALÁN, R.: «El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19, enero 2015, pp. 608-617.
- «Análisis de la oferta contractual desde la perspectiva del derecho europeo de contratos», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25/2010, parte varia, Aranzadi, pp. 181-192.
- HELMS, T.: *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- HENDERSON, S.: «Promisory estoppel and traditional contract doctrine», *Yale Law Journal*, 78, n.º 3, 1969, pp. 343-387.
- HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Fourth Edition, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009.
- *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- ILLMER, M.: «Contract (Formation)», en BASEDOW, J. / HOPT, K. / ZIMMERMANN, R., *The Max Planck encyclopedia of European Private Law*, Vol. 1, Oxford University Press, Londres, 2012, pp. 378-383.
- J. GUTENTAG: *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I, Berlin-Leipzig, 1888, § 80.
- JHERING, R.: «Culpa in contrahendo», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, IV, 1861, reimpression Verlag Gehlen, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969.
- *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987.
- KÖTZ, H.: *Europäisches Vertragsrecht*, 2 Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- KRAMER, E.: «§ 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2006.
- KÜBEL, F.: «Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung», en SCHUBERT, W./JOHOW, R./ACHILLES, A., *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, III, 1980, De Gruyter, Berlin-New York, pp. 1145-1155.
- LACRUZ BERDEJO, J., L.: *Elementos de Derecho civil*, II, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *Centenario del Código civil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1071-1104.
- «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», *La Ley*, 1989, II, pp. 1135-1154.
- «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976.

- LANDO, O./BEALE, H. (eds.): *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Partes I y II, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch/José Miguel Embid Irujo/Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LANGE, H. / HEFERMEHL, W.: «§ 145 BGB» en Soergel, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band I, 11. Aufl., Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978.
- LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch.*, 5.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 1980.
- LASSO GAITE, J., F.: *Crónica de la codificación española*, t. IV, Codificación civil (génesis e historia del código), Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1970.
- LIEB, M.: «§ 118 BGB», en REBMAN, K./SÄCKER, F./RIXECKER, R., *Münchener Kommentar zum BGB*, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2004.
- LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 9.<sup>a</sup> ed. Franz Vahlen, München, 2011.
- MALAUURIE, P. / AYNÈS, L. / STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, 9<sup>e</sup> édition, à jour a 31 juillet 2017, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> édition, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- MALINUAD, P. / FENOUILLET, D. / MEKKI, M.: *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> édition, LexisNexis, Paris, 2017.
- MANRESA Y NAVARRO, J.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- MATHER, H.: «Firm offers under the UCC and the CISG», *Dickinson Law Review*, 105, Fall 2000, pp. 31-56.
- MEDICUS, D.: *Allgemeiner Teil des BGB*, 9 Auflage, Müller, C F in Hüthig Jehle Rehm, 2006.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- MORALES MORENO, A. M.: *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- *Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro*, en Díez-Picazo (Dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 307-331.
- «Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2011», *Revista de Derecho Mercantil*, 289, julio-septiembre 2013, pp. 407-442.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012-I, pp. 7-28.
- *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- «Artículo 1266» en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1.<sup>o</sup>-B, Edersa, 1993, Madrid, pp. 221-340.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983-IV, pp. 1529-1546.
- MORENO QUESADA, B.: *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963.

- NOTTAGE, L.: «Art. 2.1.4 (Revocation of offer)» en Vogenauer, S. (Ed.), *Commentary On the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 276-282.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, II, Ramón Areces, Madrid, 2012.
- OESTMANN, P.: «§§ 145-146», en SCHMOECKEL, M., *Historisch-kritiker Kommentar zum BGB*, vol. I, §§ 1-240, J. C. B. Mohr, Tübingen, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719-1746.
- «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC*, 1991-III, pp. 1019-1092.
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989-IV, pp. 1143-1168.
- PARRA LUCÁN, M. Á.: «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4/2015.
- «La formación del contrato como proceso» en Parra Lucán, M. Á., (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 57-105.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.
- PERALES VISCASILLAS, M.ª P.: «Formación», en Morán Bovio, D. (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 107-165.
- *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?», *ADC*, 2009-I, pp. 89-156.
- *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. / ALGUER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en ENNECERUS, L. / KIPP, T. / WOLFF, M., t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 1/2015.
- PLANA ARNALDOS, M.: «Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2012, parte comentario, pp. 31-43.
- PLANIOL, M. / RIPERT, J.: *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, Première partie, 2.ª Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.
- POTHIER, R., J.: *Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations* de Pothier, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Vol. I, 3.ª ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, t. III, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1972.
- RABEL, E.: *Das Recht des Warenkaufs*, Unveränderten Neudruck der Ausgaben von 1936 und 1957, 1 Band, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1964.
- RAWLINGS, P.: «Formation of the contract», *Benjamin's sale of goods*, en Bridge, M. (Ed.), 9.ª ed., Sweet & Maxwell, 2014, London, pp. 111-147.

- REGELSBERGER, F.: *Civilrechtliche Erörterungen*, Böhlau, Weimar, 1868.
- REIDT, O.: «§ 10 VOB», en DREHER, M. / MOTZKE, G., *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2 Auflage, C. H. Beck, 2013.
- REINER, G.: «Le processus de formation du contract dans le projet d'ordonnance de la chancellerie: quelques commentaires», *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes Journées franco-allemandes*, en Schulze, R. y otros (Dir.), Société de Législation Comparée, Volume 20, 2015, pp. 53-70.
- ROCA SASTRE, R. / PUIG BRUTAU, J.: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho Privado*, I, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», *InDret*, 1/2012.
- *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RUIZ ARRANZ, A. I.: «La doctrina del fin de protección del contrato en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, n.º 34, 2016, pp. 409-440.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016-III, pp. 991-1038.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- SANTOS MORÓN, M.: «La responsabilidad médica (en particular en la medicina "voluntaria"): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 1/2018.
- SAVIGNY, C. F.: *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I-II, Analecta, Pamplona, 2004.
- SCAEVOLA, M.: *Código Civil comentado y concordado extensivamente*, t. XX, Obras de Q. Mucius Scaevola, Madrid, 1904.
- SCHILDER, A.: *Schadensersatz bei Durchbrechung der Bindung an obligatorische Vertragsofferten. Eine vergleichende Untersuchung zum BGB und zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- SCHLECHTRIEM, P.: «Art. 16», en SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4 Auflage, C. H. Beck, München, 2004.
- SCHMIDT, J.: *Negotiation et conclusion de contracts*, Dalloz, 1982.
- SCHOTT, H.: *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873.
- SCHROETER, U.: «Art. 16 CISG» en SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6 Auflage, C. H. Beck, München, 2013, pp. 342-350.
- SCHULTZ, M.: «The firm offer puzzle: a study of business practice in the construction industry», *19 University of Chicago Law Review*, 1952, pp. 237-285.
- SCHWAB, M.: «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Munchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

- SCOTT, R. / KRAUSS, J.: *Contract Law and Theory*, 5.ª Ed. Lexis Nexis, New Providence, 2013.
- SIEGEL, H.: *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1873, Scientia Verlag, 1969.
- SMITS, J.: *Contract Law. A comparative introduction*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.
- SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en la compraventa*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- «Sentencias comentadas: El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15-11-94)», *ADC*, 1995-II, pp. 951-970.
- SOLER PRESAS, A. / DEL OLMO GARCÍA, P. / JUÁREZ TORREJÓN, A. / NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. / BASOZABAL ARRUE, X. / GREGORACI FERNÁNDEZ, B. / DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, en Soler Presas, A. / Del Olmo García, P.: «Capítulo 2: Elementos sustantivos de la pretensión», *Prácticum daños 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 183-317.
- STÄDLER, M.: «Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe», *NZBau*, 2014, Heft 8, pp. 472-477.
- TARABAL BOSCH, J.: «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», *CCJC*, 87, septiembre-diciembre 2011, § 2311, pp. 1585-1602.
- THÖL, H.: *Das Handelsrecht*, Band I, Fues's Verlag, Leipzig, 1879.
- TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 14 Ed., Sweet & Maxwell, London, 2015.
- UNBERATH, H.: «§ 285 BGB Herausgabe des Ersatzes», en BAMBERGER, G. / ROTH, H. / HAU W. / POSECK, R., *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2011.
- VENDRELL CERVANTES, C.: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en BASOZABAL ARRUE / DEL OLMO GARCÍA, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283-328.
- «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, 2012-III, pp. 1107-1244.
- VIDAL OLIVARES, Á.: «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en PIZARRO WILSON, C. / VIDAL OLIVARES, Á., (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 219-250.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. (EDS.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Sellier, München, 2009, pp. 300-308.
- VON TUHR, A.: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1, Dunckner & Humblot, München und Leipzig, 1957.
- WHITE, J. / SUMMERS, R. / HILLMAN, R.: *Uniform Commercial Code*, Volume 1, 6th Edition, West, 2012.
- WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 Auflage von Theodor Kipp, 1906, Band II, Scientia Verlag Valen, Darmstadt, 1963.
- ZWEIGERT, K. / KÖTZ, H.: *Introducción al derecho comparado*, traducción de la tercera edición en inglés de *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press México, México D. F., 2002.