

Resumen

En este artículo se analiza el influjo de calificar un contrato como mercantil sobre la interpretación y eficacia de las reglas, tomadas en su mayoría del Código Civil, que regulan su formación o perfeccionamiento.

Palabras clave: Formación del contrato, oferta y aceptación, oferta al público, integración publicitaria del contrato, contratación entre ausentes, subasta.

Abstract

This paper studies the impact that commerciality has on the construction and effectiveness of the rules governing the formation of contracts, most of them contained in the Civil Code.

Keywords: Formation of contract, offer and acceptance, public offer, binding advertising statements, contracting at a distance, auction.

* En este trabajo utilizo las siguientes abreviaturas, menos conocidas: ant. – antepuesto a un número de artículo o pospuesto a todo un cuerpo normativo, antiguo o anterior (o sea, ya derogado); CdC – Código de Comercio; col. – colombiano(a) (hablando de un cuerpo normativo); CPDC – Código de Protección y Defensa del Consumidor (L. 29571); CVIM – Convención de Viena sobre los contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (1980); D. – Digesto de Justiniano (utilizo la numeración moderna o “filológica”); EM – Exposición de Motivos; es. – español(a) (hablando de un cuerpo normativo); IIE – Ita Ius Esto, revista electrónica editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (accesible en www.itaiusesto.com); it. – italiano(a) (hablando de un cuerpo normativo); L. – Ley (normalmente seguida del número correspondiente); LCD – Ley de Represión de la Competencia Desleal (D. Leg. 1044); LMP – Ley del Martillero Público (L. 27728); lpc – Ley de Protección al Consumidor (D. Leg. 716); pt. – portugués(a) (hablando de un cuerpo normativo); RIDA – Revista Internacional de Derechos de la Antigüedad; STS – Sentencia del TS; TP – Título Preliminar; TS – Tribunal Supremo; VI. – Libro Sexto de las Decretales, de Bonifacio VIII, Tercera Parte del Corpus Iuris Canonici medieval (también aquí utilizo la numeración moderna o “filológica”).

† Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Profesor Ordinario de Derecho Mercantil de la Universidad de Piura. Presidente de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi en Piura. Email: alvaro.zegarra@udep.pe

Sumario

1. ESQUEMA GENERAL: OFERTA Y ACEPTACIÓN MERCANTILES. 1.1 Planteamiento. 1.2 La oferta y sus requisitos. 1.3 La aceptación y sus requisitos. 1.4 Mercantilidad de la oferta y la aceptación. 2. LA OFERTA AL PÚBLICO. 2.1 Noción básica. 2.2 Régimen civil de la oferta al público. 2.3. Especialidades mercantiles de la oferta al público. 3. PUBLICIDAD Y CONTRATACIÓN MERCANTIL. 3.1 Planteamiento. 3.2 Publicidad y oferta mercantil en general. 3.3 Publicidad y consumidor: la integración publicitaria del contrato. 4. ACEPTACIÓN PER FACTA CONCLUDENTIA DEL CONTRATO MERCANTIL. 4.1 Régimen general de la aceptación “tácita” per facta concludentia. 4.2 Los supuestos del artículo 1380 del CC. 5. LA ACEPTACIÓN TÁCITA O POR SILENCIO EN SENTIDO ESTRICTO. 5.1 La regla general: “el que calla, calla”. 5.2 La excepción: el silencio circunstanciado. 5.3 El silencio consuetudinariamente circunstanciado. 5.4 El silencio circunstanciado por invitación a ofrecer. 5.5 El silencio circunstanciado del prestador profesional de servicios. 5.6 El silencio del consumidor. 6. PERFECCIÓN DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES. 6.1 Planteamiento: los problemas por resolver. 6.2 La contratación entre ausentes y los medios de comunicación. 6.3 Los criterios de solución. 6.4 El sentido del artículo 54 de CdC a la luz de su historia. 6.5 Evolución de la legislación civil y su interacción con la mercantil. 6.6 Situación actual. 7. CONTRATO CELEBRADO ANTE CORREDOR O MEDIADOR. 7.1 Planteamiento. 7.2 ¿A quién se refiere el artículo 55 de CdC como “agente o corredor”? 7.3 Peculiaridades del corredor del artículo 55 de CdC. 8. SUBASTA MERCANTIL. 8.1 Noción y función de la subasta como mecanismo de contratación. 8.2 Estructura básica de una subasta. 8.3 Régimen civil de la subasta y sus consecuencias. 8.4 Régimen mercantil de la subasta. 8.5 ¿Cuándo es necesaria la intervención de martillero público?. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. ESQUEMA GENERAL: OFERTA Y ACEPTACIÓN MERCANTILES

1.1 Planteamiento

El artículo 1373 de CC establece que el contrato queda perfeccionado en el momento y en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, norma que describe, en palabras de De la Puente,¹ el procedimiento o mecanismo mediante el cual se produce el “acuerdo de voluntades declaradas” en que el contrato como negocio consiste. Llamemos a este procedimiento o mecanismo la “formación del consentimiento”, o simplemente el “consentimiento”. Precisamente así se presenta este consentimiento como el punto de inflexión que permite separar:²

1 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2007). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Segunda edición. Lima: Palestra, p. 469.

2 Cfr. MIRANDA SERRANO, Luis María (2006). “Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”. En Miranda Serrano, Luis María et. ál. *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, pp. 69-178 (p. 73). Cfr. a este respecto lo que he expuesto en mis *Notas de contratos mercantiles*, notas técnicas del curso de pregrado de Derecho Mercantil IV — Contratos mercantiles de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, *pro manuscrito*, Piura, versión de agosto de 2013, p. 2, en la nota n. 6 y el texto al que se refiere.

- (i) la etapa de preparación del contrato (fase precontractual); de
- (ii) la etapa o momento de su ejecución (fase propiamente *contractual* o de cumplimiento).

En el modelo clásico o liberal de contrato, que es el regulado con alcance general en nuestro ordenamiento positivo, el consentimiento suele estar precedido de una etapa más o menos larga y minuciosa de tratos preliminares o negociaciones. Estas pueden cumplir un importante papel:³

- (i) para la interpretación del contrato una vez celebrado, y
- (ii) en el contexto de la llamada responsabilidad precontractual, por inobservancia de la buena fe en la negociación (cfr. Artículo 1362 de CC).

Pero el moderno tráfico contractual está integrado mayoritariamente por actos realizados de forma repetitiva y sucesiva, tanto por los empresarios como por los consumidores. Por esa razón, el contrato ya no suele ser el fruto de una negociación personalizada e individualizada, sino un contrato en serie, en masa, estandarizado.⁴

Ahora bien, tanto el contrato individualmente negociado o clásico (“paritario” o “discrecional”, lo llama De La Puente)⁵ como el contrato serial o celebrado en masa requieren, para su formación, de un acto voluntario del proponente y de un acto de asentimiento del destinatario,⁶ esto es, de:

- (i) una oferta, y
- (ii) una aceptación negociales.

1.2 La oferta y sus requisitos

La oferta es una declaración de voluntad dirigida a la celebración de un contrato, cuyos elementos esenciales señala definitiva y suficientemente.⁷ No es

3 MIRANDA, 2006: 74-75.

4 MIRANDA, 2006: 75-76. Sobre esta problemática, vide mis *Notas de contratos mercantiles*, pp. 178-180 (§ 77).

5 DE LA PUENTE y LAVALLE, 2007: 652, citando a Jossierand y a Spota, respectivamente.

6 MIRANDA, 2006: 76.

7 GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis (2010). *Derecho mercantil de obligaciones*. Tomo I. Barcelona: Bosch, p. 738.

ella misma un negocio jurídico (completo), sino solo parte de él. En efecto, por su propia estructura y contenido exige ser completada por otra declaración de voluntad (aceptación), punto en el que se diferencia esencialmente de una promesa unilateral.⁸

La oferta debe ser suficiente para dar lugar al contrato, con la sola aceptación integral, y en su caso integradora, del destinatario.⁹ Así pues, para responder auténticamente a la noción de oferta, la propuesta debe ser:¹⁰

- (i) completa, es decir, que contenga o determine de manera suficientemente precisa todos los elementos esenciales del contrato, lo que no excluye la validez y eficacia de una oferta que deje indeterminada, o remita a la determinación del aceptante, uno o más elementos si tal determinabilidad sería en derecho suficiente para la validez del mismo contrato ya perfeccionado;
- (ii) seria, esto es, contener o manifestar una intención definitiva de contratar; y
- (iii) legalmente suficiente para dar lugar a un contrato válido; por ejemplo: observar la forma solemne legalmente prevista, y estar libre de otros vicios dirimentes.

Además, para poder ser aceptada, la oferta debe estar todavía vigente, es decir, conservar su eficacia en el momento en que el destinatario pretende asumirla para dar lugar a la celebración de un contrato.¹¹

1.3 La aceptación y sus requisitos

Precisamente, la aceptación es: “[L]a declaración de voluntad dirigida al proponente u oferente, por el destinatario de la oferta, de querer concluir el contrato

8 GARCÍA-PITA, 2010: 739 y 741. En función de esto, en una edición anterior de su obra (Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, p. 444), llamaba el autor “recepticia” a la oferta, pero hay que notar que esta noción de “recepticidad” es completamente distinta de la que manejo más adelante en el texto, y que responde al supuesto regulado por nuestro artículo 1374 de CC, consistente en el hecho de que la declaración esté “dirigida a persona determinada”. A diferencia de esta, la “recepticidad” entendida como la necesidad de que la oferta esté destinada a que “alguien”, aunque sea persona indeterminada, la acoja y la conteste, sí que es un elemento o carácter *esencial* de la oferta, que también debe reunir la que se dirige *ad incertam personam*.

9 Cfr. FORNO FLÓREZ, Hugo (1990). “La formación del contrato por medio de subasta”. En *Thémis* 17. Lima, pp. 70-76 (p. 73). Hablo de “aceptación integradora” para referirme al caso, perfectamente admisible, de que uno o más elementos de la oferta se dejen abiertos, dentro de un margen razonable, para ser precisados por el propio destinatario en su aceptación.

10 Cfr. GARCÍA-PITA, 2010: 740-743, enumeración diferente, en mi opinión, solo formalmente.

11 MIRANDA, 2006: 77-78.

en los mismos términos en que fue propuesto; se trata, pues, de una declaración o manifestación final e incondicionada de asentimiento a los términos de una oferta contractual”.¹²

Dicho, en otras palabras, la aceptación es la declaración de voluntad mediante la cual el destinatario de una oferta, estando vigente, manifiesta al oferente su conformidad definitiva e íntegra con el contrato propuesto. De esta definición se deducen claramente los requisitos de la aceptación, que debe ser:

- (i) plenamente conforme;
- (ii) seria, en el mismo sentido en que lo ha de ser la oferta;
- (iii) legalmente suficiente, como la propia oferta y en conjunción con ella; y
- (iv) oportuna.

La conformidad o concordancia con la oferta de la aceptación consiste en una plena, íntegra e incondicional coincidencia con el contenido de la propuesta de contrato formulada por el oferente,¹³ pues de lo contrario no habría verdadera aceptación, sino más bien contraoferta (cfr. artículo 1376 de CC). Precisamente por eso es que la aceptación podría perfectamente ser expresada en la mayoría de los casos por un simple “sí”. Esta es la conformidad, por llamarla así, objetiva.

Pero hay otro aspecto de la conformidad, que para entendernos voy a llamar “conformidad subjetiva”. Esta conformidad, que a veces es enumerada como un requisito independiente de la aceptación,¹⁴ y como indica la denominación que le atribuyo, consiste en la igualmente plena, íntegra e incondicional coincidencia, no del contenido, sino de los sujetos involucrados o aludidos en la declaración y, concretamente, en el hecho de que la aceptación:

- (i) provenga precisamente del destinatario de la oferta, que es el único que tiene el llamado poder de aceptación, y de ninguna otra persona; y
- (ii) esté dirigida precisamente al oferente, único vinculado por la oferta, y a ninguna otra persona.

12 GARCÍA-PITA, 2010: 747 (con énfasis en el original), citando a Navarrini, Treitel y, sobre todo, a Garrigues, Joaquín (1964). *Tratado de derecho mercantil*. Tomo III. Volumen 1: Obligaciones y contratos mercantiles. Madrid: Revista de Derecho Mercantil, p. 53 (n. 1019), cuyo esquema general sigue en bastantes puntos.

13 GARCÍA-PITA, 2010: 747-748.

14 Cfr. GARCÍA-PITA, 2010: 748, enumerando como requisito independiente de la aceptación solo el segundo aspecto de la conformidad subjetiva, bajo el nombre de “carácter recepticio” y “alteridad” de la aceptación.

Este carácter subjetivamente conforme de la aceptación se realiza de un modo peculiar y único en los casos de autocontrato o contrato consigo mismo,¹⁵ en los que interviene (también de un modo peculiar) la representación.

La exigencia de oportunidad de la aceptación implica que respecto de ella deben cumplirse dos condiciones estando todavía vigente la oferta:

- (i) ser emitida por el aceptante (pues es la oferta la que confiere al destinatario el poder de aceptación), y
- (ii) que llegue el momento u ocurra el hecho adicional a la sola emisión señalada por la ley, de ser el caso (en nuestro país, por regla general, llegar a conocimiento del oferente, según el artículo 1374 de CC), para la eficacia de la propia aceptación.

De lo anterior se sigue necesariamente que el supuesto denominado de ofertas cruzadas (ofertas recíprocas entre las mismas partes, proponiendo cada una a la otra un contrato con el mismo contenido) no genera por sí sola un contrato, sino que es necesario que una de las dos ofertas sea aceptada por su destinatario,¹⁶ como dispone expresamente el artículo 1379 de CC.

1.4 *Mercantilidad de la oferta y la aceptación*

Todo lo dicho hasta el momento vale tanto para la contratación civil como para la mercantil. Sin embargo, la subsistencia de un régimen especial de contratación y obligaciones mercantiles de alcance general¹⁷ determina que, en ocasiones, la aplicación de un régimen u otro dependa precisamente de si el fenómeno que se trata de regular puede o no ser calificado de mercantil. ¿Cómo se determina, pues, la mercantilidad de la oferta y la de la aceptación?

15 Cfr. *Ibid.*, donde caracteriza estos casos como “excepciones” al carácter “recepticio” y a la “alteridad” de la aceptación. Como expongo en el texto, yo diría más bien que la misma conformidad subjetiva se realiza mediante un mecanismo peculiar de imputación a cada uno de los sujetos del contrato (en concreto, mediante un funcionamiento peculiar de la representación). Alternativamente, todo el supuesto puede caracterizarse como una excepción, pero no solo al carácter subjetivamente conforme de la aceptación, sino a todo el mecanismo de formación del consentimiento mediante el intercambio de oferta y aceptación. En efecto, esto parece ocurrir cuando el autocontratante celebra el acuerdo mediante una única declaración de voluntad, de eficacia instantánea y en un solo acto.

16 En el mismo sentido, aunque sin disponer del apoyo positivo que provee nuestro ordenamiento, García-Pita, 2010: 749. Por otra parte, me parece que se trata de un caso puramente “de laboratorio”, que es prácticamente imposible que se dé alguna vez en la realidad.

17 Vid. mi trabajo “El Código Civil y los contratos mercantiles”, en 1 *IIE* (2008), pp. 191-199 (pp. 195-198, § 5); también en *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 7-11 (§ 4).

La respuesta a la pregunta necesariamente tiene que pasar por consistir en una determinación o concretización del criterio general de mercantilidad, que como he expuesto en otro lugar¹⁸ no es otro que la inserción del acto o contrato en la sucesión de actos que constituyen la empresa, o, como dice Garrigues, “el contrato mercantil [...] es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil”.¹⁹

Como ya he expuesto, ni la oferta ni la aceptación son, por sí mismas, ni negocios jurídicos ni mucho menos contratos autosuficientes, sino “partes” de un contrato; “declaraciones de voluntad”, sí, pero en tanto que están dirigidas a y son aptas para (en conjunción con “la otra” declaración) dar lugar a la formación o perfeccionamiento de un contrato. Por lo tanto, la aplicación del criterio de mercantilidad lleva a concluir que lo decisivo es, en este caso, la mercantilidad de la oferta, en el sentido de que se pueda decir o apreciar desde un inicio que está dirigida a la formación de un contrato mercantil. Solo si ello es así, y el destinatario de la oferta lo supo o debió saberlo, también será mercantil su aceptación.

De todo lo anterior se puede deducir, a su vez, que la oferta (y con ella también la aceptación) será mercantil si:

- (i) el oferente es empresario y emite la oferta en ejercicio de su empresa; o
- (ii) aunque el oferente no sea empresario, su oferta se dirige manifiestamente a dar lugar a un contrato mercantil por su propio contenido o función.

Esto último (oferta de un no empresario abiertamente dirigida a celebrar un contrato mercantil), a su vez, puede ocurrir por:

- (i) estar ostensiblemente dirigida a un empresario en cuanto tal;
- (ii) resultar de otro modo evidente que el contrato propuesto quedaría inserto en una empresa (contratos sobre el fondo empresarial; o de sociedad mercantil, que está destinado a dar lugar a un empresario por la forma); o
- (iii) ser el contrato propuesto en sí mismo mercantil por la forma (como en los títulos valores, para quienes siguen la tesis del “contrato de entrega”).²⁰

18 *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 14-18 (§ 6).

19 GARRIGUES, 1964: 48 (n. 1016).

20 Cfr. GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis (2002). *Introducción al derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*. Tomo I: Derecho de los Títulos-Valores. Parte General. Segunda edición. La Coruña: Tórculo, pp. 118-130. Por cierto, aclaro que no es la tesis que yo personalmente sigo sobre la naturaleza estructural de los títulos valores, especialmente de los cambiarios, que en mi opinión deben construirse más bien como actos unilaterales del emisor.

2. LA OFERTA AL PÚBLICO

2.1 *Noción básica*

Ahora bien, la ley positiva peruana toma como modelo normal la oferta:

- (i) recepticia, en el sentido de que debe estar dirigida a una persona determinada (cfr. artículo 1374 de CC); e
- (ii) irrevocable, lo cual significa que no puede ser retirada unilateralmente por el oferente durante su vigencia, aunque el destinatario aún no haya hecho nada para manifestar su asentimiento (artículo 1382 de CC).

Sin embargo, ninguno de estos dos caracteres puede tomarse como esencial.²¹ Precisamente, en materia de ofertas no recepticias, esto es, dirigidas al público, hay una importante especialidad del derecho mercantil, que se aparta de lo dispuesto por el derecho civil. O, más exactamente, las normas generales de contratación mercantil impiden en su ámbito la operación de aspectos especialmente criticables de la regulación civil de la oferta al público.

Y es que en el tráfico empresarial moderno, en el que el modelo de contrato individualmente negociado y perfeccionado es cada vez menos representativo, es muy frecuente, por el contrario, que el oferente-empresario dirija su oferta al público en general, con la intención de encontrar en él una persona con la que celebrar el contrato.²²

2.2 *Régimen civil de la oferta al público*

El artículo 1388 de CC dispone: “La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”.

La redacción de este artículo tiene como claro antecedente el artículo 14.2 de CVIM:²³ “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será

21 DE LA PUENTE, 2007: 484 y 586, respectivamente.

22 MIRANDA, 2006: 80-81. Ya decía lo mismo Garrigues, 1964: 52-53 (n. 1018).

23 Norma que, por razones que sería demasiado prolijo explicar aquí, se ha de tomar desde el punto de vista interno del ordenamiento peruano como una norma básicamente mercantil. Vid. mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 409-410 (§ 201).

considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

Ahora bien, existe una diferencia normativa obvia entre estos dos textos:

- (i) el artículo 14.2 de CVIM es una disposición meramente presuntiva (“será considerada”), y no se ponen límites a las formas (siempre que sean “claras”) de indicar lo contrario;
- (ii) en cambio, el artículo 1388 de CC es una norma que directamente confiere los efectos de mera invitación a ofrecer, aun en el caso de que la declaración fuera realmente, por su propia sustancia y contenido, una oferta dirigida al público.²⁴ La salvedad del párrafo 2 del artículo 1388 de CC, que pese a todo permite dotar a la oferta al público de toda su eficacia como tal, suele interpretarse en el sentido de que sería necesaria la salvedad expresa de que se trata de una oferta obligatoria.²⁵

2.3 Especialidades mercantiles de la oferta al público

Ahora bien, entendida en la forma que acabo de explicar, la norma del artículo 1388 de CC de ninguna manera se puede aplicar en el ámbito mercantil.

Un primer y, en mi opinión, más que suficientemente contundente argumento en contra se deduce de lo dispuesto en el artículo 57 de CdC. Este prohíbe: “Tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas”.

24 Precisamente es esta la base de la aguda y muy merecida crítica que hace de esta disposición FORNO, Hugo (1991). “La oferta al público: razones de una discrepancia”. En *Derecho* 45, pp. 215-263 (pp. 215 y 246 a 260). El estudio fue publicado también en el portal electrónico de información y opinión legal de la PUCP *Diké*, y está disponible en <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art60.PDF>, versión donde los pasajes citados aparecen en las pp. 1 y 23-34. Es una lástima que la única solución que ve el autor a todos los problemas prácticos que la solución del CC suscita, y que tan brillantemente expone, sea la de propugnar su modificación en una futura reforma, cuando la inmensa mayoría de ellos se resolvería simplemente reconociendo el carácter mercantil de esas ofertas, y aplicando el artículo 57 de CdC.

25 DE LA PUENTE, 2007: 484. En contra, el Prof. Miguel Torres Méndez, en su comentario al artículo 1388 de CC, incluido en el volumen Gutiérrez Camacho, Walter (director). *Código Civil comentado*. Segunda edición. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 230- 232 (p. 232). Según su interpretación, el artículo 1388 de CC se debería entender prácticamente de la misma manera que el artículo 14.2 de CVIM, pues solo una duda razonable sobre el verdadero carácter de oferta de la propuesta *ad incertam personam* justificaría considerarla como mera invitación a ofrecer.

En consecuencia, siempre que la propuesta hecha por un empresario al público sea completa y seria (es decir, siempre que sea verdadera oferta)²⁶ deberá necesariamente entenderse estrictamente en sus propios términos; y, por lo tanto, vinculará al oferente con cualquiera del público que le haga llegar una aceptación conforme, seria y oportuna.²⁷

Refuerza y aclara esa misma conclusión, en el caso concreto de las ofertas hechas por los empresarios al público de los consumidores, el artículo 46 de CPDC:

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Se ha opuesto a esta interpretación que la “oferta” a la que se refiere este precepto es distinta de la contemplada en el CC, pues la primera estaría usada en sentido coloquial, como sinónimo de rebaja, promoción o, en general, cualquier manifestación dirigida a fomentar el consumo, mientras que la segunda se refiere específicamente a la declaración de voluntad que obliga a la celebración de un contrato.²⁸ Y, ciertamente, hablando del significado lingüístico del término “oferta”, tal como es usado en cada uno de los cuerpos normativos comparados, la objeción tiene toda la razón del mundo. Sin embargo, aunque no se refiera a ella específicamente al mencionar la palabra “oferta”, es evidente que el referente real del artículo 46 de CPDC sin ninguna duda comprende también quizás dentro de un universo más amplio de comunicaciones dirigidas al público, las que el artículo 1388 de CC denomina “ofertas al público”. Y es evidente que lo importante al hablar de una institución jurídica no es tanto la terminología que se usa, cuanto la sustancia del supuesto de hecho al cual se refiere.

26 Es también lo único que pedía GARRIGUES, 1964: 52-53 (n. 1018).

27 En el mismo sentido, pero con una fundamentación excesivamente somera (se limita a aludir a la plena eficacia de la oferta al público dirigida al consumidor, en virtud del entonces vigente artículo 20 de LPC ant.), Torres Vásquez, Aníbal (2002). *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación complementaria e índice analítico*. Sexta edición. Lima: Idemsa, p. 781 (com. al artículo 1388 de CC). Sigue esa misma línea —parcial, exclusivamente desde la perspectiva de la protección al consumidor— el comentario al artículo 20 de LPC ant. de Wendy Rocío Ledesma Orbezo para el volumen Espinoza Espinoza, Juan (director). *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes jurisprudenciales. Normas complementarias*. Lima: Rodhas, 2004, pp. 183-186 (p. 184).

28 DE LA PUENTE, 2007: 628, refiriéndose a sustancialmente las mismas normas, recogidas en el artículo 20 de LPC ant., entonces vigente.

Por si quedara alguna duda, y aunque el término específico “oferta” está tomado igualmente en un sentido vulgar, el artículo 14.1 de CPDC es lapidario:

La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.

Si la solicitud de los consumidores tiene que ser atendida “en las condiciones señaladas” en la comunicación pública,²⁹ es porque tal comunicación pública tiene la eficacia vinculante de una oferta, que la solicitud de los consumidores acepta y automáticamente eleva a la condición de contrato perfecto y obligatorio.

Téngase en cuenta, por último, que la aplicación a esta materia del principio de veracidad de la publicidad y demás actos concurrentes (dirigidos, por tanto, a cualesquiera agentes económicos que concurren en el mercado, y no solo a los consumidores), según el artículo 8 de LCD, debería llevar más o menos a las mismas consecuencias.

Ahora bien, la solución de considerar como mera invitación a ofrecer la declaración de un empresario ordenada a la celebración de un contrato y dirigida a persona indeterminada (cfr. artículo 14.2 de CVIM) podría admitirse en los siguientes casos:

- (i) cuando la comunicación claramente no reúna los requisitos de una verdadera oferta, esto es: cuando no resulte completa (como cuando una “oferta” de compra deja abiertas especificaciones importantes del producto por adquirir) o sería (como si el declarante manifiesta de alguna manera no haber decidido aún definitivamente su deseo de celebrar la transacción);³⁰
- (ii) o bien, como mera regla interpretativa, en caso de duda, esto es, cuando existan indicios razonables de que la “oferta” se halla en uno de los supuestos anteriores; pero entonces siempre habría que justificar la duda razonable.³¹

29 Cfr. LEDESMA, 2004: p. 186, aún con la norma anterior.

30 En el mismo sentido, GARRIGUES, 1964: 53 (n. 1018). Por eso dice FORNO, 1991: 242, que “la invitación a ofrecer es siempre una declaración anterior a la oferta y, aunque puede asemejarse a ella, siempre adolece de alguno de los requisitos de la oferta”.

31 Pues, como también dice FORNO, 1991: 259, “son las reglas de interpretación las que deben indicar si una declaración es o no una oferta”.

3. PUBLICIDAD Y CONTRATACIÓN MERCANTIL

3.1 *Planteamiento*

Acabo de explicar en el apartado anterior que existe una estrecha relación entre la oferta de contrato formulada por un empresario y la publicidad comercial dirigida a los consumidores especialmente protegidos por el CPDC. En realidad, la cuestión puede plantearse también en un nivel general, como apunta el artículo 46 de CPDC al hacer la salvedad de que lo que ordena es “sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad”.

Las “disposiciones” a que la norma se refiere estaban contenidas, hasta hace poco, únicamente en los artículos 16 a 23 de LCD (correspondientes al subcapítulo IV del capítulo II del título II y al título III). Estas “disposiciones sobre publicidad”, que siguen plenamente vigentes, no protegen solo a los “consumidores” en el sentido estricto del CPDC, sino a cualesquiera “destinatarios de la publicidad”, “competidores” e incluso el interés general. A ellas hay que agregar ahora, en el ámbito de aplicación del CPDC, lo dispuesto en los artículos 12 a 17 de CPDC (subcapítulo II del capítulo II de su título I), que introduce algunas precisiones sobre la base de los mismos conceptos fundamentales. Así pues, la cuestión de las relaciones entre la publicidad y la oferta mercantil de contrato debe estudiarse desde dos perspectivas:³²

- (i) una “general”, referida a todos los “destinatarios de la publicidad” y otros potenciales interesados; y
- (ii) la propia del régimen de protección a los “consumidores”, y específicamente centrada en quienes merecen ser calificados estrictamente como tales.³³

3.2 *Publicidad y oferta mercantil en general*

Desde el primer punto de vista, la publicidad tiene el objetivo general de promover, directa o indirectamente, la contratación; en ese sentido, incide de manera indudable en la formación de los negocios jurídicos mercantiles.³⁴ Ahora bien, desde

32 GARCÍA-PITA, 2010: 811, habla de una triple perspectiva, en la medida en que desglosa el llamado “derecho de la publicidad” (regulado aún en España por una ley especial) del derecho de la competencia (desleal).

33 Vide la explicación del concepto de consumidor que hago en mis *Notas de Derecho Mercantil (Parte General)*, notas técnicas para el curso de pregrado de Derecho Mercantil I — Parte General, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, *pro manuscrito*, Piura, 2014, pp. 131-141 (§§ 65 a 70).

34 GARCÍA-PITA, 2010: 811, citando a Sánchez Calero y a Díez-Picazo.

esta misma perspectiva, esa incidencia puede producirse en distintas medidas, según que las declaraciones publicitarias deban ser consideradas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica estructural como:

- (i) una verdadera oferta de contrato, en este caso dirigida *ad incertam personam* (caso del cual me he ocupado ya en el apartado precedente); o
- (ii) una mera *invitatio ad offerendum*, o invitación a ofrecer.

Como ya he explicado, que se trate de uno u otro caso depende de que la declaración publicitaria reúna o no los requisitos de una “oferta”. Centrándonos en el segundo supuesto, la LCD solo regula la cuestión desde la perspectiva de los “principios de la publicidad” (de lealtad, autenticidad, veracidad, adecuación social y legalidad). Estos representan otros tantos deberes que deben observar quienes se embarcan en la actividad publicitaria, y su infracción abre la puerta a los remedios típicos del derecho de la competencia desleal: cesación o prohibición, rectificación e indemnización del daño extracontractual; además, claro, de la propia actividad administrativa sancionadora, todos ellos referidos a la propia publicidad ilícita en sí.

Ahora bien, ya en este nivel, y en concreto desde el punto de vista del daño causado al potencial contratante mediante la publicidad ilícita, el anunciante infractor puede incurrir en un supuesto de responsabilidad extracontractual, en la modalidad de responsabilidad precontractual por deslealtad (o conducta contraria a la “buena fe”, en la terminología tanto del artículo 6.2 de LCD como del artículo 1362 de CC) en la negociación del contrato. La hipótesis es que el potencial cliente se acerca al anunciante para contratar, movido por la publicidad, y deseando hacerlo según los términos de esta. Pero, al advertir la falta de correspondencia entre ella y el contrato que finalmente se le ofrece, no llega a formalizarlo o celebrarlo, de resultas de lo cual sufre un daño. Resulta claro, entonces, que el “principio publicitario” infringido será el de veracidad (párrafos 2 a 4 del artículo 8, artículo 9, artículos 11.2 y 12.2 *a contrario*, y artículo 17.3 de LCD), si no en todos, en la inmensa mayoría de los casos.

La LCD, en cambio, no parece plantearse el problema —al menos no lo hace expresamente— de los efectos que la infracción de esos principios o deberes puede o debe traer consigo sobre los contratos efectivamente celebrados como consecuencia de la publicidad ilícita, que es la perspectiva que principalmente me interesa adoptar aquí. ¿Se contagian —por así decir— aquellos contratos de la ilicitud de esa publicidad? De ser así, ¿comporta ese contagio la invalidez de tales contratos? Planteada la cuestión en esos términos, la respuesta debe ser negativa, porque la ilicitud del contrato (o, en general, del negocio jurídico) como tal no depende de la ilicitud de los actos preliminares o preparatorios a su celebración, sino de la ilicitud de su propio

objeto o fin (artículos 140 y 219 de CC), o de su incompatibilidad objetiva como tal negocio con el orden público o las buenas costumbres (artículo V TPCC e incisos 7 y 8 del artículo 219 de CC). Es más, el contrato inválido por estas causales es un acto ilícito, en principio, para todos los intervinientes, y no solo para el que interpuso la publicidad ilícita.

Si la publicidad ilícita conlleva alguna vez la invalidez del contrato celebrado como consecuencia de ella ha de ser más bien por la incidencia de las afirmaciones publicitarias sobre el consentimiento del destinatario de la publicidad,³⁵ esto es, en la medida en que determinen un vicio de su voluntad. Es evidente que a causa de la publicidad ilícita el contratante puede haber incurrido en un error, al que la propia ilicitud de la publicidad que lo determinó otorgaría por definición la condición de dolo o engaño. Este a su vez, en las circunstancias apropiadas, es causa de anulabilidad del negocio jurídico (inciso 2 del artículo 221 y artículos 210 a 213 de CC), y también legítima para exigir la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 211 de CC *in fine*). En este contexto, está claro que la infracción relevante será, una vez más, contra el principio de *veracidad* publicitaria.

Tampoco descarto que, ante estas infracciones de la veracidad publicitaria, todo contratante se pueda valer de la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) o de la interpretación *contra stipulatorem* para obtener que el contenido del contrato efectivamente celebrado se configure o se interprete según lo que razonablemente pudo él esperar, teniendo en cuenta el efecto persuasivo de la publicidad.³⁶ Pero si el contratante en cuestión no está legitimado para invocar la especial protección que el CPDC confiere al consumidor, estos remedios –que equivaldrían funcionalmente a la integración publicitaria del contrato– deberían concederse solo excepcionalmente y tras una rigurosa justificación.

Por otro lado, y aunque suene descabellado y sumamente improbable,³⁷ no es imposible que el efecto de la publicidad ilícita sobre la voluntad del contratante, a que antes me he referido. Por si quedara alguna duda, y aunque el término específico “oferta” está tomado igualmente en un sentido vulgar, el artículo o, sea más bien el de una intimidación (artículos 214 a 217 de CC), en cuyo caso la ilicitud publicitaria puede haber consistido en la infracción de cualquiera de los principios de la publicidad, y no solo el de veracidad.

35 GARCÍA-PITA, 2010: 812-813.

36 Supuesto semejante, pero claramente supeditado a la iniciativa de la parte que no cometió el error, prevé el artículo 206 de CC. Quizás quepa permitir prevalerse de igual remedio al que actuó con dolo malo.

37 Aunque no lo es tanto cuando se piensa en los “métodos comerciales agresivos o engañosos” que reprime el artículo 56 de CPDC.

3.3 *Publicidad y consumidor: la integración publicitaria del contrato*

Voy a pasar ahora a la segunda perspectiva de análisis de las relaciones entre la publicidad comercial y la oferta mercantil de contratación, esto es, a la propia del régimen de protección al consumidor. En este segundo contexto se acumulan dos niveles de protección distintos:

- (i) en primer lugar, se aplica todo lo expuesto en el apartado anterior, como régimen “general” que es; y
- (ii) en segundo lugar, a todo ello se le ha de agregar una serie de notables especialidades establecidas en esta materia por el CPDC.

Lo primero se desprende de la remisión genérica del artículo 12 de CPDC: “La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código”.

A lo que habría que agregar la alusión del artículo 19 de CPDC: “El proveedor responde [...] por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos [...]”.

Es más, el artículo 46 de CPDC aclara explícitamente que toda la especial protección allí dispuesta es “sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad”.

Aquí hay que añadir, sin embargo, que parte de las especialidades del régimen de protección al consumidor consiste en el refuerzo de la protección ya dispensada a nivel general por la LCD, y en una mayor precisión de los alcances de la veracidad exigible a los proveedores de bienes y servicios de consumo, en relación con el derecho de información del consumidor (inciso *b* del artículo 1.1 y artículos 2 y ss. de CPDC). Así, el CPDC concreta algunos aspectos de la información (obviamente veraz) que el proveedor ha de proporcionar al consumidor ya en la publicidad:³⁸

- (i) cuando esta se refiere a promociones, rebajas o descuentos, debe incluir las excepciones y condiciones diferentes, en especial si diferencian entre

38 No me refiero ahora, por tanto, a toda la información que CPDC obliga al proveedor a proporcionar al consumidor en otros contextos: en la oferta propiamente dicha (artículos 2-9 y 11 de CPDC), en el rotulado y los envases (artículos 10, 27, 32 y 35-37 de CPDC), en otra documentación mercantil, pre o poscontractual (artículos 77, 78, 80 y 82 de CPDC), o en el propio establecimiento (artículos 5 y 40 de CPDC), entre otros.

la venta al contado y con otros medios de pago (artículos 7.2 y 14.2 de CPDC);³⁹

- (ii) debe precisar la duración de las ofertas, rebajas o promociones y el número de unidades comprendido en ellas (artículo 14.1 de CPDC);⁴⁰
- (iii) debe indicar la autorización administrativa obtenida para las rifas, sorteos, canjes de envases y demás sistemas análogos de promoción comercial (artículo 15 de CPDC).⁴¹

Y en todo caso es aplicable a la publicidad el estándar especialmente exigente de veracidad en la información contenido en el artículo 3 de CPDC,⁴² estándar que el Código concreta expresamente para la publicidad en el nuevo artículo 13 de CPDC:

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Ahora bien, hago notar que en este apartado y en el anterior estoy examinando la relación entre publicidad y oferta de contrato mercantil partiendo del supuesto de que el anuncio no configura una “oferta” propiamente dicha (en cuyo caso se aplicaría lo dicho sobre la oferta al público mercantil), sino una mera “invitación a ofrecer”. En este contexto, en principio, el contenido de las afirmaciones publicitarias no deberían tener directamente ningún efecto positivamente vinculante en el contrato al que se

39 Todavía bajo la vigencia de la LPC ant., vide, sobre la equiparación de los medios de pago, BEZADA ALENCASTRE. “Comentario al artículo 21 de LPC”. En ESPINOZA, op. cit., pp. 187-197. Vide también las normas sobre la publicidad de precios en moneda extranjera del artículo 6 de CPDC.

40 Todavía bajo la vigencia de la LPC ant., vide LEDESMA ORBEGOZO, Wendy. “Comentario al artículo 22 de LPC”. En Espinoza, op. cit., pp. 198-202.

41 Todavía bajo la vigencia de la LPC ant., vide MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. “Comentario al artículo de 23 de LPC”. ESPINOZA, op. cit., pp. 203-210.

42 “Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”. Todavía bajo la vigencia de la LPC ant., vide sobre los alcances de dicho estándar, ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Gonzales Barbadillo, Elvira. “Comentario al artículo 15 de LPC”. En ESPINOZA, op. cit., pp. 150-155.

llegue de resultados de ellas, como he expuesto en el apartado anterior. Las declaraciones que configuran el contenido obligatorio del contrato son solo las declaraciones contractuales propiamente dichas: la oferta y la aceptación. Pero precisamente aquí es donde se produce la mayor especialidad del régimen de protección al consumidor en esta materia, tal como viene recogido en el artículo 46 de CPDC:

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Al efecto de esta disposición —y de la muy similar prevista en el artículo 14.1 de CPDC para las ofertas promocionales— se lo denomina integración publicitaria del contrato, precisamente porque convierte las afirmaciones publicitarias, por así decirlo, en contenido obligatorio del contrato.⁴³ En ese sentido, la “integración publicitaria” dota a las afirmaciones publicitarias de todos los efectos de la oferta al público, aun cuando no llegaran a serlo.⁴⁴

Más precisamente, el CPDC impone al empresario:

- (i) en primer lugar, la obligación de incorporar en sus contratos el contenido de la comunicación publicitaria;⁴⁵
- (ii) pero además, en segundo lugar, al describirlo como exigible por los consumidores, una vinculación directa a esos contenidos, aunque el contrato finalmente celebrado guardase completo silencio sobre el particular o de cualquier modo no fuesen expresamente incorporados en él;⁴⁶ o, incluso,

43 GARCÍA-PITA, 2010: 813-814.

44 Cfr. GARCÍA-PITA, 2010: 815-816. Esta es la razón por la que el argumento tomado de los artículos 14.1 y 46 de CPDC es especialmente persuasivo en orden a admitir la plena eficacia de la oferta al público en derecho del consumo, tal como lo he desarrollado en el § 7, *supra*: si incluso una mera invitación a ofrecer publicitaria dirigida por el proveedor a los consumidores tiene los efectos de una oferta al público, *con mucha mayor razón* los tendrá una oferta al público hecha y derecha.

45 Un ejemplo de esto puede verse en el caso, decidido aún con la LPC ant., *Luis Eduardo Oda Ramírez c. Tiendas por Departamento Ripley S. A.*, (2012) SC2 601, donde la denunciada había prometido obsequios de un valor referencial de S/. 200 por la compra del producto principal, y pretendía cumplir el ofrecimiento con un obsequio de valor referencial de S/. 59.

46 Vide, por ejemplo, todavía con la LPC ant., la resolución del caso *Claudio Miguel Iturrizaga Villanueva c. Banco de Crédito del Perú* (2009) SC2 460, donde el banco pretendía la modificación de la medida correctiva para que tuviera que conformarse con la publicidad, sino en todo caso con los términos

- (iii) en tercer y último lugar, la prevalencia de tales contenidos publicitarios sobre las propias cláusulas expresas del contrato si favorecen al consumidor,⁴⁷ cuando el proveedor pretenda imponerle, en su perjuicio, su decadencia o modificación.⁴⁸

-
- reales de la póliza de seguros (nunca aportada al procedimiento) cuyo incumplimiento (en realidad, cancelación unilateral no informada) fue objeto de denuncia.
- 47 Podría darse un intento de abuso de este derecho por parte del consumidor, si el proveedor le ofrece otros beneficios, en principio no contemplados en la oferta inicial, a cambio de uno o más de los deducidos de la publicidad, y el consumidor pretende luego reclamar ambos.
- 48 Hay que advertir que, quizás por un exceso de prevención ante peligros potenciales como el descrito en la nota previa, el Tribunal de Indecopi se he venido resistiendo a admitir este último efecto de la integración publicitaria del contrato, perfectamente claro en el texto de la ley, y ha hecho prevalecer el contenido del contrato efectivamente celebrado, cuando era expresamente incompatible o contrario al contenido publicitario. Por ejemplo, aún bajo la LPC ant., en la resolución del caso *Comisión de Protección al Consumidor c. Inversiones La Cruz S. R. L.* (2009) SC2 1320, en cuyo FJ n. 18 la Sala expresamente afirma que “si bien el artículo 20 del Decreto Legislativo 716, considerado por la Comisión en su fundamentación, establece que las condiciones publicitadas se integran al contrato —aun cuando este no las incluya— ello no puede implicar el desconocimiento de cláusulas expresamente suscritas cuando sean contrarias a las publicitadas, más aún cuando entre la publicidad y el contrato ha mediado información provista personalmente a los consumidores en sintonía con las condiciones finalmente estipuladas en el contrato. *El artículo 20 del Decreto Legislativo 716 no está referido a la discrepancia o contradicción entre la publicidad y el contrato suscrito, pues en tal supuesto prevalece el contrato*” (énfasis añadido). La Sala prefirió remitir corrección de la evidente afectación de la expectativa del consumidor producida en ese caso a su eventual corrección mediante la aplicación de la legislación de represión de la competencia desleal, aunque en ella no se prevé ningún tipo de satisfacción concreta al consumidor afectado. En todo caso, no puede negarse cierta tensión entre las afirmaciones de la Sala en el caso recién citado y lo que ella mismo dijo poco antes en el caso *Iturriaga c. BCP* (2009) SC2 460, cit. en nota n. 46, *supra*, cuyo FJ n. 21 dispone que, “[e]n todo caso, las condiciones estipuladas en la referida póliza serán de aplicación al presente caso siempre y cuando no desnaturalice la oferta señalada en la publicidad y sea más beneficiosa para el consumidor” (énfasis añadido). Es evidente que el pasaje resaltado claramente implica que, si la publicidad fuera más beneficiosa para el consumidor que el contrato, debe prevalecer la primera. Ciertamente, el contrato que se contrapone a la publicidad en este caso no es uno al que el propio consumidor haya tenido acceso y haya hecho suyo mediante su consentimiento expreso, como sí ocurría en *Inversiones La Cruz*, pero prefiero pensar que el resultado de este tiene más que ver con el hecho de que se trataba de un procedimiento iniciado de oficio, y en el que por lo tanto no constaba la existencia de ningún consumidor concreto agraviado, sino que se trataba más bien de una suerte de control abstracto o protección de intereses difusos; de ahí también la remisión a la CCD. En realidad, la línea argumentativa que representa *Inversiones La Cruz* es un corolario de la doctrina iniciada en el caso *Edgardo Roberto López Díaz c. Cevatur Perú – Instituto de Altos Estudios Turísticos* (1998), TDC 3, que se ha seguido aplicando pese a que respecto del punto principal que dicha decisión quería resolver (la distinción entre el deber de veracidad, de relevancia anticoncurrencial, y el de información, propio de la protección al consumidor, con claros propósitos de delimitación recíproca de las competencias de los órganos funcionales de Indecopi en materia de publicidad desleal y protección al consumidor) hace tiempo que fue abandonada; vide Alcalde Salazar, Milagros Vanessa (2009). “El cumplimiento del principio de veracidad en el precedente *Metro*”. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 67, pp. 279-290 (pp. 284-285).

Este mecanismo de protección del consumidor supera, pues, ampliamente los remedios que pueden deducirse del derecho común de los vicios de la voluntad, de la responsabilidad precontractual y de la interpretación favorable al adherente, para proteger directamente el interés contractual positivo del consumidor, esto es, el interés en que se cumpla el contrato, y en que se cumpla según las expectativas generadas por la publicidad.⁴⁹ Incluso hay que afirmar que en virtud de esta norma el consumidor tiene legitimidad para exigir la celebración misma del contrato, integrado publicitariamente, si el empresario se negase a aceptarlo.⁵⁰

4. ACEPTACIÓN PER FACTA CONCLUDENTIA DEL CONTRATO MERCANTIL

4.1 Régimen general de la aceptación “tácita” per facta concludentia

Cuando se habla de “aceptación tácita” se puede estar haciendo referencia a dos fenómenos relativamente distintos:

- (i) el primero es la llamada “manifestación tácita de voluntad” o, más apropiadamente, “manifestación de voluntad por actos concluyentes” (*per facta concludentia*);
- (ii) el segundo ocurre cuando se da valor de aceptación al mero *silencio* del destinatario de una oferta.

En esta sección me ocuparé del primero de esos dos fenómenos, materia que está regulada con alcance general en el artículo 141 de CC: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. [...] Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia”.

Se trata de “actos de los que puede deducirse dicha voluntad, aunque no sean adecuados para manifestarla directamente”.⁵¹ El mero uso de códigos diferentes al habitual —es decir, de códigos de comunicación ajenos a cualquier forma del lenguaje natural— no calificaría como un supuesto de actos concluyentes, porque tales códigos podrían ser igualmente “adecuados para manifestar una voluntad determinada”.⁵² Piénsese, por ejemplo, en un sistema de cifrado mediante signos o símbolos especiales, o en un lenguaje artificial.

49 GARCÍA-PITA, 2010: 815.

50 GARCÍA-PITA, 2010: 816.

51 GARCÍA-PITA, 2010: 750. En esto sigue a Garrigues, 1964: 62 (n. 1022), a Broseta y a Gómez Calero.

52 *Ibidem*.

Las “manifestaciones tácitas de voluntad” son, pues, “conductas” positivas (no la mera *inacción*), de las que no es razonable deducir otra intención que la de aceptar la oferta. Se pueden poner los siguientes ejemplos:⁵³

- (i) recepción sin reserva por el destinatario de la oferta de la prestación puesta a su disposición por el oferente (supuesto próximo al de las “relaciones contractuales fácticas” reguladas en el artículo 1396 de CC, que he examinado someramente en otro lugar);⁵⁴
- (ii) que el destinatario de la oferta dé inequívocamente ejecución a la prestación que estaría a su cargo bajo el contrato propuesto por el oferente; e incluso,
- (iii) bajo ciertas condiciones, la recepción sin reserva de un *aliud* respecto de un pedido previo del destinatario o de la prestación prevista en las negociaciones.⁵⁵

4.2 Los supuestos del artículo 1380 de CC

El artículo 1380 de CC abunda sobre el caso ejemplificado en segundo lugar: “Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios”.

El artículo prevé tres supuestos alternativos que exijan el inicio de la ejecución sin previa respuesta:

- (i) solicitud del propio oferente;
- (ii) naturaleza de la operación;⁵⁶ o
- (iii) usos.

53 BUCHER, Eugen (1988). *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*. Segunda edición. Zúrich: Schulthess, pp. 136-137.

54 En mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 88-98 (§§ 36 a 38).

55 En este caso, el envío del *aliud* se interpretaría como una contraoferta o una oferta de modificación contractual o de un contrato sustitutorio.

56 Supuesto que la doctrina suele interpretar como el caso de que la ejecución sea tan urgente, que podría ser perjudicada si se difiere la aceptación. Cfr. DE LA PUENTE, 2007: 565-566; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. “Comentario al artículo 1380 de CC”. Gutiérrez, op. cit.

En los tres casos, se presupone la falta de comunicación inmediata entre las partes.⁵⁷

Ahora bien, salvo la expresa solicitud del oferente —que, de todos modos, casi siempre será dirigida a un empresario—, apenas es concebible que “la naturaleza de la operación” o “los usos” hagan necesaria la ejecución sin respuesta previa sin que, al mismo tiempo, el destinatario de la oferta sea empresario, y casi siempre uno específicamente dedicado al tipo de operación de que se trata. Por eso, dado que su aplicación es, si no única, preponderantemente mercantil, considero que se justifica describir este artículo como una norma mercantil, aunque esté contenida en el CC. De hecho, no es sino la generalización del caso específicamente previsto en el artículo 242 de CdC para la formación del contrato de comisión mercantil.⁵⁸

5. LA ACEPTACIÓN TÁCITA O POR SILENCIO EN SENTIDO ESTRICTO

5.1 *La regla general: “el que calla, calla”*

El segundo fenómeno que designa la expresión “aceptación tácita” no se refiere ya al valor de unos “actos (positivos)”, sino a los efectos que pueden derivarse de una actitud absolutamente pasiva, sin emplear palabras, ni signos, ni actos positivos de ningún tipo, ni a favor ni en contra del contrato. El sujeto no dice nada: ni por escrito, ni de palabra, ni mediante conducta positiva alguna. Se trata, ahora sí con propiedad, del “silencio”, y de la posibilidad de que pueda tener alguna vez valor para celebrar un contrato (u otro negocio jurídico), y especialmente uno de aceptación.⁵⁹

La cuestión está prevista y regulada con alcance general en el artículo 142 de CC: “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

Apenas cabe dudar de que este artículo deba leerse en el sentido de afirmar que el silencio solo importa manifestación de voluntad en los dos casos que específicamente prevé la norma en cuestión (ley o convenio de los propios interesados que

57 DE LA PUENTE, 2007: 563-564.

58 Vide mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 284-286 (§ 128).

59 GARCÍA-PITA, 2010: 750-751. De la Puente, 2007⁵⁷², reproduce en nota al pie una cita de Sacco, donde explica que “las dos figuras [es decir, los actos concluyentes y el silencio propiamente dicho] eran en un tiempo mezcladas dentro de la más amplia categoría de la declaración tácita. La distinción entre ellas fue delineada por los autores de la segunda mitad del presente [por el pasado] siglo, y hoy constituye un resultado admitido por la mejor doctrina, que tiene cuidado —sobre todo— de distinguir el silencio circunstanciado de la llamada actuación de voluntad (ejecución del contrato sin previa declaración)”.

le atribuyan ese significado). En otras palabras, se consagra como regla general⁶⁰ el principio, recogido ya en el derecho romano, de que “el que calla, ciertamente no afirma, pero también es verdad que no niega”.⁶¹

Viene a cuento aquí, y expresa la idea de una manera incluso más redonda y lapidaria, lo que a cierto encumbrado personaje, que pretendía acogerse al consabido “el que calla, otorga”, replicó un resabiado gallego: “No, Excelencia: el que calla, calla”.

5.2 *La excepción: el silencio circunstanciado*

Ahora bien, aunque sea por excepción (o quizás más bien por regla especial),⁶² el propio artículo 142 de CC prevé casos en que el silencio sí que puede adquirir el significado de una manifestación de voluntad en determinado sentido. En esa misma medida, se puede decir que nuestro ordenamiento acoge también el principio de origen canónico,⁶³ y complementario del anterior, según el cual, en las circunstancias apropiadas, *qui tacet, consentire videtur*: “el que calla, parece que consiente”. Se trata del denominado “silencio circunstanciado”.⁶⁴

Muchos ordenamientos conocen este principio en una variante generalísima, apenas matizada, según la cual *qui tacet, ubi loqui potuit et debuit, consentire videtur*: “el que calla pudiendo y debiendo hablar, parece que consiente”.

En nuestro ordenamiento, los límites dentro de los cuales cabe atribuir al silencio un significado expresivo de la voluntad determinado son mucho más restringidos. El caso solo ocurrirá donde digan:

60 DE LA PUENTE, 2007: p. 573 (al comentar el artículo 1381 de CC). Esto también viene a decir VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Comentario al artículo 142 de CC”. En Gutiérrez, op. cit.: “[el silencio] no constituye manifestación de voluntad”.

61 D.50.17.142: “*qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*”. Algunos han visto en la expresión “*hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur*” (“pues en lo mismo [sic] que callaron, parecen haber consentido”), que usa Ulpiano en el pasaje recogido en D.19.2.13.11, un ejemplo ya romano del “*qui tacet, consentire videtur*”. Pienso que el conjunto del pasaje, referido claramente a la “tácita reconducción” (donde al silencio recíproco de locador y conductor acompaña la continuación del uso y del pago de la merced conductiva), lo coloca con bastante claridad, más bien, en la órbita de la *manifestación tácita de voluntad*.

62 La diferencia entre considerar excepcionales o especiales las normas donde se permite dar un significado declarativo al silencio reside en la posibilidad de aplicar dichas normas por analogía, a supuestos distintos de los estrictamente contemplados: sería admisible en el segundo caso y no en el primero. DE LA PUENTE, 2007, loc. cit., se decanta por la primera opción, aunque luego no es del todo coherente y admite la posibilidad de interpretar extensivamente la regla excepcional.

63 VI.5.12.43: *qui tacet, consentire videtur*. Vic. sobre el origen y alcances de este principio TOMÁS, Gema (2003). “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social”. En RIDA, pp. 383-399.

64 DE LA PUENTE, 2007: 572-573.

- (i) la ley (que se ha de entender aquí en sentido amplio, esto es, comprensivo también de la costumbre);⁶⁵ o
- (ii) el convenio.

5.3 *El silencio consuetudinariamente circunstanciado*

El caso es que el propio CC trae un par de esas leyes,⁶⁶ en sus artículos 1381 y 1758. El primero tiene un alcance más general: “Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente”.

Antes de hablar del “silencio consuetudinariamente circunstanciado” me quiero referir a un problema de redacción en este artículo que todos sus comentadores (al menos los que yo conozco) pasan por alto. Se trata de que, entendido literalmente, el primer supuesto previsto por el precepto (el segundo lo constituye la invitación a ofrecer) no es propiamente una costumbre (positiva) con un contenido determinado, sino su ausencia: “no se acostumbra la aceptación expresa”. El que la ley se exprese de este modo constituye un problema porque, dependiendo del sentido que se dé al verbo “acostumbrar”:

- (i) o bien el supuesto se verifica siempre (o casi);
- (ii) o bien no se verifica nunca.

Así, si por “acostumbrar” se entiende el hecho de “ser costumbre” en sentido fáctico, es decir, lo que suele normalmente ocurrir, prácticamente nunca puede decirse, si es que en realidad puede decirse alguna vez, que “no se acostumbra” aceptar expresamente: no hay, creo yo, ni un solo tipo de operación contractual en la que lo normal, lo que ocurre prácticamente en todos los casos, no sea la aceptación expresa. Y viceversa, si el verbo “acostumbrar” hace referencia a una costumbre en sentido técnico-jurídico, como fuente del derecho, la ausencia o falta de una tal costumbre (una que previera como algo jurídicamente vinculante que la formación de tal o cual tipo de contrato se hará sin aceptación expresa) es universal, sencillamente porque no cabe costumbre contraria donde la ley prevé, como método ordinario de formación del contrato, una expresión de voluntad, incluso “tácita” o por actos concluyentes, pero siempre positiva.

Supongo que por esa razón el precepto es universalmente entendido como referido a un supuesto en el que “sea costumbre aceptar de modo tácito”, es decir,

65 Como confirma la remisión que a ella hace el artículo 1381 de CC. Vide el § 15, *infra*.

66 DE LA PUENTE, 2007, loc. cit.

a un supuesto de costumbre positiva (que no es lo que dice literalmente la norma), interpretación correctiva a la que, naturalmente, también me voy a sumar.

Otra vez, la norma contenida en el artículo 1381 de CC, en su referencia a la costumbre (o falta de ella), pero también en lo que respecta a la invitación a ofrecer, es de aplicación preferentemente mercantil.⁶⁷ Incluso su mercantilidad es más pronunciada que en el caso del artículo 1380 de CC.

El contenido de la costumbre invocada por la norma es “que no haga falta aceptar expresamente”, de modo que haya que atribuir directamente el significado de aceptación al silencio (aunque la ley usa términos interpretativos: “se reputa”). Ahora bien, para que el hecho negativo de no aceptar expresamente alcance la consideración de costumbre, es obvio que la colectividad que la haya desarrollado debe estar compuesta por personas habitual y profesionalmente dedicadas a la operación económica a que se refiere la oferta. Y esto es verdad para cualquiera de los dos sentidos que la doctrina mayoritaria⁶⁸ considera referentes alternativos del término “costumbre” en este artículo:

- (i) técnico-jurídico de “fuente consuetudinaria del derecho”; y
- (ii) el más propio de la práctica de los negocios de “patrón de conducta entre dos o más partes establecido en una serie de operaciones”, esto es, lo que los juristas angloamericanos⁶⁹ llaman el *course of dealing*.

A mi modo de ver, sería más claro que el legislador quiso referirse indistintamente a ambas clases de “costumbre” si hubiera utilizado (como en tantos otros lugares) el término “usos”. Lo cierto es que “costumbre”, y en especial en la forma como viene mencionada en el segundo párrafo, es utilizada en el conjunto del CC casi solo en el sentido técnico-jurídico de “norma consuetudinaria”, que es en mi opinión el único referente real del tenor textual de la norma.

67 Apuntan ya en ese sentido las alusiones que hace DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1996). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Volumen primero: Introducción. Teoría del contrato. Quinta edición. Madrid: Civitas, pp. 149-152 y 309: “Que por aplicación del principio general de derecho *tacens consentit, si contradicendo impedire potuerat*, aquel a quien se impute el consentimiento tácito, tenga el deber de hablar, por existir entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan, o por ser natural y normal que expresase su disentimiento si no deseaba aprobar los hechos o negocios de que se trate” (cit. en p. 151, tomado al parecer de una sentencia). O incluso más claro: “La conclusión anterior debe adaptarse de acuerdo con las circunstancias del caso y valorando de manera muy especial si existen o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; cuáles eran entre los contratantes sus usos particulares respecto del modo de valoración del silencio y cuáles son, dentro del mismo marco, los usos generales del tráfico en el ramo de negocios de que se trate” (en p. 152; expresión muy similar se repite en p. 309).

68 DE LA PUENTE, 2007: 575-576; Fernández. “Comentario al artículo 1381 de CC”. En Gutiérrez, op. cit. (donde prácticamente se refiere solo al segundo supuesto).

69 GARNER, BRYAN A. (editor). *Black's Law Dictionary*. Octava edición. Minnesota: Thomson-West, 2004, entrada “*course of dealing*”.

5.4 *El silencio circunstanciado por invitación a ofrecer*

En cuanto a la invitación a ofrecer, como he expuesto más arriba,⁷⁰ por efecto de la omnipresente e ineludible publicidad, prácticamente todos los empresarios están en permanente estado de invitar a ofrecer a sus clientes (cuando no están directamente vinculados por una “oferta pública”). De modo que casi siempre el silencio de un empresario quedará afectado por lo dispuesto en este artículo. Eso sí: siempre que las ofertas que se le hagan se encuentren dentro del marco de la invitación.⁷¹

En todo caso, es claro que quedan fuera de esta norma (porque lo que haría el destinatario de la invitación ya no sería “oferta”, sino propiamente “aceptación”) los casos en que lo que ha hecho, por ejemplo mediante el uso de la publicidad, el prestador de servicios son ofertas al público *stricto sensu*.⁷²

Complemento necesario de la regla relativa al silencio como aceptación prevista en los artículos 1381 y 1758 de CC es el aviso de rechazo de la oferta establecido en los aludidos preceptos, que es el medio para impedir que el contrato se pueda entender celebrado entre las partes.⁷³ Dicho aviso, dice la ley, debe efectuarse “sin dilación”, expresión que la doctrina entiende como “lo más pronto posible”, utilizando “el medio más rápido de comunicación al que tenga acceso el destinatario”,⁷⁴ “en forma inmediata”.

A este propósito puede servir la semejanza de este aviso de rechazo con el que prevé a propósito del contrato de comisión mercantil el párrafo 1 del artículo 241 de CdC, que ciertamente no se refiere a una posible “aceptación por silencio”, sino a un supuesto de responsabilidad precontractual, como expongo en otro lugar.⁷⁵ En concreto, considero que el modo de rehusar “sin dilación” la oferta se puede entender en los mismos términos que usa esta última norma: “por el medio más rápido posible, debiendo confirmarlo, en todo caso, por el correo más próximo al día en que recibió” la oferta.

5.5 *El silencio circunstanciado del prestador profesional de servicios*

Por su parte, el artículo 1758 de CC dispone: “Se presume la aceptación entre ausentes cuando los servicios materia del contrato constituyen la profesión habitual del

70 Vide § 9, en p. 9, *supra*. Esto se refuerza precisamente con el tenor, materialmente equivalente, del artículo 1758 de CC: “cuando los servicios sean públicamente anunciados”. Vid. el § 17, en p. 19, *infra*.

71 *De la Puente*, 2007: 576; Fernández, op. cit.

72 PAZOS HAYASHIDA, Javier. “Comentario al artículo 1758 de CC”. En Gutiérrez, op. cit.

73 FERNÁNDEZ, op. cit.

74 DE LA PUENTE, 2007: 577; Fernández, op. cit.

75 Vide mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 284-286 (§ 128).

destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, salvo que el destinatario haga conocer su excusa sin dilación”.

Dentro siempre del contexto específico de “prestaciones de servicios entre ausentes” (luego no, por ejemplo, si se tratase del comercio de bienes), el artículo reproducido contempla tres casos en los que se aplicaría al silencio del destinatario de la oferta el significado de aceptación:⁷⁶

- (i) cuando tales servicios constituyan la profesión habitual del destinatario;
- (ii) cuando correspondan al ejercicio de su calidad oficial; o
- (iii) cuando sean públicamente anunciados.

El supuesto de que el destinatario de la oferta haya hecho anuncio público de los servicios se identifica en realidad con el caso de “invitación a ofrecer”, previsto con alcance general en el artículo 1381 de CC, y que acabo de comentar. Tampoco aquí la norma se refiere a las ofertas al público propiamente dichas,⁷⁷ sea que se hayan servido de la publicidad comercial o no.

El supuesto de la calidad oficial del prestador de servicios puede ser difícil de distinguir del de la profesión habitual, aunque parece que el legislador ha querido referirse a casos como el del notario público, entre otros.⁷⁸

Se ha hecho notar que en el supuesto de las prestaciones profesionales se menciona expresamente la habitualidad del servicio, lo cual se interpreta como una exigencia de que el destinatario de la oferta efectivamente se dedique a la prestación de los servicios que son su objeto.⁷⁹

Tratándose de la profesión mercantil, esto es, del ejercicio de la empresa, esta mención podría considerarse:

- (i) en unos casos, casi superflua o redundante, puesto que esa profesión se suele adquirir, precisamente, por su ejercicio habitual (cfr. inciso 1 del artículo 1 de CdC); y
- (ii) en otros casos, como una peligrosa restricción del ámbito de aplicación de la norma, cuando se refiera a un empresario por la forma (cfr. inciso

76 PAZOS, op. cit.

77 PAZOS, op. cit.

78 PAZOS, op. cit., citando a su vez a Arias Schreiber.

79 PAZOS, op. cit., citando a su vez a Cervilla.

2 del artículo 1 de CdC), casos que, por cierto, constituyen hoy por hoy más la regla que la excepción.⁸⁰

Se entiende, sin embargo, que esa exigencia cumple un papel importante respecto de las profesiones liberales. Como estas no necesariamente implican la idea de habitualidad, sino más bien la de una habilitación general mediante título, es necesario que la norma no se aplique a las actividades “propias de la profesión” en abstracto, pero que el sujeto no suele llevar a cabo efectivamente.⁸¹ Pero para aplicar esa misma ratio a la profesión específicamente mercantil es mucho más apropiado entender la relación entre los servicios objeto de la oferta y la “profesión habitual” del destinatario bajo el artículo 1758 de CC en el sentido de profesadamente habitual. Con esto último quiero decir que, en cualquier caso, no se podrá entender que el silencio del empresario vale como aceptación de una oferta de contrato de servicios que:

- (i) de hecho, él no presta habitualmente;
- (ii) siempre y cuando tampoco haya dado a entender, de un modo que le sea imputable, que se dedica o se dedicará en el futuro próximo a prestar habitualmente.

Este último requisito no lo cumplirían, por ejemplo, los empresarios por la forma, aunque no se dediquen de hecho al servicio en cuestión (o no todavía), si forma parte del giro de sus negocios u objeto social registralmente publicitado; ni tampoco los supuestos del llamado empresario aparente.⁸²

5.6 *El silencio del consumidor*

En sentido contrario a las normas especiales analizadas en los párrafos anteriores, que dan el significado de aceptación al silencio del destinatario de la oferta, el inciso *b* del artículo 56.1 de CPDC prohíbe expresamente: “Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa”.

Por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación de esta norma de protección al consumidor,⁸³ incluso si abstractamente el caso cayese dentro del ámbito de aplicación

80 Vide mis *Notas de Derecho Mercantil*, cit., pp. 65-69 (§§ 30 y 31).

81 Cfr. PAZOS, op. cit.

82 Sobre el cual vid. mis *Notas de Derecho Mercantil*, cit., pp. 69-72 (§ 32).

83 Vid. un breve comentario a una norma parecida incluida en la LPC ant. en VEGA MERE, Yuri (2001). “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a

previsto por los artículos 1381 o 1758 de CC (lo cual es muy difícil, pues los sujetos a los que tales normas se les puede aplicar casi invariablemente tienen que ser empresarios),⁸⁴ el silencio del consumidor solo podría interpretarse como aceptación si él mismo lo hubiese autorizado previa y expresamente. Es decir, tendría que tratarse de un caso, que no he desarrollado en este trabajo, de silencio contractualmente circunstanciado.

6. PERFECCIÓN DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES

6.1 *Planteamiento: los problemas por resolver*

Al consentimiento se llega pues, normalmente, con el intercambio de la oferta y la aceptación. Más para que en un momento dado concurren simultáneamente esas declaraciones de voluntad, perfectamente coincidentes, hay que atender a las circunstancias —concretamente, las de tiempo y lugar— que rodean su emisión y recepción. Ya que tales circunstancias pueden ser notablemente diversas, tradicionalmente han dado lugar a regulaciones también diversas.

Ahora bien, antes de estudiar esas disposiciones conviene detenerse un momento en las cuestiones jurídicas relativas al perfeccionamiento del contrato que están implicadas en ellas. Se trata básicamente de tres cuestiones:⁸⁵

- (i) la determinación del lugar de celebración del contrato, en cuyo caso el problema deriva de la distancia geográfica o espacial en que se emiten o reciben las respectivas declaraciones; y
- (ii) la determinación del momento de celebración del contrato, en cuyo caso el problema que se debe resolver se deriva de la distancia temporal entre la emisión de las declaraciones contractuales (oferta y aceptación) y su recepción y conocimiento por sus respectivos destinatarios;
- (iii) la determinación del periodo de vigencia o, dicho en negativo, del momento de la caducidad de la oferta, cuestión que lleva implícita a su vez la de la disponibilidad o no para su destinatario de un tiempo o plazo de reflexión para manifestar su aceptación o su rechazo de la oferta.

favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo”. En VV. AA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo II. Lima: Palestra, pp. 515-638 (p. 599).

84 Que es lo contrario de un consumidor, casi por definición; vid. al respecto mis *Notas de Derecho Mercantil*, cit., pp. 133-134 (§ 67).

85 GÓMEZ CALERO, Juan (1995). “El contrato mercantil: nociones generales”. En Jiménez Sánchez, Guillermo J. (coordinador). *Derecho mercantil*. Segunda edición. Barcelona: Ariel, pp. 212-228 (pp. 218-219), aunque con cierta vaguedad. También Miranda, 2006: 93-94, trata explícitamente solo de los dos primeros, pero considera el tercero como parte de la problemática implícita en el segundo.

6.2 La contratación entre ausentes y los medios de comunicación

Al tiempo de la primera formulación de las reglas tradicionales en esta materia, era imposible comunicarse entre lugares distantes sin que transcurriera un lapso temporal importante entre la emisión de la comunicación y su toma conocimiento por el respectivo destinatario. Según esto, se distinguían solo dos modalidades básicas posibles de contratación:⁸⁶

- (i) la contratación entre presentes, y
- (ii) la que se hacía entre ausentes.

Este enfoque básicamente espacial pretendía, simultáneamente, dar solución al problema temporal y al de la vigencia de la oferta. Pero la evolución misma de la técnica ha puesto en entredicho esa dicotomía⁸⁷ o, al menos, ha variado su significado. Ahora es perfectamente posible, y además muy común, comunicarse a notable distancia geográfica, pero sin ninguna distancia temporal apreciable o de manera simultánea: por teléfono, teleconferencia, internet, etc.

Se advierte así que, más que la recíproca presencia o ausencia (físicas) de los contratantes, y solo para los efectos del plazo de vigencia o caducidad (y oportunidad de la posible revocación) de la oferta, lo relevante es más bien:

- (i) si los medios empleados por las partes permiten una comunicación inmediata (en sentido, preponderantemente temporal), o no;⁸⁸ y
- (ii) la relativa importancia o complejidad intrínseca de la comunicación (por ejemplo, aunque sea entre “presentes”, si por ser escrita la propuesta requiere un plazo de reflexión).⁸⁹

En cambio, las cuestiones más bien “operativas” de determinar el momento y lugar concretos de perfeccionamiento del contrato (y, en un nivel más general, de eficacia de una declaración) tienden a ser respondidas por separado y con independencia de la anterior. De hecho, lo usual es que las dos cuestiones se sigan resolviendo

86 GARCÍA-PITA, 2010: 755.

87 MIRANDA, 2006: 93 (citando Pilar Perales Viscasillas).

88 DE LA PUENTE, 2007: 502-504. Vid. nuestro artículo 1385 de cc.

89 Vide inciso c del artículo 228.1 de CC pt. y artículo 851 de CdC col. En la misma línea deberían entenderse las literalmente más genéricas alusiones del párrafo 2 del artículo 1326 de CC it. y del artículo 18.2 de CVIM. Vide también Barta, Heinz (2004)- *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*. Viena: WUV, p. 293, en un ordenamiento (el austriaco) en gran medida anclado todavía, en la literalidad de sus normas al menos, en la dialéctica de la “presencia” o “ausencia”.

simultáneamente y, según el mismo criterio, aunque desde mi punto de vista nada en su propia naturaleza exige que sea así.

Lo cierto es que todo el fenómeno de la llamada contratación entre ausentes, y por tanto su régimen jurídico propio, reviste una especial importancia en la praxis comercial.⁹⁰

6.3 *Los criterios de solución*

Pues bien, para los últimos efectos (determinación del momento y lugar de perfección del contrato), se han planteado como posibles soluciones los siguientes criterios:⁹¹

- (i) el criterio de la emisión, por el que el contrato se entiende perfeccionado en el momento y lugar en el que el destinatario de la oferta formula su declaración de voluntad (esto es, en una comunicación por correspondencia ordinaria, cuando escribe la carta), aceptándola;
- (ii) el de la expedición, por el que el contrato se entiende aceptado donde y cuando el destinatario de la oferta se desprende de su declaración, despachándola con destino al oferente (es decir, si se trata de una carta, cuando la deposita en el buzón de correos);
- (iii) el de la recepción, por el que el contrato queda celebrado donde y cuando la comunicación de aceptación llega a la esfera del oferente (cuando la carta es entregada en su domicilio); y
- (iv) el del conocimiento, que difiere la celebración del contrato al momento y lugar en el que el oferente toma conocimiento de la aceptación (es decir, cuando lee efectivamente la carta).

Como reconocen los juristas de *common law* con su habitual actitud pragmática, la principal diferencia entre un criterio y otro se reduce a saber si será el oferente (en las reglas de la emisión y de la expedición) o el aceptante (en las otras dos) el que correrá el riesgo del posible mal funcionamiento del sistema de comunicación empleado,

90 GARCÍA-PITA, 2010: 756; Langle y Rubio, Emilio (1959). *Manual de derecho mercantil español*. Tomo III. Barcelona: Bosch, p. 77. Vide también la alusión a la importancia práctica de la *postal rule* (más o menos equivalente a la contratación entre ausentes en el *common law*) en los tratos comerciales en Carter, John W. y Harland, David John (2002). *Contract Law in Australia*. Cuarta edición. Sydney: Butterworths, p. 51 (§ 230).

91 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, et. ál. (2000). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*. Madrid: Colex, pp. 367-368 (§ 133). Gómez, 1995: 218; Miranda, 2006: 94-95. Vide en nuestro medio, De la Puente, 2007: 502-504. Más antiguo, León Barandiarán, José (1992). *Tratado de derecho civil*. Tomo IV. Lima: WG Editor, pp. 99-100.

y la incertidumbre de si está o no vinculado por un contrato, entre el momento legalmente señalado para su formación y su posibilidad de tomar conocimiento de ello.⁹²

El hecho es que debe haber una regla clara y definida sobre ese punto: el riesgo se puede poner a cargo de cualquiera de las partes; lo importante es que no quepa dudar al respecto, pues así la parte a la que no corresponde el riesgo podrá actuar con prontitud y confianza sobre la base del contrato, y la parte que debe asumirlo podrá tomar un seguro, si lo desea.⁹³

6.4 *El sentido del artículo 54 de CdC a la luz de su historia*

En esta línea, el CdC de 1853 regulaba la formación del contrato por correspondencia en términos bastante claros, en el párrafo 1 de su artículo 185 decía:

En las negociaciones que se traten por correspondencia, se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio desde que el que recibió la propuesta expida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva; y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un término determinado.

Hay que aclarar que, en ese momento, y en conjunto con la de la contratación verbal entre presentes del artículo 183 de CdC ant., estas normas recogían la única regulación del mecanismo preciso de formación del consentimiento en nuestro derecho privado, toda vez que el CC de 1852, como ocurriera ya con su modelo principal (el *Code Napoléon*), guardaba completo silencio sobre estas cuestiones. Y como puede apreciarse, la norma acogía de una manera diáfana la doctrina o teoría de la expedición (aunque literalmente solo para el momento de perfeccionamiento del contrato).⁹⁴ Esta norma fue sustituida en 1902 por el vigente artículo 54 de CdC: “Los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada”.

Dado que la EM del CdC vigente declara expresamente sobre esta disposición, entre otras, que se trata de una de las “reglas generales y comunes a todas las obligaciones convencionales de índole mercantil, tomadas del Código derogado; habiéndose

92 Cfr. CARTER, 2002: 56 (§ 235).

93 Carter, 2002: 57 (§ 235), citando al norteamericano Corbin.

94 Y como también puede apreciarse, la oferta era en principio revocable bajo ese sistema (como todavía lo es en el *Common Law*). Hoy, el artículo 1382 de CC recoge el criterio exactamente contrario (la oferta es en principio irrevocable), bajo fórmula más que perfectible.

omitido otras, que aparecen en el mismo [sic], por considerarlas innecesarias”,⁹⁵ esta disposición se ha de tomar como una reformulación condensada y resumida de los mismos principios y reglas.⁹⁶ Por lo tanto, se le debe reconocer exactamente el mismo sentido que a la norma anterior, pese a su más imperfecta redacción; en concreto, es necesario concluir que la norma consagra, como criterio de formación del contrato por correspondencia, el de la expedición, y no el de la emisión, como podría malinterpretarse sobre la base de su tenor literal.⁹⁷

Pero es necesario aún ponderar el ámbito de aplicación del artículo 54 de CdC, y las modificaciones (tácitas) que ha sufrido en el tiempo, derivadas de los cambios acaecidos en la codificación civil sobre la misma materia.

En un primer momento, la norma mercantil siguió siendo, como lo había sido su predecesora, la única regulación de la contratación entre ausentes en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la puesta en vigor del CC de 1936. En ese sentido, pienso que a partir de la fórmula consagrada en ella se debía deducir por analogía, para todo el ámbito de la contratación privada (civil y mercantil), la vigencia del principio de la expedición para la formación del contrato entre ausentes;⁹⁸ y conforme también a ese principio general debía interpretarse el menos claro artículo 55 de CdC, sobre contratación mediante corredor.⁹⁹

6.5 Evolución de la legislación civil y su interacción con la mercantil

En este contexto, el CC de 1936, a diferencia del de 1852, introdujo en sus artículos 1330, 1331 y 1334 a 1336, una serie de normas que regulaban la materia de modo bastante completo. Veamos:

95 Vide De la Lama, Miguel Antonio (1902). *Código de Comercio y Ley Procesal de Quiebras y Suspensión de Pagos, con notas críticas, explicativas y de concordancia*. Lima: Gil, p. 21; GARCÍA CALDERÓN, Manuel (1957). *Código de Comercio. Fuentes, exposición de motivos, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas*. Lima: Mejía Baca, p. 51.

96 Con una excepción, sin embargo, y es que la nueva norma no menciona para nada la revocabilidad o no de la oferta, y hasta qué momento sería posible o válido hacerlo. Por ese motivo, opino que el tema debía resolverse en función de las reglas generales que, en cada momento de la vigencia del CdC, fuera posible o necesario asumir como válidas para el conjunto del derecho privado. Hoy en día, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1382 de CC: la oferta es, en principio, irrevocable.

97 Sobre esta posible interpretación errónea y su crítica, en el estado anterior a la reforma del CdC es. en esta materia, vid. GARCÍA-PTA, 2010: 761-762 y 767-769.

98 Aunque reconoce que la opinión contraria era sostenida por autores de más nombre que el suyo, la argumentación de ORTIZ DE ZEVALLOS y VIDAUURRE, Ricardo (1906). *Tratado de derecho civil peruano, teórico y práctico. Volumen relativo a los contratos*. Lima: Librería Francesa Científica Galland de E. Rosay, pp. 27-29, prueba que, también *de hecho*, el criterio de la expedición fue bastante aceptado en la doctrina para regir el supuesto de contratación entre ausentes bajo el imperio del CC de 1852. Se echa en falta, sin embargo, alguna alusión al artículo 54 de CdC, entonces vigente, y plenamente aplicable al asunto tratado, a pesar de que la mayoría de sus ejemplos hacen referencia a situaciones indudablemente comerciales.

99 Vide al respecto los §§ 25 a 27, en pp. 136 y ss., *infra*.

1330.- La oferta deja de ser obligatoria:

1. Si se hizo sin conceder ningún plazo a una persona presente, y no fue inmediatamente aceptada.

Considérese como presente a la persona que contrata con otra por medio del teléfono.

2. Si se hizo sin plazo a una persona ausente, y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llevar la respuesta a conocimiento del oferente.

3. Si hecha a una persona ausente no se hubiese expedido la respuesta dentro del plazo fijado.

4. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con esta, llegase a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente.

1331.- Si por alguna circunstancia la aceptación llegase tardíamente a conocimiento del oferente, este lo comunicará sin dilación al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios.

[...]

1334.- Se considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella, llegare a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

1335.- Los contratos celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica, se consideran perfectos desde que fue expedida la aceptación.

1336.- Reputase celebrado el contrato en el lugar en que se formuló la oferta.

El conjunto de estas normas produce de primera intención una cierta perplejidad, pues se concede relevancia alternativa para distintos efectos concretos del criterio del conocimiento (incisos 2 y 4 del artículo 1330 de CC ant.; artículos 1331 y 1334 de CC ant.; e incluso el artículo 1336 de CC ant.),¹⁰⁰ por un lado, y el de la expedición (inciso 3 del artículo 1330 de CC ant.; artículo 1335 de CC ant.), por otro, hasta el punto de generar la percepción de una cierta mezcolanza. De hecho, leídas a la luz de la distinción de problemas vinculados a la idea de la “contratación entre ausentes” a que he aludido en apartados anteriores,¹⁰¹ podría pensarse¹⁰² que introducía una regulación de derecho privado general o común bastante clara, compuesta por dos normas generales, una excepción puntual a la segunda de ellas, y una norma especial para otro asunto relacionado, a saber:

100 En el entendido de que el lugar en que se formuló la oferta es normalmente donde el oferente conoce la aceptación.

101 Vid. §§ 19 y 20, *supra*.

102 De hecho, es lo que pensé yo mismo, antes de haber estudiado con detenimiento la literatura asociada al CC ant., y así lo dejé escrito en versiones pasadas (del 2011 al 2013) de mis *Notas de contratos mercantiles*. Los pasajes correspondientes aparecen en la versión de 2013, que es la cit. en este trabajo, en las pp. 127-128, que forman parte del § 50. Mediante esta nota y el texto al que se refiere rectifico mi posición.

- (i) en cuanto al lugar de celebración del contrato, en todos los casos y sin excepción, la regla enunciada por el artículo 1336 de CC ant. debía tenerse por tal aquel en el que se formuló la oferta;
- (ii) en cuanto al tiempo de su perfeccionamiento, el juego del inciso 2 del artículo 1330 y el artículo 1334 de CC ant. parecía configurar como regla general la teoría del conocimiento; pero tal regla admite una excepción, a saber:
- (iii) en el caso específico de la contratación por correspondencia epistolar o telegráfica, el artículo 1335 de CC ant. parecía acoger la teoría de la expedición, es decir, la que ya acogía el artículo 54 de CdC para ese mismo supuesto.
- (iv) Y finalmente, el inciso 3 del artículo 1330 de CC ant. establecería como regla especial que, si la oferta se había hecho a un ausente, se hacía irrevocable desde la expedición de la aceptación por el destinatario de la oferta¹⁰³ (tema obviamente distinto de todos los anteriores, aunque relacionado con ellos), sin esperar a la eficacia regular de la aceptación (que según la presunta regla 2 recién debiera ocurrir al llegar esta a conocimiento del oferente).

Sin embargo, lo cierto es que la interpretación de las mismas normas por sus comentaristas más autorizados, contemporáneos con su promulgación o que publicaron durante su vigencia, es radicalmente diferente. Todo ellos postulan la continuidad del criterio de la expedición como la regla general (y no especial) para la determinación del momento de la conclusión del contrato mediante la aceptación.¹⁰⁴ Las alusiones legales al conocimiento, si bien más numerosas (incisos 2 y 4 del artículo 1330 de CC ant.; artículos 1331 y 1334 de CC ant.), se toman como excepciones de difícil justificación teórica y engarce dogmático, pero que se explican como soluciones pragmáticas a problemas puntuales.¹⁰⁵

La práctica unanimidad doctrinal en esta interpretación procedía, en realidad, de que esa era la intención real del legislador, que se expresaba en la EM *ad loc.* así:

103 Lo cual, por cierto, implica que durante la vigencia del CC ant. la oferta era en principio revocable, en contra de lo que dispone la ley civil vigente, pero en concordancia con lo que expresamente dispuso en su momento el CdC de 1853 (y que por lo tanto, se debería entender que tuvo implícita vigencia continuada entre 1902 y 1936).

104 Vid. LEÓN BARANDIARÁN, 1992: 102-105. También CORNEJO, Ángel Gustavo (1939). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo II. Lima: Librería e Imprenta Gil, pp. 89-99 (nn. 32 a 39); Castañeda, Jorge Eugenio (1966). *El derecho de los contratos*. Tomo I. Lima: UNMSM, pp. 115-119 (nn. 23 y 24). Gran parte del peso argumentativo de esta tendencia interpretativa se apoyaba en el inciso 3 del artículo 1330 de CC ant., según el cual la oferta caducaba “si, hecha a una persona ausente no se hubiese expedido la respuesta dentro del plazo fijado”.

105 Así, CORNEJO, 1939: 91, sobre el contraste entre los incisos 2 y 3 del artículo 1330 de CC ant.

La expresión del consentimiento puede tener lugar entre presentes o ausentes, y en esta segunda hipótesis, aparece la importante cuestión de resolver el momento en que se opera la conjunción de voluntades que perfecciona el contrato. Sobre el particular se ofrecen a la consideración del jurista dos sistemas principales: el de la declaración y el de la información. El primero pretende que el destinatario de la oferta declare que la acepta, y el segundo que el peticente tome conocimiento de la aceptación. La cuestión reviste considerable interés práctico. Si el contrato se reputa perfeccionado desde el momento de la aceptación, el peticente no puede desistirse a partir de este momento; pero si se admite que el contrato no queda perfecto sino desde el instante en que la aceptación llega a conocimiento del peticente, la retractación de este puede ser eficaz mientras no se informe de la adhesión del aceptante. Los defensores del sistema de la declaración aducen para sostenerlo que la concurrencia de voluntades se produce por efecto de su conjunción en el tiempo, y agregan, que si se admitiese rigurosamente la doctrina de la información, se podría llegar a la imposibilidad material de los contratos por correspondencia. Se dice también que el sistema de la información ofrece dificultades de carácter probatorio y no tiene las ventajas del de la declaración desde el punto de vista de la aceleración de los contratos. Al margen de ambos sistemas, hay soluciones diversas. Nos referimos al sistema de la declaración pura, en el cual el contrato queda perfecto desde que el estipulante escribe su carta de respuesta; al de la expedición, en que el contrato se perfecciona a partir del momento en que el aceptante se desprende de su carta de respuesta; y al de la recepción, que requiere que la aceptación llegue materialmente a poder del peticente. Los Códigos más modernos conceden su preferencia a la doctrina de la expedición [...]. La teoría de la expedición, consagrada por los Códigos alemán, suizo, argentino y brasileño, nos parece preferible y es la que el proyecto adopta.¹⁰⁶

A estas ideas, añadía el ponente de esta parte del anteproyecto, Dr. Manuel Augusto Olaechea, entre otras cosas, las siguientes en sus motivos originales: “El Código Civil vigente nada dice directamente sobre el particular; pero del artículo 601 [...] parece derivarse que adoptara el sistema extremo de la información. A su vez, el Código de Comercio sanciona el sistema de la declaración, en el artículo 54 [...]. La teoría mixta de la expedición [...] me parece la más aceptable, y es la que sigue el anteproyecto, como solución intermedia”.¹⁰⁷

106 EM al artículo 1330 de CC ant., publicada en APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán (1942). *Código Civil: concordancias*. Tomo III. Lima: Taller de Linotipia, pp. 426-427.

107 Motivos recogidos en Calle, Juan José (1928). *Código Civil del Perú. Anotado con las modificaciones que contendrá el proyecto de nuevo Código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora, creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922*. Lima: Librería e Imprenta Gil, pp. 427-428. Ya he explicado que la interpretación que hace el ponente del artículo 54 de CdC era un

Visto lo cual, queda por dilucidar cómo encajaba en este sistema la regulación mercantil especial del CdC, teniendo en cuenta que su tenor y vigencia no fueron, en principio, afectados para nada por el cc de 1936: “Las disposiciones del Código de Comercio y otros Códigos especiales no se considerarán derogadas por las de este, sino cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos Códigos y que estén en oposición a ellas”.¹⁰⁸

Así pues, se concluye que el cc de 1936 no solo no cambia las líneas fundamentales conforme a las cuales venía regulando la materia el CdC, sino que más bien las acoge y generaliza expresamente (aunque introduciendo algunas incongruencias dogmáticas de difícil acomodo sistemático, cuya eficacia por eso mismo se ha de rechazar en el ámbito mercantil) para todo el derecho privado. En ese sentido, el sistema de la expedición recogido en el artículo 54 de CdC siguió expresando una regla general, aplicable a toda forma de contratación mercantil entre ausentes, oportunamente integrada, en su caso, por un derecho común concordante en lo fundamental.

6.6 Situación actual

La situación cambia radicalmente con la promulgación del cc de 1984, actualmente vigente. Este ha reformado de modo muy importante toda la regulación de esta materia. En efecto, siguiendo lo que el *Codice Civile* italiano de 1942 dispuso acerca del momento en que se entiende celebrado el contrato,¹⁰⁹ nuestro país ha acogido, aparentemente sin ambages, la teoría o criterio del conocimiento, pero tanto para la determinación del momento como la del lugar de celebración del contrato, en el artículo 1373 de cc: “El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

Ahora bien, esta regla se ha de integrar con el párrafo 1 del artículo 1374 de cc: “La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”.

Lo que supone reinterpretar, para casi todos los efectos prácticos, el supuesto principio o criterio del conocimiento según el contenido y consecuencias de la recepción. En esto el cc lo que hace en el fondo es seguir el modelo de la *CVIM* de 1980 (por entonces, no ratificada ni vigente en nuestro país) y adaptarla —en mi opinión,

error, originado de una lectura literal y descontextualizada del precepto.

108 Párrafo 2 del artículo 1828 de cc ant.

109 Artículo 1326 de cc it.: “El contrato queda concluido en el momento en que quien ha hecho la propuesta tome conocimiento de la aceptación de la otra parte”. Como se advierte del texto reproducido, el *Codice* guarda silencio sobre la cuestión del *lugar* donde se entiende celebrado el contrato.

desmejorándola— a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 23 de CVIM no señala directamente el momento y lugar de celebración del contrato, sino que remite al “momento de surtir efecto la aceptación de la oferta”; pero para este acoge como regla general, de un modo absolutamente diáfano, el criterio de la recepción en el artículo 18.2 de CVIM:¹¹⁰

La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que este haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Pues bien, dado que el CC apenas dice nada sobre su interrelación con el CdC, no es del todo claro si, dentro del especial ámbito mercantil:

- (i) la regla general debe seguir siendo la de la expedición; o si,
- (ii) por el contrario, a partir de la entrada en vigencia del CC de 1984, el artículo 54 de CdC queda reducido a una excepción específica, aplicable solo a los contratos mercantiles que además sean celebrados por correspondencia (y entendida esta, además, como la correspondencia postal y acaso la telegráfica); y la regla general pasaba a ser, también en el ámbito mercantil, la que acogía el criterio del conocimiento.

Tampoco tengo noticia de que nuestros tribunales se hayan pronunciado de modo expreso en uno u otro sentido en ningún momento. Así que, no sin reconocer que la postura contraria podría contar a su favor con algunos argumentos atendibles, opino que tanto la ausencia de una norma escrita que acoja el principio de la expedición como regla general en toda su amplitud, como la clara inconveniencia práctica de que el derecho mercantil y el derecho civil vayan en esta materia por senderos separados, inclinan decisivamente la balanza a favor de la segunda solución.

Esta conclusión se ve reforzada, en mi opinión, por la entrada en vigencia de la CVIM como derecho interno peruano de la compraventa internacional. En efecto,

110 Análogo criterio se sigue para la eficacia de la oferta en el artículo 15.1 de CVIM, y parece extensible como criterio a cualesquiera otras declaraciones de las partes, con base en la regla general de interpretación del artículo 22 de CVIM: “A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención ‘llega’ al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual”.

dicha convención internacional regula compraventas que en nuestro país deberían ser calificadas como mercantiles,¹¹¹ lo cual aconseja:

- (i) reforzar la interpretación de las normas del CC, en principio algo diferentes, en el sentido preciso que claramente tienen las de la CVIM, por un lado; y
- (ii) entender por definitivamente derogada la regla de la expedición como criterio general de perfeccionamiento del contrato entre ausentes, salvo en cuanto ello sea incompatible con normas expresas vigentes (como el artículo 54 de CdC); mas, por eso mismo, conviene interpretar restrictivamente el ámbito de aplicación de estas.

Resumiendo todo lo anterior, puede decirse que

- (i) Como regla general, la llegada al oferente de la aceptación perfecciona el contrato, sea este civil o mercantil, y marca el momento y lugar del inicio de su eficacia (criterio de la recepción).
- (ii) Solo si el contrato es mercantil y se celebra por correspondencia (y entendiéndose por esta solo la correspondencia clásica: postal o telegráfica; no la electrónica, pues se trataría de una norma excepcional), el momento (no el lugar) de su perfeccionamiento e inicio de su eficacia no viene dado por la recepción de la aceptación por el oferente, sino por su expedición por parte del aceptante, es decir, por su depósito en el buzón de correos o la entrega del despacho original en la oficina de telégrafos (artículo 54 de CdC).¹¹²

7. CONTRATO CELEBRADO ANTE CORREDOR O MEDIADOR

7.1 Planteamiento

La contratación mercantil es un ámbito privilegiado de desarrollo de las técnicas de colaboración entre empresarios, que permiten paliar las limitaciones que les impiden llevar a cabo personalmente todos los actos que integran su profesión,¹¹³ concurriendo unos a la celebración de contratos en interés de otros, cuyos intereses gestionan.

111 Vid. mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 409-410 (§ 201).

112 Cfr. LANGLE, 1959: 82-83, que todavía da a la regla el alcance general que era lógico atribuirle en su contexto original. De todos modos, sí que es válida para nuestro contexto su recomendación, ya acogida en España, de unificar este punto del régimen jurídico con el vigente en el derecho común.

113 GARCÍA-PITA, 2010: 770, citando a Reynolds/ Davenport, y a Broseta.

El artículo 55 de CdC dispone: “Los contratos en que intervenga agente o corredor, quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta”.

El precepto parece claro y sencillo; claridad y sencillez engañosas en realidad, ya que la norma no hace una serie de distinciones que resultarían necesarias.¹¹⁴ Por ejemplo, se alude a dos tipos concretos de colaborador que pueden intervenir en la contratación mercantil por cuenta ajena (el agente y el corredor), uniendo ambos conceptos con una conjunción disyuntiva que no se sabe si quiere significar diversidad o identidad entre ambos. De hecho, el Código suele utilizar el término “agente” de modo equívoco y casi siempre en sentido amplísimo (“alguien que actúa por cuenta o en nombre de otro”); desde luego, no se refiere específicamente a quien presta servicios de gestión bajo un contrato de agencia.¹¹⁵

En todo caso, los agentes y los corredores propiamente dichos, cuando intervienen en la contratación, actúan de formas muy diversas.¹¹⁶

7.2 ¿A quién se refiere el artículo 55 de CdC como “agente o corredor”?

Así pues, el uso del sintagma “agente o corredor” en el artículo 55 de CdC exige una interpretación. Y la que parece más apropiada es una interpretación sistemática, que haga referencia a las figuras originalmente reguladas en los artículos 88 a 114 CdC bajo la denominación común de “agentes mediadores del comercio” (ant. artículo 88 de CdC) o también “agentes de Bolsa y corredores” (ant. artículo 89 de CdC). Esta categoría comprendía a los “agentes de cambio y Bolsa”, los “corredores de comercio” y los “corredores intérpretes de buques”; a ellos se asimilaban también los “rematadores o martilleros”.¹¹⁷

Ahora bien, como reflejaba claramente el ant. artículo 89 de CdC y reconocía su EM, en todas estas figuras era necesario distinguir cuidadosamente entre la “profesión o industria” de estos agentes mediadores —consistente en poner en relación con los compradores y vendedores, facilitando la contratación mercantil—¹¹⁸ y “el oficio público creado para dar autenticidad a los contratos celebrados entre comerciantes o sobre operaciones de comercio, y para influir en la cotización de los valores y mercancías”: “La primera constituye realmente una parte del mismo comercio [...]; y siendo, bajo este concepto, una mera manifestación de la industria humana, no puede el legislador autorizar ninguna restricción o monopolio sin infringir el principio de la libertad del

114 GARCÍA-PITA, 2010: 771.

115 Cfr. mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., pp. 358-379 (§§ 160 a 182).

116 GARCÍA-PITA, 2010, loc. cit.

117 EM a la Sección VII del Libro I del CdC.

118 Sobre esta actividad de “corretaje” vid. mis *Notas de contratos mercantiles*, cit., pp. 343-351 (§§ 151-155).

trabajo, que es ciertamente una de las grandes conquistas de los tiempos modernos. Lo segundo constituye una verdadera función del Estado, como lo es el ejercicio de la fe pública”.¹¹⁹

De la letra del artículo 55 de CdC se deduce que el legislador mercantil no está pensando en los “agentes o corredores” en cuanto fedatarios, sino en su función meramente privada de mediar entre los contratantes para que aproximen sus respectivas posiciones y celebren el contrato.¹²⁰ En esa línea, el TS español ha dicho: “[...] el artículo 55 no es aplicable en este caso en que el agente o corredor de comercio había de intervenir únicamente en su función jurídica de fedatario para formalizar lo que ya han dejado concertado las partes, situación muy distinta de la prevista en este artículo 55, que presupone que la intervención del corredor o agente es anterior al convenio en su misión comercial de poner en contacto a la partes, pues se refiere a la propuesta de ese agente como mediador”.¹²¹

7.3 Peculiaridades del corredor del artículo 55 de CdC

Ahora bien, precisamente el hecho que señala el TS español como definitivamente demostrativo, de que el artículo 55 de CdC habla estrictamente de “corredores” o mediadores contractuales, y no de los (ya extintos) fedatarios públicos mercantiles, hace que la figura del “corredor” que se dibuja de este precepto se aparte del estricto concepto de la actividad del corretaje.

En efecto, el artículo 55 de CdC parece hablar de una “propuesta” formulada a ambos contratantes por el corredor o mediador, la cual debe ser aceptada —por lo demás, con los requisitos generales ya expuestos para que tal aceptación sea eficaz—¹²² por los dos (o más) sujetos que serán propiamente parte en el contrato que se trata de celebrar. Pero esta estructura hace pensar más bien en un “mediador” contratado “colectivamente” por las dos (o más) partes de un contrato futuro para que las auxilie en su deseo de alcanzar *ex novo* un acuerdo aún inexistente. Este negocio, que bien podría denominarse de mediación colectiva,¹²³ es perfectamente admisible y responde de hecho al esquema de la mediación y la conciliación voluntarias, contempladas como medios alternativos de solución de conflictos por numerosas leyes procesales modernas. Sin embargo, no corresponde al contrato de corretaje propiamente dicho, cuyo rasgo característico, que lo distingue decisivamente de las demás formas de colaboración, consiste en que el mediador o corredor solo se ocupa de aproximar entre sí a quienes

119 EM a la Sección VI del Libro I del CdC.

120 MIRANDA, 2006: 103.

121 STS del 13 de abril de 1957, citada por Miranda, 2006, loc. cit.

122 En este sentido, dice García-Pita, 2010: 772, que el artículo 55 d CdC “no contemplaría, realmente, ninguna especialidad”.

123 Cfr. mis *Notas de contratos mercantiles*, op. cit., p. 348 (§ 152).

desean contratar, permaneciendo ajeno a la operación de aplicación, no solo porque no porta en ella un interés propio, sino que ni siquiera participa en su celebración como portador de un interés ajeno, a cuyo titular represente.¹²⁴

Pero también cabe pensar que cuando el artículo 55 de CdC habla de que las partes deben aceptar “su propuesta” no se está refiriendo a propuestas “formuladas” por el propio corredor o mediador, sino meramente “transmitidas” por este, sin variación alguna, actuando en este caso como mero *nuncio* o portavoz de la contraparte.¹²⁵ En este último caso, y solo en él, sí podríamos estar hablando de un corredor propiamente dicho, cuya posición jurídica, si bien no exige esta disponibilidad a actuar como transmisor de las declaraciones de las partes a las que trata de aproximar para que celebren su propio contrato, ciertamente tampoco queda por ello desnaturalizada.

8. SUBASTA MERCANTIL

8.1 *Noción y función de la subasta como mecanismo de contratación*

La cuestión de la subasta tiene ciertos paralelos con la de la oferta al público,¹²⁶ pero se trata de temas diferentes en su esencia. Baste advertir que la propia subasta puede ser:

- (i) pública (en el sentido de dirigida al público, naturalmente mediante una oferta al público), o
- (ii) cerrada (dirigida a un grupo de personas determinadas para que compitan en la subasta).¹²⁷

Si el núcleo del problema de la oferta al público está en la cuestión de quiénes son los destinatarios de la declaración formulada por el oferente, en materia de subasta todo gira en torno a un mecanismo o procedimiento especial de formación del contrato.¹²⁸

En el caso de la subasta, ese mecanismo está diseñado para maximizar el beneficio que puede obtener de su celebración el convocante, mediante la inducción de un comportamiento competitivo en la formulación definitiva, por parte de los participantes

124 Op. cit., pp. 346-347 (§ 151).

125 GARCÍA-PITA, 2010: 771-772.

126 Cfr. FORNO, 1991: 70.

127 DE LA PUENTE, 2007: 639-640.

128 DE LA PUENTE, 2007: 638 y 640.

en la subasta, de los términos del contrato aptos para ese fin.¹²⁹ Normalmente, tal elemento será el precio o retribución dineraria de la prestación característica, pero la convocatoria puede dotar a la cuestión de cualquier nivel de complejidad, pidiendo a los postores competir en la formulación de cualesquiera elementos del contrato que se pretende celebrar (en cuyo caso algunos prefieren hablar de concurso mejor que de subasta).

Si el propósito sea obtener el máximo (en el caso de un convocante-vendedor) o el mínimo (en el caso de un convocante-comprador) precio posible, se hablará,¹³⁰ respectivamente, de:

- (i) subasta directa (o subasta, sin más), y
- (ii) subasta inversa.

8.2 Estructura básica de una subasta

El propósito de la subasta se encauza, concretamente, mediante la sucesión de tres pasos:¹³¹

- (i) la convocatoria o bases de la subasta, con la determinación de unas condiciones básicas inamovibles que pasarán a formar parte del contenido del contrato, y los elementos sobre los que se espera la competencia de los convocados, así como las reglas de procedimiento, ponderación, etc., para determinar el ganador de la “buena pro”;
- (ii) las posturas, o respuestas de los postores convocados que, aceptando los términos predeterminados por la convocatoria, pretenden celebrar el contrato determinando, de forma cada vez más favorable al convocante, los elementos del contrato sometidos por este al mecanismo competitivo; y
- (iii) la adjudicación u otorgamiento de la buena pro, por la que el convocante o su representante declara celebrado el contrato con la última (y más favorable a sus intereses) postura válida.

La naturaleza de cada una de estas tres “declaraciones” dirigidas a la celebración del contrato es objeto de intenso debate doctrinal.

129 Cfr. FORNO, 1991: 71.

130 Cfr. DE LA PUENTE, 2007: 638-639, reproduciendo la distinción de Spota entre “licitación” (subasta inversa) y “subasta” (directa).

131 FORNO, 1991: 70.

8.3 Régimen civil de la subasta y sus consecuencias

La disponibilidad del sistema de subastas voluntarias para celebrar cualquier tipo de contrato¹³² está reconocida con carácter general en el artículo 1389 de CC, que describe el funcionamiento de este mecanismo en los siguientes términos: “En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas. La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor. El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida”.

Como se ve, esta norma no solo regula el funcionamiento general de la subasta, sino que toma partido en la controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las distintas declaraciones que intervienen en ella, opción que dista de ser inocua en cuanto a las consecuencias prácticas.

En concreto, el CC considera la convocatoria como una mera invitación a ofrecer las posturas, ya como verdaderas ofertas definitivas, y la adjudicación como aceptación, y por tanto como elemento integrante esencial, con el que el contrato propiamente dicho comienza su existencia. En consecuencia:

- (i) La convocatoria carecería de cualquier efecto vinculante propio, pues de acuerdo con la naturaleza de invitación a ofrecer que se le atribuye, carecería por definición del carácter definitivo y serio de una verdadera oferta.
- (ii) Por lo tanto, el convocante carecería también de toda obligación de celebrar el contrato y de toda responsabilidad en caso de cambiar de parecer, salvo, quizá, que pueda apreciarse una responsabilidad precontractual por negociar de mala fe (artículo 1362 de CC).

Nótese que el CC omite toda norma que impida esas consecuencias nefastas, derivadas lógicamente de la naturaleza que asigna a las distintas declaraciones intervinientes en una subasta.¹³³

132 DE LA PUENTE, 2007: 638.

133 De todos modos, es valiosa la aportación de Torres Méndez, Miguel, quien al comentar el artículo 1389 de CC. En Gutiérrez, op. cit., aun asumiendo la criticable solución del CC como el más conforme a la “realidad socioeconómica” de la subasta, admite que la convocatoria puede tener el efecto vinculante de una verdadera oferta si el convocante así lo indica expresa o tácitamente (de modo paralelo a lo que ocurre con la oferta al público, según el artículo 1388 de CC). Y aunque para el régimen de la subasta mercantil, según creo demostrar en este trabajo, la interpretación que naturalmente se ha de dar a la convocatoria es la de verdadera oferta, no deja de ser también aquí aplicable la virtualidad de la autonomía privada del convocante (que sin embargo deberá indicarlo inequívocamente en la propia convocatoria) para formularla como una simple invitación a ofrecer, y reservándose el derecho de confirmar o no el contrato en la propia adjudicación o incluso por

8.4 Régimen mercantil de la subasta

Como acabo de explicar, el régimen civil de la subasta resulta disfuncional y rechazable, aunque solo fuera por razones prácticas.¹³⁴ De hecho, no debe aplicarse así a la subasta mercantil, tal como debe entenderse desde nuestro derecho positivo.

El régimen de la subasta mercantil se puede deducir de las normas originalmente contenidas en los ant. artículos 117 a 123 de CdC para las “ventas en martillo”, esto es, las realizadas con intervención de un martillero público, recogidas ahora (sin apenas cambios, por lo que a la subasta en sí se refiere) en la LMP.

Reproduciendo el ant. artículo 120 de CdC, el inciso 3 del artículo 24 de LMP dispone que “las ventas en martillo no podrán suspenderse, y las especies se adjudicarán definitivamente al mejor postor, cualquiera que fuera el precio ofrecido. Sin embargo, podrá el martillero suspender y diferir el remate, si habiendo fijado un mínimo para las posturas no hubiere licitadores por ese mínimo”.

No hay, pues, discrecionalidad alguna del subastador para aceptar o no la puja, si es conforme con las bases. La única excepción —que no es tal en verdad, pues supone “posturas” no conformes— es que se haya fijado un “mínimo” (o un “máximo”, en una subasta inversa) y no haya postores por él.

Confirman y corroboran lo anterior las normas contenidas en el inciso 9 del artículo 16 de LMP, sobre la obligación del martillero de “no suspender el remate hasta su finalización”, y en el inciso 9 del artículo 19 de LMP, sobre la prohibición al martillero de abandonar la gestión o suspender el remate.

Estas normas deben extenderse y aplicarse en general a cualquier subasta mercantil, sea o no de venta, intervenga o no un martillero público, porque en realidad adoptan la única solución sensata y funcional respecto del mecanismo contractual en cuestión, además del más conforme con los propósitos prácticos y lo que naturalmente entienden cuantos participan en una subasta.

Lo anterior es indiscutible respecto de los efectos asignados a las distintas declaraciones por las normas mercantiles que vengo comentando, pero suponen de por sí un fuerte argumento a favor de la conclusión, que asumo decididamente (aunque es precisamente la que infelizmente desestima De la Puente a favor de la recogida, a propuesta suya,¹³⁵ en el CC), de que la mejor y más coherente interpretación dogmá-

acto posterior. Así (aunque sin percatarse de que esa era ya la sustancia del régimen mercantil de la subasta en el momento en que escribía), FORNO, 1990: 73.

134 MIRANDA, 2006: 107.

135 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1983). *Estudios sobre el contrato privado*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, pp. 210-211.

tica sobre la naturaleza jurídica de las distintas declaraciones que intervienen en una subasta¹³⁶ es la siguiente:

- (i) la convocatoria tiene todo el carácter de una verdadera oferta (en su caso, dirigida al público), y por eso es vinculante y el convocante ya no puede echarse atrás o suspender la subasta comenzada;
- (ii) las posturas no pueden ser sino aceptaciones, que serán válidas como tales (como cualquier aceptación) siempre que sean conformes con la convocatoria, pero que, por previsión explícita o al menos implícita (en la elección del procedimiento o mecanismo de subasta) no resultan eficaces hasta que no se dé por finalizado el remate mediante la adjudicación de la buena pro, y que caducan automáticamente (como prevé el párrafo 2 del artículo 1389 de CC) cuando se formula una aceptación mejor estando así suspendida; y
- (iii) la adjudicación no es más que una declaración *sui generis*, dirigida a poner fin a la puja o licitación de los postores y a la suspensión de los efectos de la última postura (es decir, aceptación) válida, dando inicio a la eficacia definitiva.

Ahora bien, esta última “declaración” ni siquiera tiene el carácter de manifestación de voluntad, en el sentido de suponer el ejercicio de la autonomía privada de quien la emite (o de su representado), puesto que no es un acto de elección libre, sino debido, obligatorio, y solo muy limitadamente discrecional. Díez-Picazo lo llama un “acto de fijación”, “de confirmación” o “de ratificación”.¹³⁷ Tan es así, que puede ser sustituido, en mi opinión, por cualquier otro mecanismo delimitador idóneo, aunque no implique la intervención voluntaria del subastador. Por ejemplo, el mero paso del tiempo, vinculado o no a la operación de un mecanismo automático. De hecho, esto último es lo que suele ocurrir en las subastas por internet.

136 Así, FORNO, 1990: 71, donde desarrolla esta doctrina basándose en una serie de autores, principalmente italianos. Allí también nos informa el autor de una peculiarísima y ecléctica postura, oscilante entre las otras dos explicadas en el texto, aparentemente defendida por el Prof. Francesco Messineo en sus últimos trabajos.

137 Díez-PICAZO, 1996: 325, todo ello dentro de una teoría peculiar, que llega a los mismos resultados defendidos en el texto por otros procedimientos. Concretamente, niega simplemente que el mecanismo de celebración del contrato por subasta sea asimilable al intercambio de oferta y aceptación, por lo que considera erróneo equiparar a una u otra declaraciones cualquiera de las fases propias de aquella. A su vez, Forno, 1990: 70, indica que son dos las funciones de esta tercera declaración (que ambiguamente acepta que es una declaración “de voluntad”, en p. 72, pero a la que expresamente niega el carácter de expresión de la autonomía privada, en pp. 72-73): delimitar el momento hasta el que pueden plantearse posturas (aceptaciones) válidas y comprobar cuál ha sido la mejor postura, que da lugar a la formación del contrato.

8.5 *¿Cuándo es necesaria la intervención de martillero público?*

La redacción de los artículos 3 y 23 de LMP plantea otra cuestión que conviene dilucidar adecuadamente. Dice el artículo 3 de LMP: “Todo remate público de bienes muebles o inmuebles, derechos, acciones, valores y semovientes de origen lícito en el sector privado, requiere para su validez de la intervención de Martillero Público. La subasta de bienes del Estado se rige por las normas del Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal; y el remate judicial dispuesto por la autoridad jurisdiccional, por las disposiciones del Código Procesal Civil”.

De la lectura de este artículo parece desprenderse que la intervención del martillero público condiciona la validez de todas las subastas públicas, aun si surgen en el sector privado y solo afectan a particulares, impresión que se ve reforzada por el tenor del artículo 23 de LMP: “Ninguna persona podrá anunciar o realizar remates sin estar debidamente registrada en las condiciones previstas en el artículo 6 de la presente ley. Hacerlo acarrea sanción penal”.¹³⁸

A falta de una sanción diferente para el acto de remate infractor, y en concordancia con el artículo 3 de LMP ya reproducido, el artículo V TP CC y el inciso 8 del artículo 219 de CC, ha de entenderse que tal subasta sería concretamente nula por ir contra el orden público.

Ahora bien, el problema de estas normas es concretamente interpretar el alcance de la expresión “remate público” con el que se delimita su ámbito de aplicación:

- (i) ¿quiere la norma condicionar la validez de toda subasta pública, entendiendo por tal toda subasta abierta o dirigida al público (por contraste con una subasta cerrada, o con licitadores predeterminados en la convocatoria)?
- (ii) ¿O quiere, por el contrario, limitar su condicionamiento de la validez del acto a los remates públicos, en el sentido de convocados por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones?

Por los problemas de constitucionalidad que tendría la primera alternativa, a los cuales me he referido en otro lugar,¹³⁹ así como el uso de la expresión “remate público”, que en nuestro país se utiliza casi exclusivamente para referirse a los remates judiciales o convocados por otra autoridad pública, opino que la única respuesta razonable reside en la segunda alternativa. Por lo demás, es bastante

138 El artículo 23 de LMP, en su redacción original, imponía además una sanción administrativa por el mismo hecho, que fue derogada por L. 28371, entiendo que para evitar la doble sanción.

139 Vid. mis *Notas de Derecho Mercantil*, op. cit., pp. 113-115 (§ 58).

discutible que tales remates (casi siempre actos coactivos de la autoridad) puedan siquiera ser calificados de contratos.¹⁴⁰

9. BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE SALAZAR, Milagros Vanessa; “El cumplimiento del principio de veracidad en el precedente *Metro*”, en 67 *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* (2009), pp. 279-290.

APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán, *Código Civil: concordancias. Tomo III: La reforma (Motivos)*, Taller de Linotipia, Lima, 1942.

BARTA, Heinz; *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, WUV, Viena, 2004.

BEZADA ALENCASTRE, José Antonio; “Com. al art. 21 LPC”, en ESPINOZA/BEZADA, *Com. a la LPC*, pp. 187-197.

BUCHER, Eugen; *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Schulthess, Zúrich, 1988.

CARTER, John W. y HARLAND, David John; *Contract Law in Australia*, 4ª ed., Butterworths, Sydney – Adelaida – Brisbane – Canberra – Melbourne – Perth, 2002.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio; *El Derecho de los contratos. Tomo I: Teoría general de los contratos*, UNMSM, Lima, 1966.

CORNEJO, Ángel Gustavo; *Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Tomo II: Derecho de obligaciones. Volumen 2: De los contratos en general*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1939.

DE LA LAMA, Miguel Antonio; *Código de Comercio y Ley Procesal de Quiebras y Suspensión de Pagos, con notas críticas, explicativas y de concordancia*, Gil, Lima, 1902.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, 2ª reimp. de la 2ª ed., Palestra, Lima, 2007.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; *Estudios sobre el Contrato Privado*, Cultural Cuzco, Lima, 1983.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Volumen primero: Introducción. Teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, 1996.

140 Hablando de los remates judiciales y administrativos, lo niega explícitamente FORNO, 1990: 70.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Dir.); *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes jurisprudenciales. Normas complementarias*, Rodhas, Lima – Chiclayo, 2004 (esta obra la cito en el texto así: ESPINOZA/ “AUTOR”, *Com. al art. “nn” LPC*, donde “AUTOR” se sustituye por el nombre del autor del comentario y “nn” por el número del artículo comentado en cada caso; todo ello sin perjuicio de incluir las referencias a los comentarios individuales utilizados en estas Referencias bibliográficas).

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, y GONZALES BARBADILLO, Elvira; “Com. al art. 15 LPC”, en ESPINOZA/ GONZALES, *Com. a la LPC*, pp. 150-155.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César A.; “Com. al art. 1380 CC”, en GUTIÉRREZ/ FERNÁNDEZ, *Com. al CC*, t. VII, pp. 205-208.

FORNO FLÓREZ, Hugo; “La formación del contrato por medio de subasta”, en 17 *Thémis* (1990), pp. 70-76.

FORNO FLÓREZ, Hugo; “La oferta al público: razones de una discrepancia”, en 45 *Derecho* (1991), pp. 215-263. Publicado también en *Diké* (portal electrónico de información y opinión legal de la PUCP), s.f. (pero supongo que posterior a la publicación anterior), en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art60.PDF.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel; *Código de Comercio. Fuentes, exposición de motivos, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas*, Mejía Baca, Lima, 1957.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis; *Derecho Mercantil de obligaciones*, 2 tomos, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis; *Introducción al Derecho de los Títulos-Valores y de las Obligaciones Mercantiles. Tomo I: Derecho de los Títulos-Valores. Parte General*, 2ª ed., Tórculo, La Coruña, 2002.

GARNER, Bryan A. (Ed.); *Black's Law Dictionary*, 8ª ed., Thomson–West, St. Paul (Minnesota, EE.UU.AA.), 2004.

GARRIGUES, Joaquín; *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Volumen 1º: Obligaciones y contratos mercantiles*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964.

GÓMEZ CALERO, Juan; “El contrato mercantil: nociones generales”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho Mercantil*, pp. 212-228.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Dir.); *Código Civil comentado*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007 (esta obra la cito en el texto así: GUTIÉRREZ/ “AUTOR”, *Com. al art. “nnnn” CC*, etc., donde “AUTOR” se sustituye por el nombre del autor del comentario y “nnnn”

por el número del artículo comentado en caso; todo ello sin perjuicio de incluir las referencias a los comentarios individuales utilizados en estas Referencias bibliográficas).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.); *Derecho Mercantil*, 2ª ed., 1ª reimp., Ariel, Barcelona, 1995.

LANGLE Y RUBIO, Emilio; *Manual de Derecho Mercantil español*, Bosch, Barcelona, 1959.

LEDESMA ORBEGOZO, Wendy Rocío; “Com. al art. 20 LPC”, en ESPINOZA/ LEDESMA, *Com. a la LPC*, pp. 183-186.

LEDESMA ORBEGOZO, Wendy Rocío; “Com. al art. 22 LPC”, en ESPINOZA/ LEDESMA, *Com. a la LPC*, pp. 198-202.

LEÓN BARANDIARÁN, José; *Tratado de Derecho Civil. Tomo IV: Teoría General del Contrato*, WG Editor, Lima, 1992.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, PABLO CONTRERAS, Pedro DE, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, y PARRA LUCÁN, María Ángeles; *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000.

MIRANDA SERRANO, Luis María, VELA TORRES, Pedro José, y PRÍES PICARDO, Adolfo; *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006.

MIRANDA SERRANO, Luis María; “Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, en MIRANDA/ VELA/ PRÍES, *La contratación mercantil...*, pp. 69-178.

MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio; “Com. al art. 23 LPC”, en ESPINOZA/ MUÑOZ, *Com. a la LPC*, pp. 203-210.

ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo; *Tratado de Derecho Civil peruano, teórico y práctico. Volumen relativo a los contratos*, Librería Francesa Científica Galland de E. Rosay, Lima, 1906.

PAZOS HAYASHIDA, Javier; “Com. al art. 1758 CC”, en GUTIÉRREZ/ PAZOS, *Com. al CC*, t. IX, pp. 101-102.

TOMÁS, Gema; “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica versus difusión social”, en RIDA (2003), pp. 383-399.

TORRES MÉNDEZ, Miguel; “Com. al art. 1388 CC”, en GUTIÉRREZ/ TORRES, *Com. al CC*, t. VII, pp. 230-232.

TORRES MÉNDEZ, Miguel; “Com. al art. 1389 CC”, en GUTIÉRREZ/ TORRES, *Com. al CC*, t. VII, pp. 233-237.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación complementaria e índice analítico*, 6ª ed., IDEMSA – Temis, Lima – Bogotá, 2002.

VEGA MERE, Yuri; “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo”, en VV.AA.; *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II: Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2001, pp. 515-638.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando; “Com. al art. 142 CC”, en GUTIÉRREZ/ VIDAL, *Com. al CC*, t. I, pp. 471-472.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro; “El Código Civil y los contratos mercantiles”, en I IIE (2008), pp. 191-199.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro; *Notas de contratos mercantiles*, material de estudio *pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2013.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro; *Notas de Derecho Mercantil (Parte General)*, material de estudio *pro manuscrito*, Universidad de Piura, Piura, 2014.