



Roj: **STSJ NA 987/2008 - ECLI:ES:TSJNA:2008:987**

Id Cendoj: **31201310012008100025**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2008**

Nº de Recurso: **35/2008**

Nº de Resolución: **25/2008**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 724/2008,**
STSJ NA 987/2008

SENTENCIA Nº 25

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI

D. ALFONSO OTERO PEDROUZO

D. MIGUEL ANGEL ABARZUZA GIL

En Pamplona, a once de diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, integrada en la forma al margen indicada, el Recurso de Casación Foral nº 35/08, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra el 7 de abril de 2008, en autos de Juicio Ordinario nº 385/07, (rollo de apelación civil nº 42/08) sobre perfección de contrato de arrendamiento de obra, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Tafalla, siendo recurrente la DEMANDANTE CONSTRUCCIONES ZM de NAVARRA, S.L., representada ante esta Sala por la Procuradora Dña. M^a Asunción Martínez Chueca y dirigida por el Letrado D. Alberto Belzunegui Apezteguia y recurrida la DEMANDADA FUNDACION SAGRADA FAMILIA, representada en este recurso por el Procurador D. Rafael Ortega Yagüe y dirigida por el Letrado D. Rodolfo Jareño Zuazu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. D. Alfonso Irujo Amatria en nombre y representación de la empresa Construcciones ZM de Navarra S.L en la demanda de juicio ordinario seguido en el Juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Tafalla contra la Fundación Sagrada Familia, estableció en síntesis los siguientes hechos: la Fundación demandada decidió acometer las obras de estructura y cimentación de su Residencia Geriátrica contratándolas mediante concurso en pliego cerrado al cual acudieron varias empresas, entre ellas la demandante. En las condiciones se hacía constar que la adjudicación se haría a la mejor oferta, siendo ésta la presentada por la actora cuyo presupuesto ascendía por todos los conceptos a 755.373,93 euros, siendo el coste de ejecución material 608.583,60 euros, por lo que se le debió adjudicar la obra. El Patronato, incumpliendo su propio acuerdo y oferta, acordó finalmente no adjudicarle la obra sino ejecutarla con una tercera empresa. La demandada se ha desvinculado por tanto del pacto, lo que no resulta posible, de la misma manera que si se hubiera adjudicado la obra a la actora, ésta no podría desvincularse de su ejecución. Procede, por tanto, una condena de indemnización por los daños y perjuicios causados al actor que debe fijarse en el beneficio industrial perdido por éste y que asciende con carácter mínimo al 6 % del coste de ejecución material de la obra. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte



sentencia "declarando resuelto el contrato de arrendamiento de obra referido en las demanda y condenando a la demandada a indemnizar a mi mandante en 36.515 euros e imponiéndole las costas del juicio".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció la Procuradora Sra. D^a Susana Laplaza Aysa, oponiéndose a la misma en base a unos hechos que resumidamente son los siguientes: la Fundación Sagrada Familia es una fundación benéfica asistencial de carácter particular y privado que tiene como objetivo la atención a la tercera edad, especialmente a los ancianos necesitados y ello con recursos de la propia fundación. Con el fin de obtener un precio asequible para la construcción de dicha residencia, la Fundación decidió ponerse en contacto con las empresas de construcción de la localidad, adjuntándoles el proyecto y sus mediciones, sin establecer ningún precio máximo e invitándoles a que presentaran la oferta por el precio en el que podrían realizar dichas obras. Al pedir ofertas y presupuestos de 4 empresas se pensaba que se iba a obtener un mejor precio y que al estar las mismas ubicadas en el pueblo iban a tener una mayor consideración dado el carácter altruista de la Fundación. En ningún momento existió promesa de adjudicación al faltar el elemento esencial del precio que se dejaba en blanco. El día 5 de julio de 2006 se reunió el Patronato de la Fundación informándose que la oferta más barata era la del demandante, no obstante se estimaba que todas eran excesivas por lo que la Junta se reservó el derecho de hacer o no la adjudicación. Con fecha 10 de julio de 2006 se reunió otra vez la Junta y acordó comunicar a los constructores que se había pensado adjudicar la obra a la oferta más barata que era la de la actora, si bien dicho pensamiento nunca alcanzó el carácter de acuerdo. Con fecha 3 de agosto de 2006 se reunió de nuevo la Junta y a la vista de que todas las ofertas eran muy caras, acordó llevar a cabo la obra por administración pensando en ahorrar lo más posible para la Fundación y se invitaba a las empresas a ofertar sólo el trabajo en la indicada obra de estructura. En base a ello la Junta del Patronato acordó, aunque no hacía falta, revocar el acuerdo de fecha 10 de julio de 2006 en el que se manifestaba la intención de adjudicar la obra a la demandante y posteriormente, se decidió adjudicar la obra por administración a la empresa Neceas S.L. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia se dictó sentencia el día 7 de diciembre de 2007 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Procede desestimar la demanda interpuesta por la mercantil Construcciones ZM de Navarra S.L. contra la Fundación Sagrada Familia y, en su consecuencia, absolver a ésta de las pretensiones indemnizatorias de la parte actora. Así mismo, la parte actora habrá de abonar las costas causadas en el juicio".

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la referida sentencia, la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Navarra dictó nueva resolución en fecha 7 de abril de 2008 , cuya parte dispositiva dice textualmente: "Que desestimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de origen en el procedimiento referenciado en el encabezamiento de esta resolución, en cuyo antecedente de hecho primero se transcribe su fallo, imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante".

QUINTO.- Preparado recurso de casación contra dicha resolución por la parte demandante, éste se interpuso posteriormente dentro del plazo legal en base a los dos siguientes motivos: Primero: por infracción por no aplicación de la Ley 521 del Fuero Nuevo. Segundo : por infracción de los arts. 1254 en relación con los arts. 1262 y 1256 del Código Civil .

SEXTO.- Por auto de fecha 28 de julio de 2008 dictado por esta Sala , se acordó declarar la competencia de la misma y admitir el recurso de casación interpuesto. En trámite de impugnación, la parte recurrida se opuso a dicho recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 486.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante providencia de fecha 9 de octubre de 2008 , la Sala señaló para la votación y fallo del recurso de casación el día 20 de noviembre de 2008 .

OCTAVO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida y las premisas de hecho de su resolución.

La actora, hoy recurrente, "Construcciones ZM de Navarra, SL" promovió el juicio ordinario de que la presente casación dimana contra la "Fundación Sagrada Familia", de Mendigorriá, aquí recurrida, en demanda de una



sentencia que declarara resuelto por incumplimiento de la demandada, el contrato de arrendamiento de obra que entendía perfeccionado con ésta, merced al concurso de oferta y aceptación sobre los términos del contrato, y condenara a ésta última a indemnizarle con la suma de 36.515 euros, en que concreta el beneficio industrial perdido por el incumplimiento contractual imputado.

La fundación benéfico-asistencial demandada, de carácter privado, constituida, según sus Estatutos, con el objetivo y finalidad de atender con sus recursos propios a la Tercera Edad de Mendigorría, especialmente a los ancianos más necesitados, se opuso a la pretensión actora, solicitando su íntegra desestimación, desde el entendimiento de que el contrato de arrendamiento a que se enderezaba la oferta formulada por la empresa constructora demandante, con la remisión de su presupuesto a invitación de la propia fundación, no había llegado a perfeccionarse por falta de aceptación de ésta.

La demanda fue desestimada en su totalidad por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla mediante sentencia de 7 de diciembre de 2007, que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra confirmó íntegramente a través de la suya de 7 de abril de 2008.

A) Las premisas de hecho de la resolución de instancia.

La sentencia de apelación no sólo acepta y da por reproducidos los fundamentos de derecho de la de primer grado (FD 2º), sino también los antecedentes de hecho (AD 1º), en los que figura una relación de "hechos probados" que, inatacada por infracción procesal en la valoración de la prueba, ha pasado incólume a esta casación. A tenor de esta incombateda relación, se tienen definitivamente por probados los siguientes hechos:

"1.- La Fundación Sagrada Familia, por acuerdo de 29 de mayo de 2006 de su Junta de Patronato, estableció sacar a concurso la obra de cimentación y estructura de su Residencia Geriátrica a pliego cerrado; para ello, literalmente "se va a invitar a los empresarios de construcción del pueblo dándoles las mediciones y planos del proyecto sin precio para que oferten", señalándose que se les enviaría un comunicado con las condiciones de plazos de ejecución y pagos del precio. Las empresas a las que se entregó dicho comunicado eran Cimance, Construcciones ZM de Navarra S.L., Construcciones Samballo y Artamendi.

2.- En dicha comunicación se indicaron tales plazos y formas de pago y, expresamente, que "la obra se adjudicará a la mejor oferta" y que "en caso de concurrencia de una sola oferta, la Junta de Patronato se reserva el derecho a rechazarla si no la considera apropiada".

3.- La mercantil Construcciones ZM de Navarra S.L. presentó un presupuesto para la obra concursada por importe de 755.373'93 euros, que resultó ser el más barato.

4.- En sesión de la Junta de Patronato de la Fundación Sagrada Familia de fecha 5 de julio de 2006, se acordó que "de todas las ofertas [...], la oferta más ventajosa resulta la de Construcciones ZM de Navarra S.L. No obstante, la Junta se reserva el derecho de adjudicación ya que le resultan excesivas todas".

5.- En sesión de la Junta de Patronato de la Fundación Sagrada Familia de fecha 10 de julio de 2006, se acordó "comunicar a los constructores que han ofertado para la estructura de la Residencia el resultado de las ofertas y que se le piensa adjudicar a la oferta más ventajosa que es Construcciones ZM de Navarra S.L.". No obstante, ninguna comunicación se realizó a dicha entidad ni a las demás.

6.- En sesión de la Junta de Patronato de la Fundación Sagrada Familia de fecha 3 de agosto de 2006, se acordó que "se les va a comunicar a los constructores que ofertaron para la estructura de la residencia que todas las ofertas han resultado excesivas y que la Junta ha decidido llevar a cabo la obra por administración, pensando exclusivamente en ahorrar lo que más se pueda para la Fundación". En sesión de 25 de agosto se acordó revocar el acuerdo de 10 de julio "y que no se llevó a cabo".

7.- Para la realización de los cimientos y estructura de la Residencia, la Fundación Sagrada Familia firmó finalmente contrato con una empresa de otra localidad denominada Nekeas S.L., y ello por presentar una oferta aún más barata."

B) Las consideraciones de derecho de la resolución de instancia.

Pese a la imprecisa redacción de algunos de los pasajes de la sentencia recurrida, la aceptación por ella de los fundamentos de la de primer grado y la armonización con éstos de los razonamientos que sustentan su confirmación permiten establecer sin lugar a dudas que a la desestimación de la demanda llegan los juzgadores de instancia, tras anudar a aquellas premisas de hecho las siguientes "consideraciones de derecho":

1. Que, la posición según la cual el presupuesto de la actora "no era sino una oferta que debía ser aceptada" es "la que se considera más ajustada a la intención de las partes que es a la que hay que atender antes que a la literalidad textual (arts. 1281 y ss del Código civil), pues aunque la comunicación dirigida a la demandante señalase expresamente que 'la obra se adjudicará a la mejor oferta', esto no es (no era) sino manifestación de



la voluntad de la fundación de obtener a un bajo coste las obras pretendidas, lo que es acorde con su carácter de entidad sin ánimo de lucro".

2. Que el "concurso" convocado por la fundación "no era una oferta sino, simplemente una invitación a determinadas empresas, entre ellas la demandante, para que hicieran sus propias ofertas, provocando las mismas con el estímulo del bajo precio como elemento determinante, que no vinculante", pues, teniendo en cuenta los "requisitos que toda oferta, para ser considerada tal, debe reunir", se estima que "las verdaderas ofertas, que sí reúnen estos requisitos, no son otras que los presupuestos que las diferentes empresas presentaron, y ello ante el estímulo de la fundación" que incluso continuamente "se refiere a estos presupuestos ... con el término de ofertas".

3. Que la cuestión es "si, ante el presupuesto de la demandante de 755.373,93 euros, hubo aceptación por la demandada y, por ende, perfección del contrato". Para resolverla en los supuestos de "contratación entre ausentes" ha de estarse a "la teoría del conocimiento (de la aceptación) matizada, para evitar abusos, por la de la recepción". En el caso enjuiciado "el que en un primer momento la entidad demandada pensara adjudicar la obra a la actora por ser su oferta la más barata, fue un pensamiento plasmado en un acta" que "no se notifica a la actora". "Es cierto que la fundación demandada elaboró su voluntad en el sentido de aceptar el presupuesto de la demandante (acuerdo de 10 de julio de 2006)", pero "dicha resolución quedó en el ámbito reservado de su voluntad interna, pendiente por tanto de exteriorización o comunicación al agraciado", pues "jamás le fue comunicada por la demandada a la actora" quien "parece ser que se enteró del acta extraoficialmente". Y si la aceptación "no llegó a expedirse y, cuanto menos a llegar al ámbito de influencia del oferente o a su conocimiento", de la falta de comunicación y conocimiento de la aceptación se deriva que "no hubo contratación".

Las consideraciones destacadas entre comillas en los dos primeros apartados son de la sentencia de primer grado (pues la de apelación, que acepta sus fundamentos, no incide en ellas); mientras que las del apartado tercero combinan consideraciones de las dos sentencias de instancia que, aun con algunas diferencias de matiz en la redacción, mantienen una misma orientación: que el contrato no se perfeccionó ante la falta de comunicación a la actora de la voluntad de la demandada de aceptar la oferta que aquélla le invitó, junto a otras empresas, a formular.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto y sus motivos.

El recurso de casación interpuesto por la sociedad actora, que no impugna por infracción procesal la valoración de la prueba que en la instancia condujo a la fijación del factum, ni por infracción de las reglas de hermenéutica contractual, la interpretación de la voluntad declarada por la fundación y la empresa constructora y su consiguiente calificación jurídica, denuncia en sus dos motivos de casación la vulneración por la sentencia de instancia de la ley 521 del Fuero Nuevo de Navarra (motivo primero) y del artículo 1254 del Código Civil, en relación con los artículos 1262 y 1256 del mismo cuerpo legal (motivo segundo).

Aunque no en el enunciado, pero sí en el desarrollo, del primero de los motivos, se invocaba también la vulneración de la ley 516 del Fuero Nuevo, esta infracción, que no fue anunciada en el escrito preparatorio del recurso, incumpliendo lo prevenido en el artículo 479.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no fue tampoco admitida en el Auto de la Sala de 28 de julio de 2008, que limitó la admisión a las infracciones normativas señaladas en su primer fundamento jurídico, entre las que no se recogía la de la citada norma foral.

TERCERO.- La promesa pública generadora de un vínculo obligacional.

Mediante el primer motivo de casación denuncia la sociedad actora-recurrente "la infracción por no aplicación de la ley 521" del Fuero Nuevo de Navarra. En su desarrollo argumental, el recurso sostiene en síntesis que "con la oferta y la aceptación conforme a la ley citada surgen todos los elementos necesarios para la perfección del contrato (art. 1261 CC)", razonando que el lanzamiento del concurso a pliego cerrado plasmó la voluntad de la demandada de concluir el contrato con quien formulara la oferta más ventajosa y que la aceptación de sus condiciones por la actora con la proposición de la mejor oferta dio lugar, sin necesidad de una nueva manifestación de la demandada, al nacimiento de una relación contractual vinculante para ambas partes, cuyo cumplimiento no podía quedar al arbitrio de una sola de ellas (art. 1256 CC).

El motivo formulado no merece favorable acogida.

La ley 521 del Fuero Nuevo de Navarra no ha sido desde luego aplicada, ni contemplada siquiera, en las sentencias de instancia. Tampoco fue en ningún momento invocada por la actora-apelante en defensa de la pretensión deducida en su demanda. Conforme a los principios encarnados en los apotegmas "iura novit curia" y "da mihi factum dabo tibi ius", la omisión de su alegación no hubiera impedido ciertamente a los juzgadores de instancia aplicarla, de haber sido la norma legalmente aplicable a la pretensión deducida o a la resolución de la cuestión debatida; pero no lo era y de ahí la corrección de su proceder, al pasar por alto dicha disposición legal.



En virtud de los citados principios, los tribunales están autorizados a resolver, tal como expresamente declara hoy el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes"; pero, como también esta Sala advirtió en sus sentencias de 22 de octubre de 1994 y 3 de mayo de 1997, la libertad en la aplicación del derecho ha de entenderse dentro de los límites representados por el respeto a la "causa petendi", definida por los hechos aportados por las partes y fijados por la prueba procesal, y por la adecuación al "petitum" de la demanda del fallo derivado de tal aplicación normativa. Y en el caso de autos, la existencia de la obligación -contractual- en cuyo incumplimiento fundaba la demanda la pretensión resolutoria e indemnizatoria formulada en su suplico no es -como se verá- consecuencia, directa o mediata, de la aplicación de la citada ley 521 a los hechos que la sustentaban ni, menos aún, a los que en la sentencia definen el sustrato fáctico de su fallo.

1. La oferta o promesa pública de la ley 521 del Fuero Nuevo de Navarra .

Con el ladillo "oferta pública" establece la ley 521 de la Compilación navarra, en su primer inciso, que "toda promesa sobre cosa y bajo condición lícitas obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación", agregando, en su inciso final, que "si una persona determinada hubiere notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, ésta se entenderá mantenida respecto al aceptante durante un año y día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiere convenido otro plazo".

La norma, inspirada en el régimen de la pollicitatio romana, identificativa de una promesa de liberalidad (Digesto 50, 12), aunque comprensiva de toda promesa pública de recompensa, premio o prestación a quien realice una concreta acción, obtenga un específico resultado, reúna una cierta cualidad o se encuentre en determinada situación, contempla el nacimiento de una obligación a cargo del promitente desde el instante en que su unilateral declaración de voluntad es objeto de publicación, con independencia -o abstracción hecha- de su aceptación por el destinatario de la misma y sin necesidad de ella. Desde la publicación de la promesa el otorgante asume una obligación ya definida en sus términos y vinculante para él, cuya aceptación en el plazo de caducidad no hace sino identificar al definitivo beneficiario de la misma y transformar aquella preexistente obligación en un deber de prestación frente a él, asimismo exigible dentro del plazo legal (año y día) o del convenido en su caso a raíz de la aceptación.

Se trata pues de una institución, desconocida en el Código civil español, aunque no en otros Códigos de nuestro entorno (como el alemán, págs. 657 a 661; el italiano, art. 1989; el portugués, art. 459 o el suizo de las obligaciones, art. 9), conceptualmente distinta y perfectamente distinguible de la oferta de contrato que, hasta su aceptación, no genera las obligaciones derivadas del contrato a cuya conclusión se endereza, sino sólo el deber jurídico de mantenerla durante un plazo razonable (s. 3 noviembre 1993, del Tribunal Supremo); deber que únicamente se traduce en la ineficacia de su retirada o en la obligación de indemnizar por extemporaneidad en la revocación. A diferencia de la promesa, es la aceptación de la oferta la que produce o crea el vínculo obligatorio, en este supuesto contractual (s. 19 junio 1950, del Tribunal Supremo), con efectos desde la fecha de perfección del contrato y no desde la oferta, a menos que otra cosa se hubiere pactado.

2. Las premisas de hecho y de derecho de la acción ejercitada en la demanda.

En la demanda rectora de la litis no se pedía el cumplimiento -ni la sustitutoria indemnización por incumplimiento- de la obligación unilateral supuestamente contraída por la fundación demandada con su pública declaración de voluntad, sino la resolución e indemnización por incumplimiento de la contractual surgida con la afirmada perfección del arrendamiento de obra a que condujo la emisión y comunicación de la suya por la sociedad actora, esto es con el concurso de la oferta y aceptación sobre el objeto y la causa del contrato. La obligación cuyo incumplimiento motiva la demanda no es pues la unilateral derivada de la declaración de voluntad de la fundación, sino la contractual surgida del concurso con ella de la voluntad de la empresa constructora, por lo que, ni la fuerza vinculante de la obligación por que se procede, ni la pretensión -resolutoria e indemnizatoria- deducida por su incumplimiento hallan en la ley 521 del Fuero Nuevo de Navarra el fundamento normativo, que en cambio dispensan a la primera los artículos 1258, 1261 y 1262 del Código civil y, a la segunda, los artículos 1124 y 1101 de ese mismo cuerpo legal, que precisamente se invocaban en la demanda o, acaso mejor para esta última, las leyes 493 y 508 de la Compilación navarra (cfr. ss. 11 marzo 1997, 8 octubre 1998 y 8 marzo 2000, de este Tribunal Superior) ignoradas en ella. Resulta en este sentido elocuente que la indemnización de daños y perjuicios pedida no sea por los derivados de una prematura revocación de la oferta, sino por los generados de resultas de la inejecución -la pérdida del beneficio industrial- del contrato de obra que supone perfeccionado.

No incurrieron pues en infracción por inaplicación de la ley 521 los juzgadores de instancia, al subsumir correctamente la cuestión debatida en la normativa relativa a la perfección de los contratos y al nacimiento de las obligaciones derivadas de ellos.



Procede, en suma, la desestimación del motivo de casación examinado.

CUARTO.- La perfección del contrato por el concurso de la oferta y la aceptación.

Más en su apropiado contexto, denuncia la parte recurrente, a través del segundo motivo de casación, la infracción del artículo 1254, en relación con los artículos 1262 y 1256 del Código civil. En su desarrollo argumental, se razona que con la convocatoria del concurso quedó la fundación obligada a adjudicar la obra a la oferta más barata, por lo que, al formular la empresa demandante la suya, aceptando las bases, quedó sin más perfeccionado el contrato de obra por el concurso de la oferta y la aceptación, quedando desde ese momento obligadas las partes a su cumplimiento, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de la fundación.

El motivo no puede dejar de seguir la suerte desestimatoria del anteriormente examinado.

1. La apreciación de la inexistencia de consentimiento contractual.

Conforme a una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada, la existencia o inexistencia del contrato y, más en particular, la concurrencia o no de los requisitos esenciales para su perfección, entre los que figura el consentimiento de los contratantes (art. 1261 CC), producido por el concurso de la oferta y la aceptación (art. 1262 CC), son cuestiones de hecho reservadas a los juzgadores de instancia, cuyas apreciaciones tan sólo son revisables en este extraordinario recurso por error de derecho, actualmente por infracción procesal, en la valoración de la prueba, con cita de la norma valorativa infringida (ss. 4 noviembre 2002, 5 mayo 2004, 17 febrero y 7 junio 2005, del Tribunal Supremo); vía procesal que la actora-recurrente no sigue para combatir la conclusión de inexistencia del contrato por falta de perfección contenida en la sentencia recurrida.

En rigor, a esta conclusión llegan los juzgadores de instancia a partir de las dos siguientes apreciaciones: la primera, que la inicial declaración de voluntad de la fundación demandada no contenía una verdadera oferta de contrato sino una invitación a las empresas destinatarias a formularla, siendo los presupuestos presentados por ellas las verdaderas ofertas remitidas para su aceptación; y la segunda, que, al no haber sido recibida por la actora, ni comunicada a ella, antes de abandonar este procedimiento, la voluntad que la demandada barajó de adjudicarle la ejecución de la obra, el contrato no llegó a perfeccionarse entre ambas.

2. La interpretación y calificación jurídica de las declaraciones de voluntad.

La primera de las citadas apreciaciones descansa sobre una interpretación y calificación jurídica de la declaración de voluntad de la fundación (vid. FD 3, párr. 3, de la sentencia de primer grado, aceptado por la de apelación), que no sólo atiende al tenor de la comunicación cursada (incluida la utilización del término "ofertas" para designar los presupuestos solicitados) y su contraste con las características propias de una oferta verdadera, sino que toma asimismo en cuenta, anteponiéndola a la literalidad textual, la intención que inspiró aquella declaración, deducida de la naturaleza y fines de la entidad y de los actos posteriores a su emisión. La sentencia de instancia, a partir del tenor de la convocatoria y del acuerdo de 5 de julio de 2006, sostiene en síntesis que, "aunque la comunicación dirigida a la demandante señalase que 'la obra se adjudicará a la mejor oferta' esto no (era) sino manifestación de la voluntad de la fundación de obtener a un bajo coste las obras pretendidas, lo que es acorde con su carácter de entidad sin ánimo de lucro", para concluir, a la vista de esta voluntad y de su confrontación con los requisitos estructurales definitorios de una oferta, que el "concurso no era una oferta, sino simplemente, una invitación a determinadas empresas, entre ellas la demandante, para que hicieran sus propias ofertas, provocando las mismas con el estímulo del bajo precio como elemento determinante, que no vinculante", y que "las verdaderas ofertas, que sí reúnen estos requisitos, no son otras que los presupuestos" que las empresas presentaron "ante el estímulo de la fundación".

Como es sabido, por su reiteración en la doctrina jurisprudencial, pertenecen a la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia, tanto la apreciación o valoración de la prueba (ss. 9 mayo 2007 y 11 febrero 2008, del Tribunal Supremo y 10 diciembre 2004 y 19 octubre 2008, de este Tribunal Superior de Justicia), como la interpretación de la voluntad y de sus declaraciones unilaterales o contractuales (ss. 12 mayo 2003 y 24 noviembre 2005, del Tribunal Supremo y 8 abril 2005 y 13 noviembre 2007, de este Tribunal Superior de Justicia) y la calificación jurídica de sus respectivos resultados (ss. 11 octubre 2006 y 30 abril 2008, del Tribunal Supremo y 4 marzo 2002, 23 enero 2003 y 9 diciembre 2008, de este Tribunal Superior), de suerte que las declaraciones que en el ejercicio de tales funciones contengan sus sentencias pasan incólumes a la casación si previamente no se impugnan con éxito por infracción de las normas legales a que se hallan sujetas o por error patente, irracionalidad o arbitrariedad en los términos señalados por la doctrina constitucional.

Como ya en el segundo fundamento de esta sentencia se anticipó, el recurso no impugna por infracción procesal en la valoración de la prueba la apreciación y fijación de los resultados probatorios, ni por infracción material en la hermenéutica contractual la indagación y fijación de la voluntad declarada por las partes contratantes, por lo no pueden entenderse desvirtuadas en el recurso las bases de una calificación jurídica



que, además, tampoco se revela manifiestamente errónea, ilógica, arbitraria o desprovista de sentido o razón, ni opuesta a la doctrina caracterizadora de la "oferta" contractual que, como la doctrina científica y la jurisprudencia (ss. 10 octubre 1980, 30 mayo 1996 y 31 diciembre 1998, del Tribunal Supremo) coinciden en señalar, ha de ser completa, por reunir todos los elementos esenciales del contrato propuesto de tal manera que la simple adhesión del destinatario permita perfeccionarlo; definitiva, por realizarse sin reserva alguna explícita o implícita del ulterior consentimiento del oferente, e inequívoca, por expresar de manera indubitada el propósito serio de concluir el contrato ofrecido.

Incólumes en casación las apreciaciones probatorias y hermenéuticas que a los juzgadores de instancia condujeron a calificar de mera invitación a ofertar (*invitatio ad offerendum*) la convocatoria remitida a las empresas constructoras por la demandada y de propias y verdaderas ofertas los presupuestos presentados por éstas en respuesta a aquella invitación, el motivo de casación, al dar por sentado que la inicial declaración de la fundación encerraba una oferta en firme que la recurrente aceptó con la remisión de su presupuesto, incurre en petición de principio, haciendo "supuesto de la cuestión"; vicio casacional consistente, como repetidamente ha puesto de relieve el Tribunal Supremo (ss. 19 diciembre 2005 y 16 marzo 2007) y esta misma Sala (ss. 9 junio 2005, 17 mayo 2006 y 13 noviembre 2007) en fundamentar un motivo de casación partiendo de premisas fácticas contrarias o distintas de las fijadas o consideradas en la resolución objeto de recurso, sin obtener previamente su sustitución, modificación o integración.

3. La falta de recepción y de expedición de una declaración de aceptación.

Partiendo de que la verdadera oferta fue la formulada por la empresa actora con la remisión de su presupuesto de obra, las dos sentencias de instancia coinciden en que la voluntad de aceptación de la fundación quedó en el ámbito reservado de su esfera interna, sin que llegara a traducirse en una declaración notificada a la oferente; con lo que -ambas resoluciones concluyen- no llegó a perfeccionarse el contrato con la actora, al no haberse recibido por ella, ni expedido siquiera por la demandada, la declaración de aceptación de la oferta que formulara.

En los casos de contratación entre ausentes o distantes, mediando un intervalo de tiempo entre oferta y aceptación, la Ley 34/2002, de 11 de julio, terminó por resolver el dispar tratamiento que a la perfección de los contratos dispensaban el artículo 1262 del Código civil (inspirado en la teoría del conocimiento) y el 54 del Código de comercio (inspirado en la teoría de la declaración), disponiendo en ambos preceptos que "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe". La norma vigente no exige ya para la perfección del contrato, como en la redacción originaria del Código civil, el conocimiento de la aceptación, pero sí la expedición de la misma en tiempo y forma que permitan inferir su recepción en el círculo del oferente y la posibilidad de su conocimiento por él con el empleo de una normal diligencia.

Pues bien, la sentencia de instancia -directamente y por aceptación expresa de los fundamentos de la de primer grado- declara probado, sin que esta apreciación haya sido tampoco impugnada por infracción procesal en la valoración de la prueba, que la voluntad de aceptación no llegó a ser efectivamente notificada o comunicada a la actora, produciéndose el definitivo rechazo de todas las ofertas el 3 de agosto de 2006, sin que la aceptación de la formulada por la actora llegara salir del ámbito interno de la fundación. En estas circunstancias la inexistencia del contrato por falta de perfección constituye una conclusión perfectamente ajustada a Derecho.

Es más; siendo característica de toda aceptación la emisión de una declaración, concluyente y definitiva (s. 26 febrero 1994, del Tribunal Supremo), dirigida al oferente con el inequívoco propósito de concluir el contrato propuesto (s. 14 febrero 2008, del Tribunal Supremo), los términos con que las dos resoluciones de instancia describen la reacción de la demandada ante las ofertas recibidas, a partir del tenor de los acuerdos de la Junta de Patronato de 5 y 10 de julio de 2006, permiten incluso poner en cuestión, como también parecen haberlo hecho los juzgadores de instancia, si las declaraciones en que aquella reacción se materializó fueron efectivamente expresivas de una verdadera aceptación.

En consecuencia, el motivo de casación decae, y con él, el recurso interpuesto.

QUINTO.- Las costas del recurso de casación y de infracción procesal.

Siendo la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, procede imponer a la recurrente las costas de la casación, en aplicación del principio del vencimiento objetivo que rige en la materia conforme al artículo 398.1, en relación con el 394.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que le ha sido conferida, la Sala ha adoptado el siguiente



FALLO

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña María Asunción Martínez Chueca, en nombre y representación de la demandante, Construcciones ZM de Navarra, SL.

2º.- Declarar no haber lugar a la casación de la sentencia dictada en grado de apelación el 7 de abril de 2008 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en autos de juicio ordinario número 385/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Tafalla .

3º.- Imponer las costas de esta casación a la parte recurrente.

4º.- Devolver las actuaciones originales a la Sección de la Audiencia Provincial de procedencia con certificación de esta resolución.

Así por esta su sentencia, lo pronuncian, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ