



LA FORMACION DEL CONTRATO

Tesis doctoral realizada por:

Salvador DURANY PICH.

Dirigida por:

Dr. Pablo SALVADOR CODERCH.

Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra.

Barcelona. Universitat Pompeu Fabra. 1993.

III

**LA NECESIDAD DE QUE LA ACEPTACION
COINCIDA EN TODO CON LA OFERTA**

III. LA NECESIDAD DE QUE LA ACEPTACION COINCIDA EN TODO CON LA OFERTA

III.a. La regla del espejo: planteamiento y soluciones en el Derecho Comparado.

1. Introducción.

a. El caso de la Sentencia TS de 19.6.1980.

El 3 y el 9 de agosto de 1972 se publicaron respectivamente sendos edictos en el Boletín Oficial de la Provincia de León y en el Boletín Oficial del Estado, por los que se convocaba un concurso para la adjudicación del arrendamiento de un local en esa ciudad, con el fin de instalar en él la Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura y otros organismos autónomos provinciales.

A este concurso presentaron una propuesta conjunta los hermanos Antonio y José María Fernández Díez y su prima Palmira Díez Tascón, copropietarios de un inmueble sito en León, quienes ofrecieron las plantas 3ª a 8ª, con una superficie total de 5.700 m².

El 21.11.1973 el concurso fue adjudicado provisionalmente a los antes citados, únicos concursantes, por una renta anual de 1.200 pts/m², y para la ubicación de todos los organismos antes nombrados. Un mes más tarde, el 28.12, el Director General del Patrimonio del Estado procedió a la adjudicación definitiva.

Sin embargo, el 4.1.1974 la Administración requirió a los propietarios para la formalización del contrato, pero sólo respecto del local para la Delegación Provincial de Agricultura (unos 1.200 m²), sin hacer mención del resto hasta los 5.700 m² propuestos y aceptados.

El 18.3.1974 los propietarios retiraron su oferta, motivándolo en el desfase económico causado por el considerable retraso del expediente (16 meses, entre el 31.8.1972 y el 28.12.1973), pues en ese periodo las rentas se habían incrementado un 200% y los costes de la construcción un 300% (los arrendadores debían llevar a cabo las obras de remoción).

El Abogado del Estado interpuso demanda por incumplimiento de contrato. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de León dictó Sentencia, en 30.12.1977, en la que absolvía a los demandados. La Audiencia Territorial de Valladolid la confirmó en Sentencia de 13.12.1978. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso¹⁵⁶.

Éste, al igual que la Audiencia y el Juzgado, entendió que el contenido de la aceptación no coincidía con los términos de la oferta, pues

¹⁵⁶Sentencia TS de 19.6.1980 (n. 90).

mientras los propietarios ofertaron 5.700 m², la Administración aceptó tan sólo 1.280 m². Por tanto, como no se dio una coincidencia entre la oferta y la aceptación, el contrato no se perfeccionó, por lo que los oferentes bien podían revocar su oferta, como así hicieron.

La Sentencia aborda un punto interesante dentro de la formación del contrato, y respecto del cual existe una todavía difusa pero ya latente opinión crítica en el ámbito de los operadores jurídicos y económicos internacionales: la necesidad que la aceptación coincida en todo con la oferta.

b. Formas de contratación.

Tradicionalmente¹⁵⁷ los contratos se han considerado como el resultado de un proceso negociador individualizado en el que ambas partes contratantes conciertan personalmente los elementos del mismo. De esta manera, su acuerdo sobre los términos establecidos es completo, y el contrato se configura a su gusto. Así pues, dicho paradigma se caracteriza por: (1) un proceso de formación recíproco, donde ambas partes intervienen en la negociación; (2) un contenido del contrato establecido mediante negociaciones individuales. Pues bien, la legislación contractual contemporánea sienta sus bases sobre ambos postulados.

¹⁵⁷Para una panorámica general del derecho contractual y las nuevas formas aparecidas, véase, Arthur Taylor VON MEHREN. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VII. Contracts in General. Capítulo 1. A General View of Contract. Tübingen. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1982. También P.S. ATIYAH. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford. Clarendon Press. 1979. En nuestro ordenamiento, LACRUZ. Elementos de Derecho Civil II-2º. §§ 58 y s. pp. 11 y ss.

Sin embargo, con el tiempo han surgido otras formas de contratación que han superado a la anterior, e incluso en algunos sectores del tráfico la han dejado anticuada. En la práctica pueden agruparse en torno a dos modelos:

a) contratación por adhesión: son los también llamados contratos de adhesión, en los que no se da en su formación un proceso recíproco: una parte es la que lleva el peso, la otra simplemente debe prestar su asentimiento, adherirse. Tomarlo o dejarlo. Es el modelo que se aplica típicamente a las relaciones entre empresarios y consumidores¹⁵⁸;

b) contratación mediante formularios: existe un proceso negociador bilateral, mas el contenido del contrato no se determina mediante negociaciones individuales, sino por medio de formularios impresos, con espacios a rellenar en blanco. Este modelo es utilizado más frecuentemente en las relaciones entre empresarios, aunque no de manera exclusiva, pues también suelen acudir al primero, pero sin serles aplicables las reglas de defensa de los consumidores.

Se ha dicho anteriormente que la legislación contractual está basada en el paradigma contractual tradicional. Y ahí radica su ineficiencia, pues se trata de una regulación pensada para una determinada manera de contratar, pero que en la realidad se aplica a otra muy distinta. En la doctrina norteamericana se ha puesto en duda la actual adecuación del derecho contractual, mediante dos críticas certeras, las cuales se podrían trasladar perfectamente a nuestro país. La primera de

¹⁵⁸Véase, por todos, Jesús ALFARO AGUILA-REAL. Las condiciones generales de la contratación. Madrid. Cívitas. 1991.

ellas considera que el Derecho de los Contratos no ha construido herramientas adecuadas para los contratos de adhesión, o no ha adaptado las herramientas tradicionales para esa nueva realidad. La segunda hace notar que la doctrina contractual tradicional toma como modelo la transacción discreta: la venta de un caballo o de una casa, el arriendo de una parcela de tierra, o la solicitud de servicios puntuales. En general, relaciones de corto término. Sin embargo, tales transacciones, aunque continúan dándose en la actualidad, han sido eclipsadas por relaciones contractuales de largo término: contratos de mayor complejidad, contratos de licencia o concesión, negociaciones colectivas,... Por ello se hace necesaria una revisión del Derecho Contractual para tener en cuenta dichas evoluciones¹⁵⁹.

c. El requisito de la coincidencia entre la oferta y la aceptación.

c.1. Delimitación del objeto.

Uno de los requisitos tradicionales en materia de formación del contrato es la identidad perfecta entre la oferta y la aceptación, de tal manera que cualquier modificación respecto de la oferta introducida por el aceptante en su declaración la convierte en contraoferta. Sin embargo, en la contratación actual muchas aceptaciones no coinciden exactamente con la oferta, y no porque las partes estén en desacuerdo respecto de las cuestiones básicas (precio, cantidad, objeto), sino porque en aspectos de menor importancia, y en ocasiones incluso de manera inconsciente, el

¹⁵⁹Cfr. CALAMARI/PERILLO. Contracts. p. 13.

aceptante introduce una modificación a la oferta. Y lo que es peor, el oferente por lo general ni se percata de las mismas, pues en realidad esos términos no han sido negociados. En la práctica, una disputa derivada de este requisito surge normalmente en dos situaciones:

a) antes del cumplimiento: una parte, por lo general debido a una alteración de las circunstancias, se escuda en la falta de reciprocidad entre la oferta y la aceptación, aunque sea en un aspecto mínimo, como recurso para no llevar a cabo el acuerdo. Es ilustrativo, en este sentido, el caso del algodón, tomado de la jurisprudencia norteamericana. A principios de 1973, los propietarios de las plantaciones de algodón de los Estados Unidos de América formalizaron, como cada año, sus respectivos contratos de venta de esa materia. Estos acuerdos se materializaban en formularios impresos: el anverso contenía una serie de espacios en blanco donde se rellenaban las condiciones concretas de la oferta o la aceptación, y el reverso incluía un sinnúmero de cláusulas que, como es de suponer, normalmente nadie leía. Los precios se fijaban según los del mercado, y ese año la mayoría de los contratos lo establecieron alrededor de los 30 centavos el kilo. Sin embargo, a lo largo del año, y debido a una serie de circunstancias (inundaciones en los campos, plantación tardía y devaluación del dólar), bajó la producción y subió su precio, y cuando el algodón ya había crecido y estaba preparado para su entrega, el kilo se había situado a 80 centavos en el mercado. Ante ese panorama, muchos vendedores se negaron a cumplir escudándose en que el contrato no existía porque la aceptación no coincidía plenamente con la oferta, pues mientras en las condiciones y cláusulas impresas de la oferta se decía una cosa, en las de la aceptación se estipulaba lo contrario. Y como la

aceptación -alegaron ellos- debía ser en todo coincidente con la oferta, y no lo era, el vendedor no tenía obligación de entregar. En todos los casos judiciales originados por esta negativa, los tribunales obligaron a los vendedores a cumplir el contrato al precio inicialmente establecido¹⁶⁰;

b) después del cumplimiento: una vez el vendedor ha enviado los bienes y el comprador los ha recibido, la cuestión puede surgir sobre algún aspecto del cumplimiento (normalmente sobre la calidad). En estos casos no se pone en duda la existencia del contrato, pues es claro que la respuesta es afirmativa, aunque sólo sea como consecuencia del comportamiento de ambas; la cuestión fundamental reside en la determinación del contenido del contrato: las cláusulas que rigen. El caso norteamericano Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.¹⁶¹ ilustra bien la cuestión. La demandante, Daitom -importante empresa del sector químico y farmacéutico-, invitó a varios proveedores a ofertar la venta de un equipo de secado automático, necesario para la elaboración de la vitamina B-5 que pensaba producir en unos laboratorios en construcción.

El 7 de septiembre de 1976 la demandada, Pennwalt, envió una propuesta de venta, acompañada de una serie de cláusulas impresas, una de las cuales establecía un plazo de garantía: "[n]inguna acción derivada del incumplimiento de la garantía podrá llevarse a cabo una vez

¹⁶⁰El caso está resumido de uno de los procesos que se llevó a cabo, Bolin Farms v. American Cotton Shippers Association, 370 F. Supp. 1353 (W. D. La. 1974).

¹⁶¹Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp. [741 F. 2d 1569 (10th Cir. 1984)]. Puede consultarse con extensión en Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. Sales. Teaching Materials. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987. Chapter 3. pp. 95 y ss. [esta obra es una edición individual de una parte de Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. Commercial Law: Teaching Materials (4th ed). St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987, que contiene tres grandes capítulos: Sales, Secured Transactions y Commercial Paper].

transcurrido un año desde que la causa de dicha acción haya transcurrido".

El 5 de octubre de 1976 Daitom envió una propuesta de compra de dicho equipo, cuyo reverso contenía diecisiete cláusulas impresas, una de las cuales también hacía referencia a las garantías, e indicaba: "[l]as garantías especificadas en este párrafo...se considerarán añadidas a las que implícitamente prevea la ley..."

El equipo se entregó en mayo de 1977. Debido a que el laboratorio se estaba construyendo, las máquinas no fueron instaladas todavía, sino que quedaron en el exterior embaladas en cajas, hasta junio de 1978, cuando fueron finalmente instaladas y puestas en funcionamiento. Dos días después, Daitom comunicó a Pennwalt que tenía serios problemas con el funcionamiento de los equipos. Al no ponerse de acuerdo, aquella demandó a ésta por incumplimiento de garantías y negligencia en la fabricación de los materiales suministrados.

El principal problema consistía en hallar una solución al conflicto entre los términos diferentes de ambas propuestas¹⁶², pues Pennwalt había limitado la garantía a un año, mientras que Daitom se remitió al plazo legal general, de cuatro años. El Tribunal entendió que existía contrato, y que ante dos reglas distintas sobre un misma materia, ambas se anulaban mutuamente y ese aspecto pasaba a regularlo el Uniform Commercial Code por medio de sus normas supletorias (§§ 2-725 (1), 2-313, 2-314 y 2-

¹⁶²Sobre el desarrollo de esta problemática puede verse más adelante, al hablar de la solución norteamericana, en las pp. 142 y ss.

315), que establecían un plazo general de 4 años para reclamar. Por tanto, la acción se había ejercitado dentro del plazo.

En la doctrina del Common Law a esta práctica se la denomina Battle of the Forms (batalla, duelo de formularios)¹⁶³: en la actualidad, la mayoría de los formularios que se utilizan para efectuar los pedidos comerciales han sido redactados por los propios abogados de las empresas. Típicamente, consisten en una redacción impresa tanto en el anverso como en el reverso. En el primero se incluyen espacios en blanco con los diferentes elementos del contrato que pueden variar: precio, objeto, cantidad y, en algunas ocasiones, calidad y plazo de entrega. Y en el segundo se contienen una serie de cláusulas y condiciones impresas: cláusulas de garantía o de arbitraje o renunciadas a las mismas, cláusulas en las que se establecen que en caso de litigio la parte contraria pagará los honorarios de los abogados, cláusulas penales o indemnatorias, etc.

El proceso contractual comienza con una llamada o envío del formulario de una empresa a otra. El resultado es un intercambio de los mismos entre el comprador y el vendedor. Por lo general, el primero será un pedido y el segundo una confirmación. Pero el acuerdo al que han llegado las partes normalmente no coincide en su totalidad. Hay una coincidencia respecto de los términos negociados, como pueden ser el precio, calidad, cantidad y fecha de entrega. Mas en otros aspectos muy

¹⁶³ "The face of the acknowledgment -where the goods and the price are specified- is likely to correspond with the face of the purchase order. If it does, the two forms are filed away. At this point, both buyer and seller are likely to assume they have planned an exchange and made a contract. Yet they have done neither, as they are in disagreement about all that appears on the back of their forms. This practice is common enough to have a name. Law teachers call it «the battle of the forms»". Stewart MACAULAY. *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. 28 American Sociological Review (1963). pp. 55 y ss., p. 58.

posiblemente los formularios diverjan. Por ejemplo, uno puede contener en su condicionado del reverso una cláusula de arbitraje y el otro haber renunciado por expreso al mismo.

c.2. Solución tradicional.

Volviendo a la cuestión antes planteada, la doctrina contractual tradicional, tanto del Civil Law como del Common Law, hace pivotar la solución sobre dos reglas :

a) regla del espejo o the mirror-image rule: para que la contestación de una oferta constituya aceptación ha de coincidir con todos los términos de la primera sin ninguna variación; cualquier modificación (sea por añadido o por cambio) de los términos de una oferta convierte la aceptación en una contraoferta. En el mundo del Common Law, esta concepción recibe el nombre de mirror-image rule (regla de la imagen en el espejo), porque la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en un espejo: exacta;

b) regla de la última palabra o the last-shot rule: si la oferta y la aceptación no coinciden, en virtud de la regla anterior ésta última pasa a ser una contraoferta; luego el cumplimiento del oferente equivale a una aceptación de aquella contraoferta, a pesar de esa falta de coincidencia. El contrato se rige entonces por los términos de la aceptación-contraoferta, que son los términos de la oferta inicial más los añadidos en ésta (que pueden ser simples términos adicionales o incluso contrarios a alguno de la oferta inicial). De esta manera, el contrato queda regido por la última

propuesta en el tiempo. La única excepción a esta situación consiste en el rechazo expreso por parte del oferente de los términos de la contraoferta. Ahora bien, como lo normal en la práctica es que el oferente sea al comprador y que el aceptante el vendedor, quien realiza la posterior propuesta es éste último. Con lo cual la doctrina contractual tradicional tiende a favorecer al vendedor.

Un caso ilustrativo de la rigidez de esta concepción tradicional es la Sentencia del Tribunal Supremo de 15.2.1974¹⁶⁴: entre las empresas "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." e "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." existía una sólida relación según la cual la primera le fundía unas piezas determinadas con arreglo a modelos especiales, y la segunda las mecanizaba, montaba y vendía a terceros.

Una de esas operaciones se inició en septiembre de 1970, cuando la "Compañía de Maquinaria Química, S.A.", de Andoain, cursó un pedido a "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." para la construcción de unos ventiladores, y con el fin de prever posibles retrasos en la entrega consignó una cláusula penal en el contrato. Para hacer frente a la solicitud, la suministradora encargó diverso material a "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." a servir en un plazo determinado (condición aceptada por ésta), mediante carta-pedido de 18.9.1970, en cuyo reverso contenía las condiciones generales, una de las cuales (la sexta) establecía:

"[e]n el supuesto de incumplimiento del plazo de entrega por el proveedor, podremos repercutir sobre el mismo

¹⁶⁴Sentencia TS de 15.2.1974 [(Ponente: Sr. Antonio CANTOS GUERRERO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (febrero 1974). nº 69. pp. 218 a 226]. Aranzadi (1974), 575.

íntegramente la penalidad que a nosotros nos sea impuesta,
haciéndose aquél responsable principal solidario de cuantos
perjuicios por tal motivo se nos originen".

"Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." aceptó el pedido mediante
carta de 10.10.1970, en cuyo dorso contenía también un clausulado general,
donde se consignaba, en cuanto a plazos:

"no se acepta penalización por incumplimiento del plazo
previsto",

y, respecto a posibles devoluciones de material, :

"el material defectuoso deberá ser devuelto por el
cliente dentro de los tres meses siguientes a su expedición por
nuestra fábrica. La obligación de Fundiciones Metálicas se limita
a la reposición de las piezas rechazadas, sin que se puedan
aceptar otras responsabilidades, como penalizaciones o
indemnizaciones por daños y perjuicios".

La proveedora entregó las piezas con retraso y con algunas
deficiencias. "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." se las quedó y las
pagó, pero le pasó un cargo de 140.534 pts. por el trabajo de desmontar los
ventiladores, mecanizar y montar las tapas, y transportar las piezas (cargo
no aceptado por "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A."). A su vez, y a
causa de los retrasos aludidos, "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." no
pudo entregar a tiempo el pedido a "Compañía de Maquinaria Química,
S.A.", por lo que ésta ejercitó la cláusula penal.

Fruto de las relaciones anteriormente descritas, en julio de 1972 se llegó a una situación de desequilibrio en las cuentas pendientes a favor de la proveedora, pero sin ponerse de acuerdo en la cantidad, pues mientras ésta la estimaba en 1.022.516 pts., la suministrada sostenía la cifra de 133.082 pts. A resultas de esa discrepancia, "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." demandó a "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." y solicitó el pago de aquella cantidad. Ésta se opuso a la demanda y formuló reconvención, solicitando la condena de la primera al pago de 879.703 pts. como indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en Sentencia de 6.10.1971, estimó en parte la demanda y condenó a "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." a abonar 951.168 pts., y también estimó la reconvención, y condenó a "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." a pagar en concepto de indemnización la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, con un límite máximo de 110.390 pts. Recurrida por la demandada, la Audiencia Territorial de Zaragoza, en Sentencia de 21.3.1973, confirmó en parte la de Primera Instancia en cuanto la condena a "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.", mas no dio lugar a la reconvención. La demandada recurrió en casación y alegó, entre otros motivos, la contradicción entre la oferta y la aceptación, solicitando una interpretación superadora de ambos textos, a fin de salvar las diferencias. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso por entender que la respuesta de la proveedora no constituía una aceptación sino una contraoferta (al no aceptar la penalización por incumplimiento del plazo previsto), la cual a

su vez fue aceptada por "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." al utilizar las piezas de fundición suministradas.

Hasta aquí el Tribunal Supremo. Ahora bien, si se invierten las posiciones y se supone que fue "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." quien ofreció la venta de determinadas piezas e "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." quien las aceptó, se llegaría a la solución contraria: los términos del contrato serían los de la aceptación (formulario de "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A."); es decir, el proveedor se haría responsable de las penalidades consecuencia de su retraso en la entrega. ¿Por qué razón se llega a una solución tan diferente dependiendo de qué formulario constituya la oferta y cuál la aceptación? Aquí se muestra la rigurosidad de esa postura.

En resumen, los problemas básicos que presenta la cuestión desde el punto de vista tradicional son:

1º) la regla del espejo permite a una parte dejar de cumplir, aduciendo que no se ha perfeccionado el contrato. En la mayoría de las ocasiones el uso de esa regla se ha hecho con mala fe;

2º) la regla del espejo acarrea la regla de la última palabra, la cual concede una importante ventaja a la parte que envía la última propuesta, pues sus términos (contraoferta) serán los que regirán el contrato. Sin embargo, esa ventaja no tiene un motivo de su existencia, pues en la mayoría de las ocasiones ser o no el último es una cuestión aleatoria. Es

más, por lo general, el último es el vendedor -quien confirma el pedido-, por lo que esa ventaja la disfrutará de una manera gratuita e inmerecida.

Por ello, con el tiempo se ha ido gestando entre los operadores jurídicos y económicos internacionales una opinión basada en dos afirmaciones¹⁶⁵:

a) para la perfección de un contrato no es necesario el acuerdo de todos los elementos del mismo. Esta afirmación parte de una distinción entre elementos esenciales y elementos accidentales del contrato;

b) si se llevan a cabo las prestaciones de un contrato sin que se haya formulado objeción alguna a las condiciones impresas enviadas por la contraparte, tal omisión implica la aceptación de las mismas, constituyendo un caso de silencio relevante.

En definitiva, esta evolución se caracteriza por otorgar mayor importancia a la tutela de la buena fe de las partes en orden a la existencia de un vínculo contractual, en contraposición con la exigencia de certeza del derecho o seguridad jurídica, basada en la exacta identidad entre la oferta y la aceptación.

4. Estudios empíricos.

¹⁶⁵Cfr. Ugo DRAETTA. La 'Battle of Forms' nella prassi del commercio internazionale. 22 Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale (1986). pp. 319 y ss.

Esta problemática, aunque se da en diferentes procedimientos contractuales, donde con más frecuencia ocurre es en la contratación mediante formularios impresos. De los cuatro estudios empíricos sobre la formación de los contratos y los conflictos entre términos diferentes de que se ha tenido conocimiento, se extrae como conclusión básica que los que conciertan la mayoría de los contratos, por lo general encargados de ventas y representantes, se fijan tan sólo en los aspectos particulares o esenciales del contrato (objeto de transacción, precio, cantidad, fecha de entrega y, en ocasiones, condiciones de pago). El resto, que son las condiciones generales, las cláusulas impresas, la llamada "letra pequeña", ni lo leen, por lo que ni siquiera tienen conciencia de su contenido:

a) el primero de ellos, de 1978, refleja la práctica canadiense¹⁶⁶; su autor era en esa época Vicepresidente, Consejero General y Secretario de IBM en Canadá, y por las características de esa empresa, una multinacional con criterios uniformes de funcionamiento en todos los países, sus conclusiones pueden ser extrapolables. Su autor distingue entre las ventas y las compras. En relación a las primeras, de 60.000 contratos de venta en el año 1978, un posible problema de Battle of the Forms podría afectar tan sólo a unos 18.000 (pues en el resto las firmas del comprador y vendedor se extendían en un único formulario). Con respecto a las segundas, ese año concertaron unos 27.000 contratos de compra, de los que aproximadamente un 20% estaban sujetos a una posible cuestión de ese tipo. Sin embargo, concluye el autor, ni ese año ni los anteriores tuvieron ningún problema de falta de coincidencia entre uno y otro formulario.

¹⁶⁶Grant G. MURRAY. A Corporate Counsel's Perspective of the "Battle of the Forms". 4 Canadian Business Law Journal (1980). pp. 290 y ss.

b) Para el segundo, efectuado durante la primera mitad de la década de los setenta y referente a la práctica inglesa¹⁶⁷, sus autores entrevistaron a representantes de diecinueve empresas fabricantes de maquinaria de ingeniería, la mayoría de ellas de Bristol. En total, treinta y tres personas. Dos conclusiones extraen de este estudio:

(1) son muy pocos los contratos formados mediante una negociación detallada, pues sólo se dan en casos de bienes caros y complejos (avionetas, motores aéreos, maquinaria de más de £ 50.000- aproximadamente 10.000.000 ptas.-), donde los riesgos que la compra conlleva justifican el tiempo y preocupaciones empleados. El resto se concluyen de manera informal (teléfono, carta, fax,...). Y entre éstos, en la mayoría de los casos mediante formularios impresos;

(2) la aceptación por parte del comprador de los términos del vendedor es lo normal, y no debido a una decisión premeditada de éste, sino en gran parte como consecuencia del poder del mercado.

c) De los dos últimos, extraídos de la práctica norteamericana, uno de ellos¹⁶⁸ se llevó a cabo en el Estado de Wisconsin a principios de los años sesenta. Para ello se realizaron entrevistas a representantes de cuarenta y ocho compañías y de seis despachos de abogados. Este estudio arrojó unas conclusiones muy similares al anterior. El otro¹⁶⁹ no es

¹⁶⁷Hugh BEALE/Tony DUGDALE. *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*. 2 British Journal of Law and Society (1975). pp. 45 a 60. Especialmente pp. 45 a 51.

¹⁶⁸MACAULAY. *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. pp 55 y ss.

¹⁶⁹John E. MURRAY. *The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts*. 67 Cornell Law Review (1982). pp. 735 y ss. En concreto, pp. 778 y s., y nota 207.

propriadamente un estudio empírico, sino, en el marco de un artículo doctrinal, el autor relata su experiencia con más de cinco mil agentes de ventas durante un periodo de diez años: no encontró ninguno que leyera las cláusulas impresas en el reverso; de hecho, cuando se les pedía que explicasen el significado de tales cláusulas generales insertadas en su propio formulario, no eran capaces. Y muchos, carecían incluso de un conocimiento mínimo de los términos legales básicos (arbitraje, contenido de la responsabilidad del comprador o del vendedor,...).

Desde un punto de vista teórico, en muchos casos no surge un contrato, pues es frecuente que la aceptación no sea idéntica a la oferta. Pero más que pretender acoplar la realidad a la teoría, se debe regular aquélla, dotándola de unas reglas que, sin deformarla, proporcionen seguridad jurídica a este tipo de contratos.

2. Soluciones en el Derecho Comparado: generalidades.

Se estudia a continuación, en primer lugar, las diferentes soluciones que el Derecho Comparado ofrece a esta cuestión, tanto en los países del Civil Law como en los del Common Law; y, en segundo lugar, se analiza la situación en que se encuentra nuestro ordenamiento a la luz del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, y se propone una revisión de este punto para nuestro derecho de contratos.

Se puede avanzar ya que, de estos países, han sido los Estados Unidos de América y Alemania quienes han superado la tradicional regla del espejo, el primero por la vía legislativa -aunque, como es natural, con una importante contribución de la jurisprudencia- y el segundo por la vía jurisprudencial¹⁷⁰. El resto sigue anclado en dicha regla, aunque en Gran Bretaña haya habido intentos de superarla, y en Francia en teoría se haya conseguido (pues en la práctica sigue igual, a causa de la introducción del elemento subjetivo). En relación al Convenio, se ha quedado a medio paso entre la regla tradicional y la superadora, aunque más cerca de la primera.

3. Soluciones en el Derecho Comparado: Francia.

a. Criterio tradicional.

¹⁷⁰En Canadá se incluyó dicha innovación en un proyecto de reforma del Derecho de Contratos, pero sin éxito. Cfr. Ontario Law Reform Commission Report. Report on Sale of Goods. § 4.2 (3). 1979. Toronto. Ministry of Attorney-General. Una defensa de este intento puede verse en Morris G. SHANKER. "Battle of the Forms": A Comparison and Critique of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives. 4 Canadian Business Law Review 263 (1980). A su vez, una crítica al mismo en David VAVER. "Battle of the Forms": A Comment on Professor Shanker's Views. 4 Canadian Business Law Review 277 (1980).

En general, Gerald H.L. FRIDMAN. The Law in Contract in Canada (2d ed). Toronto/Calgary/Vancouver. Carswell Legal Publications. 1986. pp. 53 y ss. Para el derecho de Quebec, Maurice TANCELIN. Des obligations. Contrat et responsabilité (4e éd). Montréal. Wilson & Lafleur Itée. 1988. pp. 53 y s. El sistema legal canadiense pertenece a la familia del Common Law, con la remarcable excepción de Quebec. Esta provincia utiliza un sistema mixto: mientras su derecho público deriva del Common Law, el derecho privado tiene sus raíces en el Civil Law. Esta particularidad es el resultado de la historia colonial en América del Norte, y en especial, de la disputa entre Francia y Gran Bretaña: en 1866 entró en vigor en Quebec el Code Civil du Bas-Canada, directamente inspirado en el Código de Napoleón [cfr., en general, Gerald L. GALL. The Canadian Legal System (3d ed). Toronto/Calgary/Vancouver. Carswell Legal Publications. 1990; en concreto, para el derecho quebequiano, el capítulo 8 redactado por Paul REEVES, pp. 165 y ss.].

Como principio general se entiende que la oferta y la aceptación deben concordar exactamente para que el contrato se forme; por ello, la aceptación debe ser pura, simple y en todo conforme con la oferta¹⁷¹. Así lo entiende también la jurisprudencia, y un ejemplo de ello es la Sentencia de la Cour de Cassation de 17 de julio de 1967¹⁷². Después de unas negociaciones, un agente de Cambio y Bolsa envió a las partes el contrato de compraventa de valores que deseaban realizar. Ambos lo firmaron, pero además el comprador añadió una cláusula: "[c]ondicionado expresamente a la obtención de un crédito de 120.000 francos del Crédit Hotelier". Pasado el tiempo del pago, el comprador demandó al vendedor y solicitó el cumplimiento de la venta. La Cour d'Appel dio la razón al comprador, mas la Cour de Cassation revocó la Sentencia al considerar que aquella había reconocido la formación del contrato sin cercionarse si el acuerdo entre las partes había abarcado todos los puntos. Y como no fue así, no había contrato. Era una aplicación clara de la regla del espejo.

¹⁷¹La bibliografía utilizada es la siguiente:

a) Manuales y tratados: GHESTIN. Traité de Droit Civil. §§ 224 y ss. pp. 241 y ss.; Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations. Tomo 1. Les Sources (2e ed). Paris. Sirey. 1988. § 114. pp. 111 y ss.; Alex WEILL/François TERRÉ. Droit Civil. Les Obligations (4e ed). Paris. Précis Dalloz. 1986. § 146. p. 153 y ss. Aunque no son tan relevantes en estos aspectos, también puede consultarse Jean CARBONNIER. Droit Civil. Les Obligations (12e ed). Paris. Presses Universitaires de France. 1985. pp. 80 y ss.; Jacques FLOUR/Jean-Luc AUBERT. Les Obligations. Vol. I. L'acte juridique (4e ed). Paris. Armand Colin. 1990. § 154. pp. 109 y ss.; y Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD/Jean MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. Tome II. Vol. 1e. Obligations: théorie générale (8e édition a cargo de François CHABAS). Paris. Montchrestien. 1991. § 138. pp. 128 y s. Desde una óptica comparada: Parwiz OWSIA. The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law. 66 Tulane Law Review (1992). pp. 871 a 918.

b) Monografías: pueden verse principalmente Jean-Luc AUBERT. Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1970, y Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI. Négociation et conclusion de contrats. Paris. Dalloz. 1982. §§ 150 y ss. pp. 76 y ss.

c) Jurisprudencia: Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI. Droit des Contrats. Jurisprudence française. Paris. Librairie de la Cour de Cassation. 1989. Capítulo 1. pp. 9 y ss. También François TERRE/Yves LEQUETTE. Grands arrêts de la jurisprudence civile (9e ed). Paris. Sirey. 1991.

¹⁷²Chambre civile de la Cour de Cassation, 17.7.1967. Bulletin Civil. III-1967. n° 29.

Es cierto que en algunas ocasiones la jurisprudencia ha permitido variaciones en la aceptación, pero éstas han sido muy pequeñas, de tal manera que no han cambiado el sentido de la respuesta (por ejemplo, la inclusión en la aceptación de algunos detalles minuciosos e insignificantes respecto a la propiedad objeto de la venta).

b. Criterio moderno.

Aún sin romper drásticamente con el punto de vista tradicional, en las últimas décadas se observa en la doctrina y en la jurisprudencia un viraje hacia posiciones más flexibles. Esta evolución toma como base dos criterios:

(1) la distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato;

(2) la determinación de ese carácter de la esencialidad con base en un criterio subjetivo.

De esta manera, es suficiente que el acuerdo de las partes verse sobre los elementos esenciales del contrato, pues respecto a los no esenciales en que no haya acuerdo, serán regulados por las disposiciones legales supletorias o los usos. Véase, por ejemplo, la Sentencia de 30.10.1979¹⁷³, que declaró perfeccionado un contrato de explotación de una

¹⁷³1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation, 30.10.1979 (Gazette du Palais, 26.2.1980). En ocasiones la jurisprudencia ha admitido como válido un acuerdo sobre una cláusula accesoria aunque las partes estén en desacuerdo respecto a los elementos esenciales, siempre que aquélla se pueda ejecutar independientemente del resto (por ejemplo, una

cantera de grava en el que se había estipulado las parcelas a explotar y el precio por hectárea: la falta de mención de las modalidades de pago no constituyó un impedimento para su perfección, pues existían unos usos en el sector en virtud de los cuales se preveía un escalonamiento en los pagos según el desarrollo de la extracción.

Con todo, el problema resta en averiguar qué y cuáles son los elementos esenciales. La doctrina ha propuesto algunas fórmulas: "elementos de un contrato sin los cuales sería imposible saber qué tipo de acuerdo se ha concluido"¹⁷⁴, o "elementos centrales, específicos, que traducen la operación jurídica y económica que las partes han querido realizar"¹⁷⁵. Pero es a la jurisprudencia a quien le corresponde trazar la delimitación. Ésta, junto con la doctrina, distingue de entre los elementos objetivos aquéllos que lo son por sí mismos de aquéllos que así son tenidos por las partes:

b.1. Elementos objetivamente esenciales: éstos dependen de la operación jurídica que tienda a realizar el contrato. Mas, con todo, lo normal es un intercambio de bienes o servicios. Respecto a la compraventa, que es el contrato modelo, el artículo 1.583 Code Civil exige para su formación un acuerdo sobre la cosa y el precio¹⁷⁶; luego esos son

cláusula de atribución de competencia judicial). De esta manera, el único acuerdo válido sería el que habría recaído sobre la cláusula accesoria [véase la Sentencia de Cassation Civil, 3.2.1919. D. 1923, 1, 126; también en SCHMIDT-SZALEWSKI. Droit des Contrats. Jurisprudence française. pp. 26 y s.].

¹⁷⁴AUBERT. Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats. § 52. pp. 57 y s.

¹⁷⁵Philippe DELEBECQUE. Les clauses allégeant les obligations. Aix-en-Provence. 1981. p. 198.

¹⁷⁶Artículo 1583 Code Civil:

"La venta es perfecta entre las partes y la propiedad pasa legalmente del vendedor al comprador tan pronto como se ha llegado a

sus elementos esenciales. En consecuencia, por analogía con la compraventa, se puede afirmar respecto al resto de contratos que los elementos esenciales están constituidos por la determinación de las prestaciones que sirven mutuamente de contrapartida (por lo general, objeto de la prestación y precio), siempre que en la base se encuentre un intercambio.

Un ejemplo de la actitud general de la jurisprudencia por la que la prestación financiera es un elemento esencial de todos los contratos de título oneroso se encuentra en la Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 13.12.1984¹⁷⁷. La productora Sofracima envió a la actriz Isabelle Adjani una propuesta de contrato con la intención que ésta realizara el papel de protagonista principal en la adaptación cinematográfica de las obras del escritor Isaac Babel. En esta propuesta la productora había estipulado la fecha del inicio del rodaje, pero había dejado en blanco el espacio correspondiente a la remuneración. La actriz envió otra propuesta en la que concretaba el montante, pero nada decía de la fecha del inicio del rodaje. La productora la aceptó, y se la devolvió firmada junto con un cheque de 140.000 francos como parte del pago. Sin embargo, la actriz se negó a rodar al entender que no se había pasado de las simples negociaciones.

Sofracima la demandó y solicitó una indemnización de dieciseis millones de francos, al entender que se había perfeccionado el contrato. La

un acuerdo respecto a la cosa y el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada o dicho precio pagado."

¹⁷⁷Cour d'Appel de Paris, 1e Chambre, Sentencia 13.12.1984, Société Sofracima c. Isabelle Adjani. Inédita. Véase el comentario de Jacques MESTRE. *Jurisprudence française en matière de droit civil*. 85 Revue trimestrielle de droit civil (1986). pp. 97 y ss.

Court d'Appel de Paris rechazó la demanda (al igual que en Primera Instancia), al considerar que no hubo acuerdo respecto de los elementos esenciales, pues en ambas propuestas faltaba un elemento esencial: en una el precio y en otra la fecha de inicio de rodaje (nótese que aquí el Tribunal otorga al elemento temporal el mismo rango de esencialidad que a la prestación misma: la prestación era clara, pero no el día de comienzo, por lo que en su conjunto no se había dado el acuerdo). Luego tan sólo se llevó a cabo un intercambio de ofertas.

b.2. Elementos considerados esenciales por las partes: éstos son elementos generalmente accesorios que las partes los elevan a condición esencial: fecha o modalidad de pago, lugar de entrega, etc. La jurisprudencia tiende a exigir que tal elevación conste de manera expresa, mas en ocasiones puede también resultar de un examen de las circunstancias de hecho, por ejemplo, de la insistencia con que una de las partes ha hecho referencia a este punto. Un ejemplo lo tenemos en la Sentencia de 26.11.1962¹⁷⁸: las partes se pusieron de acuerdo en la compraventa de una finca por un precio de tres millones de francos, pero acordaron retrasar la perfección del contrato hasta el momento en que fijasen las modalidades de pago.

c. Aceptación modificadora de la oferta: rechazo y contraoferta.

¹⁷⁸1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation, 26.11.1962. D. 1963, 61. Véase la reseña de Gérard CORNU. Jurisprudence en matière de droit civil. 61 Revue trimestrielle de droit civil (1963). pp. 364 y s.

Se admite de manera unánime que la aceptación con reservas o condiciones, o con modificaciones respecto de la oferta, constituye una contraoferta y a su vez un rechazo de la primitiva¹⁷⁹. Véase la Sentencia de 12.3.1985¹⁸⁰: una empresa dedicada al alquiler de vallas publicitarias ofreció a un cliente, una agencia de relaciones públicas, la utilización de dieciseis vallas durante dos semanas para publicidad en materia inmobiliaria. Al devolver firmado el contrato, la agencia había cambiado las palabras "inmobiliaria" por "electoral", pues debido a unas elecciones próximas se había visto en la necesidad de solicitar al agente inmobiliario anunciante que retrasara su publicidad, para poder así utilizar esas vallas un cliente candidato electoral. Sin embargo, la propietaria de las vallas se negó a alquilarlas para fines electorales. Debido a ello fue demandada, y se solicitó resarcimiento de daños producidos por su negativa.

Las dos instancias estimaron la demanda, y la condenaron a pagar 3.000 francos a la agencia y 25.000 francos al candidato. La Cour casó ambas sentencias al entender que la modificación llevada a cabo en el contrato por la agencia constituyó una contraoferta, no aceptada por la propietaria de las vallas.

Mas, con todo, la doctrina se cuestiona si realmente la contraoferta conlleva la extinción de la oferta inicial, o, por el contrario, el destinatario

¹⁷⁹Cfr. GHESTIN. Traité de Droit Civil. § 226-1. pp. 246 y s.; MARTY/RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations. § 114. pp. 111 y ss.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. § 138. pp. 128 y s.; WEILL/TERRÉ. Droit Civil. Les Obligations. § 146. p. 153 y ss.

¹⁸⁰1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation, 12.3.1985. Bulletin Civil. I-1985. n° 89. pp. 82 y ss. Puede verse la recensión de Jacques MESTRE. Jurisprudence en matière de droit civil. 85 Revue trimestrielle de droit civil (1986). pp. 100 y ss.

de ésta (el contraoferente) puede más adelante aceptarla. Se pueden encontrar básicamente dos posturas:

(1) unos consideran que la contraoferta, al implicar un rechazo de la oferta, conlleva automáticamente su terminación¹⁸¹. Es una postura influida por la jurisprudencia del Common Law, y ha sido criticada con base en dos argumentos: (a) no tiene apoyo jurisprudencial, pues ninguna de las sentencias citadas por sus defensores establece esa afirmación, y (b) ¿porqué dos ofertas no pueden coexistir al mismo tiempo?;

(2) otros entienden que una contraoferta no impone la terminación de la oferta inicial¹⁸². Únicamente permite al oferente retirarla; mas si no lo hace, el contraoferente puede posteriormente aceptar la primera oferta (que se mantiene durante un tiempo) y perfeccionar el contrato. Otra razón que se añade es que en el complejo proceso negociador moderno hay varias propuestas y contrapropuestas que se suceden, y todas ellas se entienden en vigor durante las negociaciones, salvo que explícitamente se hayan revocado.

d. Resumen.

¹⁸¹Cfr. AUBERT. Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats. § 297. pp. 274; Marcel PLANIOL/Georges RIPERT. Traité pratique de droit civil français. Tome VI. Obligations. 1^a parte (2e ed., por Paul ESMEIN). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1952. § 139. p. 160; WEILL/TERRÉ. Droit Civil. Les Obligations. § 146. p. 153 y ss., texto y nota 19.

¹⁸²Cfr. principalmente GHESTIN. Traité de Droit Civil. § 226-2, in fine. pp. 247 y s.

El contrato se forma aunque oferta y aceptación no coincidan en su totalidad, siempre que los añadidos de la aceptación no sean objetivamente esenciales o así no los hayan considerado las partes. La introducción de dicho elemento subjetivo ha hecho que lo que parecía ser una superación del análisis tradicional haya quedado en un pequeño avance.

4. Soluciones en el Derecho Comparado: Italia.

En el ordenamiento italiano no ha sido debatida por la doctrina¹⁸³ ni por la jurisprudencia¹⁸⁴ la cuestión de la aceptación que modifica la oferta y su posible validez. Seguramente el art. 1326.5 Codice civile tendrá que ver con ello:

[u]na aceptación no conforme con la oferta equivale a una nueva oferta¹⁸⁵.

¹⁸³Véase, como obras de referencia: C. Massimo BIANCA. Diritto civile. Vol. III Il contratto. Milano. Giuffrè. 1987. § 104. p. 231; Lina BIGLIAZZI GERI/Umberto BRECCIA/Francesco D. BUSNELLI/Ugo NATOLI. Diritto civile. 1.2 Fatti e atti giuridici. Torino. UTET. 1987. p. 616; Franco CARRESI. Il contratto, en Antonio CICU/Francesco MESSINEO/Luigi MENGONI. Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XXI. Tomo 2º. Milano. Giuffrè. 1987. § 254. pp. 769 y ss.; Carmina DONISI. Articolo 1326.5, en Codice civile annotato. pp. 279 y ss.; Francesco GALGANO. Diritto civile e commerciale. Vol. II Le obbligazioni e i contratti. Tomo 1º Obbligazioni in generale, contratti in generale. Padova. CEDAM. 1990. § 32. pp. 149 y ss.; Rodolfo SACCO. La conclusione dell'accordo, en Pietro RESCIGNO (dir.). Trattato di diritto privato. Vol. 10 Obbligazioni e contratti. Tomo 2º. Torino. UTET. 1982. pp. 96 y ss.

¹⁸⁴Cfr. Cassazione civile 15.3.1982 y 23.1.1978.

¹⁸⁵Artículo 1326.5 Codice civile:

Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta.

De esta manera, partiendo de los requisitos de la aceptación, uno de los cuales es la conformidad con la oferta (el resto son la idoneidad como declaración de voluntad, la tempestividad y, en su caso, la formalidad), se afirma que el contrato se perfecciona con la plena y total coincidencia de la oferta y la aceptación, de tal manera que cualquier variación de esta última, sea adicional o modificativa, relativa a elementos esenciales o accesorios, impide la perfección del contrato y la convierte en contraoferta, exigiendo la aceptación del oferente originario. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia: Sentencia de 15.3.1982¹⁸⁶ (conversaciones y tratos encaminados a concluir un contrato de obra, incluso con algún apunte o borrador de acuerdo, no perfeccionado finalmente -no se determinó ni el precio ni el modo de ejecución de la obras-; la Corte di Cassazione no dio lugar a la demanda por incumplimiento interpuesta por el constructor contra el promotor, por entender que el acuerdo debía ser competo en todos sus elementos) y Sentencia de 6.6.1983¹⁸⁷ (compraventa de terreno sin especificación de sus límites). Sin embargo, algunos autores niegan que la contraoferta equivalga también a rechazo de la primera oferta, pues precisamente implica el intento de proseguir los tratos con base en la oferta originaria: por lo tanto, el aceptante podrá aceptar la oferta primitiva siempre que no se haya extinguido por sus causas ordinarias (plazo, revocación, etc.). Con todo, no es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia¹⁸⁸.

¹⁸⁶Cassazione civile, 15.3.1982, n. 1691. Véase comentario de Andrea FUSARO. *Questioni in tema di contratto*. 82 Rivista del diritto commerciale (1984). pp. 187 y ss.

¹⁸⁷Cassazione civile, 6.6.1983, n. 3856. Véase comentario de Andrea FUSARO. *In tema di formazione progressiva del contratto*. 83 Rivista del diritto commerciale (1985). pp. 199 y ss.

¹⁸⁸Cfr. BIANCA. Diritto civile III. § 104. pp. 231 y ss., donde se recoge esta opinión, defendida por el autor, se deja constancia de las posiciones doctrinales contrarias, y se expone el criterio titubeante de la jurisprudencia.

Finalmente, aunque algún autor¹⁸⁹ ha defendido la posibilidad que una oferta y aceptación aparentemente distintas puedan ser eficaces (como el caso de la oferta que se puede descomponer en numerosas propuestas, algunas de ellas aceptadas por la otra parte), no sería un supuesto encuadrable como aceptación modificativa.

5. Soluciones en el Derecho Comparado: Gran Bretaña.

a. Criterio tradicional.

En este supuesto tradicionalmente ha regido la mirror-image rule¹⁹⁰. La aceptación que no coincidía plenamente con la oferta se consideraba como un rechazo de la misma y a la vez una contraoferta. Al ser un rechazo de la primitiva oferta, el contraoferente (que era el destinatario de aquélla) no podía posteriormente aceptarla. Esta doctrina quedó asentada, en 1840, en Hyde v. Wrench¹⁹¹. El vendedor, Wrench,

¹⁸⁹Cfr. SACCO. La conclusione dell'accordo. pp. 96 y s.

¹⁹⁰ Las obras de referencia utilizadas son: P.S. ATIYAH. An Introduction to the Law of Contract (4th ed). Oxford. Clarendon Press. 1989. pp. 70 y ss.; A.G. GUEST. Anson's Law of Contract (26th ed). Oxford. Clarendon Press. 1984. pp. 32 y ss.; Halsbury's Laws of England. Volume 9 Contracts (4th ed). London. Butterworths. 1974 (contiene Cummulative Supplement hasta 1991; G.H. TREITEL en Chitty on Contracts. Vol. 1. General Principles (26th ed). London. Sweet and Maxwell. 1989. §§ 56 y s.; pp 46 y ss.; G.H. TREITEL. The Law of Contract (8th ed). London. Stevens & Sons. 1991. pp. 13 y ss. Desde una óptica comparada: OWSIA. The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law. pp. 871 y ss. En general, una buena introducción al derecho inglés en Philip S. JAMES. Introduction to English Law (12th ed). London. Butterworths. 1989.

¹⁹¹Hyde v. Wrench. 3 Beavan 334 (1840) Rolls Court.

ofreció al comprador, Hyde, una granja por 1000 libras esterlinas. Éste, en su respuesta, aceptó pero por 950 libras. Como el vendedor rechazase tal precio, el comprador accedió a pagar las 1000 iniciales. Ante la negativa de Wrench de vender, Hyde interpuso una demanda solicitando el cumplimiento del contrato perfeccionado. La Court of Appeal¹⁹² no dio lugar a la misma, considerando que ningún contrato se había formado, en tanto en cuanto la declaración de voluntad de comprar a 950 libras esterlinas fue un rechazo de la primitiva oferta, seguida de una contraoferta (no deseo comprar a 1000, ofrezco hacerlo a 950).

Con el tiempo, la rigidez de esta regla ha sido atemperada por la misma jurisprudencia utilizando diversos criterios: los términos añadidos en la aceptación que expresan lo que de todas maneras está implícito en la ley no impiden la formación del contrato; los términos adicionales que benefician exclusivamente al oferente, o que no tienen contenido sustantivo (por ejemplo, son simples peticiones de mayor información), tampoco previenen el contrato; los términos añadidos que una persona media no consideraría como tales tampoco son obstáculo para la perfección del contrato.

Una aplicación moderna de esta regla, en el supuesto concreto de contratación mediante formularios, es el caso de B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd.¹⁹³. El demandante, B.R.S., entregó un remesa de whisky al demandado, Crutchley, para su almacenamiento. El transportista del

¹⁹²La Court of Appeal es la última instancia de apelación en el ordenamiento inglés en materia civil y penal. De todas maneras, en algunos supuestos se puede acudir a la House of Lords, siempre que el asunto sea de importancia pública general [cfr. JAMES. Introduction to English Law. pp. 40 y ss.].

¹⁹³B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd. 1 All England Reports (1968). pp. 811 y ss.

primero facilitó una nota de entrega en la que, en términos impresos, se proponía que el contrato se rigiese por sus condiciones de transporte. Ésta fue tamponada por el demandado con las palabras "[r]ecibido bajo nuestras condiciones", y devuelta al transportista, quién depositó su carga en el almacén. La Court of Appeal resolvió en favor del demandado, argumentando que al estampar éste sus condiciones, la propuesta se había convertido en contraoferta, aceptada por el demandante desde que entregó los bienes. Por lo tanto, los términos que se incorporaban al contrato eran los del demandado y no los del demandante.

Aunque efectivamente dicho análisis tradicional es atractivo por su simplicidad, ha recibido también críticas parecidas a las de otros ordenamientos: fomentar el intercambio de formularios y favorecer al vendedor (en contra del comprador), por ser el que generalmente pronuncia la última palabra (last shot).

b. Propuesta de modificación.

El análisis tradicional de la mirror-image rule se intentó modificar en 1977, en una decisión en la que uno de los tres jueces sugirió un nuevo criterio. El caso fue Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation

(England) Ltd.¹⁹⁴. El juez, Lord Denning, MR (Master of the Rolls)¹⁹⁵. Como respuesta a una petición de la compradora, Ex-Cell-O, el vendedor, Butler, le envió una oferta de venta de una máquina por 75.535 libras esterlinas. Ésta iba expresada en términos impresos, los cuales prevalecerían sobre cualquier cláusula y condiciones expuestas en el pedido de la compradora. Junto a ello incluía una cláusula de variación del precio, según la cual la cantidad a pagar por la compradora se hacía depender de los precios existentes en la fecha de la entrega. El formulario de la compradora -aceptación- contenía también términos impresos, que modificaban sustancialmente la oferta; en concreto, uno de ellos establecía que el precio acordado era fijo. Además, el formulario de la compradora incluía una hoja de confirmación, que debía firmar la otra parte -Butler-, que estipulaba "[a]ceptamos su pedido en los términos y condiciones allí establecidos". La vendedora efectivamente la firmó, pero la devolvió junto con una carta en la que manifestaba que estaban dando cumplimiento a su pedido en las condiciones de su propia oferta (la de la vendedora).

La máquina se fabricó, pero antes de la entrega la vendedora quiso acogerse a la cláusula de variación del precio alegando el incremento habido en los costes, por lo que el precio debía aumentar 2.892 libras

¹⁹⁴Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. 1 Weekly Law Reports (1979). (Appeal Court). pp. 401 y ss.; 1 All England Law Reports (1979). pp. 965 y ss. Puede encontrarse también en H. G. BEALE/W. D. BISHOP/M. P. FURMSTON. Contract. Cases and Materials. London. Butterworths. 1985. pp. 147 y ss. A la vez, véase dos comentarios de esta sentencia que también tratan en general del problema del Battle of the Forms: a) John ADAMS. Note: The Battle of the Forms. 95 Law Quarterly Review (1979). pp. 481 y ss.; b) Rick RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms. 42 Modern Law Review (1979). pp. 715 y ss., en concreto, pp. 717 y s.

¹⁹⁵El MR es el Presidente de la Court of Appeal. Su origen data de la Edad Media, cuando el Master of the Rolls era el principal representante del Canciller en la Courts of Chancery. En la actualidad su oficio es puramente judicial. El nombre viene del hecho que el MR era originariamente el Custodio de los Archivos y Registros Reales (rolls) [cfr. JAMES. Introduction to English Law. pp. 40 y s.].

esterlinas. La compradora se negó, por cuanto el contrato se había perfeccionado en sus términos, luego el precio era fijo.

El Tribunal revocó la decisión apelada y dio la razón a la compradora. Sin embargo, siendo unánimes en el resultado, no lo estuvieron respecto a la manera de llegar a él, y éste es el punto que interesa.

Por un lado, los jueces Lawton y Bridge adoptaron la regla tradicional según la cual la respuesta de la compradora fue una contraoferta aceptada expresamente por la vendedora al firmar la nota confirmatoria. La carta que la acompañaba tan sólo se refería a la primitiva oferta, como una manera de identificar la máquina y su precio básico, pero nada más.

Por otro lado, Lord Denning aceptó que éste sería el resultado que se seguiría del análisis tradicional, pero opinaba que en muchos casos dicho análisis quedaba anticuado. Su propuesta se basaba en distinguir entre la formación del contrato y la determinación de su contenido¹⁹⁶. El

¹⁹⁶"In many of these [battle-of-forms] cases our traditional analysis of offer, counter-offer, rejection, acceptance and so forth is out of date (...) The better way is to look at all the documents passing between the parties (...) even though there may be differences between the forms and conditions printed on the back of them (...). Applying this guide, it will be found that in most cases when there is a «battle of forms», there is a contract as soon as the last of the forms is sent and received without objection being taken to it (...) The difficulty is to decide which form, or which part of which form, is a term or condition of the contract. In some cases the battle is won by the man who fires the last shot. He is the man who puts forward the latest terms and conditions: and, if they are not objected to by the other party, he may be taken to have agreed to them (...) In some cases the battle is won by the man who gets the blow in first. If he offers to sell at a named price on the terms and conditions stated on the back: and the buyer orders the goods purporting to accept the offer -on an order form with his own different terms and conditions on the back- then if the difference is so material that it would affect the price, the buyer ought not to be allowed to take advantage of the difference unless he draws it specifically to the attention of the seller. There are yet other cases where the battle depends on the shots

contrato quedaría formado si las partes se ponían de acuerdo en todos los aspectos o términos sustanciales, aunque hubieran otros elementos del contrato en los que difirieran. La determinación de su contenido sería el paso siguiente. Para ello, sugería tres vías:

a) una primera, que sería la tradicional, considerar que la última contraoferta o el último formulario enviado (last shot) había sido aceptado de manera expresa o implícita por la conducta de la otra parte;

b) una segunda, en el caso que la aceptación contuviera diferencias tan sustanciales que pudieran afectar al precio. En este supuesto se consideraba que el aceptante no podía gozar de tanta ventaja frente al oferente, excepto si claramente le manifiestaba a éste tal diferencia. Salvo en este caso, los términos que prevalecerían serían los del oferente (first shot);

c) finalmente una tercera, en el supuesto que los formularios difirieran, pero sin llegar a afectar al precio. Los términos del contrato deberían construirse a la vez entre los dos conjuntos de términos propuestos (los del oferente y los del aceptante). Si era factible conseguir un resultado armonioso, bien. Si no fuera posible, pues las diferencias eran irreconciliables (posiblemente porque se contradijeran), dichos términos deberían ser sustituidos por otros más razonables.

fired on both sides. There is a concluded contract but the forms vary. The terms and conditions of both parties are to be construed together. If they can be reconciled so as to give a harmonious result, all well and good. If the differences are irreconcilable -so that they are mutually contradictory- then the conflicting terms may have to be scrapped and replaced by a reasonable implication". Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. 1 Weekly Law Reports (1979). pp. 402 y ss.

Siguiendo este análisis, Lord Denning consideró que el vendedor había aceptado la contraoferta del comprador. Sin embargo, su propuesta -que realmente modificaba el análisis tradicional- fue rechazada por los otros dos jueces¹⁹⁷.

También ha sido criticada por la doctrina, la cual, sin dejar de reconocer los méritos de tal propuesta superadora, ve en ella más inconvenientes que ventajas¹⁹⁸. Tres son las principales críticas: (1) no desincentiva el infinito intercambio de formularios; (2) el requisito de manifestar expresamente a la otra parte la diferencia material que puede afectar al precio es poco práctico, pues casi cualquier término puede afectar al precio; (3) la categorización de las tres diferentes clases de términos¹⁹⁹ es arbitraria y posiblemente produciría mayor litigiosidad.

En definitiva, en el derecho contractual inglés se sigue la doctrina tradicional: si la aceptación no coincide con la oferta, se entiende que se rechaza ésta y aquélla se convierte en contraoferta.

¹⁹⁷Uno de ellos, el Juez Lawton sostuvo categóricamente que "las reglas relativas a battle of forms tienen vigencia desde los últimos ciento treinta y tantos años" (rules relating to a battle of ...[forms] have been known for the past 130-odd years). Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. 1 Weekly Law Reports (1979). p. 405.

¹⁹⁸Cfr. RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms. pp. 718 y s., quien es partidario de continuar con la mirror-image rule. Otros tratan de salvar la rigidez de esta regla proponiendo una división entre términos fundamentales y no fundamentales, dependiendo unos y otros de las circunstancias individuales del caso [cfr. ADAMS. Note: The Battle of Forms. p. 484].

¹⁹⁹La primera clase son aquellos términos sustanciales en los que las partes se han puesto de acuerdo (material points), lo cual es necesario para que el contrato se haya formado. La segunda clase son aquellos términos entre los cuales hay diferencias sustanciales que pueden afectar al precio (material differences): para la formación del contrato no se necesita un acuerdo sobre los mismos, pero la aceptación no los puede incorporar al contrato a menos que expresamente de cuenta de su existencia a la otra parte. La tercera clase son aquellos términos residuales que no están incluidos ni en la primera ni en la segunda: no es necesario para la formación que haya acuerdo sobre ellos, ni se exige dar cuenta de los mismos, y pueden ser sustituidos por otros más razonables.

6. Soluciones en el Derecho Comparado: Alemania.

En este ordenamiento, como ya se ha apuntado, el giro lo ha dado la jurisprudencia, y de una manera progresiva. En dicha evolución se pueden diferenciar tres periodos o gradaciones²⁰⁰:

a. Postura tradicional.

Hasta los años setenta se siguió el análisis clásico en los problemas de oferta y aceptación²⁰¹. Por ello, una aceptación que alterase los términos de la oferta no perfeccionaba el contrato, sino que se consideraba una contraoferta que podía ser aceptada por el oferente. En definitiva, prevalecía la doctrina de la última palabra, el último que manifestaba su voluntad. Esta postura se basaba en el parágrafo 150.II BGB: "[u]na aceptación con ampliaciones, limitaciones, u otras alteraciones será considerada como un rechazo a la vez que nueva oferta".

²⁰⁰Seguimos aquí, básicamente, a: Arthur Taylor VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. 38 American Journal of Comparative Law (1990). pp. 265 y ss., pp. 290 y ss.; FLUME. Allgemeiner Teil. § 37.3. pp. 672 y ss.; Münchener Kommentar-Kötz. § 2 AGBG, nº 31. Para una introducción al derecho alemán en lengua inglesa, véase Timothy KEARLEY/Wolfram FISCHER. Charles Szladits's Guide to Foreign Legal Materials: German (2d ed). New York. Oceana Publications. 1990.

²⁰¹Si bien es cierto que ya en los treinta surgieron críticas hacia dicho modelo. VON MEHREN (ibidem. p. 290, nota 78) cita a Ludwig RAISER [Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. 1935 (reeditado en 1961). Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. pp. 224 y s.), quien propuso que se considerase el contrato formado en los términos en que las partes hubieran concordado, y en los que no, que fueran provistos por los términos supletorios previstos por la ley.

b. Ruptura con el análisis tradicional.

Ya en los setentas dicho análisis no podía aguantar más los embates de la contratación moderna. El primer paso hacia su resquebrajamiento se dio con la Sentencia del Bundesgerichtshof (BGH: Tribunal Supremo alemán) de 26.9.1973²⁰². Los hechos fueron como siguen: las partes negociaron la compra de un silo. El comprador, demandado, envió el 1 de diciembre de 1969 el pedido mediante un formulario donde especificó como fecha de entrega el 15 de abril de 1970. Además, una de sus cláusulas establecía que "[c]ualquier término distinto en el formulario del aceptante no es válido si nosotros no lo hemos confirmado por escrito".

Un mes después de recibir el pedido, el vendedor, demandante, envió su aceptación mediante una carta de confirmación (formulario). Entre otras cosas preveía que: a) la entrega del silo se efectuaría en la segunda quincena de abril de 1970, advirtiéndole que dicha fecha era aproximada y en ningún caso vinculante; b) se excluía cualquier responsabilidad por daños derivados del retraso en la entrega.

El 22 de abril de 1970 el comprador reclamó por carta al vendedor la entrega antes de final de mes, advirtiéndole que en caso contrario le demandaría por incumplimiento y le exigiría una indemnización. Éste le contestó que efectuaría la entrega lo más pronto posible y le recordó la exclusión de cualquier responsabilidad por el retraso.

²⁰²BGH 26 septiembre 1973. 61 BGHZ, pp. 282 y ss.

Finalmente, en junio del mismo año el comprador recibió el silo y comenzó a utilizarlo, pero tan sólo pagó parte del precio. La restante fue retenida como resarcimiento de los daños ocasionados por el retraso. Disconforme con esta actitud, el vendedor le demandó reclamándole el pago total del precio.

El Juez de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación dieron la razón al demandante. Sin embargo, el BGH revocó ambas sentencias y devolvió el caso al Tribunal de Apelación para que determinara si el vendedor debía responder o no por el retraso. El BGH consideró que la carta de confirmación del aceptante divergía de los términos de la oferta, por lo que, según el § 150.II BGB, era una contraoferta. Pero ésta, a diferencia de lo que habían sostenido los tribunales inferiores, no podía considerarse aceptada por el inicial oferente a resultas de su omisión de objetar rápidamente los términos en los que no estaba de acuerdo, o de haber recibido el silo y utilizarlo. Primero, porque, en principio, el silencio no constituye aceptación, y el vendedor no podía presumir con buena fe que el silencio del comprador significase la aceptación de sus términos (los del vendedor), por cuanto éstos se habían diferenciado significativamente de los de la oferta. Segundo, pues para que la recepción y uso de los bienes se entienda como aceptación de los términos del vendedor, éste tiene que dejar bien claro que la entrega tan sólo se efectuará según sus propias condiciones, cosa que no hizo al entregar el equipo. De esta manera el BGH echó por tierra las bases en las que se apoyaba la doctrina clásica del last shot.

Pero entonces el problema pasó a ser otro: si la contraoferta no fue aceptada, qué ocurría con el contrato, ¿existía o no?, ¿había surgido alguna relación contractual entre las partes? Así lo entendió el BGH, en tanto en cuanto el § 150.II BGB debía aplicarse en clave de buena fe: las partes demostraron con su conducta -entrega y aceptación- que su desacuerdo en algunos términos no evitaba la formación del contrato.

En conclusión, con esta Sentencia el Bundesgerichtshof dejó de lado la doctrina del last shot y separó las cuestiones de formación del contrato de las de su contenido; sin embargo, no formuló los criterios a seguir para establecer los términos de un contrato en estas situaciones conflictivas.

c. Nuevas soluciones.

c.1. Oberlandesgericht Köln.

La Sentencia del Oberlandesgericht (OLG) de Colonia de 19.3.1980²⁰³ fue más allá del análisis anteriormente visto e inició una línea jurisprudencial que fue ratificada años más tarde por el BGH. La disputa versó sobre la eficacia de una cláusula de elección de foro incluida tan sólo en los términos de una parte. El OLG sostuvo que de la aceptación por parte del comprador de los bienes, sin hacer ninguna objeción, no se podía deducir la aceptación a la vez de los términos del vendedor. Por contra, debía entenderse como una manifestación de la intención de dejar esos

²⁰³OLG Köln 19 marzo 1980. Der Betrieb 1980. pp. 924 y ss.

puntos de fricción no resueltos, para evitar así el riesgo de, por querer negociar esos aspectos, no llegar a realizar el contrato. Además, cualquier parte podía haber pedido a la otra la aclaración de sus términos; como ninguna lo hizo, ninguna podía exigir los suyos propios.

Ahora bien, el hecho que las partes no se hubieran puesto de acuerdo no significaba que el contrato no se hubiera formado. El contrato existió. Los términos en los que las partes estaban de acuerdo entraron a formar parte del mismo. Y en los que no, se incorporarían de manera supletoria las normas que el Código hubiera previsto.

c.2. Bundesgerichtshof.

La Sentencia del Bundesgerichtshof de 20.3.1985²⁰⁴ aceptó el análisis de la OLG de Colonia. Una empresa solicitó una serie de relojes de horno mediante un formulario de pedidos, una de cuyas cláusulas establecía que la aceptación de la oferta implicaba también la de los términos del mismo (los del formulario), y para que cualquier modificación fuera efectiva era necesario la aceptación expresa y por escrito del comprador.

El vendedor aceptó la oferta mediante una carta de confirmación. Ésta contenía una serie de condiciones generales impresas, dos de las cuales parecían contradecir en algo la oferta: una contemplaba una reserva de la propiedad de los bienes a favor del vendedor desde la entrega y

²⁰⁴BGH 20 marzo 1985. 38 Neue Juristische Wochenschrift (1985). pp. 1838 y ss.

hasta su pago efectivo, la otra establecía la aceptación de esas cláusulas impresas al contrato.

Los relojes se enviaron, pero entre el momento de recibirlos y la fecha del pago la compradora tuvo dificultades económicas. Para tener ventaja sobre el resto de acreedores en el cobro del crédito, el vendedor intentó hacer valer la cláusula de reserva de propiedad.

El BGH consideró que dicha cláusula no llegó a formar parte del contrato. Al ser un término sin contraparte en el otro formulario no se pudo haber llegado a un acuerdo. Por ello, serían las normas del Código las que se aplicarían de manera supletoria. Y como dichas normas no preveían tal reserva de la propiedad una vez entregados los bienes, esa cláusula no era aplicable y el vendedor no quedaba por delante del resto de acreedores.

En resumen, en el derecho alemán primero se aceptó la regla del trato hecho (deal-is-on rule), y posteriormente se establecieron las soluciones a los problemas que podía originar²⁰⁵. Éstas parten de dos premisas: (1) las partes pueden acordar vincularse contractualmente aunque sospechen o sean conscientes del desacuerdo existente respecto de una serie de elementos sustanciales; (2) tales contratos son tratados como incompletos o indefinidos, en los que las normas supletorias se aplican a los aspectos en desacuerdo.

²⁰⁵Cfr. VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. pp. 294 y ss., quien considera que son muy similares a las adoptadas en el derecho de contratos norteamericano (Uniform Commercial Code).

7. Soluciones en el Derecho Comparado: Estados Unidos de América.

El derecho de contratos norteamericano no se consolidó como disciplina autónoma hasta mediados del siglo XIX, y alcanzó su madurez durante la primera mitad del siglo XX²⁰⁶. Es entonces cuando aparecieron dos de los tratados más influyentes de ese ordenamiento²⁰⁷, junto con las dos sistematizaciones más importantes de la materia, el Restatement of Contracts y el Uniform Commercial Code (UCC).

El derecho contractual se ha caracterizado de manera tradicional por haberse desarrollado al son de las decisiones judiciales, más que de las aprobaciones legislativas. Por ello, no es de extrañar que la doctrina considerase esa disciplina como un derecho judicial, donde lo importante son los casos, para extraer entonces de ellos una regla general. Ambos tratados son el resultado de ese esfuerzo. A su vez, el American Law

²⁰⁶En general, para una historia del derecho norteamericano véase Lawrence M. FRIEDMAN. A History of American Law (2nd ed). New York. Simon and Schuster. 1985. También, aunque más breve, Grant GILMORE. The Ages of American Law. New Haven/London. Yale University Press. 1977.

²⁰⁷a) Samuel WILLISTON. A Treatise on the Law of Contracts. 8 Vol. (3d ed a cargo de Walter H.E. JAEGER, con cummulative supplement hasta 1990). New York. Baker, Voorhis and Co./Lawyers Cooperative Publishing. 1957-1979. La primera edición data de 1920 y la segunda de 1936. En la actualidad se está llevando a cabo una cuarta edición, a cargo de Richard A. LORD, de la que, por el momento (1991), tan sólo ha sido publicado el primer volumen, que llega hasta la terminación de la oferta. Aquí se utiliza la tercera edición;

b) Arthur Linton CORBIN. Corbin on Contracts. 13 Vol. (2d ed) (1st ed 1950). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1963 (contienen un cummulative supplement hasta 1982, actualizado por Colin Kelly KAUFMAN). En 1952 se publicó en un sólo volumen, dejando de lado algunos capítulos y la inmensa mayoría de la copiosa jurisprudencia citada [Corbin on Contracts (One Volume Edition). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1952]. Esta edición es la que se utilizará en el trabajo.

Institute emprendió la tarea de reducir la ingente masa de derecho judicial (case law) a un cuerpo de reglas accesibles y claras, en la forma de un Restatement of the Law²⁰⁸. Uno de los primeros en ser completados fue el Restatement of Contracts²⁰⁹, en 1932. Respecto al UCC, su origen más remoto se encuentra en el derecho de los mercaderes que se aplicaba en Inglaterra hasta el siglo XVII. Dichas normas evolucionaron y fueron codificadas por la British Sale of Goods Act, de 1893, que fue utilizada como modelo para la norteamericana Uniform Sales Act, de 1906, la cual fue el punto de partida del actual UCC, aprobado en 1952, y cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la compraventa de bienes (sale of goods).

²⁰⁸Los Restatements of the Law están considerados como una autorizada obra de la doctrina. Promovidos por el American Law Institute (ALI, fundado en 1923), tiene como finalidad la sistematización de una serie de áreas generales del Common Law, incluyendo también aspectos desarrollados por las decisiones judiciales, formulando los principios generales de cada una de estas áreas, para así poder uniformar el Derecho [pero no codificarlo, pues sus iniciales impulsores eran hostiles a cualquier intento de codificación: tan sólo deseaban salvar el Common Law, reduciendo sus reglas a una forma más sencilla pero más sistemática (cfr. FRIEDMAN. A History of American Law. p. 676)]. A pesar de no tener fuerza de ley, gozan de gran autoridad moral, hasta el punto que pueden ser citados y utilizados en los juicios como argumentación. Y en no pocas ocasiones sus criterios han sido seguidos. La razón es que sus autores, miembros del ALI, son, o han sido, los más distinguidos jueces, abogados y profesores de Derecho del país.

En la actualidad hay publicados nueve Restatements, que afectan a Contracts, Torts, Agency, Trusts, Conflict of Laws, Judgments, Property, Security Transactions y Restitution. Cada uno de ellos está dividido por secciones (el equivalente en nuestro ordenamiento a los artículos). Éstas empiezan con la declaración de un principio general, a continuación uno o varios comentarios, después una serie de ilustraciones que aclaran el sentido de la sección, y finalmente una nota del redactor (Reporter's Note), donde deja constancia de los autores y sentencias en que se ha basado y apoyado para redactarla. Todos los Restatements han alcanzado ya su segunda serie, y algunos van por la tercera.

²⁰⁹Restatement of Contracts (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. St. Paul, Minn. American Law Institute Publishers. 1932). Su principal redactor (Chief Reporter) fue Samuel WILLISTON (1861-1963), profesor de la Harvard Law School desde 1890 hasta 1938, y su principal ayudante y corredactor, Arthur CORBIN (1874-1967). Este Restatement es, por tanto, un reflejo de sus ideas y manuales, sobre todo de las del primero. En 1962 el ALI decidió revisarlo y ponerlo al día, pues en algunos aspectos estaba ya desfasado y en otros carecía de regulación: en cuarenta años la sociedad había corrido mucho. Finalmente, en 1981, se publicó el Restatement (Second) of Contracts (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. St. Paul, Minn. American Law Institute Publications. 1981). Sus redactores fueron Robert BRAUCHER y, principalmente, E. Allan FARNSWORTH.

Así pues, no es un derecho codificado, sino que está plenamente inmerso en el derecho común de contratos, donde hay tantas reglas como casos. La única excepción, e importante, es la compraventa de bienes [sale, tal como está definido en § 2-106 (1); goods, tal como está definido en § 2-105 (1)], regulada en el Artículo 2 UCC.

Dentro del derecho contractual norteamericano²¹⁰, y por lo que respecta al estudio de la necesidad que la aceptación coincida en todo con la oferta, debe llevarse a cabo desde dos perspectivas distintas: una según las reglas del Common Law en materia de contratos, y otra según las reglas del UCC para los contratos de compraventa de bienes (Artículo 2).

a. Criterio tradicional: § 59 Restatement (Second) of Contracts.

²¹⁰La bibliografía básica de referencia es la siguiente:

a) Clásicos: WILLISTON. A Treatise on the Law of Contracts; CORBIN. Corbin on Contracts.

b) Manuales: John D. CALAMARI/Joseph M. PERILLO. The Law of Contracts (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1987; FARNSWORTH. Contracts; John Edward MURRAY, Jr. Murray on Contracts (3d ed). Charlottesville (Virginia). The Michie Company. 1990.

c) Manuales UCC: James J. WHITE/Robert SUMMERS. Handbook of Law under the Uniform Commercial Code (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1988.

d) Casebooks: Friedrich KESSLER/Grant GILMORE/Anthony T. KRONMAN. Contracts. Cases and Materials (3d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company. 1986; Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. Sales. Teaching Materials; éste último, muy útil para el UCC.

e) Análisis económico del Derecho de Contratos: Robert COOTER/Thomas ULEN. Law and Economics. Capítulos 6 y 7. Glenview (Illinois)/London. Scott, Foresman and Co. 1988. pp. 212 a 325; Werner Z. HIRSCH. Law and Economics. An Introductory Analysis (2d ed). Capítulo 5. Boston/London/Toronto. Academic Press, Inc. 1988. pp. 129 a 164; Richard A. POSNER. Economic Analysis of Law. Capítulo 4. Contracts Rights and Remedies (3d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company. 1986. pp. 79 a 125; Avery KATZ. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. 89 Michigan Law Review (1990). pp. 215 y ss.

En el derecho de contratos del Common Law, el análisis tradicional del proceso de negociación ha desarrollado una distinción entre contratos unilaterales y bilaterales. Un contrato es bilateral cuando ambas partes efectúan una promesa: el oferente busca un compromiso del aceptante (el comprador promete pagar el precio treinta días después de la entrega, en respuesta de la promesa del vendedor de entregarle los bienes). Por contra, es unilateral cuando sólo una parte efectúa una promesa: el oferente realiza una promesa contenida en la oferta, y busca el cumplimiento del aceptante, no su compromiso (A ofrece a B -agente de la propiedad inmobiliaria- una comisión si encuentra comprador de su casa: no le interesa la promesa de B, sino su cumplimiento)²¹¹. En otras palabras, y a los efectos que aquí interesa, la oferta puede buscar una promesa o un cumplimiento.

En el derecho común de contratos, fuera del Artículo 2 UCC, parece que la mirror-image rule es la regla dominante, aunque no con la

²¹¹De ahí se deriva una de las tradicionales discusiones en el derecho contractual del Common Law: sobre la revocabilidad de la oferta que busca un cumplimiento, cuando este cumplimiento ha empezado a llevarse a cabo. El supuesto de hecho que tradicionalmente se explica en las facultades de derecho es el de la cucaña: A ofrece a B todo lo que se encuentre arriba si consigue subir por el madero; B empieza a subir, y cuando está a mitad, A revoca su oferta. ¿Tiene B algún derecho contra A? Y si a pesar de la revocación, B continúa subiendo y llega hasta arriba, ¿tendrá en este caso algún derecho?

Según la doctrina contractual tradicional, B no tiene opción alguna contra A, pues en tanto en cuanto aquél no acaba de cumplir, no surge la obligación (únicamente si A se hubiera beneficiado de alguna manera cabría la posibilidad de pedir restitución, pero no con base en las reglas del contrato, sino en las del enriquecimiento injusto). Tradicionalmente se ha intentado evitar el rigor de esa doctrina (1) considerando que la oferta buscaba una promesa y no un cumplimiento, (2) entendiendo que la oferta buscaba una serie de aceptaciones mediante sucesivos cumplimientos.

El Restatement of Contracts atacó frontalmente el problema, y propuso una regla diferente (la actual § 45 Restatement (2d) Contracts): desde el momento en que el aceptante confía en la promesa y empieza a cumplir, la oferta deviene irrevocable. Donde con mayor frecuencia se dan estos problemas es en las transacciones inmobiliarias mediante corretaje. Ver, en general, FARNSWORTH. Ibidem. § 3.24. pp. 189 y ss. Con el tiempo, el UCC y el Restatement (2d) Contracts han abandonado esta distinción.

rigidez de sus inicios²¹². Así pues, la aceptación debe ser en todo igual a la oferta, clara, positiva, inequívoca, y satisfacer lo buscado por la oferta: si un acto, que sea el requerido, si una promesa, en los términos precisos, ni más ni menos. Por ello, cualquier término o elemento añadido en la aceptación y no previsto por el oferente conlleva el rechazo de la oferta²¹³, la no perfección del contrato, y vale como contraoferta, siempre que reúna los requisitos de una oferta²¹⁴.

²¹²Cfr. CALAMARI/PERILLO. Contracts. § 2-20(e). pp. 98 y ss.; CORBIN. Corbin on Contracts. § 82. pp. 130 y s.; FARNSWORTH. Ibidem. § 3.13. pp. 148 y ss.; MURRAY. Murray on Contracts. § 48. pp. 155 y ss.; Restatement (2d) Contracts § 59; WILLISTON. A Treatise on the Law of Contracts. § 72. pp. 235 y s.

²¹³Esta es la opinión mayoritaria [cfr. FARNSWORTH. Ibidem. § 3.21. p. 170; MURRAY. Ibidem. §§ 42(D) y 48(B). pp. 110 y s., 155 y s.; WILLISTON. Ibidem. § 77. pp. 25 y ss.]. CORBIN discrepa, aunque reconoce que ésta ha sido la regla tradicional y que ha sido poco criticada. Esa discordancia la basa en dos argumentos: (1) la contraoferta difiere del rechazo en la forma: con éste último se acaban las negociaciones, se llega a un punto final, mientras que la primera es sólo un paso más en el proceso que conduce al contrato; (2) la contraoferta difiere del rechazo en su efecto legal: aquélla da lugar a una nueva posibilidad de aceptación, mientras que ésta no, pues no concede una alternativa [Ibidem. § 90. pp. 138 y s.]. También el Restatement (2d) Contracts, en su § 39, contiene la regla que la contraoferta equivale a rechazo de la primitiva oferta, pero ya con mayor flexibilidad, pues prevé la posibilidad que el oferente o el aceptante manifieste su intención contraria, y por tanto la oferta primera seguirá vigente. Restatement (2d) Contracts § 39:

(1) A counter-offer is an offer made by an offeree to his offeror relating to the same matter as the original offer and proposing a substituted bargain differing from that proposed by the original offer.

(2) An offeree's power of acceptance is terminated by his making of a counter-offer, unless the offeror has manifested a contrary intention or unless the counter-offer manifests a contrary intention of the offeree.

También fue el criterio del Restatement of Contracts. Su § 60 decía así:

La contestación de una oferta, aunque pretenda aceptarla, que añada elementos o requiera el cumplimiento de condiciones, no es una aceptación sino una contraoferta. [A replay to an offer, though purporting to accept it, which adds qualifications or requires performance of conditions, is not an acceptance but is a counter-offer].

Luego, como el § 38 establecía que una contraoferta equivalía a un rechazo de la primitiva oferta (Restatement of Contracts § 38: A counter-offer by the offeree, relating to the same matter as the original offer, is a rejection of the original offer, unless the offeror in his offer, or the offeree in his counter-offer states that in spite of the counter-offer the original offer shall not be terminated), quedaba cerrado el circuito: una aceptación que difiriese de los términos de la primitiva oferta se entendería contraoferta y, por tanto, rechazo de aquélla.

²¹⁴Sobre los requisitos de la oferta, véase FARNSWORTH. Ibidem. § 3.10. pp. 135 y ss.

Por supuesto, el oferente puede fijar en su oferta cuantas condiciones quiera (por ejemplo, lugar, tiempo y modo en que se efectuará la aceptación), y a ellas deberá ajustarse el aceptante si quiere concluir el contrato.

Hasta aquí el criterio básico. Sin embargo, y a la vista de la realidad de los hechos, se ha admitido una cierta flexibilidad. Para su estudio, se verá por separado los casos en que se ha entendido la aceptación como apta para perfeccionar el contrato y los casos en que no.

a.1. Supuestos de aceptación válida.

En todos estos supuestos se ha entendido que esas aceptaciones son valederas, con base en el criterio que no modifican la oferta de manera sustancial o esencial. Esos casos son:

- condición insertada en la declaración del aceptante que únicamente expresa lo que de todas maneras se entiende implícito con base en los hechos²¹⁵, los usos²¹⁶ o la ley. Por ejemplo, sería válida la aceptación de una oferta de venta de lana condicionada a la validez del título de propiedad, pues se entiende implícito en la negociación que el oferente es el verdadero propietario. Ahora bien, ¿puede la aceptación rechazar algunos de los efectos legales del contrato, no expresados en la oferta pero que, por estar previstos en la ley, deben ser entendidos implícitos? Parece que no, en tanto en cuanto equivaldría a una modificación de la oferta;

²¹⁵Cfr. concepto de hechos o negociaciones previas (course of dealing) § 1-205(1) UCC.

²¹⁶Cfr. concepto de usos (trade usage) § 1-205(2) UCC.

- aceptación mediante el cumplimiento ante la búsqueda de una promesa por parte del oferente. Pareciera que no sería válida, pues el oferente ha exigido expresamente una promesa, mas su validez se justifica en que el cumplimiento actual es más valioso que la mera promesa;

- aceptación condicionada a la realización de un evento futuro externo al contenido del contrato: el aceptante asume todos los elementos de la oferta pero establece que no tendrá efecto hasta que suceda, o deje de suceder, un acontecimiento concreto. Esto es fruto de una distinción²¹⁷ entre la aceptación condicionada que añade un nuevo elemento no previsto en la oferta, y por tanto que la invalida, y la que únicamente añade un elemento que suspende su efecto. En este caso, la declaración queda a la espera del cumplimiento de la condición, y entonces se perfeccionará el contrato; mientras tanto, ambas pueden revocarse;

- aceptación que muestra descontento: la respuesta que indica insatisfacción o descontento con la oferta, pero que aún así manifiesta un inequívoco e incondicional consentimiento, vale como aceptación (gumbling acceptance); por ejemplo, el empleado que declara "no me gusta su oferta, no creo que sea correcta; mas con todo, la acepto";

- aceptación diferente no condicionada a los nuevos términos: si el aceptante acepta inequívocamente la oferta y a la vez propone nuevos términos (típicamente, acepta la oferta y sugiere un medio de pago) o modifica algunos, pero sin condicionar su respuesta a la aceptación de los

²¹⁷Originaria de WILLISTON. A Treatise on the Law of Contracts. § 77A. pp. 256 y s.

mismos, el contrato se ha formado, y los términos sugeridos constituyen una nueva oferta²¹⁸; de todas maneras, ha de quedar claro que esta nueva oferta es totalmente independiente de la aceptación.

a.2. Supuestos no considerados como aceptación.

- la aceptación condicional: toda respuesta que pretenda ser una aceptación, pero expresamente condicionada a un requisito no especificado en la oferta y que se pretende incluir en el contenido del contrato. El Restatement (2d) Contracts § 59 recoge ese principio:

La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero que está condicionada al consentimiento por parte del oferente de los elementos adicionales o diferentes establecidos por la misma, no será una aceptación sino una contraoferta²¹⁹.

- la respuesta de cortesía: la que indica un mero conocimiento o recepción de la oferta; por ejemplo: "hemos recibido su amable oferta y la someteremos a consideración";

²¹⁸En el mismo sentido, § 61 Restatement (2d) Contracts. Se nota, como se ha apuntado antes, la influencia del Uniform Commercial Code, y en concreto de su § 2-207, pues el Comment (a) del § 59 establece la posibilidad de separar, en el caso de la aceptación con nuevos elementos, por un lado la aceptación pura de la oferta, y por otro esos nuevos elementos, y convertirlos en oferta independiente.

²¹⁹Restatement (2d) Contracts § 59 :

A replay to an offer which purports to accept it but is conditional on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer.

Como puede observarse, la sección ha cambiado por completo, tanto respecto del texto como de los Comments y las Illustrations. Sin embargo, su filosofía de fondo permanece, aunque algo más flexible, seguramente por influencia del § 2-207 UCC. Véase THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Second) of Contracts. Tentative Draft No. 1. Philadelphia. The American Law Institute. 1964. § 60. pp. 252 y ss.

- aceptación modificativa: cualquier respuesta a una oferta que modifique sus términos, siempre que no esté comprendida en uno de los supuestos descritos en el apartado anterior.

En resumen, la doctrina tradicional en materia de aceptación no admite ninguna variación de los términos de la oferta. Tan sólo es válida una divergencia en la aceptación que no modifique de manera cualitativa la oferta, pues sería insustancial o no esencial. Y eso entendiéndolo de modo restrictivo.

b. Criterio innovador: § 2-207 Uniform Commercial Code.

b.1. Origen y estructura del Uniform Commercial Code (UCC).

A. Origen. El UCC tiene su primitivo origen²²⁰ en la Uniform Sales Act de 1906²²¹, auspiciada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws²²². Ésta fue creada a finales del siglo XIX por la American Bar Association, con la finalidad de sacar adelante una serie de estatutos (statutes) que codificasen diferentes áreas del Derecho Mercantil.

²²⁰Para la génesis del Uniform Commercial Code puede verse el capítulo introductorio de WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. § 1-3. pp. 1 a 22 (sobre todo su § 1, pp. 1 a 6). También tiene interés el trabajo de William A. SCHNADER. A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code. 22 University of Miami Law Review (1967). pp. 1 y ss., por ser éste el principal impulsor del proyecto del UCC.

²²¹Redactada por WILLISTON, quien a su vez se basó en la British Sales of Goods Act (1893), que fue la que codificó y sistematizó los usos mercantiles.

²²²Véase: DUNHAM. A History of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 30 Law and Contemporary Problems (1965). pp. 233 y ss.

En una veintena de años llegaron a redactar media docena de ellos, siendo el arriba reseñado uno de los más importantes²²³.

Sin embargo, a finales de los años treinta todas esas Acts quedaron obsoletas, debido a los cambios ocurridos en los patrones de la actividad mercantil, y a la necesidad de regular nuevos instrumentos legales.

En 1940, William A. SCHNADER, Presidente de la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL), concibió la idea de redactar un código de comercio que modernizase y relevase las viejas Acts. En 1944 el American Law Institute se sumó a la tarea. Ambas instituciones nombraron al Profesor Karl Nickerson LLEWELLYN²²⁴ como principal redactor (Chief Reporter). Éste reunió a un grupo de profesores, y entre 1944 y 1950 redactaron el primer borrador completo del UCC. Una vez revisado, los copromotores aprobaron en septiembre de 1951 el primer texto oficial del Code, publicado en 1952 como 1952 Official Text. El año siguiente, Pennsylvania se convirtió en el primer Estado en promulgarlo. En 1957 se publicó un nuevo texto, el 1957 Official Text, con numerosos cambios respecto al anterior. De entonces hasta ahora, dos han sido los textos oficiales más importantes: el 1972 Official Text y el 1978 Official Text²²⁵.

²²³Los otros son: Uniform Negotiable Instruments Law (1896), Uniform Warehouse Receipts Act (1906), Uniform Bills of Lading Act (1909), Uniform Stock Transfer Act (1909), Uniform Conditional Sales Act (1918). Quince años más tarde se redactó una última, la Uniform Trust Receipts Act (1933).

²²⁴Karl Nickerson LLEWELLYN (1893-1962). Graduado en la Yale Law School, ejerció la abogacía en la ciudad de Nueva York hasta la mitad de los años veinte, y desde entonces hasta su muerte fue profesor de las Universidades de Columbia y Chicago. Aparte de sus contribuciones al Common Law, sobre todo en el campo de contratos, fue uno de los máximos representantes del American Legal Realism.

²²⁵Entre medio fueron publicados el 1958 Official Text y el 1962 Official Text, pero con pocas variaciones respecto al de 1957.

Con todo, en la primavera de 1988, el Permanent Editorial Board UCC y el ALI, de acuerdo con la NCCUSL, decidieron tomar en consideración y estudiar la conveniencia de revisar el Artículo 2 y, en su caso, establecer las materias a reformar y en qué sentido. La respuesta a la primera cuestión fue afirmativa. Respecto de la segunda, se han identificado los principales problemas y en la actualidad se está trabajando en su nueva redacción²²⁶.

En 1990 estaba en vigor en todos los Estados menos en el de Louisiana uno de los Official Text del UCC²²⁷. En este trabajo todas las referencias serán al 1978 Official Text.

Conviene advertir que el UCC ha sido aprobado Estado por Estado, por ello no forma parte del Derecho Federal (no rige como consecuencia de una aprobación y promulgación del Congreso de los Estados Unidos). De hecho, conseguir una aprobación federal nunca fue la intención de sus promotores, aparte que sería constitucionalmente discutible²²⁸.

²²⁶Los principales problemas y las reformas recomendadas han sido publicadas en PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report. Philadelphia (Penn.). Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code. 1990.

²²⁷El 1962 Official Text en tres estados, el 1972 Official Text en catorce estados, y el 1978 Official Text en treinta y dos estados. En Louisiana está parcialmente en vigor (en concreto, los Artículos 1, 3, 4, 5, 7, 8 y 9).

²²⁸El derecho civil y mercantil no forman parte del derecho federal, por lo que queda como competencia de cada uno de los Estados.

B. Estructura. El UCC está dividido en once Artículos²²⁹, y a su vez cada uno de ellos en Partes, las cuales se subdividen en Secciones. Éstas están numeradas de manera que indican a la vez el Artículo y la Parte a la que pertenecen. Así, la Sección 2-207 pertenece al Artículo 2 (el cual regula la compraventa) y a la Parte 2. El dígito anterior al guión señala el Artículo y el posterior la Parte. Y los dos últimos la Sección. El sistema a primera vista resulta extraño para quien está familiarizado con el Civil Law, pero tiene su lógica: situar rápidamente una Sección determinada en su lugar y localizar la temática que trata.

El texto oficial incluye a su vez unos comentarios a cada Sección (Official Comments), los cuales, sin embargo, no tienen fuerza de ley, al no haber sido promulgados como tales por los Estados. A pesar de ello, en la práctica son influyentes, pues los tribunales acuden a ellos al aplicar y, en su caso, interpretar una sección determinada²³⁰. Por supuesto, están por debajo del Code, de tal manera que cuando hay un conflicto entre una sección y un Comment, prevalece la primera.

C. Naturaleza. Aunque el Uniform Commercial Code ha sido el proyecto de reforma del derecho más ambicioso de los llevados a cabo durante este siglo en Norteamérica²³¹, diferentes sectores doctrinales sostienen que ni es uniforme, ni es de derecho mercantil (Commercial Law), ni es un código.

²²⁹Los nueve primeros son de contenido sustantivo, y los dos últimos más de tipo transitorio (entrada en vigor y transición respecto al derecho anterior).

²³⁰Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. p. 12; MURRAY. Murray on Contracts. § 13. pp. 28 y ss.

²³¹Cfr. GILMORE. The Ages of the American Law. p. 83.

Varias razones se aportan para negar su uniformidad²³²: (1) cada uno de los Estados puede presentar enmiendas al mismo²³³; (2) algunas secciones incluyen redacciones alternativas, de tal manera que cada Estado puede elegir entre ellas la que considere más acertada²³⁴; (3) contiene "términos abiertos" o conceptos jurídicos indeterminados -por ejemplo: razonabilidad, buena fe, etc.- con lo que cada tribunal los puede interpretar de manera diferente; (4) al no existir una instancia superior que unifique criterios interpretativos, pues los tribunales federales no tienen competencia sobre materia civil y mercantil²³⁵, es la Supreme Court de

²³²Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. pp. 7 y s.

²³³Ya en 1967, las enmiendas presentadas entre los diferentes Estados que habían promulgado el UCC sumaban 775 [cfr. SCHNADER. A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code. p. 10]. En la actualidad, la principal víctima de las mismas es el Artículo Nueve, que regula los créditos con garantías mobiliarias (Security Interest in Personal Property).

²³⁴Por ejemplo, la § 9-401 ofrece tres alternativas respecto al lugar de registro de las declaraciones financieras. Y la § 7-403 (1)(b) ofrece dos versiones diferentes en relación a la carga de la prueba de la negligencia del afianzado.

²³⁵Los Tribunales Federales [los de primera instancia son las U.S. District Courts; de ellas se pasa a uno de los once Circuits Courts of Appeal, y de ahí al U.S. Supreme Court] son competentes (1) respecto al derecho federal y (2) cuando hay diversidad de jurisdicciones (es decir, las partes radican en diferentes Estados, aunque la materia sea civil o mercantil) con el objeto de proteger a una parte de la posible presión del Tribunal del Estado de la otra.

Durante la primera mitad del siglo XIX, en la que corrían aires favorables a la unificación del derecho de todos los Estados de la Unión, se esperaba que mediante la segunda vía los Tribunales Federales unificarían el Derecho Mercantil. De hecho, en 1842 el Tribunal Supremo dio un espaldarazo definitivo a esta postura con el conocido caso Swift v. Tyson [41 U.S. 1 (1842)]. Ponente: Juez Joseph STORY], que sentó la doctrina según la cual los Tribunales Federales no quedaban vinculados por la ley de ningún Estado en materias de Derecho Mercantil, sino que debían deducir directamente de los principios generales de la legislación mercantil el derecho aplicable. No obstante, en la práctica los Tribunales estatales y los federales desarrollaron un Derecho Mercantil diferente, pues los primeros no querían someterse a la doctrina de los segundos.

Esta pugna quedó zanjada en 1938, con el caso Erie R.R. v. Tompkins [304 U.S. 64 (1938)], mediante el cual el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la doctrina de Swift v. Tyson, y estableció que los Tribunales Federales no podían crear su propio Derecho Mercantil, sino que debían acudir al del lugar donde fueran enviados por las reglas de remisión.

Para una visión general de estos dos casos y su trascendencia, véase GILMORE. The Ages of the American Law. pp. 30 y ss., y pp. 91 y ss. Desde una perspectiva constitucionalista, véase Lawrence H. TRIBE. American Constitutional Law (2d ed). § 3-23. Mineola/New York. The Foundation Press. 1988. pp. 156 y ss.

cada Estado quien tiene la última palabra: puede haber tantas interpretaciones como Estados hay en la Unión.

La razón aludida para negar el calificativo de Derecho Mercantil²³⁶ reside en la falta de regulación de figuras tradicionales de esa materia, como los contratos de seguro, la quiebra, etc. Ahora bien, el que no sea una codificación comprehensiva del derecho mercantil no significa que lo ahí regulado no sea derecho mercantil.

Finalmente, se dice que tampoco es un Código, fundamentalmente por dos razones²³⁷: a) porque un código desplaza cualquier derecho preexistente, mientras que el UCC descansa sobre todo un cuerpo jurídico que incluye tanto el derecho anterior como el no codificado (cfr. § 1-103 UCC); b) porque un código obliga a los jueces a fijarse en cada caso en la disposición estatutaria, sin tener en cuenta anteriores interpretaciones previas a la codificación, mientras que el UCC debe ser leído a la luz de los precedentes que originaron su redacción (los tribunales no han abandonado la doctrina del stare decisis²³⁸, característica de la tradición judicial del Common Law). Con todo, un código es un código aunque no se use como tal.

b.2. La Sección 2-207 UCC y su funcionamiento.

²³⁶Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. pp. 6 y s.

²³⁷Cfr. MURRAY. Murray on Contracts. § 11, nota 78. p. 22.

²³⁸La doctrina del stare decisis (del latín stare decisis et quieta non movere) establece que la decisión judicial sienta un precedente, de tal manera que cualquier caso similar que surja en el futuro muy probablemente será decidido en el mismo sentido. Para una explicación sintética, véase E. Allan FARNSWORTH. An Introduction to the Legal System of the United States (2d ed). London/Rome/New York. Oceana Publications, Inc. 1983. pp. 44 a 53, y bibliografía allí recomendada.

A. Introducción.

El principal objetivo del § 2-207²³⁹ es el permitir a las partes seguir adelante en su acuerdo -quedar vinculadas- a pesar de las discrepancias existentes entre un acuerdo oral y su confirmación escrita, o entre una oferta y su confirmación escritas.

La Sección dice así:

(1) Una definitiva y oportuna expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada en un tiempo razonable vale como aceptación aunque contenga elementos adicionales o diferentes de aquellos ofrecidos o acordados, a menos que la aceptación esté expresamente condicionada al asentimiento de dichos elementos adicionales o diferentes.

(2) Los elementos adicionales deben estar contruidos como propuestas de adición al contrato. Entre comerciantes tales elementos pasan a ser parte del contrato a menos que:

- (a) la oferta limite expresamente la aceptación a sus elementos;
- (b) éstos modifiquen sustancialmente la misma;

²³⁹Para un estudio del § 2-207, véase CALAMARI/PERILLO. The Law of Contracts. § 2-21. pp. 101 y ss.; FARNSWORTH. Contracts. § 3.21. pp. 170 y ss.; MURRAY. Murray on Contracts. §§ 49 y 50. pp. 157 y ss.; WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. § 1-3. pp. 28 y ss. También Caroline N. BROWN. Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work. 69 North Carolina Law Review (1991). pp. 893 a 944; John E. MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions. 39 Vanderbilt Law Review (1986). pp. 1307 a 1385; John L. UTZ. More on the Battle of the Forms: The Treatment of "Different Terms" Terms Under the Uniform Commercial Code. 16 Uniform Commercial Code Law Journal (1983). pp. 103 a 118. Una crítica de la Sección y defensa de la mirror-image rule en Douglas G. BAIRD/Robert WEISBERG. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. 68 Virginia Law Review (1982). pp. 1217 a 1262.

El § 2-207 es una de las Secciones del UCC que más literatura jurídica ha ocasionado. Una exhaustiva lista de la misma (sólo artículos de revista) puede encontrarse en Uniform Commercial Code (Uniform Laws Annotated). Volume 1. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1989. § 2-207. pp. 376 y ss.

(c) ya haya sido comunicada la objeción a los mismos o lo sea en un tiempo razonable una vez se haya recibido noticia de ellos.

(3) La conducta por ambas partes que reconozca la existencia de un contrato es suficiente para establecer un contrato de compraventa aunque los escritos de las mismas no lo establezcan. En tal caso los elementos de ese contrato serán aquellos en que las partes coincidan, junto con cualquier elemento supletorio incorporado con base en cualquier otra disposición de este Código²⁴⁰.

Es lugar común en la literatura jurídica del Common Law la afirmación de que Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co.²⁴¹ fue uno de los casos que tuvieron en mente los redactores del Uniform Commercial Code a la hora de concebir el § 2-207, precisamente porque muestra la rigidez de la concepción tradicional, y porque con la nueva sección pretendían evitar

²⁴⁰La versión original del § 2-207 UCC dice así:

(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

²⁴¹Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co. [216 New York 310, 110 N. E. 619 (1915)]. Puede encontrarse también en Arthur L. CORBIN. Cases on the Law of Contracts (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1947. pp. 97 y ss. Es un clásico en la literatura jurídica norteamericana de contratos, citado prácticamente en todos los manuales y artículos sobre el tema.

resultados semejantes en el futuro. Los hechos fueron los siguientes: una de las partes ofreció vender doce toneladas de goma y caucho a la otra. El agente de la compradora insertó en los espacios en blanco del formulario de pedidos, que en este caso hacía las funciones de aceptación, una descripción de los bienes, la cantidad, el precio, y la fecha de entrega. Esos términos eran idénticos a los de la oferta. A su vez, el pedido-aceptación contenía unas cláusulas impresas tituladas "[c]ondiciones bajo las que este pedido se entrega". Una de esas condiciones decía así: "[l]a aceptación de este pedido, el cual en cualquier caso debe Usted rápidamente confirmar, será considerado por nosotros como una garantía de su pronto envío dentro del tiempo especificado" (el subrayado es nuestro). Dicho pedido tenía fecha de 4 de abril, y la entrega no se debía llevar a cabo hasta el enero siguiente, tal como se había especificado en el contrato.

En enero del año siguiente, el comprador-aceptante cayó en la cuenta de la cláusula impresa antes citada, y, con la intención de no llevar adelante el trato, alegó la nulidad del contrato. En el juicio se defendió aduciendo la inexistencia del contrato ya que, según los términos del pedido-aceptación, la misma debía ser confirmada cuanto antes, y el vendedor no lo hizo. El requisito de esa "rápida confirmación" convirtió lo que parecía ser una definitiva expresión de aceptación en una contraoferta, con base en el principio de la exacta coincidencia de la aceptación con los términos de la oferta.

El Tribunal consideró que la respuesta de una oferta debía leerse entera, incluso las cláusulas impresas en el dorso, normalmente en letra pequeña. En este caso, la respuesta del comprador no era una aceptación,

sino una contraoferta, pues la había efectuado condicionada a la confirmación por el vendedor de ese pedido, y por ello se había pospuesto la perfección del contrato hasta el cumplimiento por el vendedor de esa condición. Al no hacerlo, no se perfeccionó el contrato.

La § 2-207 tiene un ámbito limitado a los acuerdos en los que al menos una de las partes utiliza un formulario. Esta distinción no está explicitada en el texto, pero así se entiende generalmente. Donde no se utilizan formularios, se aplican las reglas generales del Common Law en materia de contratos [Restatement (2d) Contracts y § 2-204 UCC]. Por ejemplo, si el aceptante añade un nuevo término y el intercambio no ha sido mediante formularios, sino por medio de télex, fax, telegrama, ..., es claro que no tiene valor de aceptación sino de contraoferta²⁴².

B. Funcionamiento. Se va a estudiar seguidamente la aplicación de esta sección, siguiendo de manera ordenada las tres subsecciones.

B.1. § 2-207 (1). Esta subsección presenta dos procedimientos posibles para formar el contrato. El primero se basa en la § 2-207 (1), antes de la coma. El segundo en la § 2-207 (1), después de la coma.

a) El primer procedimiento refleja el principio general de esta sección: aunque existan discrepancias entre el contenido de la oferta y el de la aceptación, hay contrato, el cual se regirá por los términos de la primera (más adelante se estudiará la discusión respecto a los efectos de los términos adicionales o diferentes). De esta manera, se anulan los dos

²⁴²Cfr. BROWN. *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work*. pp. 899 y ss.

principales vicios de la regla tradicional: 1º) la rigidez de la regla del espejo queda suavizada, 2º) de la last-shot rule se pasa a la first-shot rule²⁴³ (el primero pronunciarse es quien controla).

b) El segundo procedimiento, por su parte, resguarda la tradicional regla del espejo²⁴⁴. De esta manera, el aceptante transforma la aceptación en contraoferta cuando la condiciona expresamente al asentimiento por parte del oferente de los elementos adicionales o diferentes de la misma. Los tribunales aplican dicho procedimiento de manera muy restrictiva, con la idea de prevenir la sorpresa del primer oferente que seguramente no ha leído el formulario de la aceptación-contraoferenta. Por ello, exigen para su aplicación que la contraoferta esté muy clara. En caso contrario, la reconducen por el primer procedimiento [§ 2-207(1), antes de la coma]. Y como último recurso, por un tercero, con base en la § 2-207(3) (que se estudiará más adelante²⁴⁵). Esto es fruto de una política anti-last-shot: evitar que la aceptación del vendedor pase a ser una contraoferta, aceptada por el comprador mediante la recepción y uso de los bienes, y que por tanto el contrato se forme en los términos del primero (del originariamente aceptante y posterior contraoferente).

El cambio radical que supuso esta sección, la dificultad de asimilación que encontró en los tribunales, y su defectuosa redacción quedaron plasmados en el conocido caso Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett &

²⁴³Como normalmente la oferta consiste en el pedido del comprador [cfr. FARNSWORTH. Contracts. § 3.10. pp. 135 y ss.], la ventaja ha pasado del vendedor al comprador.

²⁴⁴Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. pp. 38 y ss.

²⁴⁵Ver p. 158.

Co.²⁴⁶. La demandante, Roto-Lith, era una compañía de Nueva York que se dedicaba a fabricar bolsas de celofán para empaquetar hortalizas. La demandada, Bartlett, era una empresa de Massachussets que construía tambores de emulsión, los cuales utilizaba la demandante para conseguir que el celofán fuera adhesivo. En octubre de 1959, Roto-Lith envió a Bartlett un pedido de un tambor. Ésta lo aceptó por medio de una carta de confirmación, que únicamente se diferenciaba de la oferta en que contenía una renuncia de garantías (de tal manera que el comprador asumía las consecuencias del uso de tales bienes). A la vez se establecía: "si esos términos no son aceptables, el comprador debe notificarlo al vendedor". La compradora nada objetó. Tiempo después la vendedora le envió el tambor de emulsión, y la compradora lo pagó y usó. Sin embargo, resultó defectuoso, pues las bolsas no se adherían. Entonces Roto-Lith demandó a Bartlett por incumplimiento de la garantía, y ésta se opuso con base en la renuncia de las mismas contenida en el formulario de aceptación; en otras palabras, que no era responsable del tambor defectuoso. Según la doctrina tradicional, hubiera prevalecido esta postura, pues la carta de confirmación sería una contraoferta -al contener un término nuevo- aceptada por Roto-Lith con su utilización. Pero precisamente la § 2-207 había modificado este criterio con el fin de evitar esos resultados, con lo cual debería prevalecer la postura de la compradora, pues la contestación constituía aceptación sin el nuevo término. Sin embargo, el Tribunal dio la razón a la vendedora: ésta no había consentido sino que había emitido una contraoferta, aceptada por la compradora al pagar y usar el tambor. Entendió la confirmación de Bartlett como si hubiera estado expresamente

²⁴⁶Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co. [297 F. 2d 497 (1st. Cir. 1962)]. Se cita prácticamente en todos los libros norteamericanos sobre contratos. Una buena síntesis puede verse en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. Contracts. Cases and Materials. pp. 260 y ss.

condicionada al consentimiento de la renuncia de garantías por parte de Roto-Lith [§ 2-207 (1), después de la coma], y como ésta no lo hizo, no hubo aceptación²⁴⁷.

Sin embargo, esa aplicación no tuvo continuidad. Dorton v. Collins & Aikman Corporation²⁴⁸ es un ejemplo de ello. Entre 1968 y 1970 Dorton, empresa minorista de alfombras, llevó a cabo una serie de operaciones de compra con Collins, fabricante de las mismas. Descontento con el producto, puesto que las alfombras eran de mala calidad y tenían defectos de fábrica, Dorton demandó al fabricante solicitando una indemnización de 450.000\$. Durante el proceso, la demandada solicitó la paralización de la causa y acudir al arbitraje, por cuanto en el reverso de los formularios de toma de conocimiento que ésta envió como aceptación a Dorton constaba la siguiente cláusula: "[l]a aceptación de su oferta está sujeta a todos los términos y condiciones del anverso y reverso de la presente, incluido el arbitraje". El Tribunal consideró dicha contestación como una aceptación válida, y no aplicó el procedimiento derivado de la § 2-207 (1), después de la coma. Ésta se aplicaría, en su opinión, sólo cuando la aceptación revelase claramente que el aceptante no quiere llevar adelante la transacción a menos que esté seguro del consentimiento del oferente a los términos adicionales o diferentes incluidos. Y la expresión arriba entrecomillada no expresaba con suficientemente claridad dicho consentimiento²⁴⁹.

²⁴⁷Roto-Lith fue la primera aplicación relevante del § 2-207, y como algún autor ha afirmado, "el Tribunal fue incapaz de asimilar el cambio radical previsto por la § 2-207" [MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions. p. 1330].

²⁴⁸Dorton v. Collins & Aikman Corporation [453 F. 2d 1161 (6th Cir. 1972)].

²⁴⁹Véase también esta situación en C. Itoh & Co. (America) v. The Jordan International Co. [552 F. 2d 1228 (7th Cir. 1977)]. Itoh envió un pedido de bobinas de acero a Jordan, sin ninguna previsión respecto al arbitraje. Por contra, la aceptación de ésta contenía una cláusula de sometimiento al arbitraje y otra que exigía a Itoh el deber de notificar el

c) El tercer procedimiento. Supóngase que la respuesta del aceptante es claramente una contraoferta (y por lo tanto sería conducida por el segundo procedimiento) y envía los bienes. El comprador puede aceptar los términos de la contraoferta; en ese caso los términos del contrato serán los del vendedor. Pero el comprador puede también recibir y aceptar los bienes sin aceptar expresamente los términos de la contraoferta. ¿Qué ocurrirá entonces? La mayoría de los tribunales consideran que tal aceptación por conducta no constituye la propia del § 2-207 (1), después de la coma, sino que el contrato quedaría formado en base a la subsección (3) -tercer procedimiento-, y los términos no concordantes se reemplazarían por las reglas supletorias del Artículo 2 del UCC²⁵⁰.

Un buen supuesto del tercer procedimiento es el caso Diamont Fruit Growers, Inc. v. Krack Corporation²⁵¹. La demandada, Krack Corp.,

desacuerdo respecto de algún término. Las bobinas resultaron defectuosas, e Itoh demandó a la vendedora, quien opuso la cláusula de arbitraje, y solicitó la paralización del proceso y acudir a aquél. El Tribunal consideró que la especificación en el anverso del condicionamiento expreso de la aceptación al asentimiento del deudor de los términos adicionales o diferentes era lo suficientemente clara como para considerarla una contraoferta, la cual no había sido aceptada por Itoh. El contrato se formó -según opinando el tribunal- con base en § 2-207 (3), y los términos no coincidentes serían suplidos por los que previese el UCC. Como éste no prevía como término supletorio el arbitraje, éste no se entendió incorporado al contrato. Una buena exposición del caso puede verse en Robert S. SUMMERS/Robert A. HILLMAN. Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine and Practice. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987. Chapter 4. pp. 496 y ss.

²⁵⁰WHITE está de acuerdo con esa solución, porque de esta manera las normas supletorias "neutras" del UCC controlarían los términos del contrato. SUMMERS también lo está, pero considera que en algunos casos la solución tendría que ser la prevista en la subsección (1); sobre todo cuando la pretendida aceptación es claramente una contraoferta, y el inicial oferente es consciente de la misma y aún así acepta los bienes. Este es el supuesto del caso seguidamente expuesto, cuya solución considera lamentable. Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. p. 40.

²⁵¹Diamont Fruit Growers, Inc. v. Krack Corporation [794 F. 2d 1440 (9th Cir. 1986)]. Un estudio comparativo de estos cuatro casos últimos (Roto-Lith, Dorton, Itoh y Diamont Fruit) puede verse en MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions. pp 1330 y ss. (para los tres primeros) y p. 1342, nota 133 (para el último).

fabricaba congeladores y frigoríficos, empleando, entre otros materiales, unos tubos suministrados mediante pedidos anuales por Metal-Matic, Corp. Ésta incorporaba a sus formularios de aceptación una cláusula de renuncia de garantías y exclusión de responsabilidad por posibles daños. Durante los diez años de relación comercial que llevaban entre sí esas dos empresas, en alguna ocasión Krack había intentado que Metal cambiase esa cláusula, pero ésta se había negado. A pesar de ello, aquélla continuó aceptando los bienes suministrados. En una de sus muchas operaciones, la demandada vendió a Diamont Fruits una cámara frigorífica para conservar fruta; la cual se perdió a consecuencia de un defecto en el sistema de congelación, producido por un tubo suministrado en mal estado. Por ello Diamont Fruits demandó a la vendedora de la cámara y solicitó una indemnización. A la vez, ésta exigió responsabilidades a Metal-Matic, quien se opuso alegando la cláusula de renuncia y exclusión. El Tribunal entendió que dicha cláusula no había pasado a formar parte del contrato, por cuanto Krack no la aceptó expresamente, sino simplemente recibió los tubos. Por ello no era aplicable la subsección (1) sino la (3). En definitiva, Metal-Matic debía indemnizar.

B.2. § 2-207 (2). Una vez dilucidado en la subsección (1) [y eventualmente en la (3), si aquélla no funciona] la posible existencia de contrato, la subsección (2) indica cuáles son sus términos. Ello se hace depender de dos variables: a) si las partes son comerciantes o no, y b) si los términos añadidos por el aceptante son adicionales o diferentes.

a) Comerciantes o no comerciantes. Alteración sustancial. Cuando alguna de las partes no es comerciante (merchant)²⁵² se aplica la primera parte de la subsección (2): "[l]os elementos adicionales deben estar contruidos como propuestas de adición al contrato". Es decir, dichos términos suponen una petición de modificación de un contrato ya existente, y, por tanto, forman parte del mismo sólo si el oferente los acepta. Como regla general, el silencio del oferente no es aceptación.

Cuando ambas partes son comerciantes, los términos adicionales pasan a formar parte del contrato, a menos que el oferente haya limitado expresamente la aceptación a los términos de la oferta [§ 2-207 (2)(a)]²⁵³, o que los términos adicionales la alteren sustancialmente [§ 2-207 (2)(b)], o que el oferente objete expresamente tal adición [§ 2-207 (2)(c)].

Aquí se plantea el problema de cuándo se produce una modificación sustancial. Esa es una cuestión compleja²⁵⁴, que los Comments 4 y 5 del § 2-207 pueden ayudar a resolver.

Establece el Comment 4 que las cláusulas que en un principio modifican sustancialmente el contrato son aquellas que, incorporadas sin expreso conocimiento de la otra parte, pueden resultarle sorprendentes o gravosas. Por ejemplo: cláusula de renuncia de garantías; cláusula exigiendo una garantía del 90% ó 100% de la entrega, cuando existe un uso del tráfico que autoriza un cierto retraso; cláusula que concede al

²⁵²Para el concepto de comerciante en el UCC, ver § 2-104 (1).

²⁵³La contrapartida a este poder de limitación del oferente se encuentra en la subsección (1) post-coma, donde el aceptante puede condicionar su aceptación al asentimiento por parte del oferente de sus nuevos términos. FARNSWORTH opina que el § 2-207 concede mucho al oferente en la subsección (1) y poco al aceptante en la (2) [cfr. Contracts, p. 176].

²⁵⁴Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code, p. 38.

vendedor la posibilidad de resolver el contrato si el comprador no satisface la deuda en el momento que debe; cláusula que estipula un período de reclamación más corto de lo acostumbrado o razonable.

Por su parte, el Comment 5 recoge ejemplos de aquellas cláusulas que, al no conllevar un elemento de sorpresa irrazonable, se consideran que no modifican sustancialmente el contrato: cláusulas de exclusión de la responsabilidad por causas de fuerza mayor; cláusulas que fijan un tiempo razonable para reclamar, dentro de los usos del sector; cláusulas que prevean intereses para el caso de facturas o deudas retrasadas; cláusulas que limiten la posibilidad de demandar por cumplimiento defectuoso, siempre que las mismas se incluyan en el ámbito de lo tolerado según los usos y costumbres.

En la práctica, la mayoría de éstos conflictos han surgido cuando el aceptante ha incluido en su declaración una cláusula de arbitraje, mientras el oferente nada ha dicho al respecto. En la mayor parte de los casos, los tribunales han considerado que dicha cláusula modifica sustancialmente el contrato, y por tanto no pasa a formar parte del mismo²⁵⁵.

Se ha dicho, no sin faltarles razón, que este problema tiene una fácil solución en la práctica: cuando las partes están litigando ya en apelación o casación sobre si un término modifica o no el contrato de forma sustancial, lo más probable es que efectivamente lo haga. Porque si no, no litigarían²⁵⁶.

²⁵⁵Pueden verse varios ejemplos en CALAMARI/PERILLO. The Law of Contracts. p. 109.

²⁵⁶Cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. p. 38.

b) Términos adicionales o diferentes. Ésta es la cuestión más discutida de la Sección 2-207, y una de las grandes polémicas del UCC. Por ello merece un estudio más detenido de la cuestión. Se verá primero el concepto de término adicional y diferente, y los problemas que plantea; a continuación se examinará el origen de la controversia; y finalmente se estudiarán las soluciones que se han propuesto para ambas clases de términos.

(b.1) Concepto de término adicional y diferente. Un término adicional es aquel que se refiere a aspectos sobre los que la otra parte nada ha dicho. Y término diferente es el distinto a uno o varios términos ya regulados o establecidos por la otra parte. Es decir, mientras el adicional añade sobre lo nada dicho, el diferente disiente de lo dicho.

El problema reside en si este análisis debe hacerse con respecto a los términos explícitos en la oferta, o también se deben incluir los implícitos. En otras palabras, si cuando el oferente realiza la oferta, su contenido está formado por los términos explicitados en ella, o también hay que incluir los supletorios del Code previstos para los casos en los que no se diga expresamente nada al respecto. De hecho, éste fue el caso de Roto-Lith²⁵⁷, pues el oferente no hizo referencia a las garantías en su oferta, mientras que el aceptante renunció a ellas. ¿Esta cláusula es adicional o diferente, teniendo en cuenta que la sección 2-314 UCC prevé una garantía implícita en todos los contratos? No es una cuestión pacífica. Unos opinan que será diferente, por cuanto la oferta hay que evaluarla en

²⁵⁷Ver nota 246 y texto que la acompaña.

su conjunto²⁵⁸. Sin embargo, con esta postura se reduce mucho el ámbito de los términos adicionales, pues la mayoría de los términos que añaden algo a lo dispuesto en la oferta se enfrentan con alguna regulación supletoria del Code. Otros opinan que será adicional, mediante un argumento a contrariis: si es diferente y éstos no tienen aplicación en el § 2-207(2), esta sección tendrá muy escasa aplicación en la práctica; sólo en el raro caso que la aceptación contenga un elemento respecto al cual la oferta nada haya dicho, acerca del cual el Code no prevea un término implícito o supletorio, y sin que los usos del tráfico ni las negociaciones lo regulen²⁵⁹.

(b.2) Origen de la controversia. La polémica reside en la diferente redacción de ambas subsecciones, pues mientras la subsección (1) hace operativa una aceptación aunque contenga términos adicionales o diferentes, la subsección (2), que es la que especifica los términos que pasarán a formar parte del contrato, no habla para nada de los términos diferentes, pues tan sólo se refiere a los adicionales.

(b.3) Soluciones a los términos diferentes. Básicamente las soluciones que se han propuesto han sido dos: (b.3.1) o bien considerar que merecen un trato semejante a los adicionales, (b.3.2) o bien que si el Code no los ha incluido será por algo; pero entonces el problema radica en qué hacer con ellos.

²⁵⁸Cfr. BAIRD/WEISBERG. *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207*. p. 1242, y WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. pp. 36 y s.

²⁵⁹Cfr. UTZ. *More on the Battle of the Forms: The Treatment of "Different Terms" Terms Under the Uniform Commercial Code*. pp. 116 y s. ("Interesting!", termina diciendo este autor con ironía); VON MEHREN. *The "Battle of the Forms": A Comparative View*. pp. 285 y ss.

(b.3.1) Términos diferentes iguales a los adicionales. Los autores que defienden esta postura se basan principalmente en la historia de la redacción de la Sección 2-207²⁶⁰. Los hechos fueron los siguientes: en la primavera de 1951 se imprimió la Propuesta Final de Borrador nº 2, la cual debía ser sometida a aprobación por la reunión conjunta del American Law Institute y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, desarrollada en mayo de 1951. En esta reunión se incluyó la expresión "o diferentes" en las subsecciones (1) y (2). Hasta entonces, la aceptación sólo podía contar con términos adicionales. Tales cambios -el borrador más las modificaciones adoptadas en dicha reunión- fueron publicados en junio de 1951. Sin embargo, en la publicación del texto final del borrador en noviembre de 1951 la referencia a los términos diferentes de la subsección (2) desapareció, mientras que la de la subsección (1) se mantuvo. ¿Qué pasó entonces? Pues que -según esos autores- tal referencia se perdió como consecuencia de un error tipográfico o de imprenta. Posteriormente, en 1952, se publicó el texto oficial (1952 Official Text), que contenía las secciones y los Comments. Entre ellos aparecía el Comment 3 a la § 2-207, el cual hablaba de términos adicionales o diferentes²⁶¹.

Ambos textos, el de junio y el de noviembre, dicen ser los que recogen los cambios decididos en el meeting de mayo. Ante el interrogante

²⁶⁰Cfr. MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions. pp 1365 y ss.; UTZ. Ibidem. pp. 110 y ss. En contra de esta postura, tomando también como base la historia de la redacción de la Sección, BAIRD/WEISBERG. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. p. 1240, nota 61.

²⁶¹UCC § 2-207, Comment 3: "[w]hether or not additional or different terms will...of subsection (2)".

de cuál es el correcto, los defensores de esta postura se inclinana por el primero²⁶², con base en las siguientes razones:

1. es el más cercano en el tiempo a los cambios votados, y por lo tanto es más probable que los refleje con mayor exactitud²⁶³;

2. el Comment 3 parece confirmar que ese borrador es el correcto, pues editado con posterioridad al de noviembre -que es el que contiene el error- recoge la expresión "o diferentes";

3. cuando los redactores previeron en la subsección (1) la posibilidad de que una aceptación incluyera términos adicionales, regularon sus efectos en la subsección (2); luego parece lógico que si previeron también en la subsección (1) los términos diferentes, éstos tuvieran una regulación, y ésta sería la de la subsección (2).

En resumen, esta postura aboga por un trato común entre ambos términos. De tal manera que el § 2-207 (2) UCC se aplique tanto a los adicionales como a los diferentes. Y así se evita el problema de qué hacer con los términos diferentes, cuestión que deberán abordar los que se oponen a ese trato parejo²⁶⁴.

²⁶²Por lo menos así opina UTZ. *More on the Battle of the Forms: The Treatment of "Different Terms" Terms Under the Uniform Commercial Code.* pp. 111 y s.

²⁶³Los cambios producidos en la edición de junio no fueron directamente en el Code, sino que se trataban de un conjunto de directivas para modificar el borrador de primavera. Luego, según UTZ, es fácil preveer el error tipográfico al editar el texto en noviembre.

²⁶⁴No todos los partidarios de esta solución están convencidos de la solidez de sus argumentos. MURRAY (cfr. *The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions.* pp. 1355 y s.), por ejemplo, es consciente que la historia legislativa -mejor dicho, la historia de la redacción- no es derecho dispositivo, y que el Comment 3 no forma parte del Code, pues, al igual que los restantes, no han sido promulgados por los diferentes Estados.

(b.3.2) § 2-207 no aplicable a términos diferentes. Esta postura la han defendido, entre otros, WHITE y SUMMERS²⁶⁵. Ahora bien, el problema que se les ha planteado a estos autores es qué hacer con los términos diferentes. Véase un supuesto hipotético: un comprador envía un pedido en el que prevé que cualquier disputa será dirimida mediante arbitraje²⁶⁶. El vendedor responde con una confirmación, y en ella establece que ninguna disputa se dirimirá por arbitraje. Contrato existe, porque la confirmación del vendedor es una "definitiva y oportuna expresión de aceptación". En su momento el vendedor envía los bienes, y el comprador los recibe y paga. Pero poco tiempo después surge una discusión respecto a la calidad de los productos. ¿Irán o no al arbitraje?

El comprador, quien sí está interesado en acudir, alegará que la cláusula de no arbitraje contenida en la aceptación no es un término adicional sino diferente, y por lo tanto no regulado por el § 2-207 (2).

Por su parte el vendedor, quien no desea de ninguna manera acudir a esa solución, tiene, a grandes rasgos, tres posibles respuestas:

En contra de esta postura, BAIRD/WEISBERG (Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. p. 1240, nota 61), quienes precisamente opinan que la redacción de dicha sección manifiesta con claridad que la palabra "diferente" fue suprimida intencionadamente del borrador final, para evitar la regulación de tales términos por esa subsección.

²⁶⁵WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. pp. 31 y ss. En el mismo sentido, CALAMARI/PERILLO. Contracts. p. 104.

²⁶⁶La mayoría de las disputas versan sobre cláusulas de arbitraje. También son frecuentes, aunque en menor medida, las referentes a cláusulas de garantías o de renuncia a ellas [cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. p. 34, nota 17]. El caso y su desarrollo doctrinal se ha tomado de estos autores [cfr. Ibidem. pp. 31 y ss.].

1. Su documento, que establece el "no arbitraje", difiere tanto de los términos de la oferta ("sí arbitraje"), que no es una aceptación según la subsección (1). El argumento no es convincente, pues una aceptación puede diferir sustancialmente de la oferta y aún así ser válida como tal según la § 2-207 (1) [la subsección (2)(b) así lo confirma]. De todas maneras, ahí queda planteada una cuestión importante: cuánto puede diferir la aceptación de la oferta. Ciertamente algún límite debe haber. En el contexto mercantil de pedidos y aceptaciones-confirmaciones, parece que no se rebasa el límite si los documentos están de acuerdo en el precio, cantidad, calidad y plazo de entrega, por ser éstos los elementos usualmente negociados en este tipo de transacciones. El resto de elementos, normalmente en el reverso del documento, no son esenciales para la perfección.

2. La aceptación fue hecha "expressly made conditional on assent to the additional or different terms" bajo la subsección (1). Esta tesis tendría algún apoyo en Roto-Lith²⁶⁷. Mas tampoco es aceptable, pues ya se ha visto que la decisión de Roto-Lith ha sido poco secundada, más bien lo contrario.

3. La aceptación ha recaído únicamente sobre los términos acordados por ambas partes. Por ello, el arbitraje no es parte del contrato al no haber coincidencia.

Con todo, la solución no es pacífica. De hecho, los mismos WHITE y SUMMERS polemizan entre sí. El primero es partidario de la knock-out

²⁶⁷Cualquier respuesta que alterase la propuesta se entendía como expresamente condicionada a su aceptación, y por tanto contraoferta (ver nota 246).

rule, en virtud de la cual ambos términos contrarios se cancelan mutuamente; por lo tanto, en el ejemplo visto, los términos que se refieren al arbitraje se anularían mutuamente al ser contradictorios. El segundo opina que los términos diferentes de la aceptación quedan fuera del contrato, al no serles aplicable la subsección (2), y prevalecer sobre ellos los de la oferta. En el ejemplo de antes, sí que habría arbitraje, pues así lo previó el oferente.

La principal crítica que WHITE efectúa a este último análisis es que siguiendo esta postura se concede al primero que envía el formulario una ventaja indebida, gratuita, no merecida (pues siempre sus términos pasarán por encima de los del aceptante).

La defensa de SUMMERS se basa en la no gratuidad de dicha ventaja, pues el destinatario de la oferta (aceptante) siempre puede objetar su contenido. La defensa tiene dos argumentos principales: (a) cree que es más desleal para el oferente la postura de WHITE que para el aceptante su análisis, pues el oferente tiene más motivos para esperar que sus términos controlen el contrato que no el aceptante, quien es consciente de las escasas posibilidades de total coincidencia entre ambos formularios; (b) el análisis de la § 2-207 se realiza a partir de los términos de la oferta, a los que pueden añadirse otros, pero siempre que pasen por el filtro de la subsección (2).

La postura de estos dos autores ha influido en no pocas sentencias, y la mayoría de ellas han seguido la postura de WHITE, aplicando la

knock-out rule²⁶⁸. Un caso importante fue Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.²⁶⁹. Recordemos, Penwalt contenía en su oferta una cláusula que limitaba la garantía a un año, mientras que Daitom, en su aceptación, se remitía a las garantías previstas en la ley (cuatro años).

El Tribunal abordó dos aspectos de la problemática, aunque tan sólo se analizará el segundo: los términos diferentes²⁷⁰.

El principal argumento de la demandada era que había limitado la garantía a un año, de acuerdo con posibilidad recogida en la sección 2-725 (1) UCC. Y como la demandante nada había dicho al respecto, debía entenderse que la reducción seguía en pie. Por lo tanto, la acción era extratemporal.

El Tribunal rechazó ese argumento y acogió el recurso de Daitom. Consideró que en este caso los términos eran diferentes, pues la oferta contenía una limitación de las garantías a un año, mientras que la aceptación se remitía a las garantías concedidas por la ley [la § 2-725 (1) UCC establece un plazo general para reclamar de cuatro años], y ante ese conflicto decidió aplicar la knock-out rule. Por lo tanto, ambos términos se anulaban entre sí, y ese aspecto pasaba a ser regulado por el Code mediante sus normas supletorias: las §§ 2-725 (1), 2-313, 2-314 y 2-315 le

²⁶⁸Véase un elenco de las mismas en MURRAY. *The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions*. p. 1356.

²⁶⁹Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp. [741 F. 2d 1569 (10th Circuit 1984)]. Ver en n. 161 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos.

²⁷⁰El primero trataba del proceso de formación, en concreto de la aplicación del procedimiento basado en la 2-207(1), después de la coma], y adoptó la línea interpretativa restrictiva (siguió la doctrina de Dorton).

llevaron a la conclusión que el plazo era de cuatro años, y por tanto la acción no había prescrito²⁷¹.

(b.4) Soluciones a los términos adicionales. Al respecto hay que diferenciar dos supuestos.

(b.4.1) Términos (adicionales) que se encuentran en la oferta y no en la aceptación. Supongamos que el comprador efectúa un pedido al vendedor mediante un formulario, en el cual expresamente prevé el arbitraje. El vendedor acepta mediante otro formulario, sin pronunciarse respecto a este punto. Parece claro que los términos contenidos en la oferta y no contravenidos en la aceptación pasan a formar parte del contrato. Sería una aceptación por silencio, a pesar que, efectivamente, se concede una ventaja gratuita al oferente.

(b.4.2) Términos (adicionales) que se encuentran en la aceptación y no en la oferta. En este supuesto, según la subsección (2), dichos términos se incorporan al contrato siempre que no se den las excepciones contenidas en la misma. El punto más conflictivo reside en dilucidar si una modificación es o no sustancial.

²⁷¹"Incluso si un término eliminado mediante la knock-out rule es reintroducido por medio de los términos supletorios del UCC [como es el caso aquí contemplado: § 2-725 (1)], dicho resultado no es una manifestación de la debilidad de dicho análisis. Al revés, por lo menos el término reintroducido tiene el mérito de ser uno que los redactores del UCC consideraron adecuado" [*Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* [741 F.2d 1569 (10th Cir. 1984). SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Sales. Teaching Materials*. p. 106].

La sentencia tuvo una opinión disidente (dissenting opinion), a cargo del Juez BARRETT. Sostuvo que en este caso no había términos diferentes, pues en el pedido de *Daitom* no había ningún elemento que contradijera los términos de *Pennwalt*. Por lo tanto, la knock-out rule no era aplicable [cfr. SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Ibidem*. p. 108].

Todo ello debe enjuiciarse desde la perspectiva que los términos diferentes no son aplicables a la subsección (2). Si se defendiese lo contrario, el análisis de los términos adicionales y el de los diferentes sería el mismo.

B.3. § 2-207 (3). Antes se ha hecho referencia a los dos procedimientos posibles de formación del contrato según la subsección (1), el anterior y el posterior a la coma²⁷². Existe un tercero, regulado en esta subsección, que se trata del contrato de hecho: aquella conducta de las partes que reconoce la existencia de un contrato aunque de sus escritos no se derive el mismo. Para su aplicación es requisito necesario la existencia de escritos entre las partes. Si se diese una oferta por escrito y una aceptación mediante un comportamiento (enviar pedido y entregar bienes), no sería de aplicación la § 2-207 (3), sino las §§ 2-204 y 2-206.

¿En qué supuestos no se deriva el contrato de los escritos? Pues en todos aquellos casos vistos al estudiar las subsecciones (1) y (2) en los que no se ha concluido contrato: (a) aceptación condicionada expresamente al consentimiento por parte del oferente de los términos adicionales o diferentes -§ 2-207(1), después de la coma-; (b) términos diferentes en la aceptación, siempre y cuando no se siga la knock-out rule; (c) término en la aceptación demasiado diferente respecto de la oferta (que afecta al precio, cantidad, etc.); (d) en general, cualquier supuesto en el que la presunta aceptación no sea válida como tal.

²⁷²Cfr. p. 135.

Los términos de ese contrato, según sigue diciendo la subsección, son aquellos en los que las partes han coincidido, más los términos supletorios del Code incorporados en su caso. Éstos pueden ser de diverso tipo²⁷³, por ejemplo:

1. los derivados de las negociaciones previas [§ 1-205 (1)], de los usos del tráfico [§ 1-205 (2)], o de las prácticas entre las partes [§ 2-208 (1)];
2. los referentes a las condiciones de entrega [por ejemplo, §§ 2-309 y 2-503];
3. los referentes a las condiciones de pago [por ejemplo, §§ 2-310, 2-507 ó 2-511];
4. los referentes al precio [§ 2-305];
5. los referentes a la cantidad, sobre todo en los contratos de suministro (requirements contracts) [§ 2-306].

De alguna manera, esta subsección tiene la función de "cláusula de cierre" de los diferentes recorridos encaminados a la formación del contrato. La filosofía que subyace es que si las partes cumplen, hay contrato, aunque de sus documentos no se desprenda esa consecuencia. Eso sí, los términos serán "neutros": el contenido del contrato estará formado por aquellos elementos en que las partes estén de acuerdo, más los supletorios del Code (estén disconformes o hayan dicho nada respecto a éstos). Ésta es también la idea que se desprende del Comment 7 de la § 2-207, que explica el propósito de la subsección (3)²⁷⁴. Sin embargo, alguna

²⁷³Un buen desarrollo de esa temática véase en WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. § 3. Terms of the Contract. pp. 119 y ss.

²⁷⁴El Comment 7 fue añadido en 1966 en respuesta a Roto-Lith para evitar esa interpretación, pues el problema, en última instancia, debía ser resuelto acudiendo a la

sentencia y algún autor ha defendido que los términos del contrato deben extraerse del comportamiento de las partes y no supletoriamente del Code²⁷⁵.

Con todo, los jueces y comentaristas han abusado de esta subsección, utilizándola como una solución a todo tipo de casos difíciles de resolver bajo la subsección (1). Las razones de ello han sido dos: a) libera al juez de la aparente complejidad y confusión generada por la poco afortunada redacción de la subsección (1); b) va bien para, con base en la idea de la equidad, rechazar cualquier ventaja basada en la posición de las partes a la hora de establecer los términos que regirán el contrato²⁷⁶. Sin embargo, en la propuesta de revisión de la § 2-207, el grupo de estudio recomienda enfatizar esta solución, dada la importancia que ha cobrado en la práctica²⁷⁷

B.4. Confirmaciones. Hasta ahora hemos estudiado la § 2-207 en términos de "aceptación que varía los términos de la oferta". Sin embargo, esta sección también tiene aplicación al caso de la "confirmación que varía". Es decir, aquellos casos en que se ha llegado a un acuerdo oral o informal, y posteriormente una o varias partes envían un formulario de confirmación que incluye términos diferentes o adicionales a los

subsección (3), y nunca como se hizo. Dice así: "[e]n muchos casos, como cuando los bienes han sido enviados, aceptados y pagados antes que haya surgido ninguna disputa, no hay problema respecto a si el contrato se ha formado. En tales casos, donde los escritos de las partes no establecen un contrato, no es necesario determinar qué documento constituye la oferta y cuál la aceptación. Ver Sección 2-204. La única cuestión es qué términos son incluidos en el contrato, y la subsección (3) proporciona la solución".

²⁷⁵Un resumen y crítica de esta postura, en Brad A. LEVIN. Applying the UCC's Supplementary Terms to Contracts Formed by Conduct under Section 2-207(3). 24 Uniform Commercial Code Law Journal (1992). pp. 210 y ss.

²⁷⁶Cfr. BROWN. Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work. pp. 923 y ss.

²⁷⁷Cfr. PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report. pp. 67 y ss.

previamente acordados. A estos casos se les aplica el mismo régimen que el ya estudiado para la aceptación que varía la oferta. La única diferencia reside en los términos diferentes, en los que sí es de aplicación la knock-out rule, pues así lo prevé el Comment 6²⁷⁸.

Un buen caso fue American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association²⁷⁹. Las partes inicialmente llegaron a un acuerdo oral, pero posteriormente el vendedor envió un formulario de confirmación que contenía todos los elementos del contrato, más una cláusula de arbitraje. A la vez, establecía que tal formulario controlaría el contrato "si el comprador aceptaba la entrega de todos o parte de los bienes aquí descritos". El comprador rehusó aceptar parte de los bienes, y el vendedor acudió al arbitraje. Pero aquél trató de suspenderlo, o cuanto menos, paralizarlo. Ante esa actitud, el vendedor quiso acudir a juicio. El Tribunal le negó tal posibilidad y le obligó a atenerse al arbitraje. Dos fueron sus afirmaciones relevantes: a) según la subsección (1), un formulario de confirmación podía constituir una aceptación aunque hubiera habido anteriormente una oferta y aceptación oral; b) los términos adicionales de la aceptación -confirmación- podían ser incluidos retroactivamente en el acuerdo oral previo, con base en la subsección (2).

B.5. Resumen. Sintetizando el funcionamiento de esta Sección 2-207, cuando la aceptación o la confirmación de un acuerdo previo (oral o

²⁷⁸Este era precisamente uno de los argumentos de SUMMERS para oponerse a dicha regla en el caso de una aceptación en formulario con términos diferentes: el hecho que el Comment 6 establezca dicha solución (la knock-out rule) sólo para las confirmaciones, y no también para las aceptaciones.

²⁷⁹American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association [8 Michigan Appeal 156, 154 N.W. 2d 5 (1967)]. Véase en Arthur ROSETT. Contract Law and its Application (4th ed). New York. The Foundation Press, Inc. 1988. pp. 513 y ss.

informal) difieran de la oferta o de ese acuerdo, por cuanto contengan términos adicionales o diferentes, el contrato puede formarse mediante tres procedimientos distintos: 1º) con base en § 2-207 (1), antes de la coma: la aceptación con términos adicionales o diferentes vale como tal; 2º) con base en § 2-207 (1), después de la coma: aceptación condicionada al asentimiento por el oferente de los términos adicionales o diferentes; dicha aceptación tiene valor de contraoferta; 3º) con base en § 2-207 (3): la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de un contrato, aunque éste no se deduzca de los escritos.

Posteriormente, la subsección (2) y la segunda parte de la (3) señalan los términos que pasan a formar parte del contrato:

1. en caso de formación según la § 2-207 (1), será de aplicación la subsección (2): a) si una de las dos partes o ambas no son comerciantes, el contrato se forma con los términos comunes de la oferta y la aceptación, más los términos adicionales, que serán meras propuestas que deberá aceptar el oferente; b) si ambos son comerciantes, tales términos adicionales pasan a formar parte del contrato, a menos que el oferente haya limitado la aceptación a los términos de la oferta u objete dichos nuevos términos, o que éstos alteren sustancialmente el contrato;

2. en caso de formación según la § 2-207 (3), los términos de ese contrato serán aquellos en que coincidan las partes, más los supletorios regulados por el Code.

C. Conclusión.

Aunque la regla de la § 2-207 ha supuesto un avance en la adecuación de la teoría de contratos a la práctica de la segunda mitad de siglo, no ha estado exenta de críticas, las cuales pueden agruparse en dos: por su redacción defectuosa, o por haber abandonado la regla clásica.

1. Críticas por su redacción defectuosa: afirman los críticos que esos errores han generado nuevos problemas, y buena muestra de ello son las cuestiones estudiadas anteriormente, pues tienen su origen en expresiones desafortunadas, imprecisas u oscuras (modificación sustancial, términos adicionales o diferentes, aceptación condicionada expresamente, etc.). La doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en esas críticas²⁸⁰. En este sentido, es ilustrativa la carta que Grant GILMORE, uno de los redactores del Code (aunque no de la § 2-207), envió al profesor SUMMERS, en la que le felicitaba por su agudo análisis de la sección, le reprendía por tratarla con demasiado respeto ("you treat the section much too respectfully"), la calificaba de abominable, miserable, embarrullada (bungled) y chapucera (patched-up job), y terminaba abogando por una revisión de la misma ("[a]t all events: Down with § 2-207")²⁸¹.

²⁸⁰BAIRD y WEISBERG consideran que "2-207 is a statutory disaster whose every word invites problems in construction" (Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. p. 1224). WHITE y SUMMERS la comparan a un tanque anfibia preparado para luchar en pantanos, y que al final se envía al desierto, con el inconveniente adicional que la oreografía del mismo no es lineal sino muy variada (Uniform Commercial Code. pp. 29 y ss.). Para VON MEHREN "[s]ection 2-207 has risen to many complications and difficulties" [The "Battle of the Forms": A Comparative View. p. 278]. En Southwest Engineering Co., Inc. v. Martin Tractor Co., Inc. [205 Kansas 684, 473 P. 2d 18, 25 (1970)] el Tribunal la calificó de "lóbrego pedacito de prosa" (murky bit of prose). Y Roto-lith (n.) la consideró "no muy afortunadamente redactada" (not too happily drafted).

²⁸¹La carta, que tiene fecha de 10 de septiembre de 1980, está reproducida en SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. Sales. Teaching Materials. pp. 93 y ss.

Uno de los principales errores de redacción reside en la ambigüedad del texto²⁸². Todo análisis de la problemática de la aceptación no coincidente con la oferta, y en concreto, de la Battle of the Forms, parte de la base que el oferente y el aceptante deben manifestar su intención de vincularse. Pero dicho requisito puede entenderse de dos maneras: (1) según la teoría clásica, se requiere un completo acuerdo en todos los puntos, y los desacuerdos deberán resolverse antes de perfeccionar el contrato, dando a una parte el poder de controlar (last shot, etc); (2) según las posturas innovadoras, no es necesario el acuerdo total, pues es suficiente que las partes convengan en que el trato está hecho (deal-is-on), mas en este caso ningún término se impone sobre el del otro, sino que se acude a los términos "neutrales" previstos supletoriamente por el ordenamiento. Pues bien, un ordenamiento jurídico debe optar entre uno de estos dos análisis, pero no cabe un camino intermedio. Y ahí fue donde fallaron los redactores de la § 2-207: trataron de acogerse a los dos a la vez, y se quedaron a medias: mientras la subsección (1) permite que en lo que las partes no se hayan puesto de acuerdo sea el juez quien supla los términos, la subsección (2) parece permitir que una parte controle los términos del contrato. A causa de esa ambigüedad, la § 2-207 puede ser interpretada más o menos hacia el lado que a uno le interese²⁸³.

2. Críticas por abandonar la regla clásica: pocos son los que están en desacuerdo con la Sección por haber abandonado la tradicional mirror-image rule. Dos de ellos han recogido las tres críticas principales a

²⁸²Cfr. VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. p. 295.

²⁸³Se han propuesto nuevas redacciones para esta Sección. Por ejemplo, MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions. pp 1372 y ss., o BARRON/DUNFEE. Two Decades of 2-207: Review, Reflection and Revision. 24 Cleveland State Law Review (1975). pp. 171 y ss.

esta regla y las han intentado rebatir, con el objetivo de demostrar la conveniencia de volver al criterio tradicional frente a la regla actual contenida en el UCC²⁸⁴:

(a) la primera crítica sugiere que dicha regla fomenta un infinito intercambio de formularios, pues las partes se los irán enviando, cada uno de ellos algo diferente al anterior, lo que conlleva una sucesión de contraofertas sobre contraofertas. Los autores refutan dicha idea considerando la realidad empírica, pues ante una parte que insiste tercamente en unos términos la otra deja de contratar con ella y busca una tercera;

(b) la segunda crítica observa que dicha regla permite a las partes el incumplimiento de su obligación basándose en lo no formación del contrato. También la rechazan con base en la práctica judicial norteamericana pre-Code, que era muy estricta en estos temas y no dejaba fácilmente que se llevara a cabo dicho fraude;

(c) la tercera, y quizá la más importante, se refiere a que una parte, normalmente el comprador, queda obligado por los términos de la otra, aunque no tenga ningún conocimiento de los mismos; por ello, dice la crítica, la regla del espejo favorece la inserción en los respectivos formularios de las partes de términos que tan sólo les favorezcan a ellos, y no también a la otra parte. Los autores responden que precisamente es a la inversa, pues esa regla incentiva al vendedor a moderar los términos del formulario para reflejar el mutuo interés de las

²⁸⁴Cfr. BAIRD/WEISBERG. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. pp. 1252 y ss.

partes en esa transacción, ya que si no redacta el formulario basándose en ese interés mutuo, nadie querrá contratar con él o quien contrate se volverá atrás. Por ello, el formulario siempre será equidistante a los intereses de las dos partes.

En definitiva, siguen diciendo esos autores, bajo la mirror-image rule ambas partes, a la hora de redactar sus formularios para un particular tipo de contrato, tienen el incentivo de hacerlo hipotizando los términos que habrían acordado ambos (pues tiene en cuenta ambos intereses). Esto lleva a que tales términos sean más convenientes para algunas transacciones que los previstos como supletorios por el Code.

D. Propuesta de reforma.

Como se apuntaba al principio de este capítulo, el Artículo 2 UCC está en proceso de revisión. El Grupo de Estudio, en su report, sugirió una profunda revisión de la § 2-207 con base en los siguientes criterios²⁸⁵:

- la nueva Sección debe redactarse en estrecha relación con las disposiciones de la parte 2 del Artículo 2, particularmente la § 2-204;

- la fórmula de la subsección (3) debe ser enfatizada, pues tiene mucha importancia en la práctica;

- las partes deben poder excluir esta Sección de su regulación contractual;

²⁸⁵Cfr. PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report. pp. 67 y ss.

- las cuestiones de tiempo derivadas del uso de los formularios deben ser irrelevantes.

En concreto, el Grupo de Estudio rechazó de manera explícita adoptar la solución prevista por el artículo 19 del Convenio de Viena²⁸⁶ y recomendó que se tomara en consideración la propuesta del profesor Murray²⁸⁷ según la cual debe darse relevancia al contrato de hecho y a los términos supletorios previstos por la parte 3 del Artículo 2, dejando de lado la disputa entre los términos adicionales o diferentes.

b.3. La Sección 2-207 UCC y el correo electrónico.

A. Generalidades acerca del correo electrónico.

El correo electrónico²⁸⁸ (en su acepción original, Electronic Data Interchange -EDI-) es el procedimiento por el cual los documentos e informaciones del tráfico comercial pueden transmitirse entre ordenadores mediante un soporte electromagnético y en formatos estandarizados (pedidos, reclamaciones, comunicaciones de envío, etc.), en sustitución de los tradicionales documentos en papel.

El uso del correo electrónico tiene varias ventajas: a) reduce la utilización y manejo de papel, y sus necesidades de almacenamiento; b)

²⁸⁶Cfr. PEB Study Group UCC Article 2. Ibidem. p. 68, nota 36.

²⁸⁷Propuesta contenida en MURRAY. The Chaos of the "Battle of the Forms": Solutions.

²⁸⁸Seguimos a Michael S. BAUM/Amelia H. BOSS/Thomas J. McCARTHY/Philip V. OTERO/Jeffrey B. RITTER. The Commercial Use of Electronic Data Interchange -A Report and Model Trading Partner Agreement. 45 The Business Lawyer (1990). pp 1647 a 1749. Tras exponer los problemas que plantea su uso, propone un modelo.

reduce la posibilidad de error en la entrada de datos (entre otras razones porque debido a la rápida transmisión de los mismos la otra parte puede advertirlo de inmediato); c) reduce los costes de gestión y de procesamiento; d) reduce las necesidades de almacenamiento, pues el correo electrónico facilita el conocimiento inmediato de los pedidos y la fabricación de los productos según la demanda, de tal manera que permite reducir las existencias (el llamado método de producción just in time).

También tiene sus limitaciones, y una de ellas es que se necesita un cierto volumen de transacción para utilizar eficientemente el correo electrónico, pues los costes de instalación y puesta en marcha son altos.

Se trata, por tanto, de un nuevo procedimiento de contratación fruto de los avances de la técnica, y, lógicamente, con consecuencias jurídicas. Ciertamente en nuestro país su uso es todavía incipiente²⁸⁹, pero en otros de nuestro entorno, particularmente en los Estados Unidos, su utilización empieza a ser frecuente. De hecho, prevén que en el año 2000 un 70% del total de compañías utilicen ese procedimiento²⁹⁰.

Ante la importancia que estaba tomando este fenómeno, el comité para asuntos relacionados con el Uniform Commercial Code del Colegio de Abogados norteamericano (American Bar Association's Committee on the Uniform Commercial Code) creó, en 1985, un subcomité ad hoc con el

²⁸⁹Por ejemplo, en el sector bancario: algunos de ellos permiten operar desde una terminal situada en la oficina, en el domicilio particular, etc. Y unos conocidos grandes almacenes, El Corte Inglés, permiten efectuar pedidos desde el domicilio mediante el mismo sistema.

²⁹⁰Cfr. BAUM/BOSS/McCARTHY/OTERO/RITTER. Ibidem. p. 1649, nota 2. También se cita otro estudio de 1989 donde se concluye que en 1991 utilizarían el correo electrónico un 27% de los pequeños minoristas norteamericanos y un 77% de los grandes.

objetivo de examinar los efectos del uso de los ordenadores sobre las transacciones comerciales. En 1987 este subcomité constituyó a su vez un Grupo de Trabajo con la misión de evaluar el impacto de las nuevas tecnologías electrónicas en la formación y ejecución de los contratos. En el último trimestre de 1989 concluyó su tarea. El trabajo consta de un modelo de acuerdo entre las partes que intervienen en la contratación por correo electrónico, glosado por una serie de comentarios, y precedido de un informe que analiza las consecuencias de este procedimiento en el derecho contractual y sugiere soluciones²⁹¹. La principal virtud de este trabajo estriba en que ha sido elaborado tomando como punto de partida la realidad contractual con respecto a esta práctica, pues para ello sus autores se entrevistaron con los responsables y asesores jurídicos de las empresas que la utilizan, a la vez que consiguieron un buen número de convenios entre empresas que regulaban ese procedimiento y preveían soluciones a

²⁹¹El modelo de acuerdo y su informe están estructurados en cuatro apartados: a) formación del contrato; b) validez y ejecución; c) contenido del contrato; d) responsabilidad e indemnización. De estos cuatro apartados el primero será estudiado más adelante, y el segundo y el cuarto no van a ser tratados, este último por quedar fuera del objeto de este trabajo, y el otro porque trata de la compatibilidad entre el correo electrónico y el Statute of Frauds [figura tradicional del derecho de contratos del Common Law en decadencia, definida como necesidad que el contrato conste por escrito para vincular. El Reino Unido la abandonó en 1954 -mediante la Law Reform (Enforcement of Contracts) Act-, quedando en vigor de manera residual en los contratos de garantía y en algunos contratos de propiedad inmobiliaria (cfr. Chitty on Contracts I. §§ 284 y ss. pp. 203 y ss.). Tampoco el Convenio de Viena de 1980 exige el requisito de la escritura (art. 11), aunque en el art. 12 contempla la posibilidad de hacer una reserva en el sentido contrario. Sigue vigente en los Estados Unidos, regulado por la § 2-201 UCC al establecer que cualquier compraventa de bienes de valor superior a 500 \$ debe: a) constar por escrito; b) estar suficientemente indicado que se ha realizado un contrato; c) haber sido firmado por la parte cuyo cumplimiento se pretende; d) constar la cantidad (cfr. WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. §§ 2-1 y ss. pp. 84 y ss.; FARNSWORTH. Contracts. § 6. pp. 391 a 460)] propio del Common Law, lo cual no tiene ninguna relevancia para un ordenamiento como el nuestro, lejano a esa tradición. En relación con el correo electrónico, las cuestiones clave radican en si el contrato se realiza por escrito y en si hay firma. Los autores del informe salvan el obstáculo por medio de una interpretación extensiva de los términos "escrito" y "firma" recogidos por la § 2-201 UCC (cfr. BAUM/BOSS/McCARTHY/OTERO/RITTER. The Commercial Use of Electronic Data Interchange -A Report and Model Trading Partner Agreement. pp. 1680 a 1694).

los posibles conflictos. En otras palabras, los problemas que se plantean son los que realmente se plantean en la práctica.

Dos razones justifican la necesidad de establecer un convenio marco entre las partes: a) la escasa información sobre las consecuencias legales de la contratación mediante correo electrónico; b) el valor de una operación por medio de este procedimiento no justifica el coste de planificar, desarrollar, negociar y llegar a un acuerdo con cada uno de los proveedores y compradores. Por eso, la elaboración de un formulario estándar abarata dicho coste y facilita la más rápida expansión de este procedimiento.

Este modelo de acuerdo tiene un ámbito de aplicación muy concreto, pues está pensado para ser usado entre empresarios y no entre consumidores, y tan sólo para compraventas de bienes: en este sentido, coincide con el del Uniform Commercial Code.

A continuación se acompaña un ejemplo de contratación mediante correo electrónico: un empresario anuncia a sus proveedores que en el futuro exigirá el uso del correo electrónico en sus operaciones comerciales. Como sus conocimientos sobre esa técnica son escasos, se dirige a un tercero para que le haga de intermediario (provider) en todas sus transmisiones por ese procedimiento²⁹² (emitir y recibir mensajes, etc.), a la vez que decide los documentos que serán reemplazados por formatos

²⁹²La decisión de comunicarse directamente entre las partes o a través de intermediarios depende de diferentes factores como son el coste, la naturaleza de los servicios, el volumen de transacciones, el poder negociador de las respectivas partes, y la continua evolución de la tecnología y su grado de asequibilidad para los usuarios del correo electrónico.

electrónicos, el tipo de estandarización que adoptarán, y las medidas de seguridad que se tomarán para garantizar la autenticidad y fiabilidad de las comunicaciones. Toda esa información la comunica a sus proveedores, quienes deberán incorporar dicho procedimiento si quieren seguir manteniendo relaciones comerciales con él.

La operación se inicia cuando el empresario envía electrónicamente un pedido a su intermediario, quien lo transmite a un proveedor. Éste, una vez recibido, envía un acuse de recibo (functional acknowledgement) que constata la inexistencia de error formal o sintáctico en la transmisión del pedido [esta verificación la contempla como obligatoria el modelo de acuerdo (cfr. § 2.2)]. En caso de conformidad con la propuesta, el proveedor envía una aceptación electrónica (por ejemplo, una confirmación de la oferta o una notificación del envío), a la que le sigue una comunicación del empresario acusando el recibo de la aceptación.

La necesidad de la intervención humana en la toma de las decisiones puede evitarse automatizando totalmente el proceso del correo electrónico. En el caso del oferente, si tiene todas sus existencias controladas informáticamente, en el momento que éstas alcancen un determinado nivel mínimo su ordenador podría de manera automática generar la apropiada oferta o pedido. A la vez, el ordenador del aceptante puede estar programado para aceptar cualquier pedido cuyos términos se encuentren dentro de unos márgenes predeterminados. Eso no implica la eliminación de cualquier examen sobre el contenido sustantivo de la oferta, sino que el control se realiza a priori, al establecer una serie de

criterios de tal manera que emita la aceptación sólo si el mensaje encaja dentro de estas pautas. Éstas podrían ser: a) que la cantidad y calidad de bienes solicitados se tengan a disposición; b) que la cantidad pedida entre dentro de los límites establecidos por las partes o, a falta de pacto, entre las cantidades usualmente solicitadas por el oferente; c) que el precio ofertado sea el normal; d) que el lugar de entrega sea uno anteriormente fijado o ya utilizado en el pasado; e) que el plazo de envío sea posible.

B. Contenido del contrato: términos y condiciones.

La experiencia norteamericana muestra que los usuarios del correo electrónico no han dejado de lado el uso y la aplicación de aquellas cláusulas impresas en los reversos de los formularios. Por eso, una implantación con éxito de ese procedimiento debe considerar la interacción entre el uso del correo electrónico y los términos y condiciones que conforman el contenido del contrato.

El modelo de acuerdo resuelve esta cuestión presentando tres situaciones posibles:

a) las partes, antes o al tiempo de suscribir el modelo de acuerdo, firman un convenio marco en el que han tenido oportunidad de negociar los términos y condiciones aplicables a cualquier transacción;

b) las partes firman este acuerdo marco después de haber suscrito el modelo de acuerdo;

c) las partes llevan adelante sus transacciones mediante el correo electrónico sin ningún tipo de acuerdo sobre el tema.

En este tercer supuesto, la § 3.1 del modelo de acuerdo requiere a las partes para que escojan entre tres alternativas la manera de prever las cláusulas adicionales:

a) la primera opción exige una negociación y acuerdo sobre los términos y condiciones adicionales. De esta manera se consigue el nivel máximo de certeza, aunque es más caro;

b) la segunda opción permite incorporar formularios ya impresos al contrato formado mediante proceso electrónico. No se alcanza un nivel de certeza tan alto, pero es más barato. En caso de surgir un conflicto entre ambos formularios, se aplica la solución prevista en la § 2-207 UCC. Ésto ha sido objeto de críticas, pues perpetúa en el medio electrónico norteamericano uno de los aspectos más conflictivos del actual derecho de contratos. Pero el Grupo de Trabajo contestó a estas objeciones argumentando que ésta era la manera como en la práctica se formaban la mayoría de contratos, y que sería negar la realidad pretender eludir ese problema, a la vez que supondría una temeridad intentar establecer un método propio de resolución, pues muchas veces se había intentado y todavía no se había encontrado una manera satisfactoria de decidir qué han acordado las partes cuando concluyen un contrato sobre las bases de un intercambio rutinario de clausulados no negociados;

c) la tercera opción propone incorporar a cada contrato la manera por la cual la ley aplicable determine esos términos y condiciones no acordados.

Hasta aquí el estudio de la regla del espejo, los problemas que plantea y las soluciones que ofrece el derecho comparado. A continuación se va a tratar la cuestión en el ordenamiento español, tanto la posición de la doctrina y la jurisprudencia como la solución prevista en el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías

III.b. La regla del espejo en España.

1. Estado de la cuestión y propuesta.

Como ya se ha visto anteriormente, la doctrina considera que la aceptación ha de ser totalmente coincidente con la oferta, de tal manera que cualquier modificación o añadido en sus términos la convierte en contraoferta²⁹³.

a. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La tesis que se defiende en este trabajo para nuestro ordenamiento, y que se tratará de apoyar con el estudio de las sentencias del Tribunal Supremo que aquí se exponen, es que la doctrina tradicional de contratos no responde a la idea moderna de que la contratación actual recae sobre lo básico del contrato, dejando de lado los temas puntuales redactados, en la mayoría de los casos, en cláusulas impresas. Y lo que es más, el Tribunal Supremo ha ido aplicando este criterio a lo largo de los años, con base en

²⁹³Cfr. ALBALADEJO. Derecho Civil II. pp. 405 a 407, 415 y s.; COCA PAYERAS. Artículo 1.262. pp. 450 y ss., quien defiende la posibilidad que la aceptación que añade un nuevo elemento no sea contraoferta, sino acuerdo contractual en lo que coinciden, más nueva oferta por parte del aceptante; DIEZ-PICAZO. Fundamentos. pp. 292 y s.; LALAGUNA. Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil. p. 1149; LUNA SERRANO. Elementos. pp. 89 y ss.; MORENO QUESADA. La oferta de contrato. pp. 146 y ss.; PUIG BRUTAU. Fundamentos. pp. 172 y ss. Merece especial atención el capítulo que Jesús ALFARO dedica al tema en cuestión, por la utilización de criterios de la doctrina alemana y por las propuestas que efectúa; véase Las condiciones generales de la contratación. § 14. pp. 275 a 282.

consideraciones de justicia material; de tal manera que, en la práctica, ha reconocido la validez de contratos cuya existencia no se derivaba, a la luz de la doctrina tradicional, de los escritos de las partes, pues la aceptación no era fiel reflejo de la oferta. Y a la vez, en otras ocasiones ha aplicado esa doctrina con rigor, porque de los hechos se deducía la falta de acuerdo entre las partes, pero contradiciéndose entonces con declaraciones suyas anteriores. Así pues, veamos primero las resoluciones, todas ellas de la Sala Primera:

- Sentencia de 9.3.1929²⁹⁴: La Junta Directiva del Ateneo Mercantil de Valencia sacó a concurso público el arriendo de su servicio de Café. En una de sus bases se establecía que la citada Junta se reservaba la plena libertad de aceptar la proposición que tuviera por más conveniente o de rechazarlas todas. A tal concurso se presentó el Sr. Baldomero Carrillo, siendo su propuesta la adjudicada provisionalmente, a la espera de una serie de referencias y garantías que debía proporcionar. Pero éstas le fueron desfavorables, pues no poseía capital propio, carecía de recomendaciones y tenía contraídas deudas, por lo que la Junta decidió adjudicar el arriendo a otro concursante. El Sr. Carrillo demandó al Ateneo por incumplimiento de contrato.

La Sentencia del Juez de Primera Instancia del distrito del Mar de Valencia, de 22.10.1925, absolvió a la demandada. La Audiencia Territorial de Valencia, en Sentencia de 29.10.1927, la confirmó. Y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

²⁹⁴Sentencia de 9.3.1929 (Ponente: Sr. Saturnino BAJO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (marzo 1929). nº 46. pp. 263 a 271.

En esta Sentencia el Tribunal afirmó que para ser perfeccionado el contrato era necesaria la conformidad exacta entre las partes; y en este caso no se pasó del periodo preparatorio, pues el acuerdo fue provisional, a la espera de una serie de puntualizaciones, que al no ser satisfechas conllevaron la ruptura de los tratos.

- Sentencia de 3.11.1955²⁹⁵: nueve sociedades del sector farmacéutico afianzaron a principios de 1936 a la entidad Kandyel-Sevilla, S. A. para que obtuviera un crédito del Banco Popular Español. En el momento de la firma (aceptación) de la fianza, tres de ellas, las demandadas, limitaron la garantía hasta el 31.12.1936. En 1941, al no devolver la sociedad deudora el crédito en su totalidad, el banco acreedor, demandante, requirió a los fiadores el abono de sus correspondientes cuotas. Esas tres entidades se negaron a pagar alegando que la limitación de la garantía a un plazo determinado significó una contraoferta, y al no haber sido aceptada por el acreedor no se perfeccionó el contrato.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, de 18.1.1947, absolvió a las demandadas. La Audiencia Territorial de Sevilla, en Sentencia de 1.3.1950, revocó la anterior y condenó a las demandadas al abono de la fianza. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

Estimó que la modificación en la aceptación respecto al tiempo de garantía no era una contraoferta, pues esa modificación no era sustancial, sino una limitación temporal, que al no afectar a los términos esenciales

²⁹⁵Sentencia de 3.11.1955 (n. 30).

del contrato no lo dejaba sin perfeccionar. En este caso, los magistrados utilizaron este argumento con el fin de impedir que las sociedades demandadas escapasen del pago de la cofianza, seguramente porque creyeron que su comportamiento no se debería considerar relevante a la luz de la inestabilidad social del país. Con todo, lo remarcable es que hicieron caso omiso al criterio tradicional de perfecta identidad entre la oferta y la aceptación porque no consideraron justo que las demandadas no hicieran frente a la cofianza.

- Sentencia de 30.1.1965²⁹⁶: Carlos Fernández-Palacios, arrendatario de un local de negocio, notificó (oferta) a la arrendadora, María Romero, su intención de traspasarlo y el precio convenido con el futuro comprador, conforme establecía el artículo 35 LAU. Ésta ejercitó su derecho de tanteo y así se lo comunicó a Carlos (aceptación), pero añadiendo que la entrega se efectuaría en día determinado. Posteriormente cambió de opinión, y decidió no ejercitarlo. Ante ello, Carlos la demandó solicitando al Juez que la obligase a llevar adelante el tanteo, por haberse perfeccionado el contrato. Ésta se opuso alegando que la estipulación en la aceptación de un día concreto de entrega debía considerarse como una contraoferta, la cual debía ser aceptada por el arrendatario oferente, cosa que no hizo. Luego no existía contrato.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla no dio lugar a la demanda. La Audiencia Territorial de Sevilla la confirmó. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso, obligando a la arrendadora a llevar adelante el derecho de tanteo.

²⁹⁶Sentencia de 30.1.1965 (n. 31).

De nuevo, los magistrados hicieron caso omiso a la necesidad de total identidad entre la oferta y la aceptación, esta vez argumentando que la determinación por parte de la arrendadora, María Romero, del momento de la entrega constituía "un momento de la fase ejecutiva del negocio", por lo que no afectaba a la perfección del contrato. Pero la verdadera razón fue que no les pareció correcto dejar a Carlos Fernández-Palacios sin posibilidad de traspasar el local sólo porque la propietaria se retractase de su inicial aceptación (que conllevó la pérdida de la opción de traspaso apalabrada ya por Carlos con un tercero) basándose en que la estipulación de un día concreto conllevaba la conversión de la aceptación en contraoferta.

- Sentencia de 14.3.1973²⁹⁷: La Sociedad Industrias Lácteas Cacereñas, S.A. envió a Germán Marcos, S.A. un pedido de dos autoclaves rotativas y otros aparatos. Debido a un accidente en el montaje de uno de los dos autoclaves, la vendedora, Germán Marcos, S.A., ofreció a la compradora la posibilidad de resolver el contrato (con devolución de las máquinas suministradas, más pago de 250.000 pts) o seguir con él adelante. La compradora optó por la resolución, pero condicionada al reconocimiento por ésta de su incumplimiento y al cobro de una fuerte indemnización. Ésta no contestó, por lo que no se llegó a ningún acuerdo, luego el primitivo contrato siguió en pie, y por lo tanto también la obligación de Industrias Lácteas Cacereñas, S.A. de pagar las máquinas. Ante el incumplimiento de su obligación, Germán Marcos, S.A. interpuso

²⁹⁷Sentencia de 14.3.1973 (n. 27).

la demanda solicitando el pago (866.000 pts). Por su parte, la demandada formuló reconvencción y solicitó la resolución del contrato.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega, de 14.9.1971, absolvió a la demandada y estimó en parte la reconvencción, declarando resuelto el contrato. La Audiencia Territorial de Burgos, en Sentencia de 15.5.1972, la revocó, y condenó a la demandada a pagar las máquinas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, al considerar la aceptación como una contraoferta, por estar condicionada y contener nuevos elementos.

En este supuesto, el Tribunal dejó claro en sus considerandos (sobre todo en el segundo) la falta de acuerdo entre las partes respecto de las propuestas y contrapropuestas: Germán Marcos, S.A. objetó la propuesta de resolver el contrato o seguir con él adelante, y tan sólo aceptó la primera si la vendedora "reconocía haber incumplido sus compromisos y pagaba una fuerte indemnización por gastos, daños y perjuicios"; para ello solicitó al notario que "requiera [a Industrias Lácteas Cacereñas, SA]... para que acepte la resolución del contrato por la causa expresada" (apartado F de la carta de contestación de Germán Marcos, S.A.). De todo ello se desprende que esperaba una respuesta afirmativa, que no llegó. Parece claro, por tanto, que ambas partes no se pusieron de acuerdo (un hombre medio extraería esa conclusión), luego la aplicación de la regla del espejo llevada a cabo por los magistrados en este caso no merma en nada la tesis que se defiende.

- Sentencia de 15.2.1974²⁹⁸: "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." solicitó un pedido de material para ventiladores a "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." mediante carta, en cuyo reverso contenía una serie de cláusulas impresas, una de las cuales hacía repercutir sobre el proveedor la penalidad que le pudiera ser impuesta por el retraso en el plazo de entrega. La carta de aceptación de "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." también contenía en el dorso un condicionado, donde se rechazaba cualquier penalización por incumplimiento del plazo previsto. Debido a un suministro defectuoso, "Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A." demandó a "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.", quien se opuso y formuló reconvencción. El Tribunal Supremo confirmó la Sentencia condenatoria de la Audiencia, al no considerar la respuesta de la suministradora como una aceptación sino como una contraoferta, aceptada por "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A." al utilizar los materiales.

Esta es la única sentencia que se ha encontrado donde el Tribunal Supremo afronta un problema típico de Battle of the Forms, y lo solucionó acudiendo a las clásicas reglas del espejo y de la última palabra. De sus antecedentes no se desprende con claridad si las cláusulas contradictorias de sendos reversos estaban mecanografiadas ad hoc o formaban parte de un condicionado general impreso en un formulario modelo utilizado por las partes en sus transacciones. Con todo, parece más probable y razonable la segunda posibilidad. Y por ello también desafortunada la solución adoptada²⁹⁹. Seguramente los magistrados, al enfrentarse con los hechos,

²⁹⁸Sentencia de 15.2.1974 (ver en n. 164 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos)

²⁹⁹Sin embargo, ALFARO considera correcta la resolución al entender que los términos fueron negociados realmente. Cfr. Las condiciones generales de la contratación. pp. 277 y s., notas 192 y 195.

no debieron ver ningún desequilibrio injusto (unfair) entre las partes y, por tanto, procedieron a aplicar sin escrúpulo dichas reglas. Pero probablemente sea más correcto considerar que ambos términos se anulaban entre sí, y acudir entonces a las reglas del Código Civil para resolver la situación. Porque, en caso contrario, si se invirtieran las posiciones, se llegaría a la solución contraria: los términos del contrato serían los de la aceptación (formulario de "Industrias Mecánicas de Tudela, S.A."); es decir, el proveedor se haría responsable de las penalidades consecuencia de su retraso en la entrega. ¿Y por qué razón la solución es tan diferente dependiendo de qué formulario constituya la oferta y cuál la aceptación? No parece haber lógica alguna en ello (siempre que se parta de la base que los términos no han sido negociados, como parece lo más probable).

- Sentencia de 19.6.1980³⁰⁰: es el caso con el que se inicia este capítulo, a saber, contrato de arrendamiento entre unos particulares y la Administración pública, quien, en el momento de formalizar el contrato como futura arrendataria, pretende realizarlo tan sólo respecto a la quinta parte del objeto inicialmente pactado.

Recordemos que el motivo de la retirada de la oferta fue el desfase económico producido por el retraso del expediente (16 meses), pues en ese periodo las rentas aumentaron un 200% y los costes de la construcción un 300%. Y éste fue el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo dio la razón a los propietarios.

³⁰⁰Sentencia de 19.6.1980 (n. 90).

- Sentencia 7.6.1986³⁰¹: el 7.9.81 la Sociedad Gosa S.L. envió un pedido de compra de unas máquinas a Mayor Hermanos S.A., incluyendo el precio y fórmula de pago. Sin embargo, el 9.9.81 lo anuló mediante conversación telefónica, siendo confirmado el 11.9.81 por medio de una carta certificada. El mismo 9.9.81, la Sociedad Mayor Hermanos envió una carta a Gosa S. L. por la cual acusaba recibo del pedido, daba conformidad al mismo, e informaba: "hemos situado en turno de entrega para proceder a su suministro". El 23.9.81 Mayor Hermanos remitió carta con acuse de recibo anunciando la resolución del contrato con petición de daños y perjuicios (500.000 ptas.). Ante la negativa de pago de Gosa S. L., fundamentada en la inexistencia de contrato, la actora le demandó y reclamó dicha cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia, en Sentencia de 16.4.1983, estimó la demanda y condenó al pago de la indemnización. La Audiencia Territorial de Pamplona, en Sentencia de 28.11.1983, estimó el recurso, revocó la Sentencia y absolvió al demandado. El Tribunal Supremo la confirmó, no dando lugar al recurso.

Entendió que la contestación dada por Mayor Hermanos S. A., "no remitiendo las máquinas pedidas sino aplazando su entrega y colocando simplemente el pedido en turno de entregas, sin señalamiento del plazo y sin contar con el asentimiento de la peticionaria" (Gosa S. L.), no era constitutiva de aceptación, sino que suponía una modificación o alteración de la oferta (tercer fundamento de derecho). Sin embargo, no es un argumento convincente, pues descentra el problema. No convence

³⁰¹Sentencia de 7.6.1986 (n. 28).

porque colocar el pedido en turno de espera no es en absoluto una alteración de la oferta, sino un uso corriente en el tráfico empresarial. Y lo descentra porque basa la argumentación en la falta de aceptación, cuando el verdadero núcleo del problema se encontraba en la eficacia o ineficacia de la revocación de la oferta (oferta el día 7, revocación telefónica el día 9, y por carta dos días más tarde -el 11-, aceptación por carta fechada el 9 y certificada el 11). En definitiva, la verdadera razón jurídica por la cual no había contrato era la tempestividad de la revocación.

Como se puede observar, en este caso, con base en criterios de justicia material, el Tribunal Supremo resolvió de manera contraria a otras ocasiones (cfr. sentencias de 3.11.1955 y 30.1.1965), pues también el supuesto añadido en la aceptación constituiría una modificación accidental y nunca una contraoferta.

La doctrina³⁰² ha criticado algunas de estas resoluciones que han considerado como válidas, y por tanto perfeccionado el contrato, aquellas aceptaciones que modificaban la oferta contractual, siempre que esas modificaciones no fuesen esenciales o se refiriesen a la ejecución del negocio formado (en concreto, las sentencias de 3.11.1955 y 30.1.1965). Hay quien ha opinado que tal desviación puede deberse al acogimiento de principios como el de efectividad o de conservación del negocio jurídico, pero la ha criticado al entender que los llamados elementos accidentales del negocio pasan a ser esenciales respecto del contrato concreto al que han de incorporarse³⁰³. Otro autor considera que la única manera de

³⁰² ALBALADEJO. Derecho Civil II. pp. 406 y s.; COCA PAYERAS. Artículo 1.262. p. 450; DIEZ-PICAZO/GULLON. Sistema. p. 71, nota 1; LUNA SERRANO. Elementos. p. 90.

³⁰³Cfr. LUNA SERRANO. Elementos. p. 90.

entender válida esa jurisprudencia sería considerar la oferta como aceptada plenamente y configurar la modificación introducida como una contraoferta: si el oferente la acepta, se rectifica o complementa el contrato ya formado; sino, queda vigente éste³⁰⁴.

b. Propuesta.

La tesis que aquí se defiende no rechaza, en absoluto, la necesidad del consentimiento de ambas partes para perfeccionar el contrato. O, si se prefiere, afirma que si una de las partes no está de acuerdo respecto de algún elemento -por insignificante que sea- contenido en la propuesta contraria, no puede haber contrato. Este criterio funcionaba bien en una economía tradicional, principalmente agraria y de industria poco desarrollada y local, donde el consumidor adquiría directamente del fabricante. Mas hoy en día la realidad económica es totalmente diferente: el consumidor no tiene relación directa con el fabricante o persona que introduce los bienes en el mercado, la mayoría de los contratos no son personalizados, sino en masa, donde las partes no tienen ocasión de modificar las cláusulas y donde lo realmente negociado es mínimo: el objeto, la cantidad, y, en algunos casos, el precio. Y, sin embargo, muchos llevan anejos un extenso y complejo clausulado (un ejemplo de ello, los contratos de seguro), que en realidad no ha sido objeto de la negociación. Y ese es el punto de arranque de la tesis: hoy en día, el acuerdo contractual debe versar sobre lo realmente negociado, de tal manera que aunque la oferta y la aceptación no coincidan, siempre que esa disconformidad se

³⁰⁴Cfr. ALBALADEJO. Derecho Civil II. pp. 406 y s.

base sobre elementos no efectivamente negociados por las partes, el contrato se forma³⁰⁵.

Así pues, tenemos que sobre los términos no negociados no es necesario un acuerdo contractual. Y en caso de falta de coincidencia entre la oferta y la aceptación, la solución será la nulidad parcial³⁰⁶: el contrato es válido, pero las cláusulas del condicionado general en que falta la coincidencia no pasan a formar parte del mismo contrato. Esta solución es también la establecida con carácter general para las condiciones generales en los contratos de consumidores por el artículo 10.4 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y se considera la más adecuada por las siguientes razones³⁰⁷:

a) evita las consecuencias negativas que tendría la nulidad del contrato para el adherente, cuando es precisamente éste el sujeto para cuya protección se dicta la norma que causa la nulidad;

b) las soluciones alternativas se revelan incongruentes con la finalidad protectora del derecho de las condiciones generales;

³⁰⁵En el mismo sentido, ALFARO [Las condiciones generales de la contratación. p. 278], quien tacha de artificial la solución de estos problemas en términos de oferta/aceptación (regla del reflejo y de la última palabra). Acertadamente opina que sólo será admisible este análisis en dos casos: cuando se produzca una auténtica negociación sobre los términos y cuando haya evidencia que una parte no hubiera contratado de no incluirse sus condiciones generales en el mismo.

³⁰⁶Cfr. en el mismo sentido ALFARO. Ibidem. pp. 279 y s. En el marco de las condiciones generales, Federico DE CASTRO Y BRAVO. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes (2ª ed). Madrid. Cívitas. 1985. pp. 87 y ss.

³⁰⁷Cfr. ALFARO. Ibidem. § 19. pp. 341 y ss.

c) el Tribunal Supremo ya había venido manteniendo la validez del contrato cuando declaraba la ineficacia de alguna condición o cláusula y no la consideraba incluida en el mismo.

De todas maneras, quizá el paso más difícil sea el que queda por dar: averiguar el contenido del contrato. Ante todo, el autor de estas líneas no es partidario de regular casuísticamente la cuestión, sino que considera preferible aceptar la posible formación de contratos sin una exacta coincidencia entre la oferta y la aceptación, y a la vez prever unos criterios con base en los cuales deba resolver el juez, quien, de esta manera, goza de un mayor margen de maniobra, pudiendo alcanzar la solución más justa con base en los hechos concretos del caso. A fin de cuentas, dilucidar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación. Estos criterios podrían ser³⁰⁸:

a) el juez no debe tratar de encontrar un denominador común para eliminar las contradicciones, pues ello redundaría en beneficio del que ha establecido en sus condiciones generales una regulación más amplia;

b) el juez tampoco puede sustituir a las partes y compensar unas cláusulas por otras tratando de equilibrar la relación;

c) las cláusulas contradictorias son sustituidas por el derecho dispositivo, como en cualquier otro caso de nulidad parcial;

³⁰⁸Los tres primeros tomados de ALFARO. Ibidem. pp. 280 y ss.

d) la parte beneficiada por los términos debe haber observado el principio de la buena fe en su conducta y en el cumplimiento de sus deberes de información hacia la otra parte;

e) se debe tener en cuenta los usos del sector.

Algunos de esos criterios ya son utilizados por la jurisprudencia; por ejemplo, con relación al contrato de seguro, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina confirmada en un buen número de sentencias según la cual las cláusulas limitativas de derecho del asegurado deben ser aceptadas de manera expresa y por escrito³⁰⁹.

En resumen, los principales puntos de la propuesta son los siguientes:

1) aunque la aceptación no coincida con la oferta, el contrato se forma siempre que los términos diferentes no hayan sido negociados;

2) determinar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación, con base en los criterios arriba expuestos;

3) las cláusulas contradictorias entre sí no forman parte del contrato, pasando esos aspectos a ser regulados por el derecho dispositivo;

³⁰⁹Véase un buen repertorio de casos en el capítulo V.2 de este trabajo.

4) las cláusulas adicionales (contempladas por una de las partes) deben considerarse como condiciones generales y aplicarles el control sobre su contenido, pues de lo contrario se incentiva que las partes regulen todas las cuestiones posibles, y, por consiguiente, aumenta la probabilidad de nuevos conflictos.

2. La solución prevista en el nuevo derecho común: Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

En las últimas décadas dos han sido los Convenios Internacionales que han afrontado el problema de la validez de la aceptación que se separa de la oferta. Y lo han hecho distinguiendo básicamente entre términos sustanciales y no sustanciales. El primero es el Convenio de La Haya sobre la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1964³¹⁰. El segundo es el Convenio de las Naciones

³¹⁰Conocido también en la literatura jurídica como ULFC: Uniform Law of the Formation of Contracts. Firmado el 1 de julio de 1964 junto con el Convenio sobre la Venta Internacional de Mercaderías, entró en vigor en 1972, al ser ratificado por Bélgica, Gambia, República Federal de Alemania, Israel, Italia, Luxemburgo, Holanda, San Marino y Reino Unido. Ambos fueron fruto de la Conferencia de La Haya, que tuvo lugar del 2 al 25 de abril del mismo año, cuyos textos oficiales, en francés e inglés, pueden consultarse en 834 United Nations Treaty Series (1972), para el primero de ellos, pp. 169 y ss., y para el segundo, pp. 107 y ss.

La disposición que regulaba el aspecto que interesa era el artículo 7, que establecía:

(1) La aceptación que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones será considerada como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) Sin embargo, la respuesta de una oferta que pretenda ser una aceptación pero que contenga términos adicionales o diferentes que no alteren materialmente los términos de la oferta constituirá una aceptación a menos que el oferente objete prontamente la discrepancia;

Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, comúnmente conocido como Convenio de Viena de 1980.

a. Génesis del Convenio de Viena.

Para estudiar y comprender el Convenio de Viena³¹¹ es muy importante conocer su elaboración³¹². Y para ello, cuanto menos se ha de

de no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Así pues, mientras el artículo 7(1) recogía como principio general la tradicional regla del espejo (total coincidencia entre oferta y aceptación), el apartado (2) preveía una excepción, basada en el criterio de la sustancialidad o no de la modificación; es decir, si los términos distintos contenidos en la aceptación modificaban o no sustancialmente los de la oferta.

Dos problemas se han hecho notar respecto de este artículo [cfr. VON MEHREN. *The "Battle of the Forms": A Comparative View*. pp. 275 y s.]: a) el primero hace relación a lo que haya que entenderse por modificación sustancial. Aunque el Convenio no lo dice expresamente, parece que dicha sustancialidad habrá que medirla en términos objetivos, lo cual permite una interpretación más amplia del artículo; b) el segundo se deriva de una laguna del Convenio: qué ocurrirá si con base en el artículo 17(1), una aceptación se convierte en contraoferta y el primitivo oferente la acepta al recibir los bienes y pagarlos, pero sin consciencia de los nuevos términos de la contraoferta. El Convenio nada dice al respecto, por lo que parece que se seguirá la *last-shot rule*, que es la solución tradicional.

De todas maneras, la importancia de ese Convenio ha sido escasa. Las razones de su fracaso pueden resumirse en cuatro: 1) escasa participación de los países del Tercer Mundo en la preparación de ambos textos; 2) su carácter exclusivamente dispositivo (ambos Convenios permitían la exclusión expresa o tácita de su aplicación); 3) las soluciones incorporadas: conceptos vagos, ámbito de aplicación excesivamente amplio,...; 4) la prelación de los usos sobre la ley [cfr. Carlos A. ESPLUGUES MOTA. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980*. 47 *Revista General de Derecho* (1991). p. 59; OLIVENCIA. *Ibidem*. pp. 386 y s.].

Puede consultarse, en general, Jorge BARRERA GRAF. *La Reglamentación Uniforme de las Compraventas Internacionales de Mercaderías*. México. 1965; John O. HONNOLD. ULIS: The Hague Convention of 1964. 30 *Law & Contemporary Problems Law Quarterly* (1965). pp. 326 y ss.; y Muna NDULO. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a Comparative Analysis*. 38 *International and Comparative Law Quarterly* (1989). pp. 1 y ss. También en la bibliografía que contienen los comentarios al Convenio de Viena de 1980 reseñados en la nota *infra*.

³¹¹La literatura sobre el Convenio es abundante, aunque escasa en nuestra lengua. Para su estudio son fundamentales cuatro obras: a) Cesare M. BIANCA/Michael Joachim BONELL (coordinadores). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan. Giuffrè. 1987; b) HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (2d ed) [existe una traducción al castellano de la primera edición (1981): *Derecho*

partir de 1964. Efectivamente, una vez adoptados en ese año los dos Convenios de La Haya, el UNCITRAL³¹³ decidió en 1968 crear un Grupo de Trabajo que los reformase y redactase sendos borradores. El objetivo era conseguir unos articulados que aunaran las distintas soluciones adoptadas por los diferentes sistemas legales, sociales y económicos en relación con la compraventa de mercaderías, y que de esta manera fueran ampliamente aceptados por la mayoría de Estados.

Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980). Madrid. EDESA. 1987; c) Peter SCHLECHTRIEM. Einheitliches UN-Kaufrecht. Tübingen. Mohr (Siebeck). 1981 [existe una traducción al inglés llevada a cabo por Richard Hyland, Profesor de Derecho en Norteamérica: Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Wien. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. 1986, que es la que seguiremos aquí]; y d) Ernst VON CAEMMERER/Peter SCHLECHTRIEM (coordinadores). Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1990; .

En cuanto a la bibliografía, los cuatro contienen unas buenas y completas recopilaciones, aunque indiscriminadas. También puede verse: (a) Peter WINSHIP. A Bibliography of Commentaries on the United Nations International Sales Convention. 21 The International Lawyer (1987). pp. 585 y ss.; del mismo autor, Bibliography. 22 The International Lawyer (1988). pp. 605 y ss., que complementa la del año anterior; y también del mismo, Bibliography. 24 The International Lawyer (1990). pp. 307 y ss.; (b) Michael R. WILL. Internationale Bibliographie zum UN-Kaufrecht (3d ed). Saarbrücken. Universität des Saarlandes, Europa-Institut. 1991.

³¹²Para ello son indispensables dos herramientas de trabajo: a) UNCITRAL. Yearbook (diez volúmenes, que recogen los años 1968 a 1979). New York. United Nations. 1971-1981, b) John O. HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. Deventer (Netherlands). Kluwer Law and Taxation Publishers. 1989. También puede ser útil cualquier introducción al Convenio contenida en alguna de las obras de referencia de la nota anterior, por ejemplo, HONNOLD. Uniform Law for International Sales. pp. 47 y ss.; o M. J. BONELL. "Introduction to the Convention", en BIANCA/BONELL. Ibidem. pp. 1 a 20. En castellano, Manuel OLIVENCIA. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual. 201 Revista de Derecho Mercantil (1991). pp. 385 y ss.

³¹³United Nations Commission on International Trade Law. Creado en 1966 con el objetivo de promover "la progresiva armonización y unificación del Derecho del Comercio Internacional", sobretodo "coordinando el trabajo de organizaciones activas en ese terreno y fomentando su cooperación entre ellas" y "promoviendo una mayor participación en los Convenios Internacionales existentes" [Resolución 2.205 (XXI), de 17.12.1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas]. Un interesante análisis del trabajo realizado por la Comisión durante sus diez primeros años de andadura puede verse en: Symposium. UNCITRAL'S First Decade. 27 American Journal of Comparative Law (1979). pp. 201 a 563: preparó normas internacionales uniformes para el arbitraje, transporte marítimo de mercaderías, instrumentos negociables y compraventas de mercaderías.

Así pues, el Grupo de Trabajo presentó un borrador de un nuevo Convenio sobre ventas internacionales de mercaderías al UNCITRAL, quien lo trasladó a la Asamblea General de la Naciones Unidas. Ésta decidió convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios con el objeto de estudiarlo y aprobarlo.

Esta conferencia se llevó a cabo en Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. Asistieron representantes de 62 estados y de 8 organizaciones internacionales³¹⁴. Después de sesiones de trabajo y discusiones, el Convenio fue aprobado por unanimidad.

El artículo 99 (1) prevé su entrada en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Este requisito se satisfizo el 11 de diciembre de 1986, al depositar simultáneamente sus instrumentos de ratificación Italia, la República Popular de China y los Estados Unidos. Por ello, el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1988³¹⁵.

³¹⁴Las organizaciones internacionales fueron el Banco Mundial, Bank for International Settlements, la Cámara de Comercio Internacional (ICC: International Chamber of Commerce), Central Office for International Railway Transport, el Consejo de Europa, la Comunidad Económica Europea, la Conferencia de La Haya sobre «Derecho Internacional Privado», y el UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado).

³¹⁵En la actualidad (principios 1991) forman parte del Convenio: República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Chile, República Popular de China, Dinamarca, Egipto, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Ghana, Hungría, Irak, Italia, Kosovo, Lesotho, Macedonia, Malawi, Méjico, Moldavia, Montenegro, Noruega, Nueva Guinea, Países Bajos, Polonia, Serbia, Singapur, Siria, Suecia, Suiza, Ucrania, Rusia, Venezuela, Vojvodina, Yugoslavia, y Zambia. En total, 34 países.

Aunque el Convenio de Viena formalmente no sea una revisión de los dos anteriores de La Haya, sí que tiene una intención clara de reemplazarlos para llegar a ser en el futuro el único instrumento que regule las compraventas internacionales de mercaderías a nivel mundial³¹⁶. Por ello dispone expresamente en su artículo 99 que los Estados que son parte de los Convenios de La Haya de 1964 deben denunciarlos en el momento de adherirse al nuevo.

b. Ambito de aplicación del Convenio de Viena.

Estos aspectos³¹⁷ son regulados por los artículos 1 a 6 del Convenio. Los tres primeros identifican las transacciones que quedan sujetas al Convenio, el cuarto y el quinto definen los aspectos a los que les es aplicable, y el artículo sexto establece su carácter dispositivo.

b.1. Transacciones sujetas al Convenio.

El Convenio se aplica a las compraventas internacionales de mercaderías³¹⁸, y el criterio básico para determinar la internacionalidad es que el comprador y el vendedor tengan su establecimiento -o, en su caso,

³¹⁶Cfr. BONELL. Introduction to the Convention, en BIANCA/BONELL. Comentary. p. 7.

³¹⁷Véase, en general, HONNOLD. Uniform Law for International Sales. §§ 39 a 84. pp. 75 a 134; Erik JAYME/Warren KHOO/M.J. BONELL. "Article 1 to 6", en BIANCA/BONELL. Comentary. pp. 27 a 64. SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 24 a 36.

³¹⁸El Convenio no define el concepto de mercaderías, pero puede elaborarse con base en algunas exclusiones del artículo 2 y otras disposiciones. Así, está claro que las mercaderías deben ser cosas tangibles, corporales, quedando fuera de este concepto los derechos inmateriales, la electricidad (no así el gas y el aceite), la tierra, etc. [cfr. HONNOLD. Ibidem. § 56. pp. 100 y ss.].

su residencia habitual [art. 10(b)]- en Estados diferentes. Tanto es así que, aunque el contrato se haya formado y ejecutado en un único Estado, e incluso aunque ese Estado no sea contratante, el contrato es internacional si ambas partes tiene sus establecimientos en Estados diferentes. Por establecimiento hay que entender el lugar permanente y regular donde una parte lleva a cabo sus negocios normalmente. Si una de las partes tuviera más de un establecimiento, el relevante será aquél que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento [art. 10(a)].

Pero ésto sólo no es suficiente para que el Convenio sea aplicable, sino que es necesario que exista una relación entre la transacción internacional y uno o más Estados contratantes. El Convenio fija en los apartados 1(a) y 1(b) del artículo 1 dos clases de relaciones, cualquiera de ellas suficiente:

a) que ambas partes tengan su establecimiento o residencia habitual en sendos Estados contratantes [art. 1.1(a)];

b) que las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante [art. 1.1(b)]. Al respecto se pueden dar tres situaciones:

1. Intervención de dos Estados: los más importantes convenios sobre ley aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías prevén, en la mayoría de las situaciones, como ley aplicable la del establecimiento del comprador o del vendedor³¹⁹. Éstas son las

³¹⁹Convenios de La Haya de 15.6.1955 y 22.12.1986, que reemplaza al anterior.

situaciones más normales: el vendedor tiene su establecimiento en el Estado A, que es contratante; el comprador tiene su establecimiento en el Estado B, que no lo es. Éste demanda a aquél ante los tribunales del Estado A, cuyas reglas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley del Estado A: el Convenio se aplica.

2. Intervención de tres Estados: la cuestión se complica al aparecer en escena un tercer Estado, ante cuyos tribunales se presenta la demanda. El criterio es acudir a la ley que prevean las reglas de derecho internacional privado del foro (del tercer Estado). De nuevo, lo normal será que prevean la aplicación del derecho del Estado del comprador o del vendedor; luego, aunque ese tercer Estado no sea contratante, se aplicará igualmente el Convenio.

3. Las reservas: el artículo 92(2) permite efectuar una reserva respecto de la Parte II ó III del Convenio; y el artículo 95 permite excluir la aplicación del artículo 1(1)(b). Estas reservas pueden generar algunas dificultades a la hora de delimitar la aplicación del Convenio a una caso concreto, mas como no es éste el objeto propio de este trabajo y España no ha efectuado ninguna, tan sólo dejar constancia de ello³²⁰.

La nacionalidad de las partes o las clasificaciones tradicionales de algunos ordenamientos entre contratos o sujetos civiles o mercantiles son irrelevantes a la hora de determinar la aplicabilidad de la Convención [artículo 1(3)].

Por su parte, el artículo 2 excluye del Convenio seis categorías específicas: las tres primeras basadas en la naturaleza de la transacción

³²⁰Para un estudio de mayor amplitud y profundidad, HONNOLD. Uniform Law for International Sales. §§ 44 a 48. pp. 80 a 94.

[párrafos a), b) y c)], mientras que las tres restantes en la naturaleza de las mercaderías [párrafos d), e) y f)]. Éstas son: a) mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico: en definitiva, las compras de consumidores; el objetivo es asegurarse que las leyes domésticas de protección a los consumidores no queden afectadas por el Convenio³²¹; b) compraventas en subasta; c) compraventas judiciales; d) valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) buques y embarcaciones; f) electricidad.

Por último, aborda dos situaciones específicas: a) mercaderías que han de ser manufacturadas: se considerarán compraventas a menos que la compradora proporcione una parte sustancial de los materiales necesarios [art. 3(1)]; b) contratos mixtos (transmisión de bienes más servicios personales o profesionales): el criterio básico radica en determinar la parte preponderante o de mayor peso en el contrato; así, si predomina la transmisión de bienes será de aplicación el Convenio, y, en caso contrario, la ley doméstica.

b.2. Materias reguladas por el Convenio.

La Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes del mismo. De esta manera, cualquier cuestión ajena a ambos aspectos queda regulada por la ley doméstica. En particular, el Convenio especifica su no aplicación a:

³²¹Cfr. SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 28.

- cuestiones referentes a la validez del contrato: aspectos como la capacidad de las partes para contratar, o las consecuencias del error, fraude, o desequilibrio de las prestaciones, son ajenas al Convenio [art. 4(a)].

- los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

- la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías (art. 5): la finalidad es excluir de su ámbito de aplicación la compleja cuestión de la responsabilidad del fabricante (product liability). A la vez, restringir el alcance del artículo 74, según el cual el vendedor que incumple el contrato es responsable de todos los daños previsibles sufridos por el comprador como consecuencia de su incumplimiento³²².

b.3. Carácter dispositivo del Convenio.

El artículo 6 establece que las partes podrán excluir la aplicación del Convenio, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. En otras palabras, es un derecho de carácter dispositivo. Lógicamente, el presente grado de libertad de las partes fue posible al excluir del Convenio ciertas transacciones y cuestiones (consumidores, responsabilidad del fabricante, validez, etc.).

³²²Cfr. KHOO. Article 5, en BIANCA/BONELL. Comentary. pp. 49 y s.

Este artículo se refiere únicamente a la exclusión o modificación del Convenio, mas no hay ninguna disposición que regule la cuestión de si las partes pueden hacer aplicable el Convenio a las transacciones que caigan fuera del ambito de los artículos 1 a 5. Con todo, parece que la respuesta es afirmativa³²³.

c. Elaboración del artículo 19 del Convenio de Viena.

Dicho artículo es el que trata de la aceptación que de alguna manera modifica la oferta³²⁴. Fue uno de los más polémicos y controvertidos del Convenio. Ya desde el principio se produjo una división entre tradicionalistas y reformistas, entre los sistemas legales de cariz socialista y los occidentales³²⁵.

El borrador de 1977 del nuevo Convenio reproducía en su artículo 13, con algunas modificaciones, el artículo 7 ULFC (1964):

³²³Véase un extenso análisis de la cuestión en HONNOLD. Uniform Law for International Sales. §§ 78 y ss. pp. 129 y ss.

³²⁴Sobre este artículo véase FARNSWORTH. "Article 19: Modified Acceptance", en BIANCA/BONELL. Comentary. pp. 175 a 184; HONNOLD. Ibidem. §§ 165 y ss. pp. 227 a 239; Richard HYLAND. Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, en Peter SCHLECHTRIEM (Hrsg.). Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht. Baden-Baden (Deutschland). Nomos Verlagsgesellschaft. 1987. pp. 305 y ss.; SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 54 a 57; SCHLECHTRIEM. Artículo 19, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. pp. 159 y ss.; y François VERGNE. The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 33 American Journal of Comparative Law (1985). pp 233 a 258, pp. 234 a 239.

³²⁵FARNSWORTH [Ibidem. p. 175 y ss.] señala que la discordia se dio entre tradicionalistas y reformistas, pero sin especificar los países que conformaban cada uno de los dos bandos. Por su parte, VERGNE [siguiendo al que fuera Presidente de la Conferencia de Viena, el profesor húngaro Gyula EÖRSI. A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 31 American Journal of Comparative Law (1983). pp 333 a 356, pp. 333 a 341] traza la línea divisoria entre países con sistema legal de corte socialista y de corte occidental [Ibidem. p. 234 y ss.].

(1) La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones será considerada como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) Sin embargo, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación pero que contenga términos adicionales o diferentes que no alteren materialmente los términos de la oferta constituyen una aceptación a menos que el oferente objete la discrepancia sin demora. De no hacerlo así, los términos del contrato son los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación³²⁶.

Ya en el Grupo de Trabajo creado por el UNCITRAL surgieron disputas. Aunque se presentaron enmiendas para suprimir el párrafo (2) del artículo 13 (la razón dada era que de esta manera se evitaban las dificultades de interpretación sobre qué modificaba y qué no modificaba sustancialmente los términos de la oferta), finalmente fueron rechazadas.

Durante los meses de mayo y junio de 1978 se celebró en Nueva York la 11ª sesión de UNCITRAL. En la discusión del artículo 13 del borrador surgieron de nuevo los problemas, pues los reformistas defendieron la redacción tal como estaba, mientras los tradicionalistas eran partidarios de reelaborarlo para así aumentar la certeza en su aplicación. Para salvar ese escollo se decidió organizar un Grupo de Trabajo ad hoc con el objetivo de llegar a una formulación de este artículo aceptable por todos. Su propuesta consistió en retirar el párrafo (2), por contradecirse

³²⁶Cfr. A/CN.9/142. IX Yearbook (1978). pp. 76 y ss. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. §§ 213 y ss. pp. 308 y ss. Los subrayados son nuestros e indican las modificaciones introducidas por el borrador de 1977.

con el principio general del (1) y por la dificultad de definir satisfactoriamente la noción de modificación sustancial de una oferta. Mas como no fuese aceptada por UNCITRAL, se llegó al compromiso de mantener el parágrafo (2), y como contrapartida, añadir un tercero, que trataría de reducir la ambigüedad del término "modificación sustancial" dando una lista no exhaustiva de las mismas:

(3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, entre otros, al precio, el pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran materialmente los elementos de la oferta, a menos que el aceptante, en virtud de la oferta o de las circunstancias particulares del caso, tenga motivos para creer que son aceptados por el oferente³²⁷.

También se introdujo un añadido en el parágrafo (1), insertando después de la quinta palabra («oferta») la frase "que pretenda ser una aceptación y". La finalidad era dejar claro que una respuesta que tan sólo hiciese sugerencias o indagara sobre la posibilidad de introducir elementos diferentes o añadidos no sería considerada como contraoferta³²⁸.

³²⁷El texto en inglés dice así:

(3) Additional or different terms relating, inter alia, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially, unless the offeree by virtue of the offer or the particular circumstances of the case has reason to believe they are acceptable to the offeror.

El subrayado es nuestro. Indica la frase del parágrafo que fue posteriormente retirada en la Conferencia.

³²⁸Cfr., en general, la discusión en UNCITRAL, A/33/17, Anexo 1. IX Yearbook (1978). §§ 163 y ss. p. 43. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. p. 377.

En la Conferencia de Viena de marzo y abril de 1980 la discusión rebrotó³²⁹. Los causantes fueron Bulgaria y Reino Unido, al proponer la retirada de los párrafos (2) y (3) con base en el argumento de la certeza y seguridad de las relaciones comerciales internacionales, y de manera subsidiaria, en caso de no ser aprobada, la retirada de la última frase del párrafo (3). Se aceptó tan sólo esta última³³⁰, consiguiendo de esta manera su fisonomía definitiva. A la vez se produjo una reenumeración del articulado, correspondiéndole a éste primero el número 17, y posterior y definitivamente el 19.

Un autor ha señalado, como se ha reseñado antes, que respecto a este artículo se produjo una división entre países socialistas (tradicionalistas) y occidentales (reformistas). Las razones de esta postura las resume en dos³³¹: a) el interés en la seguridad de las transacciones contractuales, como reflejo de los requisitos de una economía planificada; y b) el hecho que todos los países de Europa del Este implicados en la preparación del Convenio fueran miembros del COMECON³³². Éstos,

³²⁹Cfr. las discusiones en United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Viena, 10 March-11 April 1980, Official Records. U.N. Document No. A/CONF.97/C.1/SR 10. §§ 23 a 53. pp. 284 y ss. En HONNOLD. Ibidem. pp. 505 y ss.

³³⁰SCHLECHTRIEM lamenta esta decisión, pues de la otra manera se hubiera llegado a la solución regulada por el § 150.II del BGB. Cfr. SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 56. Decir, con todo, que la enmienda fue rechazada por un apretado 22 a 20.

³³¹Cfr. VERGNE. The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 237 y s.

³³²Consejo de Asistencia Económica Mutua (CMEA: Council for Mutual Economic Assistance): organización de cooperación económica intergubernamental entre Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Mongolia, Polonia, República Democrática de Alemania, Rumanía y la URSS, constituida en 1949 como reacción al Plan Marshall. En la actualidad tiene sus días contados, pues el 5 de enero de 1991 se firmó en Moscú su disolución. Las causas han sido el abandono de la planificación central y la estampida hacia la economía de mercado, lo que la ha dejado sin sentido. Para gestionar su herencia se ha creado la Organización de Cooperación Económica Internacional, que tiene como objetivo integrar a sus miembros en la economía mundial y en otras estructuras regionales según los principios de la economía de mercado. El contenido de dicha herencia son los más de

desde 1951, habían establecido entre sí un entramado de acuerdos bilaterales estipulando la aplicabilidad de un conjunto de reglas denominado "Condiciones Generales sobre la Entrega de Mercaderías"³³³, que preveían normas rígidas para la formación de los contratos. Por ello, esos países deseaban para el Convenio unas reglas lo más parecidas posible a las de sus Condiciones Generales.

Sin embargo, a la luz de los debates de la Conferencia, esta interpretación parece algo simplista, pues entre las delegaciones que defendieron la retirada de los parágrafos (2) y (3) se contaba también un buen grupo de países de corte occidental³³⁴. Y a la inversa, entre las que sostuvieron su mantenimiento se contaban a su vez países de corte socialista³³⁵.

Aparte de la disputa general arriba expuesta, se produjeron dos más, pero sin consecuencias prácticas.

quinientos acuerdos de cooperación y programas integrados firmados entre los miembros. En la práctica, la mayoría de ellos son intercambios bilaterales de energía y materias primas soviéticas contra productos de la industria europea oriental. El principal cambio reside en que antes se pagaba en rublos, y a partir de ahora se deberá hacer en dólares.

³³³General Conditions of Delivery of Goods between Organizations of the Member Countries of the Council for Mutual Economic Assistance (1968). Reproducido en Register of Texts of Conventions and other Instruments Concerning International Trade Law. Volumen I. Sales and International Payments. New York. United Nations. 1971 (E.71.V.3). También puede encontrarse en K. ZWEIFERT/J. KROPHOLLER. Sources of International Trade Law. Vol. I. Private and Commercial Law. Leiden. Sijthoff. 1971.

³³⁴No hay que olvidar que esta propuesta la presentaron tanto Bulgaria como Reino Unido, y expresamente la defendieron Argentina, Grecia, Checoslovaquia, España, Brasil, Irlanda e Italia. La República Federal de Alemania y Bélgica parecieron también inclinarse por esta postura, aunque no definieron su posición.

³³⁵Así lo hicieron constar de manera explícita Australia, Francia, la República Democrática de Alemania, los Estados Unidos de América, China, Finlandia, Noruega, Japón, Ghana, Chile y Dinamarca.

La primera tuvo su origen en la propuesta de aplicar el párrafo (2) a las confirmaciones: si después de concluir el contrato de compraventa, una parte enviase una confirmación que modificase los elementos de aquél, aquellos términos de la confirmación que no modificasen sustancialmente el contrato pasarían a formar parte del mismo, a menos que el destinatario de la confirmación objetase dicha modificación. Aunque recibió cierto apoyo, finalmente fue rechazada³³⁶.

La segunda se basó en la propuesta francesa de reducir los supuestos del párrafo (3) a tres (precio, cantidad y calidad) sin eliminar el carácter ejemplificativo de esa enumeración. Esa enmienda se basaba en tres razones: a) la excesiva extensión de la enumeración anterior, b) la falta de la condición de esencialidad de las restantes materias, c) la mención por el artículo 14 del Convenio únicamente de las dos primeras como determinantes de la oferta. Con todo, también fue rechazada³³⁷.

d. Estudio del artículo 19 del Convenio de Viena.

Así pues, el artículo 19 quedó redactado de la siguiente manera:

(1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras

³³⁶Cfr. A/CN.9/128. VIII Yearbook (1977). §§ 104 y ss. p. 82. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. p. 283. Y fue discutida y rechazada en A/CN.9/142. IX Yearbook (1978). §§ 213 y ss. pp. 76 y ss. En HONNOLD. Ibidem. pp. 308 y ss.

³³⁷Cfr. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Viena, 10 March-11 April 1980, Official Records. pp. 286 y s. En HONNOLD. Ibidem. pp. 507 y ss.

modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

(3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, el pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran materialmente los elementos de la oferta³³⁸.

d.1. Parágrafo (1) del artículo 19 del Convenio.

Este párrafo, al igual que el artículo 7(1) CFC, aunque con algunas modificaciones, refleja la regla tradicional según la cual la aceptación debe asentir todos los elementos de la oferta sin variación

³³⁸Esta es la versión oficial en castellano. La inglesa dice así:

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

ninguna. Si se diese algún tipo de alteración, la respuesta del aceptante equivaldría a un rechazo de la oferta y se convertiría en contraoferta (mirror-image rule). El Convenio zanja de paso, y en sentido afirmativo, la discusión acerca de la posible revocación compulsiva y automática de la oferta primitiva por la contraoferta: quedará extinguida cuando la contraoferta (la aceptación alterada) llegue al oferente³³⁹. Por lo tanto, desde ese momento el contraoferente no podrá retractarse y aceptar la primera oferta.

Merece la pena detenerse por un momento en las palabras "la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación". Este "pretende" es susceptible de varias interpretaciones:

a) aclarar que esa respuesta nunca ha sido jurídicamente una aceptación, en tanto en cuanto no reúne los requisitos necesarios para ello: desea serlo pero no lo es;

b) explicitar que no toda respuesta a una oferta constituye una aceptación, sino que caben contestaciones cuya única finalidad sea sondear la posibilidad de cambios en algunos de los elementos de la oferta (generalmente el precio), sin que ello signifique el rechazo de la primitiva oferta;

³³⁹Cfr. artículos 17 y 19 (1) del Convenio. De todas maneras, ese tema tampoco estuvo exento de discusión en el Grupo de Trabajo. Finalmente, en su 9ª Sesión se aprobó el artículo 17. Cfr. A/CN.9/142. IX Yearbook (1978). §§ 217 y ss. p. 77. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. p. 309.

c) dejar constancia de la importancia de la intención (elemento subjetivo) en el proceso de formación del contrato según el Convenio³⁴⁰; aunque no haya rebasado, ni mucho menos, al elemento objetivo³⁴¹.

Por otro lado, el término "respuesta" debe entenderse en un sentido amplio, por cuanto la oferta puede modificarse mediante palabras o actos. No parece correcto sostener que el artículo 19(1) se circunscribe sólo a las contestaciones orales o por escrito, sino también a todo acto del destinatario que pretenda indicar asentimiento. Y ello porque: a) el párrafo (2) del artículo 19, que trata de las modificaciones, vuelve a utilizar la misma expresión, y cabe que esas alteraciones sean consecuencia de un acto (como veremos más adelante), y b) respuesta es tanto la contestación a una carta o pregunta, como la acción con que uno corresponde a la de otro³⁴².

Hacer notar, por último, que el texto del Convenio utiliza la expresión "respuesta", que es un término neutral, para evitar con ello un error en el que cayó la § 2-207 UCC, que habla de "aceptación".

³⁴⁰Cfr. con artículos 14(1) y 18(1), en relación con la oferta y la aceptación, respectivamente. Artículo 14(1): "[l]a propuesta de celebrar un contrato... constituirá oferta si es... precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado...". Artículo 18 (1): "[t]oda declaración u acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación". Cfr., a su vez, con el artículo 8.

³⁴¹En la discusión del artículo 8, los redactores tuvieron que hacer frente y reconciliar las dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza del proceso contractual. Según una de ellas, la subjetiva, lo relevante es la intención, de tal manera que la declaración contractual debe interpretarse según esa voluntad (meeting of the minds). La otra, la objetiva, sugiere apartarse del sentido que la parte quiso dar a sus palabras, y fijarse en el sentido que una persona razonable habría dado a las mismas. Los redactores optaron por incluir ambas posturas: la subjetiva en el parágrafo (1) y la objetiva en el (2), para el caso que el anterior no fuera aplicable.

³⁴²Cfr. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la lengua española (21ª ed). Madrid. Real Academia Española/Espasa Calpe. 1992. p. 1265.

d.2. Parágrafo (2) del artículo 19 del Convenio.

Este párrafo contiene una excepción al principio general del párrafo (1), y a su vez una contraexcepción a aquélla. Principio general: cualquier aceptación que modifique de alguna manera la oferta constituye una contraoferta. Excepción: si la modificación no altera sustancialmente los elementos de la oferta y el oferente no objeta (u objeta tarde sin justificación), vale como aceptación. Contraexcepción: si el oferente objeta sin demora injustificada, no se forma el contrato. Para exponerlo de manera más gráfica, la aceptación que no coincide con la oferta debe superar dos obstáculos para llegar a perfeccionar el contrato: no modificar sustancialmente la oferta y no ser objetada por el oferente.

Con todo, este párrafo sugiere dos puntos de estudio:

a) Silencio del oferente.

Pongamos un ejemplo. Una azucarera envía una oferta de venta de 1.000 bolsas de azúcar a un precio determinado, y se compromete a entregarlas el 1 de diciembre. La oferta incluye una cláusula que dispone "la mercancía será empaquetada en bolsas seguras". Una empresa de caramelos acepta la oferta y para ello envía un pedido con los mismos datos, salvo una de las cláusulas, que establece "... entrega en bolsas nuevas". No se producen más comunicaciones. Antes del 1 de diciembre cae el precio del azúcar, y la dulcería cancela el pedido pues la azucarera no había aceptado su contraoferta³⁴³.

³⁴³El ejemplo se ha tomado de HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 167. pp. 229 y s.

Para resolver correctamente estos supuestos a la luz del Convenio, debe distinguirse entre:

(1) modificación sustancial: la respuesta no constituye aceptación, sino que es un rechazo y nueva contraoferta.;

(2) modificación no sustancial: en un principio vale como aceptación, pues la redacción del parágrafo (2) así lo da a entender ("la respuesta...que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación..."). Con todo, la respuesta debe superar el segundo obstáculo: la no oposición del oferente, quien goza para ello de un plazo indeterminado pero corto, como se verá más adelante.

Si, con todo, la respuesta vale como aceptación, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (si el nuevo elemento de la aceptación es adicional, se añade a los de la oferta; si es diferente, desplaza al contrario de la oferta). Y eso es importante, porque los redactores del Convenio podían haber optado por regular el contrato sólo con los términos de la aceptación, y ambas soluciones no son equivalentes. Si se escoge la segunda, la oferta puede contener términos que son silenciados por la aceptación, con lo que estos términos no formarían parte del contrato. Mas si se opta por la primera, el acuerdo contractual recoge tanto los términos de la oferta como los modificativos de la aceptación, pero sin desplazar los que contiene la primera y silencia la segunda. Por esto, parece más acertada la primera

fórmula: ya en ocasiones puede ser gravosa al oferente la solución del artículo 19 (2) como para que encima el aceptante, con su silencio, pueda eliminar alguno de sus términos.

b) Objeción del oferente.

Retomando el ejemplo anterior, supóngase que al recibir el pedido, la azucarera envía un fax a la dulcería y le comunica que no puede servirle el pedido en bolsas nuevas, sino que será en bolsas seguras pero de segunda mano. Sin demora, la empresa de caramelos le contesta insistiendo en que las bolsas deben ser nuevas, y la azucarera le vuelve a comunicar su negativa.

Tres aspectos se van a estudiar al respecto:

(1) Términos del contrato: en este caso el contrato no se ha formado, pues la azucarera objetó la modificación introducida por la respuesta a su oferta, con lo que ésta se convierte en contraoferta, que no es aceptada.

(2) Tiempo para objetar: el oferente goza de un plazo indeterminado, pero corto. Así es como parece que debe interpretarse ese punto. El párrafo (2) preceptúa que la objeción se efectuará "sin demora injustificada". ¿Cómo debe entenderse ese requisito? En primer lugar, del texto se deduce un límite claro, a saber, el momento de la entrega de la mercancía: no puede objetarse el elemento adicional o diferente una vez se han recibido los bienes (pues en todo caso estaríamos ante un caso de

incumplimiento o cumplimiento defectuoso). Luego este plazo de tiempo dura hasta la realización del contrato. En segundo lugar, el juicio acerca de la tardanza o dilación de la objeción del oferente es de difícil efectución a priori; por ello es preferible realizarlo en cada caso concreto, pero con una pauta hermenéutica clara: la interpretación debe ser restrictiva. Las razones en este sentido son dos:

1. Principio de conservación del contrato: el párrafo (2) del artículo 19 establece que la pretendida aceptación que contenga elementos modificativos que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación. Y a continuación recoge una excepción a esa afirmación general, a saber, cuando el oferente objete sin demora injustificada. Y como toda excepción, debe interpretarse de manera restrictiva.

2. Principio de la buena fe: el artículo 7(1) prevé la interpretación de la Convención teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la obsevancia de la buena fe en el comercio internacional. Y es claro que en el ámbito del Convenio [compraventa internacional de mercaderías que no sean para consumo particular (cfr. artículo 2)] este principio impone la rapidez en las comunicaciones.

Y no se diga que el artículo 18 contraría esta solución, pues precisamente el artículo 19(2) es un supuesto especial de aquél: el Convenio presume iure et de iure que la falta de objeción del oferente indica su aceptación.

(3) Diferencias con § 2-207 UCC: en este punto, la solución del Uniform Commercial Code es diferente que la del Convenio. Según el párrafo (1) de la § 2-207 UCC, la respuesta a una oferta vale como aceptación a pesar de contener modificaciones ("a... expresion of acceptance... operates as an acceptance even though it states terms... different..."), a menos que la otra parte objete dicha modificación, en cuyo caso el contrato se formará pero sin esos elementos nuevos [cfr. § 2-207 (2)(c) UCC].

Para centrar la discusión, puede ser útil el ejemplo anterior: la azucarera propone servir el pedido en bolsas seguras, mientras que la empresa de caramelos requiere bolsas nuevas. La primera le contesta e insiste en que las bolsas serán seguras, pero usadas. Y la segunda no acepta. Precisamente una de las mayores discusiones de la § 2-207 UCC se refiere a si los términos añadidos a la oferta han de ser adicionales o también pueden ser diferentes³⁴⁴:

1. § 2-207 (2) UCC admite tanto términos adicionales como diferentes: en este caso el elemento es diferente al de la oferta (nuevo-seguro), y el oferente le ha notificado la objeción a su modificación [§ 2-207 (2) (c) UCC], luego ese elemento diferente no se incluye en el clausulado contractual, pero las partes quedan vinculadas por un contrato cuyos términos son los de la oferta; en otras palabras, el azúcar deberá ser enviado en bolsas seguras, pero no necesariamente nuevas, a pesar de la insistencia del comprador en éste último aspecto³⁴⁵.

³⁴⁴Cfr. p. 151.

³⁴⁵Esta ha sido una de las consecuencias de la § 2-207 UCC que ha recibido mayores críticas por parte de la doctrina norteamericana.

2. § 2-207 (2) UCC no incluye términos diferentes: en este supuesto se pueden dar dos soluciones, (a) que los términos diferentes queden fuera del contrato, con lo que los términos que lo rigen son los de la oferta (entrega en bolsas seguras)³⁴⁶; (b) que ambos términos diferentes se anulen entre sí (knock-out rule), con lo que el contrato se ejecutará sin especificar si las bolsas serán nuevas o seguras³⁴⁷.

En resumen, en estos casos la § 2-207 UCC concede al oferente la posibilidad de objetar los términos modificativos, pero el contrato se forma de todas maneras, no con ese término objetado, aunque sí contrariamente a la voluntad de una de las partes. Y eso fue precisamente lo que los redactores del Convenio quisieron evitar. Por eso, si surge cualquier objeción a esa modificación, el proceso precontractual queda trabado y el contrato no se forma³⁴⁸. Así pues, en el ejemplo antes expuesto, la solución que se deriva de aplicar el Uniform Commercial Code es diferente de la del Convenio, pues en la primera existiría contrato mientras que en la segunda no.

d.3. Parágrafo (3) del artículo 19 del Convenio.

Este párrafo pretende aclarar cuándo una modificación es sustancial, mas no define lo que se entiende por tal, sino que incluye, a título de ejemplo, un listado de aspectos en los cuales cualquier

³⁴⁶Solución propuesta por SUMMERS, en WHITE/SUMMERS. Uniform Commercial Code. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.

³⁴⁷Solución propuesta por WHITE, en WHITE/SUMMERS. Ibidem. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.

³⁴⁸Cfr. HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 168. pp. 231 y s.

modificación es sustancial. Estos cubren la mayoría de elementos del contrato, por lo que muchos casos quedarán probablemente incluidos en la regla tradicional del párrafo (1).

(a) Carácter del párrafo (3): es claro que tiene una índole únicamente ejemplificativa, no taxativa. Y si la versión castellana puede ofrecer dudas al respecto ("en particular"), la versión inglesa las resuelve (among other things: "entre otras cosas")³⁴⁹. Dicho carácter refleja, por otra parte, el subjetivismo que impregna este artículo, consecuencia de una idea fija: evitar la formación de un contrato sin el consentimiento total de ambas partes. Por eso, éstas pueden elevar a elemento esencial cualquier aspecto del contrato, lo cual está en consonancia con el párrafo (2), que traba la formación del contrato a la más mínima objeción. Esto hace que el artículo 19, a pesar de las apariencias, esté anclado en la más tradicional doctrina contractual, pues requiere un acuerdo total de las partes, aun de aquellos elementos no negociados realmente por ellas³⁵⁰.

(b) Interpretación del párrafo (3): algún autor ha defendido que la frase final "alteran sustancialmente los elementos de la oferta" demuestra que el test de la sustantividad no se refiere a si un término modifica una materia que en sí es sustancial, sino a si ese término altera, en ese caso concreto, los elementos de la oferta³⁵¹. La interpretación es

³⁴⁹Por otra parte, al aprobar en su 11ª Sesión el borrador definitivo del texto propuesto para la Conferencia de Viena, el UNCITRAL indicó expresamente que esa lista no era exhaustiva. Cfr. A/33/17, Anexo 1. IX Yearbook (1978). § 167. p. 43. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. p. 377.

³⁵⁰Y es lo que ha llevado a algún comentador del Convenio a caracterizar este artículo como "extraordinariamente tradicional" [FARNSWORTH. "Article 19: Modified Acceptance", en BIANCA/BONELL. Comentary. p. 179 (remarkably traditional)]. Véase también HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 169. pp. 232 y s.

³⁵¹HONNOLD. Ibidem. § 169, nota 6. p. 232.

ingeniosa, pues frena la expansión del párrafo (3) al hacer depender el juicio de la sustantividad en si en el caso concreto ese término ha modificado sustancialmente los elementos de la oferta, no en si la modificación afecta a unas materias que de por sí son sustanciales. De tal manera que la sustancialidad se predica del término concreto y no de la materia afectada. Esto, forzando un poco la interpretación, permite también descongelar de esa sustantividad incluso las materias incluidas en este párrafo, pues ya no serían sustantivas e intocables, sino que dependería, en cada caso, del grado de modificación. Con base en ello, se podría defender, por ejemplo, que en un contrato de compraventa cuyo precio asciendiera a varios millones de pesetas, la diferencia de 5.000 ó 10.000 pesetas en el precio propuesto por las partes no evitaría la formación del contrato. Y esa interpretación se fundamentaría también en la necesidad de "asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional" [artículo 7(1)]. En definitiva, se propugna una interpretación laxa del artículo 19, y en concreto de su párrafo (3)³⁵².

d.4. Contrato de hecho.

El 15 de junio un empresario envía un pedido de maquinaria especializada para un tren de montaje que está instalando en una nueva fábrica. En dicho formulario se incluyen una serie de cláusulas: 1) precio, veinte millones de pesetas; 2) entrega, 30 de septiembre; 3) daños, el vendedor responderá de los causados por los defectos de la maquinaria; 4) disputas, cualquiera que surja se arreglará acudiendo al arbitraje.

³⁵²Interpretación así deseada por buena parte de los comentaristas: FARNSWORTH. "Article 19: Modified Acceptance", en BIANCA/BONELL. Comentary. pp. 182 y s.; HONNOLD. Ibidem. § 169. pp. 232 y s.

El 26 de junio el vendedor devuelve la confirmación del pedido, también en un formulario. Ambos coinciden en todo salvo en lo referente a los daños: el vendedor se responsabiliza de reparar los defectos que pudieran aparecer en la maquinaria, mas no los daños causados por ellos.

Ninguna de las partes alega nada. La maquinaria se envía, se instala, y cuando lleva funcionando una semana, se produce un accidente, causado por un defecto en la construcción de los rodetes, con daños corporales y materiales. El vendedor arregla el desperfecto pero no se hace cargo de los daños.

El artículo 19 no incluye de manera expresa una solución a este problema. No hay duda acerca de la existencia del contrato, pues si no, el vendedor no hubiera enviado la maquinaria y el empresario no hubiera consentido en su instalación y uso. El problema que se plantea en estos supuestos consiste en dilucidar los términos que contiene el contrato, pues las partes no están de acuerdo. Para afrontar este análisis hay que distinguir de nuevo entre elementos que modifican sustancialmente la oferta y que no. En el supuesto de estos últimos, no se plantea ningún problema, pues con base en el párrafo (2) del artículo 19 ese término diferente introducido por el aceptante se incluye en el contrato y desplaza a su contrario contenido en la oferta ("los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación"). La cuestión surge cuando el elemento modifica de manera sustancial.

En estos casos (intercambio de prestaciones con aceptación que modifica sustancialmente la oferta) los comentaristas se dividen en dos posturas:

a) last-shot rule³⁵³: con base en el juego entre el parágrafo (1) y (2) entienden que la pretendida aceptación pasa a ser una contraoferta, aceptada por el inicial oferente mediante su cumplimiento. En el ejemplo antes expuesto, el vendedor de la maquinaria sólo estaría obligado a reparar los defectos³⁵⁴.

b) gap-filling rule³⁵⁵: esta postura, en vez de plantearse la necesidad de escoger entre los términos de una de las dos comunicaciones en conflicto, entiende que se ha producido una laguna³⁵⁶, lo cual deberá ser resuelta por las disposiciones del Convenio a tal efecto. En este caso el contrato ha dejado sin resolver un aspecto en relación al cual ha surgido una disputa. Y ésa, cubrir esas lagunas, es básicamente la función de las reglas contractuales. En el ejemplo, podemos acudir al conjunto de reglas que la Convención incluye para los casos de incumplimiento de contrato (artículos 45 a 52 para las acciones y derechos del comprador, y artículos

³⁵³FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 179; SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 56.

³⁵⁴HONNOLD critica esta postura con base en tres argumentos: a) parece poco adecuado imponer la carga de prestar especial atención a los términos al que recibe la respuesta que pretende ser una aceptación y que crea esa ambigüedad, pues del artículo 8 (2) se puede extraer el principio general según el cual la duda se resuelve en contra de la parte que ha creado la ambigüedad; b) puede fomentar la falta de claridad en las respuestas; c) es una solución algo artificial [cfr. HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 170.3. pp. 237 y s.].

³⁵⁵HONNOLD. *Ibidem*. § 170.4. pp. 238 y s.; VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. pp. 276 y s.

³⁵⁶Implícitamente adoptan la knock-out rule sostenida por WHITE para el Uniform Commercial Code (ver *supra* n. 278): se anulan entre sí los términos contrarios y el aspecto queda desregulado.

61 a 65 para el vendedor), y, en especial, a la regla general para la determinación de los daños y perjuicios del artículo 74. Esta regla establece que la parte que incumple será responsable de aquellos daños previsibles como consecuencia de su incumplimiento³⁵⁷.

d.5. Resumen.

Aunque a primera vista parecería que el párrafo (2) introduce una modificación importante a la regla tradicional del (1), pues permitiría considerar perfeccionados contratos en los que no se dé una coincidencia total entre la oferta y la aceptación, el párrafo (3) malogra dicha posibilidad³⁵⁸. Sin éste, el artículo 19 podía dar lugar a expectativas reformadoras en la doctrina tradicional, pues en última instancia dependería de lo que se entendiera por "no alteren sustancialmente los [elementos] de la oferta", lo cual sería susceptible de una interpretación amplia. Pero con la introducción de este párrafo, el (2) ha quedado prácticamente vacío de contenido, por dos razones: primera, porque la lista de modificaciones que considera que "alteran sustancialmente los elementos de la oferta" abarca las usadas en la mayor parte de las

³⁵⁷El Convenio incluye dos reglas específicas para la determinación de los daños y perjuicios en caso de resolución del contrato por incumplimiento (artículos 75 y 76). Los supuestos típicos para esta resolución son: a) el vendedor no entrega los bienes o los entrega seriamente defectuosos, y b) el comprador no paga el precio. La regla del artículo 74 se aplica básicamente a los casos de daños causados por bienes defectuosos o entregados tardíamente, no incluibles en el ámbito de los artículos 75 y 76: maquinaria que no acaba de funcionar bien, suministro de materia defectuosa que targa algunos productos, retraso de algunos días en la entrega del pedido,...

³⁵⁸Tanto en el borrador de los Principios aplicables a los contratos internacionales, de UNIDROIT, como en el de los Principios del derecho europeo de contratos, sus redactores establecen en esta materia una distinción entre aceptación modificativa en general y aceptación modificativa en el seno de una relación entre condiciones generales. En el primer caso se adopta la solución del artículo 19 del Convenio de Viena, mientras que en el segundo se establece como criterio delimitador a la hora de aceptar o rechazar una cláusula su razonabilidad o normalidad.

ocasiones en los formularios. Y segunda, porque esta lista no es exhaustiva, luego caben modificaciones que no estén ahí contempladas y que sean sustanciales. En definitiva, el párrafo (2) queda reducido a modificaciones insustanciales, a errores tipográficos, etc., es decir, situaciones en las que, generalmente por error o por cláusulas de estilo, la aceptación no concuerda perfectamente con la oferta, pero dicha diferencia es del todo ínfima y sin importancia. Y en estos casos ya se encargaban los tribunales de dar por bueno el contrato³⁵⁹.

Algunos ejemplos ayudarán a comprender el funcionamiento de ese artículo³⁶⁰. En ellos se parte de la hipótesis que el comprador inicia la negociación enviando un pedido en respuesta a un catálogo o lista de precios del vendedor.

Ejemplo 1. El comprador envía al vendedor el pedido (formulario) ofreciendo comprar 100 kilos de papel. Éste le contesta mediante una carta de confirmación (también formulario) en la que acepta la oferta, repite los términos de la misma, y añade una cláusula de arbitraje no contenida en la oferta. El comprador no objeta. A consecuencia de un repentino aumento del precio del papel, el comprador no accede a recibir el pedido, y el vendedor le reclama una indemnización por daños debido al incumplimiento del contrato. Según el Convenio, el comprador no es responsable, pues su artículo 19 (3) establece que las cláusulas relativas a la resolución de controversias "alteran sustancialmente los elementos de la oferta". Por ello, el párrafo (2) no es aplicable al caso. Y con base en el

³⁵⁹Las vías utilizadas pueden verse descritas en HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 167. pp. 229 y s., y en FARNSWORTH. "Article 19: Modified Acceptance", en BIANCA/BONELL. Comentary. p. 178.

³⁶⁰Ejemplos tomados de FARNSWORTH, con algunos retoques. Ibidem. pp. 180 y ss.

parágrafo (1), la pretendida aceptación del vendedor es un rechazo de la oferta y a la vez una contraoferta, que no ha sido aceptada, luego no hay contrato ni posibilidad de indemnización.

Ejemplo 2. Los mismos hechos que en el ejemplo 1 pero suponiendo que el comprador recibe y paga el precio, y posteriormente reclama al vendedor que el papel no era de la calidad prevista, mas se niega a dirimir el conflicto mediante el arbitraje. El comprador está obligado por un contrato en los términos de la carta de confirmación del vendedor, y por tanto se debe someter al arbitraje. Efectivamente, con base en el parágrafo (1), la aceptación del vendedor es una contraoferta. Pero al aceptar el pedido el comprador, acepta con su conducta la contraoferta según el artículo 18(1), y por tanto queda ligado a los términos de la misma, incluida la cláusula arbitral.

Ejemplo 3. Supongamos los mismos hechos que en el ejemplo 1 pero con una diferencia: en la oferta el comprador establece que el pedido se enviará en el barco "Estrella de la Mañana", mientras que el vendedor dispone en su formulario de aceptación que el envío se efectuará en el "Lucero de la Noche". El vendedor es responsable por incumplimiento de contrato, al no acceder a recibir el pedido. El término diferente de la aceptación no es de los previstos en el parágrafo (3), ni se puede considerar que altere materialmente los elementos de la oferta. Por ello, la excepción del parágrafo (2) se aplica, y como el comprador no ha objetado la aceptación diferente, el contrato se forma.

e. Logros del artículo 19 del Convenio.

Los principales logros de este artículo del Convenio son su facilidad de aplicación y su certeza³⁶¹. El primero, porque introduce como criterio de perfección la sustantividad (modificación sustancial o no sustancial de la oferta). El segundo, porque el párrafo (3), a pesar de dar la impresión que vacía de contenido el párrafo (2), favorece de alguna manera la seguridad jurídica (aunque sea a costa de una cierta rigidez).

Pero no todo son alabanzas para el mismo. También tiene sus defectos y críticas.

f. Críticas al artículo 19 del Convenio.

Las críticas efectuadas contra este artículo han sido varias, y reflejan una realidad de fondo: el intento de reformar el derecho de contratos tradicional en el terreno de su formación, y su neutralización. Y en este forcejeo han quedado cabos sueltos.

La principal crítica hace referencia a la distinción entre términos que modifican sustancialmente los elementos de la oferta y los que no³⁶². Sobre todo, qué otros términos no recogidos en el párrafo (3) pueden considerarse que modifican sustancialmente el contrato. Se ha sugerido el

³⁶¹Cfr. VERGNE. The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 253 y ss.

³⁶²Cfr. FARNSWORTH. "Article 19: Modified Acceptance", en BIANCA/BONELL. Comentary. p. 182, y VERGNE. Ibidem. p. 256. Este último considera que, en general, el artículo 19 contiene conceptos demasiado vagos para llegar a uniformizar las soluciones judiciales.

caso de aquellas cláusulas que prevén que las negociaciones previas no modificarán o suplirán los acuerdos escritos del contrato. O el de las cláusulas de no modificación oral, por las que se veta la posibilidad de novar un contrato mediante un acuerdo verbal posterior.

Una segunda crítica reside en el alcance que haya de darse a algunas expresiones del párrafo (3)³⁶³. Por ejemplo, una cláusula de limitación de la responsabilidad tiene que ver con el "grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra". Pero ¿qué ocurre con una cláusula que excluya la responsabilidad en caso de fuerza mayor? No hace referencia al grado pero sí a la existencia de la responsabilidad. Y lo mismo puede ocurrir con una cláusula arbitral, que tiene relación con "la solución de las controversias". ¿Qué ocurre con una cláusula de elección de ley aplicable, pues no hace referencia a la solución de disputas pero sí a las reglas bajo las cuales las mismas serán dirimidas? Ante esto, como se ha dicho antes, parece preferible dar una lectura restrictiva de los supuestos de éste párrafo; así se consigue mayor flexibilidad en la aplicación del artículo 19, y también se conserva un ámbito de aplicación del párrafo (2), alcanzando un equilibrio entre tradicionalistas y reformadores.

Una tercera crítica se refiere a las lagunas que ha dejado este artículo por cubrir, sobre todo respecto a aquellas situaciones contractuales de hecho³⁶⁴.

³⁶³Cfr. FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 183.

³⁶⁴Cfr. VERGNE. The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 256 y s.; VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. pp. 276 y s.

Una cuarta crítica se basa en la falta de solución concreta al supuesto de las modificaciones en formularios o cláusulas impresas (Battle of the Forms), aunque comprende la dificultad de llegar a un acuerdo ante la falta de unanimidad respecto a la mejor solución a aplicar³⁶⁵.

4. Conclusión.

En las páginas anteriores se ha estudiado una cuestión que ha pasado desapercibida en nuestro ordenamiento y en nuestra doctrina, a saber, la falta de adecuación de la doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones comerciales, y en concreto, de lo anticuado del requisito de la perfecta identidad entre la oferta y la aceptación.

Y se ha estudiado a la luz del derecho comparado, para mostrar, primero, que la realidad económica ha dado lugar a la necesidad de regular ese aspecto, y segundo, cómo se ha solucionado la cuestión. Una voz autorizada³⁶⁶ ha afirmado que ante el fenómeno del desacuerdo de una parte respecto de algún elemento sustancial o esencial, las modernas regulaciones contractuales han intentado solucionarlo con base en tres principios:

³⁶⁵Cfr. SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 56.

³⁶⁶VON MEHREN. The "Battle of the Forms": A Comparative View. p. 277. Profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Harvard.

a) el contrato se forma si las partes han manifestado su intención en este sentido, aunque algunos de sus términos difieran, siempre que conozcan o debieran conocer esa contradicción;

b) en esos casos, ninguna declaración de las partes referente a ese aspecto se impondrá sobre la otra;

c) los tribunales completarán el contrato acudiendo al derecho supletorio, a los usos y a lo que ellos crean que es justo y equitativo.

El hecho que ya desde los años cincuenta esta problemática se haya regulado en los Estados Unidos de América, que el Convenio de Viena también incluya un artículo sobre la cuestión, y que la jurisprudencia alemana haya elaborado una doctrina sobre la misma, junto con otros fenómenos comparados de los que se ha dado cuenta a lo largo de estas páginas, demuestra hasta qué punto es necesario introducirlo en nuestro ordenamiento. Ciertamente, parece haberse demostrado que el Tribunal Supremo, a lo largo de los años, y cuando ha sido necesario por motivos de justicia material, ha flexibilizado el rígido criterio tradicional. Pero es necesario dar un paso más, y afrontar esa modificación de manera sistemática. En definitiva, eso es lo que se ha pretendido con este trabajo: hacer añicos el espejo.