

Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto

SALVADOR DURANY PICH

Profesor ayudante de Derecho Civil. Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. La regla del espejo: planteamiento y soluciones en el Derecho Comparado.—A. Introducción. 1. El caso de la sentencia TS de 19 de junio de 1980. 2. El derecho contractual y sus nuevos modelos. 3. El requisito de la coincidencia entre la oferta y la aceptación.—B. Soluciones en el Derecho Comparado. Francia. 1. Criterio tradicional. 2. Criterio moderno. a) Elementos objetivamente esenciales. b) Elementos considerados esenciales por las partes. 3. Aceptación que modifica la oferta: rechazo y contraoferta. 4. Resumen.—C. Soluciones en el Derecho Comparado. Gran Bretaña. 1. Criterio tradicional. 2. Propuesta de modificación.—D. Soluciones en el Derecho Comparado. Alemania. 1. Postura tradicional. 2. Ruptura con el análisis tradicional. 3. Nuevas soluciones. a) *Oberlandesgericht Köln*. b) *Bundesgerichtshof*.—E. Soluciones en el Derecho Comparado. Estados Unidos de América. 1. Criterio tradicional: § 59 *Restatement (Second) of Contracts*. a) Supuestos de aceptación válida. b) Supuestos no considerados como aceptación. 2. Criterio innovador: § 2-207 *Uniform Commercial Code*. a) Introducción. b) Funcionamiento. b.1. § 2-207 (1). b.2 § 2-207 (2). a) Comerciantes o no comerciantes. Modificación sustancial. b) Términos adicionales o diferentes. b.3. § 2-207 (3). b.4. Confirmaciones. b.5. Resumen. c) Conclusión. d) La Sección 2-207 UCC y el correo electrónico.—II. La regla del espejo en España.—A. Estado de la cuestión y propuesta. 1. La doctrina. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. Propuesta.—B. La solución prevista en el nuevo derecho común: Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. 1. Génesis del Convenio de Viena. 2. Ambito de aplicación del Convenio de Viena. a) Transacciones sujetas al Convenio. b) Materias reguladas por el Convenio. c) Carácter dispositivo del Convenio. 3. Elaboración del artículo 19 del Convenio de Viena. 4. Estudio del artículo 19 del Convenio de Viena. a) Parágrafo (1) del artículo 19. b) Parágrafo (2) del artículo 19. c) Parágrafo (3) del artículo 19. d) Contrato de hecho.

e) Resumen. 5. Logros del artículo 19 del Convenio de Viena. 6. Críticas al artículo 19 del Convenio de Viena.—C. Conclusión.

I. LA REGLA DEL ESPEJO: PLANTEAMIENTO Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

A. Introducción

1. *El caso de la sentencia TS de 19 de junio de 1980*

El 3 y 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 3.^a y 8.^a, con una superficie total de 5.700 m².

El 21 de noviembre de 1973 el concurso fue adjudicado provisionalmente a los antes citados, únicos concursantes, por un renta de 1.200 pts/m² anuales, y para la ubicación de todos los organismos antes nombrados. Un mes más tarde, el 28 de diciembre, el Director General del Patrimonio del Estado procedió a la adjudicación definitiva.

Sin embargo, el 4 de enero de 1974 la Administración requirió a los propietarios para la formalización del contrato, pero sólo respecto al 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 de marzo de 1974 los propietarios retiraron su oferta, a causa del desfase económico producido por el considerable retraso del expediente (16 meses entre el 31 de agosto de 1972 y el 28 de diciembre de 1973), ya que en ese período 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 n.º 1 de León dictó sentencia, en 30 de diciembre de 1977, en la que absolvía a los demandados. La Audiencia Territorial de Valladolid la confirmó en sentencia

de 13 de diciembre de 1978. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso (1).

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

2. El derecho contractual y sus nuevos modelos

Tradicionalmente (2) 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. De esta manera, la legislación contractual contemporánea sienta sus bases sobre ambos postulados.

Sin embargo, con el tiempo han surgido otras variables contractuales, 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) El primero de ellos es el de la *contratación por adhesión* —los contratos de adhesión—, en el que en su formación no se da un proce-

(1) Sentencia de 19 de junio de 1980 [(Ponente: Sr. CARLOS DE LA VEGA BENAYAS). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (junio 1980). N.º 235. pp. 625 a 638]. *Aranzadi* (1980), 3300.

(2) Para una panorámica general del derecho contractual y las nuevas formas aparecidas, véase, Arthur Taylor VON MEHREN. «A General View of Contract». *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. VII. *Contracts in General* Capítulo 1. Tübingen. J. B. C. Mohr (Paul Siebeck). 1982. También P. S. ATIYAH. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford. Clarendon Press. 1979. En nuestro ordenamiento.

so recíproco: una parte es la que lleva el peso, la otra simplemente debe prestar su asentimiento, adherirse. Tomarlo o dejarlo. Es el modelo que típicamente se aplica a las relaciones entre empresarios y consumidores (3).

b) El segundo es el de la *contratación mediante formularios*, donde existe un proceso negociador bilateral, mas el contenido del contrato no se lleva a cabo mediante negociaciones individuales sino por medio de formularios impresos, con espacios en blanco a rellenar. Este modelo es utilizado más frecuentemente en las relaciones entre empresarios, aunque a menudo también se acude al primero, pero sin serles aplicables las reglas de defensa de los consumidores.

3. *El requisito de la coincidencia entre la oferta y la aceptación*

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 si el aceptante introduce alguna modificación, no se considera aceptación sino contraoferta. Sin embargo, en la contratación actual muchas aceptaciones no coinciden exactamente con la oferta. Ello no porque las partes no estén de acuerdo en las cuestiones básicas (precio, cantidad, objeto) sino porque en cuestiones de menor importancia, y en ocasiones, incluso de manera inconsciente, el aceptante introduce una modificación a la oferta. Y, lo que es peor, por lo general el oferente 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 de manera típica en dos situaciones:

a) *Antes del cumplimiento*: una parte, normalmente 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. Un ejemplo de la misma lo tenemos en 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 concretaban con base en los precios de mercado, y ese año la mayoría de

(3) Véase, por todos, Jesús ALFARO AGUILA-REAL. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid. Cívitas. 1991.

los contratos lo establecieron alrededor de los 30 centavos el kilo. Sin embargo, a lo largo del año, debido a una serie de circunstancias (inundaciones en los campos, plantación tardía y devaluación del dólar), bajó la producción y subió el 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 la inexistencia del contrato 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 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 lo vendedores a cumplir el contrato al precio inicialmente establecido (4).

b) *Una vez se ha cumplido*: 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 discute la existencia del contrato, pues es claro que la respuesta es afirmativa, aunque sólo sea como consecuencia del comportamiento de las dos partes; la cuestión fundamental es determinar qué cláusulas son las que rigen el contrato. Un ejemplo lo tenemos en el caso también norteamericano *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* (5). 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 que estaba construyendo.

El 7 de noviembre de 1976 la demandada, *Pennwalt*, envió una propuesta de venta de dos secadoras centrífugas al vacío y dos filtros. En ésta se especificaba el objeto de la venta, el precio y las condiciones de entrega y pago. A la vez se refería a las garantías, y entre otras cosas decía lo siguiente: «[n]inguna acción derivada del incumplimiento

(4) El 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).

(5) *Daitom, 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*].

de la garantía podrá llevarse a cabo una vez 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. La propuesta estaba formada por un formulario cuyo anverso especificaba las condiciones particulares de ese contrato, y cuyo reverso contenía diecisiete cláusulas impresas. Una de ellas también hacía referencia a las garantías, y establecía: «[l]as garantías especificadas en este parágrafo... 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 las 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, aquélla demandó a ésta por incumplimiento de garantías y negligencia en la fabricación de los equipos.

El principal problema consistía en hallar una solución al conflicto entre los términos diferentes de ambas propuestas, pues eran contrarios (6): *Pennwalt* había limitado la garantía a *un año*, mientras que *Daitom* se remitió al plazo general de la ley, de *cuatro años*. El Tribunal entendió que existía contrato, y que ante dos regulaciones contrarias, 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 2-315), que establecían un plazo general de 4 años para reclamar. Por tanto, la acción se había reclamado dentro del plazo.

Volviendo a la cuestión antes planteada (aceptación no idéntica a la oferta, por lo general en cuestiones de menor importancia y de manera inconsciente), la doctrina contractual tradicional, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*, hace pivotar la solución sobre dos reglas claras:

a) *Regla del espejo* o *the mirror-image rule*: para que la contestación de una oferta constituya aceptación ha de coincidir sobre 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.

(6) Sobre el desarrollo de esta problemática puede verse más adelante, al hablar de la solución norteamericana, en las pp. 36 y ss.

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 esta 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. Como lo normal en la práctica es que el oferente sea el comprador y el aceptante el vendedor, el que realiza la posterior propuesta suele ser este 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 15.2.1974 (7): 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 al pedido, ésta encargó a «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» diverso material que tenía que servir en un plazo determinado (condición aceptada por ésta). La carta-pedido de la solicitante, de 18 de septiembre de 1970, contenía en el reverso unas 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 íntegramente la penalidad que a nosotros nos sea impuesta, haciéndose aquel 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 de octubre de 1970, que contenía también en el dorso un clausulado general, donde se consignaba, en cuanto a plazos, que «*no se acepta penalización por incumplimiento del plazo previsto*», y en cuanto a devoluciones de material, que «*el material defectuoso deberá ser devuelto por el cliente dentro de los tres meses siguientes a su expedición por nuestra fábrica*».

(7) Sentencia TS de 15 de febrero de 1974 [(Ponente: Sr. Antonio CANTOS GUERRE-RO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (febrero 1974). n.º 69. pp. 218 a 226]. Aranzadi (1974), 575.

ca. 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 que no fue aceptado por «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.»). A su vez, debido a los retrasos aludidos, «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» no pudo entregar a tiempo a «Compañía de Maquinaria Química, S.A.», por lo que ésta ejerció 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 que como máximo eran 133.082 ptas. 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. Esta se opuso a la demanda y formuló reconvencción, solicitando se condenase a la primera a pagarle 879.703 pts. como indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de contrato.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en sentencia de 6 de octubre de 1971, estimó en parte la demanda y condenó a «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» a abonar 951.168 pts., y también estimó la reconvencción, 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 de marzo de 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 reconvencción. 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 al 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 y fue «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 su retraso en la entrega. ¿Por qué la razón dependiendo de qué formulario constituya la oferta y cuál la aceptación la solución a que se llegue sea tan diferente? Aquí se muestra la rigurosidad de esa postura.

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

1.º) 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 esta regla se ha hecho con mala fe.

2.º) La regla del espejo acarrea la *regla de la última palabra*. Esta concede una importante ventaja a la parte que envía la última propuesta, ya que sus términos (contraoferta) serán los que regirán el contrato. El inconveniente es que 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 —que confirma el pedido—, por lo que esa ventaja la disfrutará de una manera gratuita e inmerecida.

Es por ello que con el tiempo se ha ido gestando entre los operadores jurídicos y económicos internacionales una opinión que se basa en dos afirmaciones (8):

a) para que un contrato se concluya no es necesario el acuerdo de todos los elementos del mismo. Esta afirmación parte de una distinción entre elementos esenciales y 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.

Por eso, el objeto de este trabajo consiste, en primer lugar, en estudiar las diferentes soluciones que el Derecho Comparado ofrece a esta cuestión, tanto en los países del *Civil Law* como en los del *Common Law*; en segundo lugar, analizar la situación en que se encuentra nuestro ordenamiento a la luz del Convenio de Viena de 1980 sobre com-

(8) Cfr. Ugo DRAETTA. La 'Battle of Forms' nella prassi del commercio internazionale. 11 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1986). pp. 319 y ss.

praventa internacional de mercaderías; y en tercer lugar, proponer 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 jurisprudencial (9). 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.

B. Soluciones en el Derecho Comparado: Francia

1. Criterio tradicional

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 oferta (10). Así lo entiende también la jurisprudencia, y un ejemplo de ello es la

(9) En 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 Althorney-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 of 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.].

(10) La bibliografía de referencia al respecto es:

a) Manuales y tratados: JACQUES GHESTIN. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat: formation* (2d ed). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1988. §§ 224 y ss. pp. 241 y ss.; ALEX WEILL/François TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (4d

sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de julio de 1967 (11). Después de unas negociaciones, un agente de Cambio y Bolsa envió a las partes el contrato de compraventa de valores que querían 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 *Credit 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, más la *Cour de Cassation* revocó la sentencia al considerar que aquélla había tomado la decisión de reconocer la formación del contrato sin cerciorarse si el acuerdo entre las partes había abarcado todos los puntos. Y como no fue así, no había contrato. Era un aplicación clara de la regla del espejo.

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, que la aceptación incluya algunos detalles minuciosos e insignificantes respecto a la propiedad objeto de la venta).

2. Criterio moderno

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

ed). Paris. Précis Dalloz. 1986. § 146. pp. 153 y ss.; Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD. *Droit Civil. Les Obligations*. Tomo 1. *Les Sources* (2e ed). Paris. Sirey. 1988 § 114. pp. 111 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. 1. *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 edición a cargo de François CHABAS). Paris. Montchrestien. 1991. § 138. pp. 128 y s.

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.

(11) 3è *Chambre civile de la Cour de Cassation*. 17 de julio de 1967. *Bulletin Civil*. III-1967. n.º 29.

1. La distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato;
2. La determinación de ese carácter de esencial 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 las disposiciones legales supletorias o los usos las que los regularán. Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de octubre de 1979 (12), que declaró perfeccionado un contrato de explotación de una cantera de grava en el que se había estipulado las parcelas a explotar y el precio por hectárea. El hecho que las modalidades de pago no se hubieran mencionado 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» (13), o «elementos centrales, específicos, que traducen la operación jurídica y económica que las partes han querido realizar» (14). Pero corresponde a la jurisprudencia trazar la delimitación. Esta, junto con la doctrina, distingue de entre los elementos objetivos aquellos que lo son por sí mismos de aquellos que así son tenidos por las partes:

a) *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

(12) *Lè Chambre civile de la Cour de Cassation*, 30 de octubre de 1979 (*Gazette du Palais*, 26 de febrero de 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 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 de febrero de 1919. D. 1923, 1, 126; también puede encontrarse en SCHMIDT-SZALEWSKI. *Droit des Contrats. Jurisprudence française* (n. 10). pp. 26 y ss.].

(13) AUBERT. *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats* (n. 10). § 52. pp. 57 y ss.

(14) Philippe DELEBECQUE. *Les clauses allégeant les obligations*. Aix-en-Provence. 1981. p. 198.

su formación un acuerdo sobre la *cosa* y el *precio* (15); luego esos son sus elementos esenciales. En consecuencia, por analogía con la compraventa, se puede afirmar del resto de contratos que *sus 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 París de 13 de diciembre de 1984 (16). 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 de 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 de inicio de 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 16 millones de francos, al entender que se había perfeccionado el contrato. La *Court d'Appel* de París 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 empezar, por lo que en su conjunto no se había dado el acuerdo). Luego tan sólo se llevó a cabo un intercambio de ofertas.

b) *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 expre-

(15) Artículo 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 un acuerdo respecto a la cosa y el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada o dicho precio pagado.»

(16) *Cour d'Appel* de París, *1e Chambre*, sentencia 13 de diciembre de 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.

sa, 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 de noviembre de 1962 (17): las partes se pusieron de acuerdo en la compraventa de una finca por un precio de 3 millones de francos, pero acordaron retrasar la perfección del contrato hasta el momento en que se fijasen las modalidades de pago.

3. Aceptación que modifica la oferta: rechazo y contraoferta

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 primitiva (18). Véase la sentencia de 12 de marzo de 1985 (19): una empresa dedicada al alquiler de vallas publicitarias ofreció a un cliente, una agencia de relaciones públicas, la utilización de 16 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.

Con todo, la doctrina se cuestiona si realmente la contraoferta conlleva la extinción de la oferta inicial, o, por el contrario, el destinatario de ésta (el contraoferente) puede más adelante aceptarla. Se pueden encontrar básicamente dos posturas:

(17) *1è Chambre civile de la Cour Cassation*, 26 de noviembre de 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 ss.

(18) Cfr. MARTY/RAYNAUD. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 114. pp. 111 y ss.; WEILL/TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 146. pp. 153 y ss.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. *Leçons de Droit Civil* (n. 10). § 138. pp. 128 y s.; GHESLIN. *Traité de Droit Civil* (n. 10). § 226-1. pp. 246 y ss.

(19) *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*. 12 de marzo de 1985. *Bulletin Civil*. I-1985. n.º 89, pp. 82 y ss. Puede verse la recesión de Jacques MESTRE. *Jurisprudence en matière de droit civil*. 85 *Revue trimestrielle de droit civil* (1986). pp. 100 y ss.

1. Unos consideran que la contraoferta, al implicar un rechazo de la oferta, conlleva automáticamente su terminación (20). 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 que citan 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 inicial (21). 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 formar 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.

4. *Resumen*

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.

C. Soluciones en el Derecho Comparado: Gran Bretaña

1. *Criterio tradicional*

En este supuesto (22) tradicionalmente ha regido la *mirror-image rule*. La aceptación que no coincidía plenamente con la oferta se consi-

(20) Cfr. AUBERT. *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats* (n. 10). § 297. pp. 274; WEILL/TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 146. pp. 153 y ss., texto y nota 19; 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.

(21) Cfr. principalmente GHESTIN. *Traité de Droit Civil* (n. 10). § 226-2, *in fine*. pp. 247 y ss.

(22) Las obras de referencia para el derecho contractual en este ordenamiento son: G. H. TREITEL en *Chity on Contracts*. Vol. 1. *General Principles* (26th ed). London. Sweet and Maxwell. 1989. §§ 56 y ss.; pp. 46 y ss.; G. H. TREITEL. *The Law of Contract* (8th ed). London. Stevens & Sons. 1991. pp. 13 y ss.; A. G. GUEST. *Anson's Law of Con-*

deraba 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. Wrench* (23). El vendedor, *Wrench*, ofreció al comprador, *Hyde*, una granja por £ 1.000. Este, en su respuesta, aceptó pero por £ 950. Como el vendedor rechazase tal precio, el comprador accedió a pagar £ 1.000. Ante la negativa de *Wrench* de vender, *Hyde* interpuso una demanda solicitando el cumplimiento del contrato perfeccionado. La *Court of Appeal* (24) 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 fue un rechazo de la primitiva oferta, seguida de una contraoferta (no deseo comprar a £ 1.000, ofrezco hacerlo a £ 950).

Con el tiempo, la rigidez de esta regla ha sido atemperada con base en un serie de criterios jurisprudenciales. Así, si los términos añadidos en la aceptación expresan lo que de todas maneras está implícito en la ley, tales adiciones no impiden la formación del contrato. De la misma manera, si los términos adicionales benefician exclusivamente al oferente, o no tienen contenido sustantivo (por ejemplo, son simples peticiones de mayor información), tampoco previenen el contrato. Para dirimir tales conflictos, los tribunales utilizan como criterio el de si una persona media consideraría que tal aceptación contiene términos añadidos o no.

Una aplicación moderna de esta regla, en el supuesto concreto de contratación mediante formularios, es el caso *B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd.* (25). El demandante, *B.R.S.*, entregó una remesa de whisky al demandado, *Crutchley*, para su almacenamiento. El transportista del primero facilitó una nota de entrega en la que, en términos impresos, se proponía que el contrato se rigiese por sus condiciones de transporte. Esta 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 a

tract (26th ed). Oxford Clarendon Press. 1984. pp. 32 y ss.; P. S. АТТЯН. *An Introduction to the Law of Contract* (4th ed). Oxford. Clarendon Press. 1989. pp. 70 y ss.; *Halsbury's Laws of England*. Volume 9 *Contracts* (4th ed). London. Butterwoeths. 1974 (contiene *Cummulative Supplement* hasta 1991). En general, una buena introducción al derecho inglés en Philip S. JAMES. *Introduction to English Law* (12th ed). London. Butterwoeths. 1989.

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

(24) La *Court of Appeal* es la última instancia de apelación en el ordenamiento inglés en materia civil y penal, sin perjuicio que en algunos supuestos se pueda acudir a la *House of Lords*, siempre que el asunto sea de general importancia pública [cfr. JAMES. *Introduction to English Law* (n. 22). pp. 40 y ss.].

(25) *B.R.S. y Arthur V. Crutchley Ltd.* 1 All England Reports (1968), pp. 811 y ss.

favor del demandado, considerando 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*).

2. 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.* (26) El juez, Lord Denning, MR (*Master of the Rolls*) (27). 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. Esta 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: mientras el formulario de la vendedora nada decía de los costes de entrega e instalación, el de la compradora estipulaba que éstos se entendían incluidos en el precio acordado; mientras el segundo le permitía rechazar los bienes si tenían algún defecto, o resolver el contrato si se demoraba la entrega,

(26) *Butler 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) Rick RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms. 42 *Modern Law Review* (1979). pp. 715 y ss., en concreto, pp. 717 y ss.; b) John ADAMS. Note: The Battle of the Forms. 95 *Law Quarterly Review* (1979). pp. 481 y ss.

(27) El 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* (n. 22). pp. 40 y ss.].

el primero nada decía al respecto. A su vez el formulario de aceptación contenía una cláusula por la que establecía que el precio acordado era fijo, en claro desacuerdo con la del oferente. 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 había aumentado £ 2.892. 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 contenido (28). El contrato quedaría formado si las partes se ponían de acuerdo en todos los aspectos o términos materiales, aunque hubieran otros elementos del contrato en los que difirieran. La determinación del contenido del contrato sería el paso siguiente. Para ello, Lord Denning 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 manifestaba a éste tal diferencia. Sal-

(28) *Butter Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* 1 Weekly Law Reports (1979). pp. 402 y ss.

vo 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 el 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 (posteriormente porque se contradijeran), dichos términos deberían ser sustituidos por otros más razonables.

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 jueces (29).

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 ventajas (30). Las principales críticas son tres: (1) no desincentiva el infinito intercambio de formularios; (2) el requisito de manifestar expresamente a la otra parte la diferencia sustancial que puede afectar al precio es poco práctico, pues prácticamente cualquier término puede afectar al precio; (3) la categorización de las tres diferentes clases de términos (31) 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.

(29) Uno 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*). *Butter Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* 1 Weekly Law Reports (1979), p. 405.

(30) Cfr. RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms (n. 26). pp. 718 y ss, 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 (n. 26). p. 484].

(31) La 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 se necesita un acuerdo sobre los mismos, pero la aceptación no los puede incorporar al contrato al 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. Pueden ser sustituidos por otros más razonables.

D. Soluciones en el Derecho Comparado. Alemania

En este ordenamiento (32), como ya se ha apuntado, el giro lo ha dado la jurisprudencia, y de una manera progresiva. En dicha evolución se pueden diferenciar tres períodos o gradaciones (33):

1. Postura tradicional

Hasta los años setenta se siguió el análisis clásico en los problemas de oferta y aceptación (34). 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 del *last shot*, el último que manifestaba algo. 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».

(32) 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.

(33) Seguimos 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.; Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Tomo II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York. Springer-Verlag. 1965. §37.3, pp. 672 y ss.; *Münchener Kommentar-Kötz* (2. Auflage). München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1984. §2 AGBG, n.º 31. Debido a mis escasos conocimientos del idioma alemán, he acudido a dos fuentes distintas, una personal y otra material, para tratar la cuestión en este ordenamiento. Respecto de la primera, el profesor Pablo SALVADOR CODERCH me ha facilitado un resumen personal de los capítulos del manual de Werner FLUME que tratan de la oferta y la aceptación, a la vez que me ha hecho sugerentes comentarios, no ya en este punto, sino de todo el trabajo; y Hans Günther ULLRICH (Dr. iur.) ha tenido la amabilidad de conversar conmigo sobre la situación de las diferentes cuestiones de las que trata el trabajo en el derecho alemán, a la vez que se ha prestado a revisar los borradores y ha contribuido a la selección de la bibliografía: a ambos mi agradecimiento. Respecto de la segunda, me he valido de diversos artículos doctrinales en inglés, principalmente el antes citado.

(34) Si 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*. Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. 1935 (reeditado en 1961). pp. 224 y ss.], 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.

2. Ruptura con el análisis tradicional

Ya en los setenta 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 de septiembre de 1973 (35). Los hechos fueron como siguen: las partes negociaron la compra de un silo. El 1 de diciembre de 1969 el comprador, demandado, envió el pedido mediante formulario, en el que 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: (1) la entrega del silo se efectuaría en la segunda quincena de abril de 1970, con la advertencia que dicha fecha era aproximada y en ningún caso vinculante; (2) se excluía cualquier responsabilidad por daños derivados del retraso en la entrega.

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

Finalmente, en junio del mismo año, el comprador recibió el silo y lo comenzó a utilizar, pero tan sólo pagó parte del precio. La otra restante la retuvo 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 había 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

(35) BGH 26 septiembre 1973. 61 *BGHZ*. pp. 282 y ss.

significativamente de los de la oferta. Segundo, porque 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 efectuaría según sus propias condiciones. Y el vendedor no lo 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 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*: (1) dejó de lado la doctrina del *last shot*, (2) separó las cuestiones de formación del contrato de las de su contenido, (3) sin embargo, no formuló los criterios a seguir para establecer los términos de un contrato en estas situaciones conflictivas.

3. Nuevas soluciones

a) *Oberlandesgericht Köln*

La sentencia del *Oberlandesgericht* (OLG) de Colonia de 19 de marzo de 1980 (36) 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 contenida en los términos de una parte y no en los de la otra. 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 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 una 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

(36) OLG Köln 19 marzo 1980. *Betr* 1980. pp. 924 y ss.

a formar parte del mismo. Y en los que no, se incorporarían de manera supletoria las normas que el Código hubiera previsto.

b) *Bundesgerichtshof*

La sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de marzo de 1985 (37) aceptó el análisis de la OLG de Colonia. Una empresa, mediante un formulario de pedidos, solicitó una serie de relojes de horno. Una de las cláusulas establecía que la aceptación de la oferta implicaba también la de los términos del formulario, y para que cualquier modificación fuera efectiva era necesario que la aceptase expresamente y por escrito el comprador.

El vendedor aceptó la oferta mediante una carta de confirmación, que 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 una vez entregados y hasta su pago efectivo, la otra establecía que el contrato se regiría por sus cláusulas.

Los relojes se enviaron, pero entre el momento de recibirlos y la fecha de 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 llegar a un acuerdo. Por ello, serían las normas del Código las que de manera supletoria se aplicarían a la cuestión. 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 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 originar (38). Estas parten de dos premisas: (1) las partes pueden acordar vincularse contractualmente aunque sospechen o sean conscientes que existe un desacuerdo respecto a una serie de elementos materiales; (2) tales contratos son tratados como incompletos o indefinidos, en los que las normas supletorias se aplican a los aspectos en los que no hay acuerdo.

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

(38) Cfr. VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). pp. 294 y ss., quien considera que son muy similares a las adoptadas en el derecho de contratos norteamericano (*Uniform Commercial Code*).

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

El ordenamiento de este país forma parte del *Common Law*, lo que significa que es un derecho de creación jurisprudencial. El derecho de contratos norteamericano no se consolidó como disciplina autónoma hasta mediados del siglo XIX, y alcanzó su edad de oro durante la primera mitad del siglo XX (39). Es entonces cuando aparecieron dos de los tratados más influyentes de ese ordenamiento (40), junto con las dos sistematizaciones más importantes de la materia, el *Restatement of Contracts* (41) y el *Uniform Commercial Code*(UCC) (42).

(39) En general, para una historia del Derecho Norteamericano véase Lawrence M. FRIEDMAN. *A History of American Law* (2d 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. Para adquirir unas nociones básicas sobre su funcionamiento, es útil E. Allan FRRANSWORTH. *An Introduction to the Legal System of the United States* (2d ed). London/Rome/New York. Oceana Publications, Inc. 1983.

(40) a) Samuel WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts*. 8 Vol. (3.ª ed. a cargo de Walter H. E. JAEGER, con *commulative 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 este trabajo.

(41) Los *Restatements of the Law* están considerados como una autorizada obra de la doctrina. Son promovidos por el *American Law Institute* (ALI, fundado en 1923), con la finalidad de sistematizar 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 a la vez más sistemática (cfr. FRIEDMAN. *A History of American Law* (n. 39). 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 las áreas de *Contracts*, *Torts*, *Agency*, *Trusts*, *Conflict of Laws*, *Judgement*, *Property*, *Security Transactions* y *Restitution*. Cada uno de ellos está dividido por secciones (el equivalente en nuestro ordenamiento a los artículos). Estas 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.

(42) El UCC tiene su primitivo origen en la *Uniform Sales Act* de 1906, auspiciada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). Esta

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 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 Law*. Uno de los primeros en ser completados fue el *Restatement of Contracts* (43), en 1932. Respecto al UCC, su origen más remoto se encuentra en el derecho de los mercaderes que

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. En una veintena de años llegaron a redactar media docena de ellos, siendo el arriba reseñado uno de los más importantes. Sin embargo, a finales de los años treinta todas esas *Acts* quedaron obsoletas.

Por eso, en 1940, la NCCUSL junto con la ALI concibió la idea de redactar un código de comercio que modernizase y relevase las viejas *Acts*. El profesor Karl Nickerson LLEWELLYN (1893-1962) fue nombrado principal redactor (*Chief Reporter*). El primer texto oficial del *Code* fue publicado en 1952 como *1952 Official Text*. 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 Text*.

Con todo, en la primavera de 1988, el *Permanent Editorial Board UCC* y el ALI, de acuerdo con la NCCUSL, decidieron revisar el Artículo 2, y para ello se erigió un Grupo de Estudio con el objetivo de identificar los principales problemas y proponer sus soluciones. En la actualidad se está trabajando en ello, y los principales problemas y las reformas recomendadas han sido publicados en *PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report* [Philadelphia (Penn.). Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code. 1990].

En 1990 estaba en vigor en todos los Estados menos en el de Louisiana (donde tan sólo lo está parcialmente) uno de los *Official Text* del UCC. 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 discutible.

(43) *Restatement 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 de WILLISTON. 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 Roberts BRAUCHER y, principalmente, E. Allan FARNSWORTH.

se aplicó 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*).

Así pues, el derecho contractual norteamericano (44) 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.

Por lo que respecta al estudio de nuestro tema, deberemos hacerlo desde dos perspectivas distintas: una según las normas del *Common Law* en materia de contratos, y otra según las reglas del UCC para los contratos de compraventa de bienes.

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

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

(44) La bibliografía básica de referencia es la siguiente:

a) Clásicos: WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40); CORBIN. *Corbin on Contracts* (n. 40). Dos tratados que ningún investigador de la materia puede dejar de lado.

b) Manuales: E. Allan FARNSWORTH. *Contracts* (2d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company. 1990; John D. CALAMARI/Joseph M. PERILLO. *The Law of Contracts* (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1987; John Edward MURRAY, Jr. *Murray on Contracts* (3d ed). Charlottesville (Virginia). The Michie Company. 1990.

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

d) Casebooks: el mejor, Fiedrich KESSLER/Grant GILMORE/Anthony T. KRONMAN. *Contracts, Cases and Materials* (3d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company, 1986; también, sobre todo para UCC, Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. *Sales, Teaching Materials* (n. 5).

e) Análisis económico del Derecho de Contratos: 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; Robert COOTER/Thomas ULEN. *Law and Economics*. Capítulos 6 y 7. Glenview (Illinois)/London. Scott, Foresman and Co. 1988. pp. 212 a 325; 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.

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: lo que le interesa no es la promesa de B, sino su cumplimiento) (45). En otras palabras, y a los efectos que aquí interesa, la oferta puede buscar una promesa o un cumplimiento.

Entrando ya en materia, *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 rigidez de sus inicios (46). Así pues, la aceptación debe ser en todo igual a la oferta, debe ser 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 oferta (47), la no per-

(45) De 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.

(46) Cfr. WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40). § 72. pp. 235 y ss.; CORBIN. *Corbin on Contracts* (n. 40). § 82. pp. 130 y ss.; FARNSWORTH. *Ibidem.* § 3.13. pp. 148 y ss.; MURRAY. *Murray on Contracts* (n. 44). § 48. pp. 155 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). § 2-20 (e). pp. 98 y ss.; *Restatement (2d) Contracts* § 59.

(47) Esta es la opinión mayoritaria [cfr. WILLISTON. *Ibidem.* § 77. pp. 25 y ss.; MURRAY. *Ibidem.* §§ 42(D) y 48(B). pp. 110 y ss., 155 y ss.; FARNSWORTH. *Ibidem.* §

fección del contrato, y vale como contraoferta, siempre que reúna los requisitos de una oferta (48).

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, veremos por separado en qué casos se ha entendido la aceptación como apta para perfeccionar el contrato y en qué otros no.

3.21. p. 170]. 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 siga 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:

A reply 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. [La contestación de una oferta, aunque pretenda aceptarla, que añada elementos o requiera el cumplimiento de condiciones, no es una aceptación sino una contraoferta].

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.

(48) Sobre los requisitos de la oferta, véase FARNSWORTH. *Ibidem.* §3.10. pp. 135 y ss.

a) *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:

— *Cuando el aceptante, por precaución, inserta en su declaración una condición que únicamente expresa lo que de todas maneras se entiende implícito con base en los hechos, los usos 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;

— *Cuando el oferente busca una promesa como aceptación y el aceptante, sin alterar ni añadir ningún término, acepta mediante el cumplimiento.* Pareciera que no sería válida, pues el oferente ha exigido expresamente una promesa, más su validez se justifica con base en que el cumplimiento actual es más valioso que la mera promesa;

— *Cuando el aceptante asume todos los elementos de la oferta pero establece que no tendrá efecto hasta que suceda, o deje de suceder, un evento futuro.* Esto es fruto de una distinción (49) entre la aceptación 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;

— *La respuesta que indica insatisfacción o descontento con la oferta, pero que aún así manifiesta un equívoco 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»;

— Por último, *si el destinatario de la oferta la acepta inequívocamente 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 mismos, el contrato se ha*

(49) Originaria de WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40). § 77A. pp. 256 y ss.

formado, y los términos sugeridos constituyen una nueva oferta (50); de todas maneras, ha de quedar claro que esta nueva oferta es totalmente independiente de la aceptación.

b) *Supuestos no considerados como aceptación*

— *La aceptación condicional*: toda respuesta que pretenda ser una aceptación, pero que está expresamente condicionada a un requisito no especificado en la oferta. 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 contraoferta (51).

— *La respuesta que indique un mero conocimiento o recepción de la oferta*; por ejemplo: «hemos recibido su amable oferta y la someteremos a consideración»;

— *Cualquier respuesta a una oferta que modifique sus términos*, siempre que no esté comprometida en uno de los supuestos descritos en el apartado anterior.

En resumen, la doctrina tradicional en materia de aceptación ha sido que ésta no varía en nada los términos de la oferta. Tan sólo es válida una divergencia en la aceptación que no modifique de manera cuali-

(50) En 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.

(51) *Restatement (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 también por influencia del § 2-207 ICC. Véase THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Contracts. Tentative Draft No. 1*. Philadelphia. The American Law Institute. 1964. § 60. pp. 252 y ss.

tativa la oferta, pues sería insustancial o no esencial. Y eso entendiéndolo de modo restrictivo.

2. Criterio innovador: § 2-207 Uniform Commercial Code (52)

a) Introducción

El principal propósito del § 2-207 (53) es 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 tempestiva expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada en un tiempo razonable vale como aceptación aunque contenga elementos adicio-

(52) El UCC está dividido en once Artículos, 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 (que es el que regula la compraventa de bienes) y a su Parte 2 (que disciplina la formación del contrato). El dígito anterior al guión señala el Artículo, 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 inmediatamente 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*). Sin embargo, no tienen fuerza de ley, pues no han 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 determinada.

(53) Para un estudio del § 2-207, véase WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). § 1-3. pp. 28 y ss.; FARNSWORTH. *Contracts* (n. 44). § 3.21. pp. 170 y ss.; MURRAY. *Murray on Contracts* (n. 44). §§ 49 y 50. pp. 157 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). § 2-21. pp. 101 y ss. También 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» Under the Uniform Commercial Code. 16 *Uniform Commercial Code Law Journal* (1983). pp. 103 a 118; 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. 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 § 2-107. 68 *Virginia Law Review* (1982). pp. 1217 a 1262.

El § 2-207 es una de las Secciones del UCC que más literatura jurídica ha desarrollado. 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.

nales 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 construidos 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;
- 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 Código (54).

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*

(54) La 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.

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 contraoferta (55).

b) *Funcionamiento*

Vamos a estudiar seguidamente la aplicación de esta sección, siguiendo de manera ordenada las tres subsecciones.

b.1. § 2-207 (1). Esta subsección ofrece dos procedimientos posibles para formar el contrato. El primero se basa en la § 2-207(1), antes de la coma. El segundo se basa 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, y éste 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 principales vicios de la regla tradicional: 1.º la rigidez de la regla del espejo queda suavizada, 2.º de la *last-shot* se pasa a la *first-shot rule* (56) (el primero que se pronuncia es el que controla).

b) *El segundo procedimiento*, por su parte, resguarda la tradicional regla del espejo (57). 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-contraoferta. Por ello, *exigen para su aplicación que la contraoferta esté muy clara*. En caso contrario, la conducen 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 verá más adelante (58)). Esto es fruto de una política *anti-last-shot*: evitar que la aceptación del

(55) Cfr. BROWN. Restoring Peace un the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work (n. 53). pp. 899 y ss.

(56) Como normalmente la oferta consiste en el pedido del comprador [cfr. FRANSWORTH. *Contracts* (n. 44). § 3.10. pp. 135 y ss.], la ventaja ha pasado del vendedor al comprador.

(57) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 38 y ss.

(58) Ver p. 40.

vendedor pase a ser una contraoferta, aceptada por el comprador mediante recepción y uso de los bienes, y que por tanto el contrato se forme en los términos del primero (del originalmente 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. Barlett & Co.* (59). La demandante, *Roto-Lith*, era una compañía de Nueva York que se dedicaba a fabricar bolsas de celofán para empaquetar hortalizas. La demandada, *Barlett*, 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 *Barlett* un pedido de un tambor. Esta 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 *Barlett* por incumplimiento de la garantía, y ésta se opuso con base a 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 término nuevo. 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 *Barlett* como si hubiera estado expresamente 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 aceptación (60).

(59) *Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.* [297 F. 2d 497 (1st. Cit. 1962)]. Se cita prácticamente en todos los libros norteamericanos sobre contratos. Una buena síntesis puede verse en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. *Contracts. Cases and Materials* (n. 44). pp. 260 y ss.

(60) *Roto-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* (n. 53). p. 1330].

Sin embargo, esa aplicación no tuvo continuidad. *Dorton v. Collins & Aikman Corporation* (61) es un ejemplo de ello. Entre 1968 y 1970 *Dorton*, empresa minorista de alfombras, llevó a cabo una serie de operaciones 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: «[1]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. Esta 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 suficientemente claro dicho consentimiento (62).

Supongamos ahora 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) —ter-

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

(62) Véase también esta situación en *C. Itoh & Co. (American) 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 especificaba que si *Itoh* estaba en desacuerdo respecto de algún término, debía notificárselo. 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 de que se condicionaba expresamente tal 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 preveía 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.

cer procedimiento—, y los términos no concordantes se reemplazarían por las reglas supletorias del Artículo 2 del UCC (63).

Un ejemplo de este último supuesto es *Diamont Fruit Growers, Inc. v. Krack Corporation* (64). La demandada *Krack Corp.*, se dedicaba a fabricar congeladores y frigoríficos. Los tubos que utilizaba se los suministraba mediante pedidos anuales *Metal-Matic, Corp.*. Esta 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 aceptado los bienes suministrados. En una de sus muchas operaciones, la demandada vendió a *Diamont Fruits* una cámara frigorífica para conservar fruta. Pero a consecuencia de un defecto en el sistema de congelación, producido por un tubo suministrado en mal estado, se perdió toda ella. Por ello *Diamont Fruits* demandó a la vendedora de la cámara y solicitó indemnización. A la vez, ésta exigió de *Metal-Matic* responsabilidades, 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] si existe o no contrato, la subsección (2) nos indica cuáles son los términos del mismo. 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. Modificación sustancial.* Cuando alguna de las partes no es comerciante (*merchant*) (65) se

(63) WHITE está de acuerdo con esa solución, porque de esta manera las normas supletorias «neutras» del UCC controlarían los términos del contrato. También SUMMERS, 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* (n. 44). p. 40.

(64) *Diamont 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 (n. 53). pp. 1330 y ss. (para los tres primeros) y p. 1342, nota 133 (para el último).

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

aplica la primera parte de la subsección (2): «[l]os elementos adicionales deben estar contruidos como propuestas adicionales al contrato». Es decir, dichos términos constituyen 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)] (66), o que los términos adicionales la modifiquen 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 compleja (67), que los *Comments* 4 y 5 del § 2-207 nos 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 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 estos conflictos han surgido cuando el aceptante ha incluido en su declaración una cláusula de arbitraje, mientras el oferente nada ha dicho al respecto. Por lo general, los tribunales han considerado que dicha cláusula modifica sustancialmente el contrato, y por tanto no pasa a formar parte del mismo (68).

Se ha dicho, no sin faltarles razón, que este problema tiene una fácil solución en la práctica: cuando las partes están litigando en ape-

(66) La contrapartida a este poder del oferente de limitar la aceptación 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. FRANSWORTH opina que el § 2-207 concede mucho al oferente en la subsección (1) y poco al aceptante en la (2) [cfr. *Contracts* (n. 44), p. 176].

(67) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44), p. 38.

(68) Pueden verse varios ejemplos en CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44), p. 109.

lación o casación sobre si un término modifica o no de forma sustancial el contrato, lo más probable es que efectivamente lo haga. Porque si no, no litigarían (69).

b) *Términos adicionales o diferentes*. Esta es la cuestión más discutida de la Sección 2-207, y una de las grandes polémicas del UCC. Por ello merece se dedique la atención a este punto de manera algo más excepcional. Se verá primero qué es un término adicional y uno 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 contrario a uno o varios términos ya regulados o establecidos por la otra parte. Es decir, mientras que el adicional añade sobre lo nada dicho, el diferente se opone a lo dicho.

El problema reside en si esta 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-Lith* (70), pues el oferente nada dijo en su oferta referente a las garantías, mientras que el aceptante renunció a ellas. ¿Es esta cláusula 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 su conjunto (71). El problema es que de esta manera 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

(69) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). p. 38.

(70) Ver nota 59 y texto que la acompaña.

(71) Cfr. BAIRD/WEISBERG, *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207* (n. 53). p. 1242, y WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 36 y ss.

del cual el *Code* no prevea un término implícito o supletorio, y sin que los usos del tráfico ni las negociaciones lo regulen (72).

b.2) *Origen de la controversia*. La polémica reside en que mientras la subsección (1) permite que una aceptación sea operativa 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, sino que 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.) considerar que merecen un trato semejante a los adicionales, (b.3.2.) entender que si el *Code* no los ha incluido será por algo; pero entonces el problema radica en qué hacer con ellos.

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 2-207 (73). En el borrador del texto de junio de 1951 se incluía la expresión «o diferentes» en las subsecciones (1) y (2), mientras que en el borrador final de noviembre de 1951 la referencia a los términos diferentes de las subsección (2) desapareció. Lo que ocurrió —opinan esos autores— fue que tal referencia se perdió como consecuencia de un *error tipográfico o de imprenta*.

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 tendrán que abordar los que se oponen a ese trato parejo (74).

(72) Cfr. UTZ. *More on the Battle of the Forms: The Treatment of «Diferent Terms» Under the Uniform Commercial Code* (n. 53). pp. 116 y ss. («*Interesting!*», termina diciendo este autor con ironía); VON MEHREN, *The «Battle of the Forms»: A Comparative View* (n. 33). pp. 285 y ss.

(73) Cfr. MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). pp. 1365 y ss.; UTZ. *Ibidem*. pp. 110 y ss. En contra, 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* (n. 53). p. 1240, nota 61.

(74) No todos los partidarios de esta solución están convencidos de la solidez de sus argumentos. MURRAY (cfr. *Ibidem*. pp. 1355 y ss.), por ejemplo, es consciente que la historia legislativa —mejor dicho, la historia de la redacción— no es derecho positivo, y que el *Comment 3* no forma parte del *Code*, pues, al igual que los restantes, no han sido promulgados por los diferentes Estados.

En contra de esta postura, BAIRD/WEISBERG (*Ibidem*. 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 que tales términos fuesen regulados por esa subsección.

b.3.2.) § 2-207 *no aplicable a términos diferentes*. Los partidarios de esta postura tienen como principal baza la literalidad del texto (75). Ahora bien, el problema que se les plantea es *qué hacer con los términos diferentes*.

La solución no es pacífica. De hecho, los mismos WHITE y SUMMERS polemizan entre sí. El primero defiende la *knock-out rule* en virtud de la cual los términos contrarios se cancelan mutuamente. El segundo opina que los términos de la aceptación diferentes quedan fuera del contrato, al no serles aplicable la subsección (2), y prevalecer sobre ellos los de la oferta (es decir, si el oferente establece A y el aceptante B, el primero prevalece sobre el segundo).

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

La defensa de SUMMERS se basa en que dicha ventaja no es del todo gratuita, pues el destinatario de la oferta (aceptante) siempre puede objetar su contenido. Su posición se fundamenta en dos argumentos: (a) cree que es más desleal para el oferente la postura de WHITE que para el aceptante su análisis, pues el oferente tiene más razón de esperar que sus términos controlen el contrato que no el aceptante, ya que éste es consciente que los dos formularios no coinciden casi nunca; (b) el análisis de la § 2-207 se hace 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 rule* (76). Un caso importante fue *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* (77). Recordemos, *Pennwalt* 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 diferentes (78).

(75) WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 31 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). p. 104; BROWN. *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work* (n. 53). pp. 930 y ss.

(76) Véase un elenco de las mismas en MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). p. 1356.

(77) *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* [741 F. 2d 1569 (10th Cir. 1984)]. Ver en nota 5 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos.

(78) El 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*).

El principal argumento de la demandada era que había limitado la garantía a un año, de acuerdo con la sección 2-725 (1) UCC que lo permite. Y como la demandada 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]. ¿Cuál era la solución? Decidió que la mejor solución a esos casos era 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 llevaron a la conclusión que el plazo era de cuatro años, y por tanto la acción no había prescrito (79).

(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*. Parece claro que los términos contenidos en la oferta y no contravenidos en la aceptación pasan a formar parte del contrato. Constituiría un caso de aceptación por silencio, a pesar que, efectivamente, se concede una ventaja gratuita para el 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 es dilucidar si una modificación es o no sustancial.

Todo ello debe enjuiciarse desde la perspectiva que los términos diferentes no son aplicables a la subsección (2). Si se defendiese lo con-

(79) «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* (n. 5). p. 106].

La sentencia tuvo una opinión disidente (*dissenting opinion*), a cargo del Juez BARRET. 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 al caso [cfr. SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Ibidem*. p. 108].

trario, 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 coma (80). Existe un tercero, que es el que recoge esta subsección. Esta regula el 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 de los escritos el contrato? Pues en todos aquellos casos vistos en 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 que no se siga la *knock-out rule*; (c) término en la aceptación demasiado diferente respecto de la oferta (que afecta al precio, cantidad, ...); (d) en general, cualquier supuesto en el que la presunta aceptación no sea válida como tal.

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. Estos pueden ser de diverso tipo (81), 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 es una «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, aun-

(80) Cfr. p. 32.

(81) Un buen desarrollo de esa temática véase en WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). § 3. *Terms of the Contract*. pp. 119 y ss.

que de sus documentos no se desprenda tal 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). Esta es también la idea que se desprende del *Comment 7* de la § 2-207, que explica el propósito de la subsección (3) (82). Sin embargo, alguna sentencia y algún autor ha defendido que los términos del contrato deben extraerse del comportamiento de las partes y no supletoriamente del *Code* (83).

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) es útil 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 contrato (84).

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 de las partes envían un formulario de confirmación que incluye términos diferentes o adicionales a los 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 6* (85).

Un buen caso fue *American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association* (86). Las partes inicialmente llegaron a un acuerdo oral,

(82) El *Comment 7* fue añadido en 1966 en respuesta a *Roto-Lith* para evitar esa interpretación, ya que el problema, en última instancia, debió ser resuelto acudiendo a la subsección (3), y nunca como se hizo.

(83) Un 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.

(84) Cfr. BROWN, *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work* (n. 53). pp. 923 y ss.

(85) Este 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.

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

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, en base a la subsección (2).

Con todo, para entender la subsección (1) debería eliminarse la expresión «confirmación escrita» de su articulado, pues no se entiende como una confirmación de un contrato ya perfeccionado puede valer como aceptación.

b.5 Resumen. Sintetizando el funcionamiento de esta sección 2-207, cuando la aceptación o la confirmación de un acuerdo previo (oral o informal) difieran de la oferta o de ese acuerdo, por cuanto existan términos adicionales o diferentes en estas últimas, el contrato puede formarse mediante tres procedimientos distintos: 1.º con base en § 2-207 (1), antes de la coma: la aceptación con términos adicionales o diferentes vale como tal; 2.º con base en § 2-207 (1), después de la coma: aceptación condicionada al asentimiento por el oferente de los términos adicionales o diferentes; luego dicha aceptación tiene valor de contraoferta; 3.º 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 el caso que se haya formado 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 lo términos adicionales, que serán meras propuestas que tendrá que 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 objeto dichos nuevos términos, o que éstos modifiquen 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 que regule 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, surgidas de dos vertientes diferentes: por su *mala redacción*, o por *haber abandonado la regla clásica*.

La mayor parte de ellas reprobaban su *redacción*, pues ha generado nuevos problemas. De hecho, las cuestiones que se han estudiado anteriormente tienen su origen en expresiones desafortunadas, imprecisas u oscuras (modificación sustancial, adicionales o diferentes, aceptación condicionada expresamente, etc.). La doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en esas críticas (87).

La causa de ese defectuoso funcionamiento de la sección reside en su ambigüedad (88). 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 asumir la obligación. 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 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 jurí-

(87) BAIRD 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 (n. 53). p. 1224). Grant GILMORE la trata de abominable, miserable, embarrullada (*bulgled*) y chapuza (*patched-up job*) [carta de GILMORE a SUMMERS, de 10 de septiembre de 1980, reproducida en SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Sales, Teaching Materials* (n. 5). pp. 93 y ss.]. 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* (n. 44). 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 (n. 33). 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. 59) la consideró «no muy afortunadamente redactada» (*not too happily drafted*).

(88) Cfr. VON MEHREN. *Ibidem*. p. 295.

dico debe optar entre uno de estos dos análisis, pero no existe 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. Debido a esta ambigüedad, la § 2-207 puede ser interpretada más o menos hacia el lado que a uno le interese (89).

Pocos son los que critican la Sección por *haber abandonado la tradicional mirror-image rule*. Dos de ellos han recogido las tres críticas principales a 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 UCC (90):

a) la primera crítica sugiere que dicha regla fomenta el efecto «ping-pong», pues las partes se irán enviando formularios, cada uno de ellos algo diferente al anterior, lo que conlleva una sucesión de contraofertas sobre contraofertas. Los autores refutan dicha idea considerando que la realidad no es tal, pues ante una parte que insiste tercaamente 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 no cumplir con su obligación aduciendo que el contrato no se ha formado. 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 quizás 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 el que las partes inserten en sus respectivos formularios 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 partes en esa transacción, ya que si el vendedor no redacta el formulario con base a 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.

(89) Se han propuesto nuevas redacciones para esta Sección. Por ejemplo MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). 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.

(90) Cfr. BAIRD/WEISBERG. *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207* (n. 53). pp. 1252 y ss.

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*.

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 criterios (91):

- 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;
- 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 Viena (92) y recomendó que se tomara en consideración la propuesta del profesor Murray (93) 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.

d) La Sección 2-207 UCC y el correo electrónico

El correo electrónico (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 por medio de un soporte electromagnético y en formatos estandarizados (pedidos, reclamaciones, comunicaciones de envío, etc.), en sustitución de los tradicionales documentos en papel.

(91) Cfr. *PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report* (n. 42). pp. 67 y ss.

(92) Cfr. *PEB Study Group UCC Article 2. Ibidem*. p. 68, nota 36.

(93) Propuesta contenida en MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53).

Debido a la importancia que este fenómeno estaba tomando en la práctica contractual, el comité para asuntos relacionados con el UCC del colegio de abogados norteamericano (*American Bar Association's Committee on the Uniform Commercial Code*) encargó a un comité la tarea de evaluar el impacto de las nuevas tecnologías electrónicas en la formación y ejecución de los contratos. Este estudio concluyó a finales de 1989, recomendando el establecimiento de acuerdos marco entre las partes que regulasen las sucesivas operaciones, y proponiendo ellos mismos un *modelo de acuerdo* (glosado por una serie de comentarios y precedido de un informe), cuyo ámbito de aplicación coincidiría con el del *Article 2 UCC* (93 bis).

Por lo que al objeto del trabajo se refiere, la experiencia norteamericana de la contratación mediante correo electrónico muestra que sus usuarios no han dejado de lado el uso y la aplicación de las 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 a la vez que suscriben 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, el realmente conflictivo, la § 3.1 del modelo de acuerdo requiere a las partes para que escojan la manera de prever las cláusulas adicionales, presentándoles tres alternativas:

(93 bis) Véase 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* (1190), pp. 1647 a 1749. El uso del correo electrónico tiene varias *ventajas*: a) reduce la utilización y manejo de papel; b) 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 administrativos 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 (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.

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, pero 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. Esto 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 ha hecho frente a estas objeciones argumentando que ésta es la manera como en la práctica se forman la mayoría de contratos, y que sería negar la realidad pretender eludir ese problema, a la vez que supondría una temeridad intentar establecer una manera propia de resolverlo, pues muchas veces se ha intentado y todavía no se ha encontrado una manera satisfactoria de decidir qué han acordado las partes cuando han concluido 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*.

Ciertamente, todo ello no deja de ser una propuesta, sometida a la discusión doctrinal y al crisol de la práctica; pero mientras ellos discuten el derecho del próximo siglo, nosotros arrastramos todavía una regulación del siglo pasado.

II. LA REGLA DEL ESPEJO EN ESPAÑA

A. Estado de la cuestión y propuesta

Por lo general, las cuestiones sobre formación del contrato no han sido tratadas con excesiva amplitud ni profundidad por nuestra doctrina, salvo algunas excepciones concretas (94). Y de ello uno adquiere conciencia cuando acude a otros ordenamientos, y observa el volumen de los trabajos al respecto.

(94) La mayoría de trabajos se insertan en manuales de ámbito más general. La bibliografía de referencia es la siguiente: Manuel ALBALADEJO GARCÍA. *Derecho Civil*. Tomo II *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1.º *La obligación y el contrato en general* (8.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1989. pp. 404 y ss.; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I (2.ª ed). Madrid. Tecnos. 1983. pp.

1. La doctrina

Se entiende por *oferta* aquella declaración de voluntad dirigida a un sujeto particular o al público en general, por la que se propone la realización de un determinado contrato. Esta declaración de voluntad debe reunir una serie de requisitos para ser considerada como oferta propiamente dicha: completa, definitiva y con seria intención de vincularse contractualmente. Así lo entiende unánimemente la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase, por ejemplo, las siguientes sentencias:

a) *Sentencia de 28 de mayo de 1945 (95)*: durante la Guerra Civil, el Sr. Angel Gamón, actuando como apoderado de Industrias Cinematográficas Españolas, S.A. (ICESA), ingresó en su caja social 230.000 pts., con la intención de aplicarlas a la suscripción de acciones de dicha entidad. Finalizada la contienda, en diciembre de 1939, la Junta General no aceptó tal suscripción, con base en que el Consejo de Administración no llegó a fijar sus términos ni se anunció al público. En vista de la negativa del Sr. Gamón a aceptar el acuerdo, ICESA interpuso demanda suplicando, entre otras cosas, se declarase sin eficacia en derecho tal suscripción.

204 y ss.; José Luis LACRUZ BERDEJO/Agustín LUNA SERRANO/Jesús DELGADO ECHERRÍA/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II *Derecho de Obligaciones*. Vol. II *Teoría General del Contrato* (2.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1987. pp. 88 y ss.; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/Antonio GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (6.ª ed). Madrid. Tecnos. 1989. pp. 69 y ss.; José PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. 1.º (3.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1988. pp. 167 y ss.

Los estudios monográficos son escasos, mas sirvan de referencia los siguientes: Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ. «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil». *La Ley* (1989-2). pp. 1135-1154 (publicado posteriormente en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. 1989. pp. 395-422, en este trabajo será citado según su publicación en *La Ley*); Miguel COCA PAYERAS. *Comentarios del Código Civil, Artículo 1262* (dirigidos por Cándido PAZ-ARES/Luis Díez-PICAZO/Rodrigo BERCOVITZ/Pablo SALVADOR). Tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia. 1991. pp. 446 y ss.; Bernardo MORENO QUESADA. *La oferta de contrato*. Barcelona. Colección Nereo. 1963 (este trabajo fue publicado originariamente en *12 Revista de Derecho Notarial* (1956). pp. 107-211, y *13/14 Revista de Derecho Notarial* (1956). pp. 213-253); Alberto DE ROVIRA MOLA/Alberto PALOMAR BARO. «Problemas de la contratación entre personas distantes». *11 Anuario de Derecho Civil* (1958). pp. 177 a 223; Carlos ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. *La Ley* (1982-4). pp. 1253-1271. 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* (n. 3) § 14. pp. 275 a 282.

(95) Sentencia de 28 de mayo de 1945 [(Ponente: Sr. José MÁRQUEZ CABALLERO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Mayo 1945. n.º 102. pp. 1038 a 1073]. *Aranzadi* (1945). 692.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, de 2 de junio de 1942, dio lugar a la demanda declarando la ineficacia. La Audiencia Territorial de Madrid, en sentencia de 21 de octubre de 1943, confirmó la apelada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. En sus considerandos estableció que los requisitos de la oferta eran: a) declaración de voluntad que manifieste de modo inequívoco el propósito de vincularse contractualmente, b) consentimiento —capacidad—, c) objeto, y d) causa. En este caso, por tanto, no hubo oferta porque no concurren todos los requisitos: el Consejo de Administración no llegó a fijar (lo cual era indispensable según los Estatutos) los términos de la suscripción, ni el capital a desembolsar por las nuevas acciones, ni se anunció al público la misma.

b) *Sentencia de 10 de octubre de 1980 (96)*: entre el Sr. Jaime Ojeda y la sociedad Ibérica de Comercio, Minas e Industrias, S.A. (Ibercominsa) se cruzaron una serie de cartas de las cuales se deducía la existencia de un contrato de compraventa de unos terrenos. Posteriormente la vendedora, Ibercominsa, se desdijo, por lo que el Sr. Ojeda la demandó solicitando el cumplimiento del contrato. La demandada se opuso al entender que el contrato no se había formado. El Tribunal Supremo dio la razón al demandante.

Afirmó en el segundo considerando que los requisitos de la oferta eran: a) contener los elementos necesarios para el futuro contrato (*essentialia negotii*), que en el caso de la compraventa eran la cosa y el precio; b) manifestación de la voluntad completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente. Los primeros serían requisitos objetivos, mientras que los segundos subjetivos.

Hasta aquí la oferta. Por su parte, la *aceptación* es aquella declaración de voluntad dirigida al oferente, manifestando su conformidad con la oferta y su intención de obligarse. La doctrina, de manera general, considera como requisitos de la aceptación (97): recepticia, coincidencia absoluta con la oferta, expresar la intención de contratar y efectuarse en tiempo oportuno. *Considera de manera unánime que la aceptación ha de ser totalmente coincidente con la oferta*, de tal manera que

(96) Sentencia de 10 de octubre de 1980 [(Ponente: Sr. Jaime CASTRO GARCÍA). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Septiembre-octubre 1980. n.º 292. pp. 334 a 355]. *Aranzadi* (1980), 3623.

(97) Cfr. LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 89; PUIG BRUTAU. *Fundamentos* (n. 94). pp. 172 y 182; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). p. 415; Díez-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). p. 210.

si se da cualquier *modificación* en sus términos, o *añadido*, ya no se trataría de *aceptación*, sino de *contraoferta* (98).

Respecto a la *aceptación condicional*, sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo en cómo debe considerarse jurídicamente:

a) una parte considera que el sometimiento de la aceptación a una condición es una *contraoferta* (99). El argumento que aducen es que el contenido de la aceptación no coincide con el de la oferta, con lo que el contrato no puede perfeccionarse.

b) sin embargo, otro sector estima que la aceptación condicionada no conlleva una *contraoferta*, aunque tampoco se produce realmente tal aceptación, sino que ésta se deja pendiente de la condición (100). De esta manera, si la condición se verifica, la aceptación deviene definitiva —y se concluye el contrato—, mientras que si no se cumple, nunca habrá existido.

También se ha planteado la cuestión de *si la contraoferta hace desaparecer la oferta primitiva o ésta se mantiene vigente*. El problema puede establecerse en los siguientes términos: un vendedor A ofrece una finca a un eventual comprador B por diez millones de pesetas. Este emite su declaración de voluntad de aceptación, pero fija el precio en nueve millones seiscientos mil. El vendedor le comunica que no acepta su *contraoferta*. Entonces B le manifiesta a A que acepta su oferta primitiva (es decir, acepta comprar por diez millones). Si entendemos que la *contraoferta* hace desaparecer la oferta primitiva, A puede negarse a considerar como formado el contrato, pues ésta se extinguió. Ahora bien, si se mantiene vigente aún con la *contraoferta*, la aceptación de B es eficaz y el contrato formado. La mayoría de la doctrina es partidaria de la primera postura, «pues es la que parece más acorde con la libertad individual y menos gravosa para las partes» (101). Mas, con todo, el destinatario de la oferta puede, sin rechazarla efectuar una *contraoferta*. Por ejemplo: «manteniendo en pie su oferta, le ofrezco comprarla

(98) Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). pp. 210 y ss.; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 405 a 407, 415 y ss.; LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). pp. 89 y ss.; LALAGUNA. «Sobre la perfección...» (n. 94). p. 1149; PUIG BRUTAU. *Fundamentos* (n. 94). pp. 172 y ss.; MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). pp. 146 y ss.; COCA PAYERAS. *Comentario del Código Civil, Artículo 1.262* (n. 94). 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.

(99) Cfr. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN *Sistema* (n. 94). p. 71, nota 1 *in fine*; MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). p. 147.

(100) ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). p. 405, nota 1; LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90, nota 6. El primero habla de que hay una *falta* de aceptación.

(101) Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). p. 211. En el mismo sentido, ALBALADEJO. *Ibidem* (n. 94). p. 405 y MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). p. 148.

por nueve millones seiscientos mil». Ahora bien, en ese caso habría que indicar con claridad que no se trata de un rechazo.

2. *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 es 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 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 con rigor esa doctrina, 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 de marzo de 1929* (102): la Junta Directiva del Ateneo Mercantil de Valencia sacó a concurso público el arriendo del servicio de Café de dicha entidad. Una de las bases del mismo establecía que la citada Junta se reservaba la plena libertad de aceptar la proposición que tuviera por más conveniente o rechazarlas todas. A tal concurso se presentó el Sr. Baldomero Carrillo, siendo su propuesta 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 deudas, por lo que la Junta decidió adjudicar el arriendo a otra proposición. 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 de octubre de 1925, absolvió a la demandada. La Audiencia Territorial de Valencia, en sentencia de 29 de octubre de 1927, la confirmó. Y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

En esta sentencia el Tribunal afirmó que para que se perfeccionase el contrato era necesaria la conformidad exacta entre las partes; mas en este caso no se pasó del período preparatorio, pues el acuerdo fue pro-

(102) Sentencia de 9 de marzo de 1929 (Ponente: Sr. Saturnino BAJO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (marzo 1929). n.º 46. pp. 263 a 271.

visional, a la espera de una serie de puntualizaciones, que al no ser satisfechas conllevaron la ruptura de los tratos.

— *Sentencia de 3 de noviembre de 1955* (103): nueve sociedades del sector farmacéutico afianzaron a principios de 1936 a la entidad Kandyel-Sevilla, S.A., con el fin 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 de diciembre de 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 al pago aduciendo 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 de enero de 1947, absolvió a las demandadas. La Audiencia Territorial de Sevilla, en sentencia de 1 de marzo de 1950, revocó la anterior y condenó a las demandadas al pago de la fianza. El Tribunal Supremo no dio lugar a 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 del contrato no lo dejaba sin perfeccionar*. En este caso, los magistrados utilizaron este argumento con el único 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 política del país. Pero lo que interesa remarcar es que, en este caso, los magistrados hacen caso omiso al criterio tradicional de perfecta identidad entre la oferta y la aceptación porque no consideraron justo que las demandadas escapasen a su obligación.

— *Sentencia de 30 de enero de 1965* (104): Carlos F., arrendatario de un local de negocio, notificó (*oferta*) a la arrendadora, María R., su intención de traspasarlo y el precio que había convenido con el futuro comprador, conforme establecía el artículo 35 LAU. Esta ejerció 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,

(103) Sentencia de 3 de noviembre de 1955 [(Ponente: Sr. Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (noviembre 1955). n.º 3. pp. 19 a 34]. *Aranzadi* (1955), 3564.

(104) Sentencia de 30 de enero de 1965 (Ponente: Sr. Antonio PERAL GARCÍA *Aranzadi* (1965), 1803.

Carlos la demandó solicitando al Juez que la obligase a llevar adelante el tanteo, por haberse perfeccionado el contrato. Esta 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 demandada. 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.

De nuevo, los magistrados hicieron caso omiso a la necesidad de total identidad entre la oferta y la aceptación, esta vez con base en el argumento que la determinación por parte de la arrendadora, María R., 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 les pareció incorrecto dejar a Carlos F. sin posibilidad de traspaso el local sólo porque la propietaria se retractase de su inicial aceptación (que conllevó la pérdida de la opción de traspaso que tenía ya apalabrada Carlos con un tercero) con base en el simple argumento que la estipulación de un día concreto conllevaba que la aceptación pasase a ser contraoferta.

— *Sentencia de 14 de marzo de 1973* (105): Industrias Lácteas Cacerseñas, 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 a que Germán Marcos, S.A. reconociese su incumplimiento y le pagase una fuerte indemnización. Esta 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 Cacerseñas, S.A. de pagar las máquinas. Ante el incumplimiento de su obligación, Germán Marcos, S.A. interpuso 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 de septiembre de 1971, absolvió a la demandada y estimó en parte la reconvencción, declarando resuelto el contrato. La Audiencia Territorial de Burgos, en sentencia de 15 de mayo de 1972, la revocó, y con-

(105) Sentencia de 14 de marzo de 1973 [(Ponente: Sr. Federico RODRÍGUEZ-SOLANO Y ESPÍN). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Marzo 1973. n.º 129. pp. 319 a 327]. *Aranzadi* (1973), 981.

denó a la demandada a pagar las máquinas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, al entender que la aceptación era una contraoferta, por estar condicionada y contener nuevos elementos.

En este supuesto, el Tribunal Supremo dejó claro en sus considerandos (sobre todo en el segundo) que no hubo un acuerdo entre las partes respecto de las propuestas y contrapropuestas. Germán Marcos, S.A. puso pegas a 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». Y para ello solicitó del notario que «requiriera [a Industrias Lácteas Cacereñas, S.A.]... para que acepte la resolución del contrato por la causa expresada» (apartado F de la carta de contestación de Germán Marcos, S.A.). De donde se desprende que esperaba una respuesta afirmativa, que no llegó. Parece claro, por tanto, que ambas partes no se pusieron de acuerdo (al menos, esa sería la conclusión que extraería un hombre medio), luego la aplicación que hicieron en este caso los magistrados de la regla del espejo no merma en nada la tesis que se defiende.

— *Sentencia de 15 de febrero de 1974* (106): «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» solicitó un pedido 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 todo tipo de penalizaciones por incumplimiento del plazo previsto. A causa de 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 de la Audiencia, que condenó a la demandada a abonar 951.168 pts. en concepto de deuda, 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 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 formula-

(106) Sentencia de 15 de febrero de 1974 (ver en n. 7 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos).

rio modelo utilizado por las partes en sus transacciones. Con todo, parece más probable y razonable la segunda posibilidad. Y por ello también parece desafortunada la solución adoptada (107). Seguramente los magistrados, al enfrentarse con los hechos, 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 anularon entre sí, y acudir entonces a las reglas del Código Civil para resolver la situación. Porque en caso contrario, si invertimos las posiciones, llegaríamos 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 de junio de 1980* (108): es el caso con el que se inicia este trabajo, 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 inicial y 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 período 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.

— *Sentencia 7 de junio de 1986* (109): el 7.9.81 la sociedad Gosa S.L. envió un pedido de compra de unas máquinas a Mayor Hermanos, S.A., donde exponía también el precio y fórmula de pago. Sin embargo, el 9.9.81 lo anuló mediante conversación telefónica, lo cual fue 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».

(107) Por su parte, ALFARO considera correcta la resolución al entender que los términos fueron negociados realmente. Cfr. *Las condiciones generales de la contratación* (n. 3). pp. 277 y ss., notas 192 y 195.

(108) Sentencia de 19 de junio de 1980 (n. 1).

(109) Sentencia de 7 de junio de 1986 [(Ponente: Sr. Jaime SANTOS BRIZ). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1986 (2.º trimestre). Consejo General del Poder Judicial/Boletín Oficial del Estado. n.º 357. pp. 1140 a 1146]. *Aranzadi* (1986), 3296.

tro». El 23 de septiembre de 1981 Mayor Hermanos remitió carta con acuse de recibo en la que anunciaba la resolución del contrato con petición de daños y perjuicios (500.000 pts.). Ante la negativa de pago de Gosa S.L., que consideraba que no había habido ningún contrato, la actora le demandó y reclamó dicha cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 16 de abril de 1983, estimó la demanda y condenó al pago de la indemnización. La Audiencia Territorial de Pamplona, en sentencia de 28 de noviembre de 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 porque el 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 fue que la revocación fue tempestiva.

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 de noviembre de 1955 y 30 de enero de 1965), pues también el supuesto añadido en la aceptación constituiría una modificación accidental y nunca una contraoferta.

La doctrina (110) 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 de noviembre de 1955 (111) y 30 de enero de 1965 (112)). Hay quien ha opinado que tal desviación puede deberse al acogimiento de principios como el

(110) LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 406 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil* (n. 94). p. 71, nota 1; COCA PAYERAS. *Comentario del Código Civil, Artículo 1.262* (n. 94). p. 450.

(111) Sentencia de 3 de noviembre de 1955 (n. 103).

(112) Sentencia de 30 de enero de 1965 (n. 104).

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 al contrato concreto al que han de incorporarse (113). Otro autor considera que la única manera de entender válida esa jurisprudencia sería el considerar la oferta aceptada plenamente y la modificación introducida configurarla como una contraoferta: si el oferente la acepta, se rectifica o complementa el contrato ya formado; sino, queda vigente éste (114). Con todo, la cuestión sigue abierta.

3. 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 en el mercado los bienes, la mayoría de los contratos no son personalizados, sino en masa, donde las partes no tienen ocasión de modificar gran parte del clausulado 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 negociado. 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 base sobre elementos no efectivamente negociados por las partes, el contrato se forma (115).

Así pues, tenemos que sobre los términos no negociados no es necesario un acuerdo contractual. Y en caso de falta de coincidencia en-

(113) Cfr. LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90.

(114) Cfr. ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 406 y ss.

(115) En el mismo sentido, ALFARO [*Las condiciones generales de la contratación* (n. 3). 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.

tre la oferta y la aceptación, la solución será la *nulidad parcial* (116): el contrato es válido, pero las cláusulas del condicional general en que falta la coincidencia no pasan a formar parte del contrato. Esta solución es también la que establece con carácter general para las condiciones generales en los contratos de consumidores el artículo 10.4 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Esta solución es considerada la más adecuada por las siguientes razones (117):

- a) evita las consecuencias negativas que supondría la nulidad del contrato entero para el adherente, cuando es precisamente éste el sujeto para cuya protección se dicta la norma que provoca la nulidad;
- b) las soluciones alternativas se revelan incongruentes con la finalidad protectora del derecho de las condiciones generales;
- c) el Tribunal Supremo ya había venido manteniendo la validez del contrato cuando declaraba la ineficacia de alguna condición y no la consideraba incluida en el mismo.

De todas maneras, quizá el paso más difícil sea el que queda por dar: averiguar cuál es el *contenido del contrato*. Ante todo, el autor de estas líneas no es partidario de regular casuísticamente la cuestión, sino que considera preferible aceptar que se puedan formar 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. De esta manera, éste goza de un mayor margen de maniobra, que le permite 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 ser (118):

- a) el juez *no* debe tratar de encontrar un *denominador común* para eliminar las contradicciones, pues ello redundaría en beneficio del que haya 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 se sustituyen por el derecho dispositivo, como en cualquier otro caso de nulidad parcial;

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

(117) Cfr. ALFARO. *Ibidem*. § 19. pp. 341 y ss.

(118) Los 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 escrito (119).

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 a ser reguladas por el derecho dispositivo;

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 posibilidad de nuevos conflictos.

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

En la 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

(119) Véase por ejemplo, sentencia TS (2.ª) de 9 de mayo de 1991 [(Ponente: Sr. José Augusto DE VEGA RUIZ). *La Ley* (1991-3), pp. 598 y ss.; *Aranzadi* (1991), 3616]; Vicente I. T. conducía un vehículo alquilado (asegurado a todo riesgo por la empresa de alquiler propietaria) cuando invadió la calzada contraria y colisionó con un ciclomotor conducido por el joven Jorge B. P., que cayó al suelo, sin que Vicente se detuviera para prestarle ayuda. Los daños corporales fueron cuantiosos. El contrato de seguro contenía una cláusula que excluía su cobertura en caso de omisión del deber de socorro. El Tribunal Supremo condenó al pago a la aseguradora, la Mutua Nacional de Autoescuelas, por no constar la aceptación expresa de la cláusula limitativa por parte del asegurado.

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 1964 (120). El segundo es el Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, comúnmente conocido como Convenio de Viena de

(120) Conocido 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; 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) establecía como principio general la tradicional regla del reflejo (total coincidencia entre oferta y aceptación), el apartado (2) preveía una excepción. Ésta se basaba 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 (n. 33). pp. 275 y ss.]: 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].

Puede consultarse, en general, Jorge BARRERA GRAF. *La Reglamentación Uniforme de las Compraventas Internacionales de Mercaderías*. México. 1965; John O. HONNOLD

1980 (121). Forma parte de nuestro ordenamiento desde el 1 de agosto de 1991, de conformidad con lo establecido en su artículo 99 (2). Por esta razón se dedica más adelante un apartado al estudio de su ámbito de aplicación y se ha remarcado su carácter dispositivo.

1. Génesis del Convenio de Viena

Para estudiar y comprender el Convenio de Viena (122) es muy importante conocer su elaboración (123). Y para ello, cuanto menos se ha de partir de 1964. Efectivamente, una vez adoptados en ese año

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 ague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis. 38 *International and Comparative Law Quarterly* (1989). pp. 1 y ss.

(121) España depositó su Instrumento de Adhesión el 24 de julio de 1990, publicado en el BOE de 30 de enero de 1991. Según su artículo 99 (2), el Convenio entró en vigor respecto a España el 1 de agosto de 1991. El texto puede encontrarse en el mismo BOE o en cualquiera de los comentarios citados a continuación. Puede consultarse también en *Conference on Contracts for the International Sale of Goods*. U.N. Documents A/CONF. 97/19 (1980).

(122) La literatura sobre el Convenio es abundante, aunque escasa en nuestra lengua. Para su estudio son fundamentales cuatro obras: a) 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 se utilizará aquí]; b) John O. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (2d ed). Deventer (Netherlands)/Boston. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1991 [existe una traducción al castellano de la primera edición (1981): *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid. EDERSA. 1987]; c) Ernst VON CAEMMERER/Peter SCHLECHTRIEM (coordinadores). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1990; y d) Cesare M. BIANCA/Michael Joachim BONELL (coordinadores). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan. Giuffrè. 1987.

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 completa la del año anterior; y también del mismo, Bibliography. 24 *The International Lawyer* (1990). pp. 307 y ss.; (b) Michael T. WILL. *Internationale Bibliographie zum UN-Kaufrecht* (3d ed). Saarbrücken. Universität des Saarlandes, Europa-Institut. 1991.

(123) Para 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

los dos Convenios de La Haya, el UNCITRAL (124) 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 los Estados.

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 las Naciones Unidas. Esta decidió convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios con el objeto de estudiarlo y aprobarlo. Esta se llevó a cabo en Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. En virtud de la aplicación de su artículo 99 (1), el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1988 (125).

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 mundial (126). 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.

de referencia de la nota anterior, por ejemplo, HONNOLD. *Ibidem* pp. 47 y ss.; o M. J. BONNELL. «Introducción to the Convention», en BIANCA/BONNELL. *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.

(124) *United Nations Commission on International Trade Law*. Creado en 1966 con el objetivo de promover «la progresiva armonización y unificación del Derecho del Comercio Internacional», sobre todo «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 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas].

(125) En la actualidad (principios 1991), forman parte del Convenio: República Democrática de Alemania, República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Bielorrusia (República Socialista Soviética), Bulgaria, Checoslovaquia, Chile, República Popular de China, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Ghana, Hungría, Irak, Italia, Lesotho, Méjico, Noruega, Países Bajos, Polonia, Singapur, Siria, Suecia, Suiza, Ucrania (República Socialista Soviética), URSS, Venezuela, Yugoslavia y Zambia. En total, 34 países.

(126) Cfr. BONNELL. Introduction to the Convention, en BIANCA/BONNELL. *Comentary* (n. 122).

2. Ambito de aplicación del Convenio de Viena

Estos aspectos (127) son regulados por los artículos 1 a 6 del Convenio. Los tres primeros identifican las *transacciones* que quedan sujetas al Convenio, el 4 y el 5 definen los *aspectos* a los que les es aplicable, y el artículo 6 establece su *carácter dispositivo*.

a) *Transacciones sujetas al Convenio*

El Convenio se aplica a las *compraventas internacionales de mercaderías* (128), y el criterio básico para determinar la internacionalidad es que el comprador y el vendedor tengan su *establecimiento* —o, en su caso, 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, si ambas partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, el contrato es internacional. 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 aquel 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 además 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 en un Estado contratante* [art. 1.1 (b)]. Al respecto se pueden dar tres situaciones:

(127) Véase, en general, HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 39 a 84. pp. 75 a 134; Erik JAYME/Warren KHOO/M. J. BONELL. «Article 1 to 6», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). pp. 27 a 64. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). pp. 24 a 36.

(128) El 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.].

1. *Intervención de dos Estados*: los convenios sobre ley aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías más importantes prevén, en la mayoría de las situaciones, que la ley aplicable será la del establecimiento del comprador o del vendedor (129). Estas son las 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. Este 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 más 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 un caso concreto, mas como no es éste el objeto propio de este trabajo y España no ha efectuado ninguna, tan sólo dejar constancia de ello (130).

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 están basadas en la *naturaleza de la transacción* [párrafos a), b) y c)], mientras que las tres restantes en la *naturaleza de las mercaderías* [párrafos d), e) y f)]. Estas 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 Convenio (131); b) compraventas en subasta; c) compraventas judiciales; d) valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) buques y embarcaciones; f) electricidad.

(129) Convenios de La Haya de 15 de junio de 1955 y 22 de diciembre de 1986.

(130) Para un estudio de mayor amplitud y profundidad, HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 44 a 48. pp. 80 a 94.

(131) Cfr. SCHELECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Covention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 28.

Por último, aborda dos situaciones específicas: a) *mercaderías que han de ser manufacturadas*: se consideran 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) *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 de ese contrato. De esta manera, cualquier cuestión ajena a ambos aspectos queda regulada por la ley doméstica. En particular, el Convenio especifica de manera expresa que no se aplicará a:

— 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 la aplicación del Convenio la compleja cuestión de las responsabilidades 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 incumplimiento (132).

c) *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 una regulación 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.).

(132) Cfr. KHOO. Article 5, en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). pp. 49 y ss.

Este artículo se refiere únicamente a la exclusión o modificación del Convenio, mas no hay ninguna disposición que regule la cuestión de la posible aplicabilidad voluntaria del Convenio a las transacciones excluidas del ámbito de los artículos 1 a 5. Con todo, parece que la respuesta es afirmativa (133).

Una vez visto el ámbito de aplicación del Convenio, y en consecuencia, el grado de incidencia en nuestro ordenamiento, pasamos a estudiar la solución prevista al tema de estudio.

3. *Elaboración del artículo 19 del Convenio de Viena*

Dicho artículo, que trata de la aceptación que de alguna manera modifica la oferta (134), fue uno de lo 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 occidentales (135).

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

(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

(133) Véase un extenso análisis de la cuestión en HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 78 y ss. pp. 129 y ss.

(134) Sobre este artículo véase SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). pp. 154 a 57; HONNOLD. *Ibidem*. §§ 165 y ss. pp. 227 a 239; FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Commentary* (n. 122). pp. 175 a 184; SCHLECHTRIEM. Artículo 19, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitslichen UN-Kaufrecht* (n. 122). pp. 159 y ss.; 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; y Richard HYLAND. Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, en Peter SCHLECHTRIEM (hrsg.) *Einheitsliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*. Baden-Baden (Deutschland). Nomos Verlagsgesellschaft. 1987. pp. 305 y ss.

(135) FARNSWORTH [*Ibidem*. p. 175 y ss] señala que la discordia se dio entre tradicionalistas y reformistas, pero sin especificar qué países 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 EORSI. 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.].

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 aceptación (136).

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 11.ª sesión de UNCITRAL. En la discusión del artículo 13 del borrador surgieron de nuevo los problemas. Los reformistas defendieron la redacción actual del artículo, mientras que los tradicionalistas eran partidarios de una cierta reelaboración del mismo para así aumentar la certeza en su aplicación. Para salvar ese escollo se decidió organizar un Grupo de Trabajo *ad hoc* que llegarse a una formulación de este artículo aceptable por todos. El Grupo propuso retirar el párrafo (2), porque se contradecía con el principio general del (1) y era muy difícil definir de una manera satisfactoria qué constituía una alteración sustancial de una oferta. Mas como esa propuesta no fue aceptada por UNCITRAL, se llegó al compromiso de mantener el párrafo (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 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 oferente* (137).

(136) Cfr. A/CN.9/142. IX Yearbook (1978), pp. 76 y ss. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (n. 123). §§ 213 y ss. pp. 308 y ss. Los subrayados son nuestros e indican las modificaciones introducidas por el borrador de 1977.

(137) El 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

También se introdujo un añadido en el párrafo (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 contraoferta (138).

En la Conferencia de Viena de marzo y abril de 1980 la discusión rebrotó (139). 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 que no se aprobase, la retirada de la última frase del párrafo (3). Se aceptó tan sólo esta última (140), y de esta manera consiguió 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 dos (141): 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 que estaban implicados en la preparación del Convenio fueran miembros del COMECON (142). Estos, desde 1951 habían establecido entre sí un entramado de acuerdos bilaterales estipulando la aplicabilidad de un

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 el trozo del párrafo que fue posteriormente retirado en la Conferencia.

(138) Cfr., 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* (n. 123), p. 377.

(139) Cfr. 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.

(140) SCHLECHTRIEM 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* (n. 122). p. 56. Decir, con todo, que la enmienda fue rechazada por un apretado 22 a 20.

(141) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 134). pp. 237 y ss.

(142) Consejo de Asistencia Económica Mutua (CMEA: *Council for Mutual Economic Assistance*): organización de cooperación económica intergubernamental entre Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Mongolia, Polonia, República Democrática de Ale-

conjunto de reglas denominado «Condiciones Generales sobre la Entrega de Mercaderías» (143). Estas 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 párrafos (2) y (3) se contaba también un buen grupo de países de corte occidental (144). Y a la inversa, entre las que sostuvieron su mantenimiento se contaban a su vez países de corte socialista (145).

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

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 rechazada (146).

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

mania, Rumanía y la URSS, que nació en 1949 como reacción al Plan Marshall. En la actualidad tiene sus días contados. 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.

(143) *General 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. ZWEIGERT/J. KROPHOLLER. *Sources of International Trade Law*. Vol. I. *Private and Commercial Law*. Leiden. Sijthoff. 1971.

(144) No hay que olvidar que esta propuesta la presentaron tanto Bulgaria como Reino Unido, y expresadamente 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.

(145) Así 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.

(146) Cfr. A/CN.9/128. VIII *Yearbook* (1977). §§ 104 y ss. p. 82. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*. (n. 123). 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.

basaba en tres razones: a) la enumeración anterior era demasiado extensa, b) las restantes materias no eran realmente elementos esenciales del contrato, c) el artículo 14 del Convenio sólo nombraba las dos primeras como determinantes de la oferta. Con todo, también fue rechazada (147).

4. 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 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 oferta (148).

(147) Cfr. *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. §§ 62 y ss. pp. 286 y ss. En HONNOLD. *Ibidem.* pp. 507 y ss.

(148) Esta 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 deli-

a) *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 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 sobre si la contraoferta comporta o no la revocación de la oferta primitiva: ésta quedará extinguida en el momento en que la contraoferta (la aceptación alterada) llegue al oferente (149). 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 constataciones 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*;

c) dejar constancia de la importancia de la intención (elemento subjetivo) en el proceso de formación del contrato según el Convenio (150); aunque no haya rebasado, ni mucho menos, al elemento objetivo (151).

very, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

(149) Cfr., 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 9.ª 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* (n. 123). p. 309.

(150) Cfr. con artículos 14(1) y 18(1), en relación con la oferta y la aceptación, respectivamente. Artículo 14(1): «[I]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.

(151) En la discusión del artículo 8, los redactores tuvieron que hacer frente y conciliar 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

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 otro (152).

Hacer notar, por último, que el texto del Convenio utiliza la expresión «respuesta», que es un término neutral, para evitar con ello el error en el que cayó la § 2.207 UCC, que habla de «aceptación».

b) *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, en el supuesto que la aceptación no coincida con la oferta, para que aquélla perfeccione el contrato debe superar dos obstáculos: 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

el sentido que una persona razonable habría dado a las mismas. Los redactores optaron por incluir ambas posturas: la subjetiva en el párrafo (1) y la objetiva en el (2), para el caso que el anterior no fuera aplicable.

(152) Cfr. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española* (21.ª ed). Madrid. Real Academia Española/Espasa Calpe. 1992. p. 265.

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 se produce una fuerte caída del precio del azúcar, y la dulcería cancela el pedido con base en que la azucarera no había aceptado su contraoferta (153).

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 nueva 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 esta segunda 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 algunos de sus términos.

b) *Objeción del oferente*

Volvamos al ejemplo anterior y supongamos que al recibir el pedido, la azucarera envía un fax a la dulcería y le comunica que no puede

(153) El ejemplo se ha tomado de HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 167. pp. 229 y ss.

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 de interpretarse ese punto. El parágrafo (2) preceptúa que la objeción debe efectuarse «sin demora injustificada». ¿Cómo debe entenderse este 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 que se cumple el contrato. En segundo lugar, el juicio acerca de la tardanza o dilación de la objeción del oferente es difícil efectuarlo *a priori*; por ello es preferible que se haga 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 parágrafo (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 justificada. Y como toda excepción, debe interpretarse de manera restrictiva.

2. *Principio de la buena fe*: el artículo 7 (1) prevé que la Convención se interpretará teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la observancia 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)] el principio de la buena fe 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 si el oferente no objeta indica que acepta.

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

Para centrar la discusión, sirve 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 diferentes (154):

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) 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 este último aspecto (155).

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) (156); (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 seguras (157).

(154) Cfr. p. 36.

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

(156) Solución propuesta por SUMMERS, en WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). Chapter 1. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.

(157) Solución propuesta por WHITE, en WHITE/SUMMERS. *Ibidem*. Chapter 1. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.

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 contractual queda trabado y el contrato no se forma (158). 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.

c) *Parágrafo (3) del artículo 19 del Convenio*

Este parágrafo pretende aclarar cuándo una alteración 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 modificación es sustancial. Estos cubren la mayoría de los elementos del contrato, por lo que muchos casos quedará probablemente incluidos en la regla tradicional del parágrafo (1).

(a) *Carácter del parágrafo (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 nos saca de ellas (*among other things*: «entre otras cosas») (159). 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 elementos esenciales cualquier aspecto del contrato, lo cual está en consonancia con el parágrafo (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 total acuerdo de las partes, aun de aquellos elementos no negociados realmente por ellas (160).

(158) Cfr. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 168, pp. 231 y ss.

(159) Por otra parte, al aprobar en el 11.ª 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* (n. 123). p. 377.

(160) Y 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* (n. 122). p. 179 (*remarkably traditional*). Véase también HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 169. pp. 232 y ss.

(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 oferta (161). La interpretación es ingeniosa, pues frena la expansión del párrafo (3) al *hacer pivotar el juicio de la sustantividad no en si la alteración afecta a unas materias que de por sí son sustanciales, sino en si en ese caso concreto ese término ha alterado sustancialmente los elementos de la oferta*. 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 ascendiera 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) (162).

d) *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, 20 millones de pesetas; 2) entrega, 30 de septiembre; 3) daños, el vendedor se hace responsable de los causados por los defectos de la maquinaria; 4) disputas, cualquiera que surja se arreglará acudiendo al arbitraje.

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 y se instala. Cuando lleva funcionando una semana, se produce un accidente,

(161) HONNOLD. *Ibidem*. § 169, nota 6, p. 232.

(162) Interpretación así deseada por buena parte de los comentaristas: FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL, *Commentary* (n. 122). pp. 182 y ss.; HONNOLD. *Ibidem*. § 169. pp. 232 y ss.

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 de que contrato existe, pues, en caso contrario, 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 es dilucidar qué términos contiene el contrato, pues las partes no están de acuerdo. Para afrontar este análisis hay que distinguir de nuevo entre elementos que alteran 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 altera de manera sustancial.

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

a) *Last-shot rule* (163): con base en el juego entre el párrafo (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 defectos (164).

b) *Gap-filling rule* (165): 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 laguna (166). 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

(163) FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 179; SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Contention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 56.

(164) HONNOLD 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) esta postura puede fomentar la falta de claridad en las respuestas; c) es una solución algo artificial [cfr. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 170.3. pp. 237 y ss.].

(165) HONNOLD. *Ibidem*. § 170.4. pp. 238 y ss.; VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 38). pp. 276 y ss.

(166) Implícitamente adoptan la *knock-out rule* sostenida por WHITE para el *Uniform Commercial Code* (ver *supra* n. 75): se anulan entre sí los términos contrarios y el aspecto queda desregulado.

función de las reglas contractuales, luego utilicémoslas. 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 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 incumplimiento (167).

e) *Resumen*

En resumidas cuentas, 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 de una coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Pero el párrafo (3) malogra dicha posibilidad. 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». Ello 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 los formularios. Y segunda, porque esta lista no es exhaustiva, por lo que 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 contrato (168).

(167) El 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 tara algunos productos, retraso de algunos días en la entrega del pedido,...

(168) Las vías utilizadas pueden verse descritas en HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 167. pp. 229 y ss., y en FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). p. 178.

Algunos ejemplos nos ayudarán a comprender el funcionamiento de ese artículo (169). En ellos se parte de la hipótesis que el comprador inicia la negociación enviando un pedido en respuesta de un catálogo o lista de precios del vendedor.

Ejemplo 1. El comprador envía al vendedor el pedido (formulario) ofreciendo comprar 100 kilos de papel. Este 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. El vendedor le reclama una indemnización por daños como consecuencia de haber incumplido el 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 parágrafo (2) no es aplicable al caso. Y con base en el 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.

Ejemplo 2. Los mismos hechos que en el ejemplo 1 pero supongamos 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 comprador el pedido, 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 mismo 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 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.

(169) Ejemplos que, con algunos retoques, han sido tomados de FARNSWORTH. *Ibidem.* pp. 180 y ss.

5. Logros del artículo 19 del Convenio

Los principales logros de este artículo son su facilidad de aplicación y su certeza (170). El primero, porque introduce como criterio de perfección la sustantividad (alteración sustancial o no sustancial de la oferta). El segundo, porque el parágrafo (3), a pesar de parecernos que vacía de contenido el parágrafo (2), favorece de alguna manera la seguridad jurídica (aunque sea mediante una cierta rigidez).

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

6. Críticas al artículo 19 del Convenio

Las críticas efectuadas contra este artículo ha 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 alteran sustancialmente los elementos de la oferta y los que no (171). Sobre todo, qué otros términos no recogidos en el parágrafo (3) pueden considerarse que alteran sustancialmente el contrato. Se ha sugerido el 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 parágrafo (3) (172). Por ejemplo, una cláusula de limitación de la responsabilidad tiene que ver con el «grado de responsabilidad de una parte 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?

(170) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 34). pp. 253 y ss.

(171) Cfr. FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). 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.

(172) Cfr. FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 183.

Antes esto, como hemos dicho antes, parece preferible dar una lectura restrictiva de los supuestos de este 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 hecho.

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 aplicar (174).

C. Conclusión

En las páginas anteriores se ha estudiado una cuestión que en nuestro ordenamiento y en nuestra doctrina ha pasado desapercibida, a saber, la falta de adecuación de nuestra doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones modernas, 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 autorizada (175) 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:

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;

(173) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 134). pp. 256 y ss.; VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). pp. 276 y ss.

(174) Cfr. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 56.

(175) Cfr. VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). p. 277. Profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Harvard.

c) los tribunales completarán el contrato acudiendo al derecho supletorio, a los usos y a lo que ellos consideren 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 esta 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.

APENDICE JURISPRUDENCIA CITADA EN EL TEXTO

a) Francia

- *Cassation Civil*, 3.2.1919.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 26 de noviembre de 1962.
- *3è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 17 de julio de 1967.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 30 de octubre de 1979.
- *Cour d'Appel de París*, *1è Chambre*, sentencia 13 de diciembre de 1984, *Société Sofracima c. Isabelle Adjani*.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 12 de marzo de 1985.

b) Gran Bretaña

- *Hyde v. Wrench* (1840) *Rolls Court*.
- *B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd* (1968) *Appeal Court*.
- *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* (1979) *Appeal Court*.

c) Alemania

- BGH 26 septiembre 1973.
- OLG Köln 19 marzo 1980.
- BGH 20 marzo 1985.

d) *Estados Unidos de América*

- *Roto-Lith. Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.* (1st. Cir. 1962).
- *American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association* (Michigan Appeal, 1967).
- *Southwest Engineering Co. Inc. v. Martin Tractor Co. Inc.* (Kansas Appeal, 1970).
- *Dorton v. Collins & Aikman Corporation* (6th Cir. 1972).
- *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Association* (W. D. La. 1974).
- *C. Itoh & Co. (America) v. The Jordan International Co.* (7th Cir. 1977).
- *Daitom. Inc. v. Pennwalt Corp.* (10th Cir. 1984).
- *Diamont Fruit Growers. Inc. v. Krack Corporation* (9th Cir. 1986).

e) *España*1. *Tribunal Supremo. Sala Primera.*

- *Sentencia de 9 de marzo de 1929 (Baldomero Carrillo c. Ateneo Mercantil de Valencia).*
- *Sentencia de 28 de mayo de 1945 (Industrias Cinematográficas Españolas, S.A. c. Angel Gamón).*
- *Sentencia de 3 de noviembre de 1955 (Banco Popular c. Kandyel-Sevilla, S.A., Unión Farmacéutica Levantina, S.A. y J. Uriach y Cía., S.A.).*
- *Sentencia de 30 de enero de 1965 (Carlos F.P.A. c. María R.M.).*
- *Sentencia de 14 de marzo de 1973 (Germán Marcos, S.A. c. Industrias Lácteas Cacerseñas, S.A.).*
- *Sentencia de 15 de febrero de 1974 (Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A. c. Industrias Mecánicas de Tudela, S. A.).*
- *Sentencia de 19 de junio de 1980 (Abogado del Estado c. José María y Antonio Fernández Díez y Palmira Díez Tascón).*
- *Sentencia de 10 de octubre de 1980 (Jaime Ojeda c. Ibérica de Comercio, Minas e Industrias, S.A.).*
- *Sentencia de 7 de junio de 1986 (Mayor Hermanos, S.A. c. Compañía Mercantil Gosa, S.L.).*

2. *Tribunal Supremo. Sala Segunda.*

- *Sentencia de 9 de mayo de 1991.*