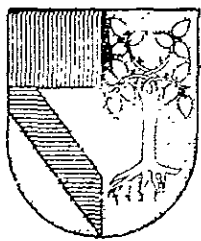


308909

24
25.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

**LA FORMACION DEL CONTRATO EN LA
CONVENCION DE VIENA SOBRE LA
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE
MERCADERIAS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

SOFIA GOMEZ RUANO

**DIRECTORA DE TESIS:
DRA. HERNANY VEYTIA PALOMINO**

MEXICO, D.F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

260337



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mis Padres,
A mi hermano Gerry,
A mis amigos,*

Índice

La Formación del Contrato en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

Introducción	1
Capítulo Primero	
1.1 Importancia del Comercio Internacional	
1.1.1 Su significación económica	4
1.2 Antecedentes históricos de la Convención de Viena	5
1.3 Impacto de la Convención de Viena en el mundo	19
1.4 Incorporación de la compraventa Internacional de Mercaderías al Derecho Mexicano	20
Capítulo Segundo	
2.1 La esfera de aplicación de la Convención	24
Capítulo Tercero	
La Formación del contrato en la Compraventa Internacional de Mercaderías	
3.1 La fase de formación del contrato y las disposiciones generales de la Convención	
3.1.1 Libertad de contratación	38
3.1.2 La intención	41
3.1.3 La manifestación del consentimiento contractual	43
3.1.4 La forma en el contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías	46

3.2 La fase preliminar a la formación del contrato	49
3.3 Notas generales sobre la oferta y la aceptación	
3.3.1 La oferta	56
3.3.2 La aceptación de la oferta	58
3.4 La oferta en la Convención	60
3.5 La aceptación en la Convención	66
3.6 Las reglas de la oferta y la aceptación en nuestra legislación	79
3.7 La batalla de formularios	81

Capítulo Cuarto

La Formación del contrato de Compraventa dentro del Derecho Comparado

4.1 La oferta y la aceptación en Derecho comparado	98
4.1.1 La fuerza vinculatoria de la oferta	99

Capítulo Quinto

La extinción de la oferta

5.1 El retiro de la oferta	107
5.2 La revocación de la oferta y sus excepciones en la Convención	109
5.2.1 La responsabilidad por la revocación de la oferta	114
5.3 El rechazo de la oferta	117
5.4 La contraoferta	118

5.5 La extinción de la oferta por inclusión de términos y condiciones en la confirmación por escrito de un contrato	125
5.6 Otras causas de extinción de las ofertas	127

Capítulo Sexto

La perfección del contrato

6.1 Contenido del contrato una vez formado	129
--	-----

Capítulo Séptimo

Caso Práctico: Textille Export-Import Co., Industry City, Mediterraneo, contra High Quality clothes Co., Cool City, Equatoriana. (Caso del Fourth Annual Willem C. Vis Moot de Arbitraje Comercial Internacional, que se llevó a cabo en la ciudad de Viena, Austria en abril de 1997.

7.1 Introducción	135
7.2 Resumen de los hechos	135
7.3 Análisis del caso práctico	138

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, mejor conocida como la Convención de Viena o CISG, es un instrumento que a pesar de sus pocos años de existencia, dieciocho para ser exactos, ha logrado uniformar a cuarenta y nueve países del mundo, y no sólo eso, sino que ha despertado la atención de muchos juristas que por tanto se han dedicado a su promoción.

Uno de los ejemplos más claros de su promoción es el Concurso de Arbitraje Mercantil Internacional denominado "Willem C. Vis", que se celebra cada año en la ciudad de Viena, Austria, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Pace, en White Plains, Nueva York, el Centro de Arbitraje Internacional de Austria, la Cámara Internacional de Comercio y la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).¹

El año pasado logró reunir en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena a 49 equipos pertenecientes a diferentes países entre los que estaban los siguientes:

¹ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por su sigla inglesa UNCITRAL), con sedes tanto en Nueva York como en Viena, que se compone de 37 países, que funciona desde 1968, y que ha elaborado múltiples convenciones, ratificadas y en proceso de ratificación, así como Leyes Modelo, reglas de arbitraje, modelo de contratos, de cláusulas contractuales y guías jurídicas) BARRERA Graf, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S. A., México 1991, p.42

Argentina, Australia, Austria, Canadá, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hong Kong, Hungría, India, Irlanda, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Federación Rusa, Suiza y los Estados Unidos de América.

Como el lector habrá notado países de habla hispana sólo participaron Argentina y México. México estuvo representado por la Universidad Panamericana y por la Universidad Iberoamericana, mientras que Argentina participó con la Universidad de Buenos Aires.

Fue precisamente la participación en este concurso la que despertó en mí el interés en la Convención de Viena, y por tanto lo que motivó la realización del presente estudio acerca de uno de los tópicos más interesantes y complejos que la misma regula, y que es la "Formación de los Contratos".

La formación de los contratos fue un tema difícil de uniformar para los redactores de la Convención de Viena, ya que tuvieron que realizar diferentes compromisos entre los diversos sistemas jurídicos del mundo para asegurar su aplicabilidad.

El presente estudio se dividió en siete capítulos tratando de llevar al lector desde una visión general de la Convención de Viena, hasta el análisis profundo de la formación del contrato, y finalizando con un breve estudio sobre el caso práctico aplicado en el concurso antes mencionado.

Con la presente tesis, pretendo demostrar lo complicado que puede llegar a ser crear una norma general para la formación de contratos internacionales así como conscientizar al

lector de la gran labor realizada por sus redactores de la Convención de Viena dando a conocer sus aciertos sin dejar de presentar los puntos susceptibles de ser mejorados.

Asimismo pretende ayudar como material de apoyo a aquellos estudiantes interesados en el tema que por encontrarse en países con menor interés en la Convención de Viena carecen de información suficiente al respecto.

CAPITULO PRIMERO

1.1 IMPORTANCIA DEL COMERCIO INTERNACIONAL

1.1.1 Su significación económica

El comercio internacional de mercaderías representa aproximadamente el 10 por ciento² del Producto Bruto Mundial (PBM), sin estar incluidas las exportaciones de servicios.

El grado de interdependencia de un país con el resto del mundo se puede expresar por el valor que representa porcentualmente su comercio internacional en relación con su Producto Interno Bruto (PIB).³

Como ejemplo Carlos A. Ledesma⁴ cita a países como Holanda, Dinamarca, Bélgica, Noruega, Venezuela y Suiza, donde dicha cifra oscila entre 45 y 90 por ciento.

² LEDESMA A. Carlos, "Principios de Comercio Internacional", Rutinas Estratégico-Operativas de la Exportación e Importación, ediciones Macchi, Buenos Aires, Bogotá, 1993, p.11.

³ Producto Interno Bruto (al coste de los factores).- "Magnitud económica igual al producto interior bruto a precios de mercado menos los impuestos indirectos, es decir, deducidos las subvenciones a la producción." Producto Interior Bruto (a precios de mercado).- "Magnitud económica igual al producto nacional bruto menos la renta neta procedente del exterior." Enciclopedia Salvat, Diccionario, Salvat Editores, S.A., México, Tomo 10, p. 2760

⁴ LEDESMA, op. cit., supra nota p.3, p.8

Por otra parte, en países como Canadá, Francia, Italia, Japón, Inglaterra y Australia representa entre 30 y 35 por ciento.

Estas cifras son un indicador absoluto de la importancia que existe en el intercambio de mercancías entre los países.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CONVENCION DE VIENA

Los esfuerzos de unificación del derecho a nivel internacional se han traducido en instrumentos vinculantes que han recibido un sinnúmero de denominaciones entre las que destacan las de: tratados, acuerdos, leyes modelos, actos legislativos supranacionales y convenciones. Muchos de ellos han sufrido de inaplicabilidad o de fragmentación.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante identificada como "la Convención" o "CISG") fue aprobada en Viena el 11 de abril de 1980.

El reporte preparado por la Universidad de Pace en Nueva York⁵, mismo que es tomado de la base de datos de la Organización de Naciones Unidas indica que la Convención ya ha sido adoptada por cuarenta y nueve países (lista que aparece en la página siguiente), lo que significa que dos terceras partes de la población del mundo han aceptado a la CISG como el conjunto de reglas unificadoras que regulan la parte más significativa de su comercio internacional.

⁵ Reporte al 31 de julio de 1997.

Países que han adoptado la Convención de Viena:

1. Argentina
2. Alemania
3. Australia
4. Austria
5. Belarus
6. Belgium
7. Bosnia Herzegovina
8. Bulgaria
9. Canadá
10. Chile
11. China (PRC)
12. Cuba
13. Dinamarca
14. Ecuador
15. Egipto
16. Eslovenia
17. Estonia
18. Estados Unidos
19. Finlandia
20. Francia
21. Georgia
22. Guinea
23. Hungría
24. Iraq

25. Italia
26. Latvia
27. Lesotho
28. Lituania
29. Luxemburgo
30. México
31. Moldova
32. Nueva Zelanda
33. Noruega
34. Países Bajos
35. Polonia
36. República Checa
37. Rumania
38. Rusia
39. Singapur
40. Slovakia
42. Suecia
43. Suíza
44. Siria
45. Uganda
46. Ucrania
47. Uzbekistán
48. Yugoslavia
49. Zambia

Por lo anterior, resulta innegable que la Convención ha tenido un éxito considerable en sus dieciocho años de existencia.

Tal grado de aceptación, representa una vigencia internacional significativa para una Convención que incorpora normas de derecho uniforme en materia mercantil.

Esta gran presencia de la CISG no tiene comparación con otros tratados elaborados por UNCITRAL a excepción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros que ha sido adoptada por casi noventa países.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, insisto, formando parte en la actualidad del derecho interno de casi cincuenta Estados, comprueba su gran aceptación, que en gran parte estriba en haber conseguido la participación de países con sistemas jurídicos, económicos y sociales diferentes.

Uno de los obstáculos más difíciles de vencer fue precisamente la unificación normativa del contrato de compraventa en lo que se refiere a la formación de los contratos. Se produjeron enfrentamientos técnico-legales entre los países de influencia jurídica anglosajona o países del área del Common Law, así como con los países de tradición jurídica romanista.

Asimismo, como más adelante analizaremos, ha sido adoptada tanto por países de economía planificada y centralizada, como por los que se rigen mediante un capitalismo

liberal sin intervención estatal dentro de los que podemos mencionar a los Estados Unidos de América, por países cuya economía depende fundamentalmente de la exportación de materias primas como es el caso de México y por aquellos cuya fuente de recursos más importante es la exportación de bienes manufacturados con un alto componente tecnológico, del cuál un buen ejemplo es Corea del Sur.

La CISG es derecho vigente en países de larga tradición democrática y también en países de tradición autoritaria en proceso de transición a la democracia.

“Todo este crisol de ordenamientos jurídicos en el texto de la CISG sólo pudo lograrse a través de compromisos”⁶. Aunque éste es precisamente su punto más vulnerable, constituye a la vez uno de los pilares sin los cuales difícilmente hubiera sido posible obtener un reconocimiento tan grande

Hay un elemento adicional que explica la amplia adhesión que ha despertado la CISG y que consiste en “el esfuerzo genuino por difundir la jurisprudencia elaborada sobre sus disposiciones a fin de lograr un consenso internacional para interpretar y aplicar este instrumento bajo pautas hermenéuticas armónicas.”⁷ Lo anterior se manifiesta en la existencia de casi trescientas decisiones jurisprudenciales, mismas que se multiplican con rapidez en todo el mundo con el objeto de interpretar la CISG conforme sus propias reglas internacionales, por lo general mucho más flexibles que las domésticas.

⁶ GARRO, Alejandro / Zuppi Alberto L. , “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías” [An introduction to the CISG in Spanish], CISG W3 Database, Pace University School of Law (<http://www.cisg.law.pace.edu>) April 1997.

⁷ PERALES Viscasillas, Ma. Del Pilar “La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías”, Valencia, España. 1996, p.42.

Su éxito se debe también a aquellos que han contribuido a promocionarla desde diferentes foros, juristas distinguidos que propagan la enseñanza y la aplicación de este valioso instrumento internacional.

Albert Kritzer desde su Instituto para el Comercio Internacional en Pace University (White Plains, Nueva York, EEUU) ha fomentado un gran interés por la CISG, organizando cursos, seminarios, debates y competencias "Moot".⁸

El profesor Michael R. Will en Ginebra, ha recopilado más de doscientos fallos y ha sistematizado la creciente bibliografía sobre la CISG; Claude Witz en Saarbrücken desde el Centro de Estudios Europeos en la frontera franco-alemana; organiza conferencias, una base de datos y mueve al mundo francófono; en Alemania es Burghard Piltz actualiza anualmente la jurisprudencia sobre CISG misma, que el profesor Peter Schlechstriem ha organizado en otro banco de datos con la copiosa jurisprudencia alemana que también puede consultarse por el Internet. Michael-Joachim Bonnell de UNIDROIT⁹ ha compilado una base de datos UNILEX; el profesor Harry Flechtner sigue la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos desde la Universidad de Pittsburgh; la Universidad de Cornell ha editado una revista jurídica dedicada exclusivamente a la CISG; y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL) continúa con su recopilación y difusión de sentencias sobre la CISG.

México contribuyó como el primer país del mundo hispanoparlante a través del desaparecido jurista Jorge Barrera Graf a la creación y difusión de la CISG.

Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Institute of International Commercial Law.
"El Instituto para la Unificación del Derecho Privado" fue fundado en 1926 y tiene su sede en Roma, su particularidad radica en que en lugar de agrupar naciones, agrupa juristas de distintos países. Ha preparado textos comerciales muy importantes.

Hay que destacar la contribución de la abogada española María del Pilar Perales Viscasillas, quien además de ser la autora de la obra que inspiró este trabajo tiene actualmente el proyecto de construir una base de datos sobre sentencias redactadas en lengua española que se refieren a la CISG y otros instrumentos del derecho comercial internacional. Sin embargo, consideramos que todo este esfuerzo sería en vano si no sirviera para aplicar lo que estableció Immanuel Kant en su obra "Para la Paz Perpetua"¹⁰ y que dice: "la mejor garantía de una paz duradera se encuentra en el mundo del comercio y el intercambio internacional armónico entre los pueblos".

Como se puede deducir la Convención de Viena no es sino el resultado de una ardua labor por parte de grandes juristas para unificar el derecho internacional. En las últimas décadas se han hecho muchos esfuerzos de unificación, siendo siempre la compraventa internacional de mercaderías un tema preponderante. Lo anterior, ha sido consecuencia del intercambio comercial cada vez mayor entre las naciones de todos los continentes lo cual ha propiciado la existencia de un sinnúmero de contratos de compraventa internacional que, sin un instrumento como la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, se verían amenazados a seguir su forzoso crecimiento sin la seguridad jurídica ni el orden requeridos. Muchas compraventas internacionales han sufrido los efectos de celebrarse entre países con una legislación totalmente diferente, sin mencionar otras grandes diferencias como la capacidad económica y el nivel de desarrollo de los países que pueden ser partes de un mismo contrato de compraventa internacional. La Convención no es sino la creación de un nuevo "*ius commune*" que forma parte del Derecho Mercantil Internacional, que se

¹⁰ KANT, Emmanuel en GARRO, Alejandro M /Zuppi, Alberto L , "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías [An introduction to the CISG in Spanish], CISG W3 Database, Pace University School of Law (<http://www.cisg.law.pace.edu>) April 1997.

define como "el conjunto de disposiciones que rigen aquellas relaciones comerciales de Derecho Privado que afectan a distintos países"¹¹.

El éxito conseguido hasta ahora por esta Convención se debe a que fue el resultado de varios intentos por dar a conocer un instrumento capaz de unificar a los cinco continentes sin importar las diferencias ya planteadas. Veamos pues el proceso de esta evolución.

Los intentos de unificar al derecho internacional en materia de compraventa encuentran su antecedente más claro en el año de 1929. Este año fue en el que UNIDROIT, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, a propuesta del connotado jurista alemán Ernst Rabel se dio a la tarea de realizar un proyecto de Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales. Se formó entonces un grupo de trabajo presidido por Cecil J.B. Hurst, que se integraba con eminentes juristas del derecho comparado.

En un principio este Comité incluía en un único texto las disposiciones relativas a la formación del contrato y a la ejecución del mismo. La tarea de llegar a un compromiso entre las diferentes opiniones que existían sobre el momento en que se perfeccionaba el contrato fueron tantas que se decidió separar esa parte de la del contenido del contrato de compraventa

De este modo se prepararon dos proyectos: uno sobre la formación del contrato que se sometió a un Comité especial para su revisión, publicado en 1936, y otro sobre la ejecución del contrato elaborado sobre la base del proyecto del profesor Ernst Rabel, mismo

¹¹ PERALES. op. cit. supra nota p 8, p 42.

que le daría el nombre de Proyecto Rabel. Fueron varios años los que se dedicaron a esta tarea y una vez finalizada, fue repartida a los países de la Liga de las Naciones¹² con objeto de que hicieran comentarios sobre su contenido y garantizar su aplicabilidad.

Una vez recibidas, se nombró un segundo Comité que redactó en 1939 el "Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta de Objetos Mobiliarios Corporales". Este proceso se vio interrumpido por la Segunda Guerra Mundial y no fue sino hasta 1951 cuando se retomó la tarea de unificación.

La ciudad de la Haya, Holanda, fue la sede de la Primera Conferencia Diplomática Internacional relacionada con esta materia que tuvo lugar después de la guerra. En aquella participaron los representantes de más de 20 países y cinco Estados observadores con objeto de continuar con el proyecto de unificación realizando paralelamente el estudio relativo a la formación del contrato.¹³

Así fue como en 1959 con la aportación de ideas de 23 países de la Liga de las Naciones, se publicó el "Proyecto Uniforme sobre la Formación del Contrato de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales". El triunfo de este proyecto radicó en que contemplaba en su artículo 12 el momento en que se perfeccionaba el contrato

En lo que se refiere a la unificación de reglas relativas a las obligaciones y derechos de las partes en el contrato, se nombró una nueva Comisión que realizó un anteproyecto que estaría listo para el año de 1956. Este proyecto se distribuyó entre diversos países para

¹² La Liga de las Naciones fue una organización global internacional creada por los vencedores de la Primera Guerra Mundial para mantener la paz y la seguridad internacionales, así como para fomentar la cooperación económica y social entre sus miembros

¹³ PERALES, op cit . supra nota p.8, p.46.

que fuera comentado y así poder tomar en cuenta las observaciones de los posibles países participantes.

Como este proyecto se limitaba a regular las obligaciones y derechos de las partes, UNIDROIT se vió en la necesidad de crear un proyecto que complementara dicha regulación. El proyecto se basó en la formación del contrato. El mismo estuvo listo para su divulgación en 1958.

Hubo una segunda conferencia en el año 1964¹⁴ también en la ciudad de la Haya, Holanda, con el objeto de analizar ambos proyectos. Con la participación de 28 países del mundo se dio la aprobación de la “Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales” también conocida como LUVI y la “Ley Uniforme sobre Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales” o LUF. La Convención de la Haya sobre ventas entró en vigor el 18 de agosto de 1972, mientras que la Convención sobre la Formación del Contrato lo hizo el 23 del mismo mes y año.

A pesar de los grandes esfuerzos porque dichos proyectos triunfaran, finalmente tuvieron poco eco

¹⁴ Los esfuerzos unificados tuvieron paralelamente resonancia en el hemisferio americano. El Comité Jurídico Interamericano aprobó la resolución del 22 de septiembre de 1967 con las siguientes consideraciones que Antonio Boggiano menciona en su libro “Contratos Internacionales”: “...las orientaciones de la Ley Uniforme de la Haya no se oponen a principios básicos del derecho americano. Es más en general, sus soluciones se ajustan a principios que informan a importantes tratados americanos, tales como el Código de Bustamante y los Tratados de Montevideo.”

La aprobación al esfuerzo de UNCITRAL fue tanto que en 1977 se pidió a los países americanos abstenerse de estudiar los temas relacionados con la compraventa internacional de mercaderías. Lo anterior previendo que era mejor esperar sus resultados antes que dar soluciones regionales.

La principal razón del fracaso de estas Convenciones pudo ser su escasa representación mundial, debido a que 22 de los 28 países participantes eran europeos. Únicamente había representados tres países del bloque socialista y tres países en vías de desarrollo. Lógicamente esto traía consigo que los artículos hicieran mayor referencia a las relaciones entre partes comerciales geográficamente no muy distantes y con un desarrollo similar. La utilización de un lenguaje complicado y abstracto es en parte causa de la escasa recepción que tuvo la iniciativa. Lo anterior trajo como consecuencia que se presentaran defectos de precisión y claridad que provocaron dificultades en la interpretación de la Convención. Este error los autores se lo han adjudicado a que el ritmo de las sesiones fue "desenfrenado"¹⁵

Por último, el falta de entusiasmo por parte de los países con un sistema de Common Law de sumarse a esta Convención se evidenció con la inclusión de la reserva británica. Por medio de esta cláusula la Gran Bretaña dió la opción a que los Estados al adherirse o ratificarla la impusieran para el caso especial que las partes contratantes la señalaran como ley del contrato. Lo anterior, limitaba sobremanera su aplicación (Actualmente ambas Convenciones prácticamente no se aplican debido a la existencia de la Convención Internacional de Mercaderías de 1980).

Sin embargo UNCTRAL, perseveró en su anhelo de realizar un instrumento que de verdad unificara al derecho internacional en materia de compraventa.

¹⁵ PERALES, op.cit., supra nota p 8, p.49.

La Organización de las Naciones Unidas¹⁶ creó entonces, siguiendo la propuesta del memorándum presentado por el representante de Hungría, un organismo encargado de promover la armonización y la unificación del derecho comercial internacional. Así surgió la CNUDMI, iniciales que representan a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La anterior es más conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL.(United Nations Commission for the International Trade Law).¹⁷

Patrocinada por la ONU, la Comisión inició sus actividades reuniendo participantes de los cinco continentes. Dentro de sus objetivos figuraba como preponderante el crear una legislación uniforme en materia de compraventas internacionales, así otros dos temas: los pagos internacionales y el arbitraje comercial internacional

Se empezó por considerar si las ya mencionadas LUVI y LUF, que no habían logrado un número considerable de ratificaciones, debían adoptarse o debía elaborarse un nuevo texto, que en realidad representara una participación internacional, subsanando todas las mencionadas fallas de las anteriores.

Se hizo una investigación de la que resultó que efectivamente existía una falta de interés por adherirse a las Convenciones LUVI y LUF. UNCITRAL entonces celebró su segunda reunión en la ciudad de Ginebra, Suiza en 1969 donde se seleccionaron catorce miembros a los cuales se encomendó la tarea de enmendar dichas Convenciones para facilitar su aplicación en un mayor número de países.¹⁸

¹⁶ Sus siglas en inglés son más utilizadas debido a que fonéticamente son más fáciles de difundir PERALES, op cit , supra nota p.8.p 52

¹⁷ El Presidente nombrado por UNCITRAL fue el reconocido jurista mexicano Jorge Barreira Graf

¹⁸ El plazo de prescripción establecido es de 4 años para la procedencia de reclamaciones derivadas de compraventas internacionales México ratificó esta Convención, entrando en vigor el 1 de agosto de 1988

Fue hasta 1976, tras nueve reuniones, que se tuvo un Proyecto de Convención de Compraventa, dándosele difusión hasta 1978. Fue el 16 de junio de ese mismo año, el día en que se tomó la decisión de combinarlos para que ambos formaran un solo instrumento.

Una vez aprobado por UNCITRAL, la Asamblea General de Naciones Unidas convocó a una Conferencia Diplomática para analizar el proyecto, misma que se celebró entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980 en Viena, Austria. Participaron representantes de 62 Estados y observadores que representaban 1 país y 7 organismos internacionales.¹⁹

El proyecto de discusión se hizo a través de la formación de dos Comités, estando el pleno reunido únicamente al comienzo y al final de la conferencia. Uno de los Comités fue el encargado del estudio de las disposiciones principales de la Convención, mismo que fue presidido por el austriaco Roland Loewe. Las disposiciones principales abarcan del artículo 1 al 88 de la Convención, partes I a III.

El segundo Comité por su parte estaba presidido por el mexicano Roberto Mantilla Molina y analizaba los artículos 88 al 101 que se refieren a las cláusulas generales de entrada en vigor de la Convención, o mejor dicho las disposiciones finales de la Convención. Cabe mencionar que no conforme con lo ya alcanzado UNCITRAL se había dado también a la tarea de nombrar siete miembros más a los que encomendaría la función de realizar una Convención sobre plazos de prescripción en materia de compraventas internacionales. la llamada Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventas

¹⁹ PERALES, op.cit. supra nota p.8 ,p 57. "fueron ocho las organizaciones internacionales participantes".

Internacionales.²⁰ Una vez terminada fue aprobada por los miembros de UNCITRAL el 14 de junio de 1974.

En la mayoría de las disposiciones de la primera Convención, no hubo nada que modificar sólo existieron algunos preceptos que tomaron una dirección nueva siendo redactados con mayor claridad, tal es el caso de preceptos referentes a lagunas de la Convención, pérdida de mercancías y otras que por no ser parte de nuestro tema no nos detendremos a analizar

Una vez votado precepto por precepto, como es tradición en las conferencias diplomáticas, se aprobó la "Convención Internacional de Mercaderías" el 11 de abril de 1980, siendo también conocida como la Convención de Viena de 1980. (CISG)

²⁰ El plazo de prescripción establecido es de cuatro años para la procedencia de reclamaciones derivadas de las compraventas internacionales. México ratificó la Convención, entrando en vigor con fecha del 1 de agosto de 1988

1.3 IMPACTO DE LA CONVENCION DE VIENA EN EL MUNDO.

Por lo que respecta al impacto que ha tenido este instrumento en el mundo jurídico lo primero que se debe reconocer es la labor de las partes de las diferentes naciones al crear este derecho comercial común, que puede considerarse como una evolución jurídica importante

Este progreso en el campo del derecho se presentó dentro del ámbito internacional sin que esto prevenga su influencia en los derechos domésticos.

El hecho de que en la Convención se contengan las más actuales normas comerciales, comentadas, discutidas y debatidas por las grandes autoridades del mundo, lo hace un instrumento evolucionado y por tanto atractivo para la inclusión de sus conceptos en la redacción de los derechos internos comerciales.

La anterior dista de ser tan sólo una teoría, en los países escandinavos el nuevo “Ley de Compraventa de Mercaderías” (*SALE OF GOODS ACT*) ha incorporado conceptos utilizados en la Convención ²¹

²¹ KRITZER H., American Guide to Practical Applications of the United Nations Convention for the International Sale of Goods, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, USA p. 8

1.4 LA INCORPORACION DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS AL DERECHO MEXICANO.

México tuvo un sistema territorialista absoluto por más de 40 años por lo que, según lo que nos dice el maestro Leonel Pereznieto en su libro Derecho Internacional Privado, ocupó una posición aislacionista respecto de muchas corrientes del derecho internacional privado

Fue hasta 1975 que el sistema jurídico mexicano se abrió al sistema convencional internacional de manera que nuestro sistema jurídico ofrecía una adecuada integración jurídica con países de sistemas jurídicos totalmente distintos como son los que se rigen bajo el Common Law, como los Estados Unidos de América por ejemplo.

En el caso de la Convención, como anteriormente se mencionó, todos los países de la Conferencia Diplomática entre ellos México, aprobaron y votaron a favor de cada uno de los artículos del citado instrumento internacional. México ratificó la Convención en el año de 1987 una vez aprobada por la Cámara de Senadores según lo establece nuestro artículo 76 Constitucional fracción primera.²²

El Presidente de la República firmó el instrumento de adhesión mismo que fue depositado ante el Secretario General de la ONU el día 29 de diciembre de 1987, siendo la Convención promulgada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el

²² Art 76 Constitucional. "Son facultades exclusivas del Senado 1 Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso, además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. ...".

día 17 de marzo de 1988. La Convención de Viena entró en vigor en México el 1 de enero de 1989.

Debemos recordar que conforme a nuestro artículo 133 Constitucional :

" Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión".

Para nuestro país la Convención ofrece cosas positivas como son el darle un mayor grado de certidumbre a las operaciones de compraventa internacional de mercaderías, ya que como es de sabiduría nuestro Código de Comercio por ser de 1889 ya es obsoleto en ciertas partes. Además nos permite participar dentro de un esquema jurídico que compartirán cada vez una mayor número de nuestros socios comerciales empezando por los Estados Unidos, facilitando nuestras transacciones. Sin embargo requiere de una mayor difusión para que exista una verdadera aplicación de la misma.

Asimismo, es importante que el derecho mexicano evolucione y se convierta en un derecho que permita una mayor aplicación de criterios dentro de los cuales está la equidad. La equidad o lo que es lo mismo la justicia aplicada al caso concreto daría una mayor certeza jurídica a las partes.

Criterios como "lo razonable"²³ utilizados por esta Convención abrirían la puerta a que el juez tuviera una mayor participación en la consecución de la justicia. Cambiaría de ser solamente un aplicador de la ley a ser un verdadero conocedor y aplicador del derecho.

El juez, independientemente del sistema jurídico al que pertenezca, debe ser jurisconsulto (maestro de la ciencia jurídica).

Tal como nos lo dice Burgoa: "El jurisconsulto debe ser un crítico de la legislación porque contribuye de esta forma al mejoramiento del Derecho positivo, exponiendo su doctrina sobre múltiples cuestiones jurídicas en libros, tratados y obras escritas en general, de esta manera su actividad crítica se extiende también a cualquier acto de autoridad, principalmente las sentencias judiciales."²⁴

El jurisconsulto debe mezclar la teoría y la praxis, debe ser el profesional que mediante la sabiduría del derecho ponga su razón, voluntad, fe y emoción al servicio de lo que cree honesto y justo.

Para que un juez sea bueno requiere entre otras cosas: ser imparcial, tener valor civil, independencia e inamovilidad judicial. lo cual sólo se solucionará dándoles un mayor reconocimiento tanto económico como dentro de la ley.

²³ El criterio de lo razonable aparece en la Convención dentro de (art. 8, 18, 25, 33, 34, 35, 37, 39, 48, 63, 64, 65, 73, 87, 88 entre otros) ..

²⁴ BURGOA Orihuela Ignacio, "El jurista y el simulador del Derecho", Editorial Porrúa, S A , 1988, México, p 41-47

En conclusión, la aplicación de instrumentos como la Convención requiere de una evolución de tipo educacional y social por parte de los responsables de la administración de justicia.

“La aplicación de la Convención en México tiene una importancia enorme pues a partir de su vigencia es el texto aplicable al principal contrato del comercio mundial, las compraventas internacionales, que se celebren en los términos de su artículo 1 , en lugar de nuestros textos internos del Código de Comercio (art. 371 a 387), de la LN (art. 210 a 221) y del Código Civil del D.F. (art. 2248 a 2319) ”²⁵

²⁵ BARRERA Graf. Jorge, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, S.A. . Mexico 1991, p 44.

CAPITULO SEGUNDO

2.1 LA ESFERA DE APLICACION DE LA CONVENCION

Antes de ubicarnos dentro de la Convención considero importante que el lector se familiarice, aunque sea de manera sencilla y breve con la rama del derecho a cuyo ámbito pertenecen los contratos cuya formación analizaremos.

Se trata del Derecho Mercantil Internacional o Derecho del Comercio²⁶. Esta rama del derecho se origina con las actividades comerciales realizadas por los seres humanos desde que éstos eran primitivos. Fue evolucionando hasta desprenderse del derecho común, convirtiéndose en un derecho especial que buscaba las soluciones más rápidas, equitativas y adecuadas para que se efectuaran las actividades comerciales.

Gabuardi opina²⁷ que la respuesta a la pregunta de qué es el derecho mercantil internacional no puede ser única. Depende de aquello que definamos como derecho mercantil así como el concepto que se tenga de internacionalidad.

Así, para este autor, en aquellos países donde el derecho mercantil no es una rama autónoma, como los países que se rigen bajo el sistema del Common Law, el derecho mercantil será aquel conjunto de reglas que se aplican a la actividad económica.

²⁶ "Ni todo el derecho del comercio es Derecho Mercantil, ni todo el Derecho Mercantil es un derecho para el comercio". GARRIGUES en BARRERA Graf, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p 1.

²⁷ GABUARDI en GARRO, Alejandro M./Zuppi, Alberto L., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías" [An introduction to the CISG in Spanish], CISG W3 Database, Pace University School of Law (<http://www.cisg.law.pace.edu>) April 1997.

Por su parte, Barrera Graf²⁸ opina que no obstante el derecho mercantil es el derecho que regula el comercio, incluye conceptos que van más allá del comercio.

Independientemente de ser parte del derecho mercantil la Convención fija su ámbito de aplicación tomando en cuenta sus objetivos. Estos objetivos vienen plasmados dentro del proemio de dicho instrumento sobresaliendo los siguientes:

- a. el establecimiento de un nuevo orden económico internacional;
- b. buscar el desarrollo del comercio internacional sobre una base de igualdad y beneficio mutuo de las partes contratantes.

Para Albert H. Kritzer, según lo que menciona en su libro "Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", si se pusieran en una balanza las normas que favorecen al comprador y aquellas que favorecen al vendedor en la UCC (Uniform Commercial Code), se inclinaría hacia el vendedor. En la Convención ocurre lo mismo por influencia de países en vías de desarrollo; en naciones industrializadas las legislaciones contiene normas orientadas a los compradores. La *ratio legis*, es muy sencilla: encontrar una mayor aceptación por aquellos países que económicamente no son muy fuertes para que se adhieran a ella con objeto de que como compradores, estén protegidos²⁹; y.

- c. la supresión de los obstáculos jurídicos con los que tropieza el comercio internacional.

²⁸ BARRERA, op cit , supra nota p.27, p 1.

²⁹ KRITZER, op.cit, supra nota p.18, p.8.

Asimismo Kritzer³⁰ establece que la aplicación de la Convención de Viena se limita a cuatro aspectos:

- a. únicamente compraventas internacionales
- b que sean comerciales
- c. no es aplicable en ciertos supuestos, Art. 2 de la Convención
- d. lo que determine la voluntad de las partes, ya que son libres para excluir la aplicación de la Convención o variar el efecto de sus artículos.

Para cumplir con los objetivos anteriormente expuestos, la Convención fue dividida en cuatro partes. La primera (artículos 1 al 13) fue dedicada al ámbito o esfera de aplicación de la Convención y a sus disposiciones generales. Esta parte resulta básica para establecer si nos encontramos frente a una compraventa que pueda ser regida por la Convención o no. Más adelante y cumpliendo con el objetivo de este subtema nos abocaremos al estudio profundo de este punto.

La segunda parte de la Convención trata sobre nuestro tema principal de estudio : la formación del contrato (artículos 14-24), que por ser un tema que será ampliamente analizado posteriormente no conviene más que puntualizar.

La tercera parte contiene los derechos y obligaciones del comprador y vendedor, derivados de una compraventa internacional (artículos 24 al 88), y por último, la cuarta parte (artículos 89 al 101) fija las cláusulas finales que son aquellas donde se establece el procedimiento de ratificación, declaración y reservas de la Convención por parte de los

³⁰ KRITZER, op. cit., supra nota p.18, p.8.

Estados. Es en esta última parte donde encontramos el artículo 92 mediante el cual un Estado contratante puede al tiempo de declarar, ratificar o adherirse a la Convención sujetarse únicamente a la segunda, tercera o cierta parte de la misma. Existe por tanto, una libre voluntad de pacto hacia la Convención.

El artículo primero de la Convención establece que:

"ART. 1 1. La presente Convención aplicará a los contratos de compraventa de mercadería entre partes que tengan establecimientos en Estados diferentes;

a) Cuando esos Estados sean Estados Contratantes ;o

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o el contrato. "

Tal como se desprende de la lectura del mismo, su propósito es fijar los lineamientos básicos relacionados con la esfera de aplicación de la Convención.³¹ La Convención será por tanto, aplicable a contratos de compraventa de bienes :

a. entre partes que tengan establecimientos en diferentes Estados. La traducción al español menciona diferentes establecimientos mientras que en inglés, Kofi Date-Bah del Secretariado del Commonwealth en Londres, utiliza establecimientos comerciales por ser este concepto más definido.

No requiere, como antiguamente, que los bienes sean transportados de un territorio a otro de un Estado diferente o que la oferta y la aceptación del contrato se dé en dos Estados distintos sino que pide como único requisito que las partes tengan el establecimiento de sus negocios en diferentes Estados.

Cuando la parte tenga más de un lugar de negocios se toma en cuenta aquél con el que tenga una relación más cercana al contrato o a su realización.³² En el caso, de que una de las partes no tenga establecimiento de negocios se toma en cuenta su residencia habitual.

La Convención no se encarga de definir el concepto de establecimiento, así que si lo interpretamos considerando como en todos los preceptos de esta Convención su finalidad, es de suponerse que no se trata del mero lugar donde se lleva a cabo el negocio o donde van a darse los efectos del mismo, sino que se refiere a un establecimiento permanente y estable

³¹ CARBONE, in BIANCA Bonell, "Commentary on the International Sales Law", Milán, p.30.

³² KRITZER, *op.cit.*, supra nota p 18 ,p.11

de negocios. Hay autores que incluso opinan que el mero establecimiento de una agencia en un Estado contratante no es suficiente para cumplir con los propósitos de la Convención.³³

b. cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Esta inclusión representó una de las novedades de la Convención ya que en ULIS no se hacía mención a lo que estableciera el derecho interno, simplemente éste se excluía.

Este segundo punto a su vez fue el responsable de que naciera el artículo 95 por el cual la Convención permitió a cualquier Estado hacer una reserva. Esta reserva se pide al momento de declarar, adherirse o ratificar la Convención para que sea este punto dos (en el texto de la Convención 1(b)) del artículo primero, el que no se le aplique al Estado contratante. Tal es el caso de los Estados Unidos que hicieron una reserva excluyendo la aplicación del artículo primero en su inciso 1b), de manera que en una típica transacción la Convención sólo será aplicable a una parte norteamericana si la otra parte tiene su principal asiento de negocios en un Estado que también haya ratificado la Convención.

Congruente con el pensamiento de Kritzer la Convención establece en su artículo segundo de manera enunciativa cuáles son los casos a los que no aplica la misma:

³³ BARRERA Graf, en BUENO Barrera, Mauricio, “Cuatro casos relacionados con la Convención de Viena sobre compraventas internacionales de 1980”, México, D.F., p.26.

"ART. 2. La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

a) De mercaderías compradas para su uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;

b) En subastas;

c) Judiciales;

d) De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;

e) De buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;

f) De electricidad;"

La *ratio legis* de la primera parte del artículo anterior se basa en que se busca la aplicación de la Convención en contratos que se realicen principalmente entre comerciantes. Se diseñó, para compraventas con un volumen mayor que las privadas, por la dificultad y complejidad que encierra el tener que proteger a los adquirentes de mercancías a menor volumen. Por tanto las compraventas domésticas se siguen rigiendo por normas nacionales pero como anteriormente ya expuse, éstas cada vez tendrán una mayor influencia de este instrumento internacional.

Por lo anteriormente expuesto no hubo oposición alguna por parte de los redactores de la Convención en incluir este punto.

En relación a las ventas judiciales y en subastas también contempladas por este artículo como excluidas de la aplicación de la Convención, Loewe señala que esas "compraventas están estrecha y claramente ligadas al lugar en que se realizan, y sería poco propicio someterlas a otra ley que no sea la de ese lugar, así fuese una ley que no sea la de ese lugar, así fuese una ley internacional."

Las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero no son considerados por esta Convención porque en muchos derechos internos se les da el tratamiento de contratos de cambio.

En cuanto a las compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves, éstas están reguladas por leyes nacionales que prevé requisitos tales como números de matrícula. Tales números rigen el destino jurídico de las mismas.

La electricidad está excluida de ser regulada por esta Convención porque en la mayoría de los países está regulada por la legislación administrativa nacional además de no ser considerada como mercancía para muchos otros países. Al respecto Barrera Graf señala que la exclusión no es tal en cuanto a combustibles "cuya exclusión fue propuesta también en la reunión del grupo de trabajo, sin que la misma fuera aceptada ya que ellos generalmente se venden en tanques y envases que tienen un determinado peso y volumen."³⁴

³⁴ BUENO, op.cit , supra nota p.28, p 28..

En el caso del suministro, la Convención admite expresamente la existencia de una compraventa cuando son contratos de suministro de mercancías que habrán de ser manufacturadas o producidas, exceptuando el caso en que la parte que las encargue proporcione una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción o, se trate de suministrar mano de obra u otro tipo de prestación de servicios.³⁵

Lo anterior se refiere a la aplicabilidad de la Convención por lo que hace a los Estados de los que son originarias las partes involucradas en la compraventa o las especies de compraventas mencionadas en la Convención que están excluidas de su aplicación; pero falta algo que trasciende a lo que el Estado y la Convención proponen a los contratantes y esto es la propia libertad que tienen las partes tanto comprador como vendedor de decidir someterse o no a esta Convención.

La libertad de pacto está consagrada dentro de los principios de UNIDROIT³⁶, las partes manifiestan de modo libre bajo que ordenamiento jurídico quieren que se rija su contrato de compraventa internacional

Por su parte la Convención de Viena establece al respecto:

"Art. 6 Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar su efectos."

³⁵ BUENO, op cit., supra nota p.28, p 28

³⁶ Son aquellos que reflejan conceptos incluidos en numerosos sistemas jurídicos y que tienen por objeto establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independiente mente de las específicas tradiciones jurídicas, condiciones económicas y políticas. Su finalidad es asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe. e imponiendo criterios de comportamiento razonable.

"Art. 12 No se aplicará ninguna disposición ...que permita que la celebración, modificación o extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos."

Hay una autonomía de la voluntad de las partes en someterse total o parcialmente o de plano, no someterse a la Convención de Viena. Como se desprende de la lectura del artículo 12 hay países que tienen un orden jurídico que requiere que se establezca por escrito si no va a ser aplicable la Convención o en que partes va a ser o no aplicable. Este artículo es el resultado de una concesión otorgada por la Conferencia Diplomática en Viena a la entonces Unión Soviética.

Existe lo que se conoce como una autonomía de tipo comercial por la cual las partes restringen sus operaciones al cumplimiento de ciertas condiciones. Estas en ocasiones se convierten en excepciones o modificaciones de la Convención.

Sin embargo existen ciertas excepciones al principio de libertad de pacto que son las siguientes.

Analizaremos cada una de ellas:

a. La reserva al artículo 92 de la Convención³⁷ establece la posibilidad de que los Estados contratantes excluyan la segunda o la tercera parte de ese instrumento internacional en sus relaciones dentro el tráfico mercantil. Esta disposición prevalece, aunque de cierta manera va en contra del objetivo de uniformar el derecho debido a la exigencia que existe en ciertos países de otorgar a las partes contratantes una seguridad jurídica mayor, a falta de una cultura jurídica lo suficientemente avanzada.

Lo anterior se ejemplifica por poner un ejemplo con la exigencia de que el contrato sea hecho por escrito.

La Convención es flexible respecto de la formalidad que requiere ya que dentro de su artículo 11 establece que *"el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio incluso testigos."*

b. La Convención impide la variación o exclusión de los artículos referentes a la interpretación de la misma como lo es el artículo 7 que se refiere a la interpretación de lo actuado y declarado por los contratantes, el Artículo 8 que trata sobre la intención de los contratantes, y los artículos referentes a los usos o prácticas.

³⁷ El Art 92 de la Convención a la letra establece que " 1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedando, obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedando; obligado por la Parte III de la presente Convención. 2) Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración "

c. Debemos tener claros los lineamientos irrenunciables utilizados la interpretación de la Convención. Como ya se dijo, la Convención al ser un instrumento jurídico que envuelve a varios Estados del mundo tiene un carácter internacional. El mismo se tendrá en cuenta su interpretación buscando la uniformidad de su aplicación y teniendo en cuenta la observancia de la buena fe en la actividad comercial internacional.

d. La Convención excluye la posibilidad de aplicación de un derecho doméstico a menos que ella misma nos remita al mismo. En caso de cuestiones relativas a materias no expresamente resueltas en la misma se debe atender a los principios en los que se basa la Convención.

e. La necesaria compatibilidad de las cláusulas impuestas por las partes con los principios generales sobre los cuales se basa la Convención. Los principios varían según la opinión de los diversos autores. La mayoría coinciden en los siguientes:

1. La buena fe (art. 7).- como antes mencionamos se requiere la observancia de la buena fe en la actividad comercial. La buena fe es una necesidad dentro del intercambio comercial internacional que la Convención supo tomar en cuenta. La referencia a la buena fe se adoptó partiendo de la existencia de un compromiso entre las partes de observar un trato limpio durante la formación del contrato y sus subsecuentes etapas. " Durante la formación del contrato, las partes deberán observar los principios relativos a las prácticas comerciales leales y actuar de buena fe"

Por la misma naturaleza amplia y vaga del concepto se optó por incluirla al momento de la fusión de la Convención dentro de las disposiciones generales, quedando por último como un criterio para su interpretación.

Comparto la opinión de la Doctora Pilar Perales Viscasillas de que su papel interpretativo debería convertirse en un rol de contenido, aunque reconozco que se requiere de una cultura jurídica para que se tome de verdad en cuenta el concepto y no se convierta en letra muerta.

2. La autonomía de las partes (art. 6) Respeto la autonomía de voluntad de las partes permitiendo que se excluyan total o parcialmente de la aplicación de las disposiciones de la Convención e incluso modifiquen sus efectos. El artículo sexto se relaciona de manera directa con lo establecido por el artículo 92 y 12 del mismo instrumento. ya que la extensión de la libertad contractual de las partes se limita a lo que el Estado pudiera haber exigido que la manifestación de voluntad se diera por escrito.

3. La Consensualidad (art. 11 y 29), mismo que se trata a detalle posteriormente.

4. La comunicación entre las partes surte efectos a partir de la expedición (art. 27), misma que se desarrolla más adelante con detenimiento debido a su importancia para nuestro tema.

5 El criterio de lo razonable (art. 8, 18, 25, 33, 34, 35, 37, 39, 48, 63, 64, 65,73,87.88 entre otros, mismo que se explica en la página 42 del presente estudio.

6 El deber de tomar medidas para evitar el deterioro de la mercancía y así evitar daños innecesarios a la otra parte.

7. Toda demora en el pago produce intereses.

8. Los usos obligan, tema que desarrollare más adelante.

Cualquier uso convenido o práctica que las partes hayan establecido entre ellas adquieren en el contrato la calidad de obligación. Asimismo, se toman en cuenta los usos regulares del comercio internacional o de una cierta región como parte del contenido del contrato.

CAPITULO TERCERO

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

3.1 LA FASE DE FORMACION DEL CONTRATO Y LAS DISPOSICIONES GENERALES DE LA CONVENCION

Antes que nada me gustaría resaltar el hecho de que si estamos frente el análisis de la formación de los contratos debemos de partir de la existencia del principio de libertad de contratación, que no sólo está contemplado por la Convención, sino que expresamente está contenido en los principios de UNIDROIT y que a la letra dice:

3 1.1 Libertad de contratación

Art.1.1 "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido."

Este principio consagra un derecho fundamental al que me atrevería a llamarle garantía internacional, ya que así como existe una libertad de las personas dedicadas al comercio de ofrecer sus mercancías o servicios, también debe existir aquella que les permita acordar los términos de cada una de sus operaciones.

Literalmente dentro de los comentarios a los principios de UNIDROIT sus redactores manifiestan que: "Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad "

Claro que la libertad mencionada habrá ocasiones en que se vea obstaculizada o limitada por intereses estatales o lineamientos de orden público. Es por lo que estudiosos del derecho como Duguit³⁸ opinan que no existe tal libertad de contratación pues siempre estará la voluntad sujeta a las necesidades y circunstancias del caso en concreto

No obstante, la libertad de contratación va más allá de la llamada libertad de pacto por virtud de la cual las partes pueden excluir no sólo la aplicación de ciertos artículos de la Convención sino hasta escoger el ordenamiento jurídico que quieran les sea aplicable. Existe también la posibilidad de establecer excepciones a cualquiera de las disposiciones o de modificar sus efectos.

Es precisamente la libertad la que nos da la oportunidad de llegar a la existencia del concurso de voluntades que caracteriza a los contratos. Al hablar de un contrato se supone la existencia del acuerdo de voluntades libres.

³⁸ Duguit en BORJA Soriano, "Teoría General de las obligaciones", Editorial Porrúa. S.A., México, 1994, p.123.

La *noción de la libertad* en opinión de Borja Soriano parte del principio de que lo que no está prohibido está permitido, dando como resultado lo que llamamos la autonomía de la voluntad.

La concepción de la voluntad soberana surgió dentro del Derecho Canónico, estando presente tanto en el *Derecho Natural*, como en el pensamiento de los filósofos del siglo XVIII y los individualistas liberales del siglo XIX. El principio fue a su vez, acogido por el Código de Napoleón con lo que la autora sólo pretende demostrar la importancia que se le ha reconocido a dicho principio.

La autonomía de la voluntad da a las personas la libertad de celebrar o no celebrar contratos y al celebrarlos les da el derecho de que estos se creen con igualdad, poniéndose los contratantes de acuerdo unos con otros para fijar mutuamente los términos y condiciones que regirán su relación comercial.

Para la formación de un contrato debe existir una clara intención de las partes de formar un contrato que se exteriorice por medio de la manifestación de la voluntad que como más adelante analizaremos pueda llevar a la exitosa formación del mismo.

Analicemos cada uno de estos pasos:

3.1.2 La intención

La intención es considerada en los ordenamientos jurídicos como un elemento básico para la manifestación de la voluntad de querer contratar.

La Convención no es la excepción, pues sin duda la contempla dentro de su artículo octavo donde para la interpretación, no sólo de la Convención sino de las declaraciones y otros actos de una de las partes, se toma en cuenta la intención de la parte que la otra haya conocido o no haya podido ignorar.

La Convención a la letra establece:

"Art. 8. 1.-.....las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención."

Como se puede ver claramente del artículo enunciado, la intención es un eslabón básico en la formación de un contrato. De ella dependerán muchas de las consecuencias y efectos que el mismo podrá tener. La intención debe reflejarse en una voluntad libre, exenta de presión que haga válida la posterior perfección del contrato. En el caso de la formación

del contrato se presentará tanto en la oferta que reflejará una clara voluntad de obligarse como en la aceptación de la misma. No obstante, debemos mencionar que los artículos 14.1 y 18.1 de la Convención dan a la intención el carácter de requisito para la creación de relaciones obligacionales en lo que se refiere al contenido de una oferta y una aceptación. Estos temas los analizaremos posteriormente.

La intención, según la Convención, deberá ser conocida o al menos no haberse podido ignorar por la otra parte. Lo anterior, parecería limitar la aplicación de la intención para la interpretación, pero los redactores la llevaron más allá de eso incluyendo en el numeral dos del mismo artículo otro supuesto en caso de no aplicarse el primero:

2. "Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición."

Para este supuesto, se va hacer hincapié en que se tomen en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, prácticas, usos y comportamiento ulterior de las partes.

Debemos resaltar la importancia que tiene una adecuada y correcta interpretación, no sólo de la legislación aplicable, sino de las declaraciones y actos, ya que en virtud de dicha interpretación el tribunal determinará, por ejemplo, la existencia del contrato, el sentido y

alcance de sus cláusulas y, en fin, todos aquellos actos de los cuales pueden emanar obligaciones para las partes.

Al respecto la Cámara de Comercio Internacional³⁹ hace ciertas observaciones tomando como inaceptable el que prevalezca la intención de una de las partes sobre el sentido ordinario o corriente aún cuando la otra parte hubiera sabido que se estaba expresando impropriamente. La Cámara se inclina siempre a una interpretación objetiva.

Mas a pesar de su importancia, la intención resulta insuficiente para la formación de un contrato ya que requiere la manifestación del consentimiento contractual.

3.1.3 La manifestación del consentimiento contractual

Dentro de los ordenamientos jurídicos aparecen como elementos básicos para la expresión del consentimiento contractual la intención, el consentimiento y la voluntad.

Esos elementos representan lo que clásicamente se conoce en todos los sistemas legales como el *consensus ad idem* o encuentro de voluntades de las partes. base para la perfección del contrato.

³⁹ (CCI) tiene su sede en París y oficinas en la mayoría de los países del mundo. Interviene en forma directa y eficiente en materia de transacciones bancarias y de arbitraje internacional.

Una vez que existe la intención se puede dar una manifestación del consentimiento contractual. La intención es una manifestación de la voluntad en potencia que requiere justamente de su expresión para convertirse en acto. El consentimiento contractual atiende a la existencia de un encuentro entre dos voluntades exteriorizadas llamado en latín *cum sentire*, que llevan a la formación de un contrato. Parece muy simple aunque en realidad ese encuentro es más ideal que real, pues como ya veremos la propia Convención ha tenido que tomar en cuenta ciertas conductas o negar otras como expresiones de voluntad.

El consentimiento es el elemento esencial del contrato. Requiere que el acuerdo de dos o más voluntades sobre derechos y obligaciones que lo forman, se exteriorice.⁴⁰

La exteriorización no implicará necesariamente una declaración, sino que se puede dar de manera tácita mediante ciertos actos de los que se pueda presumir la formación de un consentimiento.

La Convención a su vez no limita el contenido de un contrato internacional de compraventa de mercaderías a lo que expresamente incluyeron las partes sino que integra el mismo con los usos, prácticas negociales, derechos aplicables y otras cuestiones que a su tiempo estudiaremos.

⁴⁰ BORJA Soriano, "Teoría General de las obligaciones", Editorial Porrúa, S.A , México, 1994, p.121.

Uno de los elementos novedosos que la Convención presenta en relación a la manifestación de voluntad, es la consideración que hace para el caso en que no haya una clara intención o manifestación de la voluntad de las partes. La Convención interpreta los actos o posibles manifestaciones de voluntad en relación a un particular ámbito de tráfico comercial tomando en consideración todas las circunstancias como lugar, tipo de negocio, idioma, entre otras, para llegar a lo que un hombre razonable en las mismas condiciones hubiese realizado. En la doctrina del Common Law se le denomina "*objective test*"

Más la importancia del consentimiento radica no sólo en la complejidad de determinar cuando se formó sino el hecho de que éste en realidad exista. Borja Soriano menciona que hay ocasiones en que el consentimiento sólo es aparente. Por poner algunos ejemplos podremos mencionar:

a) Cuando hay un error sobre la naturaleza del contrato. Como ejemplo podríamos mencionar el caso de alguien que cree estar comprando un bien y sólo lo está rentando.

b) Cuando hay un error sobre la identidad del objeto pudiendo citar como ejemplo el caso de alguien que tiene dos cajas de las cuales quiere vender una y el comprador piensa que le va a vender la otra.

El riesgo está en el hecho de que la ausencia de consentimiento hace a un contrato inexistente .

3.1.4 La forma en el contrato de compraventa internacional de mercaderías

Existe un principio de consensualidad en el contrato de compraventa internacional, mismo que se incluye en los artículos 11 y 12 de la Convención. El artículo 12 ya fue citado anteriormente por lo que pido al lector se remita al mismo, y por su parte el artículo 11 establece:

"Art. 11.- El contrato de compraventa de mercaderías no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma, podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos."

Este punto fue muy debatido en el grupo de trabajo pues países como Alemania trataban de introducir distinciones según el tipo de contrato de compraventa del que se tratara. Esto no se permitió ya que volvería a la Convención mucho más sofisticada y con esto menos utilizada. Sin embargo, con objeto de proteger a aquellos países cuya legislación y tradición jurídica les obliga a tener por escrito el contrato, los redactores decidieron incluir una reserva por virtud de la cual al momento de adherirse, ratificar o aceptar la Convención se puede establecer como exigencia para la existencia de un contrato que el mismo se formalice por escrito.

Por otra parte, los principios de UNIDROIT utilizados para la interpretación o suplementación de textos internacionales de derecho uniforme como la Convención

establecen que no se requiere ninguna formalidad para la celebración de un contrato. Por tanto, no es indispensable que éste sea celebrado o probado por escrito y agregan la posibilidad de ser probado por cualquier medio. Además dan la posibilidad de que los contratos sean probados por testigos. Este precepto se entiende extendido a aquellos casos de modificación y terminación del contrato.

La Convención, como ya vimos, da el derecho a los países con un sistema jurídico más estricto, de establecer reservas al respecto.⁴¹

En el caso de México, como anteriormente ya mencioné existe esta libertad de forma a menos que la ley exija cierta formalidad dependiendo del caso. En materia de compraventa, el Código civil comienza por distinguir entre bienes inmuebles y muebles

⁴¹ "Examples of authorized declarations: Article 92 and 94 declarations The Scandinavian States (Denmark, Finland, Norway and Sweden), pursuant to Article 92 declared that they would not be bound by Part II of the Convention (Formation of the Contract); and that pursuant to Article 94 the entire Convention would not apply to inter-Scandinavian trade between parties from these countries [the Scandinavian countries have their own uniform Sale of Goods Acts].

Pursuant to Article 93, several States have made territorial declarations: Australia has declared that the Convention shall not apply to the territories of Christmas Island, the Cocos (Keeling) Islands and the Ashmore and Cartier Islands; Denmark has declared that the Convention shall not apply to the Faroe Islands and Greenland. New Zealand has declared that the Convention shall not apply to the Cook Islands, Niue and Tokelau

Pursuant to Article 95, China (PRC), Singapore and the United States declared that they would not be bound by Article 1(1)(b) The Czechoslovak Socialist Republic had made a similar declaration This declaration restricts the role of private international law in determining the applicability of the CISG when both contracting parties do not have their relevant places of business in Contracting States

Pursuant to Article 96, Argentina, Belarus, Chile, Estonia, Hungary, Lithuania Russian Federation and Ukraine have declared that any provision of Article 11, Article 29 or Part II of the Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place in the country that has filed this declaration. China (PRC) has filed a similar declaration, but it is not couched in the precise phraseology called for by Article 96." CISG Database, Pace University

Por su parte, en materia mercantil la mayoría de las transacciones son de un monto mayor a las domésticas por lo que consideraría indispensable cumplir con la formalidad de realizarlos.

Considero que la existencia de disposiciones con una libertad de forma absoluta en la celebración, modificación y terminación de contratos son aptas para aquellos países con una gran educación ya que pueden afectar en gran medida la seguridad jurídica de los contratantes.

Asimismo considero importante apuntar un dato que más adelante estudiaré con más detenimiento y es el hecho de que a pesar de tratarse de un contrato consensual, para ser prácticos en ocasiones se vuelve un contrato real que se perfecciona por la entrega de las mercancías considerándose la aceptación tácita de una oferta como perfectamente válida.

Tal es el caso del Common Law, dentro del cual existe una distinción en cuanto a las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales y unilaterales. En el caso de los contratos bilaterales se contempla la posibilidad de que estos sean aceptados mediante una declaración a lo que llaman "promesa".

Mientras que los contratos unilaterales presentan la exigencia de la realización de un acto para la perfección del contrato, a lo que llaman *offers calling for an act*.

Esta figura dentro de nuestro derecho sería equivalente a un contrato de promesa de recompensa y por poner un ejemplo podríamos hablar del ofrecimiento de pagar una cantidad de dinero a cambio de correr cien millas.

Dentro de la legislación mexicana se contempla la figura jurídica de la promesa de recompensa por virtud de la cual:

“El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se compromete a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.”

Asimismo se establece que aquel que llene la condición señalada o ejecute el servicio pedido podrá exigir el pago o la “recompensa”.

3.2 LA FASE PRELIMINAR A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

En materia mercantil la realización de un determinado negocio comercial puede implicar la celebración de varios actos jurídicos que llegan a constituir una unidad

inseparable. La fase preliminar de un contrato llega a ser tan importante que de otra manera las partes no habrían contratado.⁴²

El contrato existe una vez que se da el consentimiento total a la operación en forma indivisible.

Por lo anterior, sería inútil negar que para la formación de un contrato con cierta complejidad, se debe considerar la presencia de tratos previos, negociaciones o la fase preliminar a la oferta.

A pesar de parecer tan evidente, el estudio e interés por el concepto de negociación ha cobrado importancia en los últimos diez años, en la medida que se ha valorizado su papel como mecanismo de solución de disputas, conflictos y como un instrumento efectivo de transacción.

Se ha reconocido que los abogados desempeñan una actividad estrechamente ligada con la negociación tanto dentro como fuera del marco de justicia, comprobándose como una negociación mal llevada trae consigo secuelas indeseables a mediano o largo plazo.

⁴² Dentro el tema de la perfección de un contrato siempre habrá que tenerse en cuenta la culpa in contrahendo, la cual es la derivada de la omisión de la diligencia necesaria para que el contrato llegue a perfeccionarse completamente.

En esta parte previa a la formación del contrato, las partes juegan con un sinnúmero de posibilidades y conforme a éstas van dando el cauce por el que se desenvolverá la más tarde formación del contrato. Las partes fijan los fines que perseguirá el contrato, sin llegar a establecer cuestiones esenciales como son el precio que lo volverían una oferta.

Fontaine distingue 23 grupos de cartas de intención de las cuales siete constituyen supuestos de contratos definitivos, seis etapas en la negociación y los restantes son supuestos de acuerdos para contratar de buena fe o simples acuerdos sobre cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Se está frente a una situación de transacción donde dos o más partes necesitan de una acción interactiva para llevar a cabo un proyecto de interés común. Es importante tener en consideración que esta amigable transacción puede potencialmente transformarse en conflicto siendo la línea divisoria muy tenue y de delicado manejo

Todo proceso de negociación, desde el punto de vista de Juan Luis Colaiacovo en su libro "Negociación y Contratación Internacional", implica el desarrollo básico de cuatro etapas básicas cuya duración, importancia, complejidad y formalidad dependen del caso.

Las etapas que menciona son las siguientes:

- a. Prenegociación o preparación.
- b. Negociación formal.
- c. Contratación.
- d. Ejecución del contrato.⁴³

Para cumplir con los objetivos del presente estudio nos avocaremos únicamente al estudio de las primeras tres, aunque está de más repetir que las cuatro se encadenan y el resultado final depende del éxito de cada una de ellas

a Prenegociación

Se caracteriza por acciones orientadas a conocer el problema, evaluar las circunstancias y definir los problemas para tomar una posición

b Negociación formal

Se caracteriza por la presencia de las partes exponiendo formalmente sus intenciones, objetivos y planes, la misma dependerá mucho del tipo de negocio del que se trate.

⁴³ COLAICOVO, Juan Luis. "Negociación y Contratación Internacional". Ediciones Macchi, Buenos Aires, Bogotá, 1992, p 47

Algunas de estas negociaciones se realizan a larga distancia ya sea por cartas, teléfono, e-mail y fax, etc.

Una buena preparación naturalmente no garantiza el éxito de la contratación, pero indudablemente aumenta la probabilidad de que ésta sea satisfactoria.

Según el autor esta etapa suele confundirse con la negociación total pero es hasta la siguiente fase en que se concreta lo aquí negociado.

c. Contratación

En esta etapa las partes documentan y formalizan la naturaleza del acuerdo alcanzado en la fase anterior. La denominación dada por el autor está íntimamente asociada con la redacción del contrato, el cual *podrá tener diferentes grados de formalidad y complejidad.*

La redacción de un contrato deberá ser tan buena que precise y explique la naturaleza *del acuerdo describiendo detalladamente los derechos y obligaciones de las partes dándoles una validez legal, ya que de una redacción clara dependerá en gran medida el cumplimiento por cada una de las partes de sus derechos y obligaciones en los términos y condiciones que verdaderamente se hayan acordado.*

Lamentablemente en esta etapa las partes en muchas ocasiones vuelven a la mesa de negociaciones para concluir de mutuo acuerdo con el contrato.

La importancia de esta fase preliminar evidencia para las partes cuando el contrato ya ha sido elaborado. De ella se desprenden todas las intenciones que pudieron haber tenido las partes al celebrar el contrato así como aquellas que terminaron considerando para su formación.

No debemos olvidar que el artículo octavo de la Convención da a la intención de las partes el poder de ser la guía en la interpretación de todos los actos y documentos que se den dentro de la compraventa

Por lo anterior, y apoyando la opinión de la doctora Pilar Perales, considero que esta fase preliminar del contrato debería ser regulada por la Convención de manera que se incluyera en su redacción un párrafo con referencia a ella. Esto daría la seguridad de que las intenciones expresadas en este principio de la existencia de cierto acuerdo entre las partes ayudarán después a su interpretación.

Al respecto sugeriría la inclusión del párrafo siguiente:

"Las partes mantendrán copia de todas aquellas comunicaciones que se realicen con anterioridad a la oferta y la aceptación del contrato, tomando en cuenta que las mismas

podrán ser utilizadas con posterioridad como prueba de la intención manifestada por ellas para la celebración del contrato de compraventa."⁴⁴

En muchos países, incluyendo el nuestro, existe un fenómeno preocupante, el desinterés de muchos empresarios en manejar sus negocios con el grado de protección legal apropiada confiando exageradamente en la tradición de los negocios. El evitar presentarse a la mesa de negociación acompañados de un asesor legal por miedo a perder el negocio siendo que el abogado no es como se le ha querido encasillar aquél que soluciona litigios o controversias sino que su función primordial consiste en prevenirlos.⁴⁵

⁴⁴ Claro que la inclusión del mismo párrafo no evitaría el efecto producido por las partes que incluyen en su contrato la cláusula del acuerdo total o único en la que establecen que en su relación comercial sólo prevalecerá lo que específicamente establezca el contrato.

⁴⁵ "A solicitor who wishes to practice in commercial matters will soon realize that he is expected to be much more than a lawyer. He has to know a good deal about accountancy, company administration, taxation, shipping, exporting, international banking and insurance practice, the general standard of justice in other countries, economic, financial and political trends in many parts of the world and, above all, commercial mentality. He will soon realize that in this age of the jet plane, telex and nuclear power the world has become a small place which, is inhabited by people differing widely in their ideas of commercial morality and justice, and that commercial law is again assuming an international character. The sooner he forgets to consider himself a lawyer pure and simple and begins to look upon himself as a man of affairs who happens to be learned in the law, the earlier will he be able to give his clients the practical and useful advice which they expect. When he has ceased to think of a problem of commercial law as a neat legal point in the test tube, when he sees it as a commercial proposition with many facets, one of which- the legal one- happens to interest him more than others, he will have graduated from apprentice to practitioner in commercial law." Law in Action Clive M. Schmitthoff. The Solicitor's Journal, Vol 101, Saturday, January 5, 1957, Oyez longman Publishing Ltd , London, p.10-11

3.3 NOTAS GENERALES ACERCA DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Como lo dice claramente Borja Soriano en su libro "Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato o policitud. Si el otro se muestra conforme con ellas les da su aceptación y queda formado el consentimiento."⁴⁶

*"Todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo".*⁴⁷

Como vemos la idea fundamental que dan los Principios de UNIDROIT es que el acuerdo de voluntades es suficiente para la celebración de un contrato.

Debido a la complejidad que presenta la formación del acuerdo de voluntades, tanto la ley, como la doctrina, con el fin de facilitar la comprensión de la formación del contrato y sobretodo darle a las partes involucradas una mayor seguridad jurídica, han dividido el proceso de la formación del contrato en dos.

3.3.1 La oferta La misma es definida como : *"la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, precisa y que indique la intención de quedar obligado en caso de existir una aceptación"*.

⁴⁶ BORJA, op cit., supra nota p.44, p. 121

⁴⁷ Artículo 2.1 de los Principios de UNIDROIT

Los Principios de UNIDROIT la definen en su artículo 2.2 de manera muy parecida como:

“Toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.”

Una de sus más importantes características, es el hecho de que la oferta sea precisa, ya que puede marcar la diferencia entre una simple negociación o el ofrecimiento u oferta. Para algunos estudiosos del derecho, como el Lic. Eduardo Briseño⁴⁸ la precisión implica el indicar las mercancías así como expresa o tácitamente señalar la cantidad y precio de las mismas.

La precisión se refiere también a la persona a quien se dirige la oferta, ya que de ser dirigida al público en general, se entenderá en ocasiones una simple invitación a hacer ofertas.⁴⁹

Otra característica fundamental de la oferta es que la misma indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.⁵⁰

⁴⁸ Notas de la cátedra de Derecho Mercantil.

⁴⁹ Tal es el caso de las ofertas al público mismas que se regulan como declaraciones unilaterales de voluntad dentro de nuestro Código Civil. Las mismas a pesar de no ser dirigidas a una persona determinada tienen como consecuencia el nacimiento de una obligación por parte del oferente de sostener su oferta a quien reúna los requisitos de la misma y de un derecho a quien la quiera aceptar conforme a lo solicitado.

⁵⁰ “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”. UNIDROIT, Roma 1995, p. 28

3.3.2 La aceptación de la oferta El esquema que gobierna a la oferta se repite en el caso de la aceptación de la misma. Se trata de la respuesta más importante que deberá adecuarse al contenido de la oferta. Podría considerarse como la respuesta positiva a una oferta.

Aunque se ha definido como el asentimiento de una oferta de manera lisa, clara y llana, en ocasiones se convierte en algo más complejo, pudiendo consistir en la conducta de las partes que sea lo suficientemente relevante como para demostrar la existencia de un contrato.

La aceptación tiene la virtud de perfeccionar el contrato si cumple con los requisitos necesarios. A veces el consentimiento se forma sencillamente exponiendo una parte las condiciones del contrato a la otra mediante la oferta y aceptándola ésta lisa y llana pero en la mayoría de las contrataciones se redacta primero un proyecto de contrato que las partes estudian y modifican de común acuerdo hasta llegar a la redacción definitiva.

Es fundamental tomar en cuenta que el silencio dentro de la Convención, no constituye aceptación, es por tanto que se exige como requisito la existencia de una actividad que de entender la aceptación o que la misma se haga expresamente.

El eje de la formación de un contrato se crea mediante la existencia de una oferta y una aceptación que creen un acuerdo lo suficientemente bueno como para celebrar un contrato, así como determinar el momento en que se ha formado.

Tanto a la oferta como a la aceptación se les han fijado ciertas características buscando siempre la seguridad de la operación que se celebra, así como de las partes contrayentes. La realidad es que esto es tan sólo una forma ideal de la formación del contrato.

Se habla de una oferta en términos y condiciones que dentro de la aceptación van a ser justamente los mismos. La realidad es que en la mayoría de los casos la aceptación contiene adiciones, limitaciones u modificaciones sustanciales que hacen que se le considere un rechazo a la oferta. (Con alteración sustancial se refieren a datos relacionados con el precio, pago, calidad, cantidad, lugar, fecha de entrega, responsabilidad y solución de controversias).

En la práctica, se presenta una confrontación normal de intereses que vuelve a la formación del contrato en algo mucho más complejo que una oferta con una aceptación. Se le ha llamado incluso una batalla de formularios siendo que cada una de las partes se esfuerza en negociar el contrato de manera que le reporte mayores beneficios.

Por lo mismo, hay ocasiones en que el momento de la formación del contrato pasa desapercibido pues es prácticamente imposible fijar el momento de su existencia. Si

consideramos la existencia de un gran número de comunicaciones entre las partes cómo es que podemos establecer cuál de todas ellas fue la oferta y cuál la aceptación.? Más adelante volveremos a tratar este punto.

El momento de la formación del contrato es aún más intangible por virtud de la propia Convención que prevé el hecho de que se dé una aceptación mediante la conducta del aceptante, considerándose esta una aceptación tácita. No obstante la formación del contrato estará siempre ahí donde se de un acuerdo de voluntades entre las dos partes.

3.4 LA OFERTA EN LA CONVENCIÓN

El artículo 14 de la Convención establece los requisitos y condiciones necesarios para que la propuesta de celebrar un contrato constituya una oferta.

Entre los requisitos de la oferta destacan:

- a. Que sea dirigida a una o más personas determinadas
- b. Que sea hecha en términos precisos.
- c. Que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Asimismo, los Principios de UNIDROIT dentro de la definición que dan a la oferta incluyen como características esenciales:

a) Que la oferta sea lo suficientemente precisa como para celebrar un contrato con su simple aceptación.

b) Que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Analizaremos los requisitos de la oferta:

a. Que sea dirigida a una o más personas determinadas

Para que exista un oferta y sobretodo que esta pueda cumplir con sus efectos propios debe ser dirigida a una persona que será quien tendrá la posibilidad de aceptarla.

Este requisito suele no faltar toda vez que nadie pensaría en una oferta sin tener en mente que deberá ofrecerla a "alguien".⁵¹

⁵¹ Vuelvo a mencionar la existencia de las ofertas al público en general contempladas por nuestra legislación, mismas que se dirigen a personas indeterminadas.

La determinación del destinatario se hace habitualmente individualizando por su nombre o denominación, aunque excepcionalmente se de la oferta con una determinación por otros medios como “miembros de la Corporación”, etc.

b. Lo suficientemente precisa

Se dice que una oferta es lo suficientemente precisa cuando contiene los siguientes elementos:

(i). La indicación de las mercaderías;

(ii). La estipulación expresa o tácita de la cantidad de mercaderías o cuando prevé un medio para determinarla; y

(iii). La estipulación expresa o tácita del precio o cuando prevé un medio para determinarlo.

El hecho de que la propuesta sólo contenga las tres estipulaciones puede indicar en algunos casos que no existe por parte del oferente intención de quedar obligado en caso de

aceptación. Para hacer más claro este pensamiento citaré el ejemplo que menciona Alberto Espina Otero en su libro “Compraventa Internacional de Mercaderías”⁵²:

“Supongamos que se ofrece la fabricación y venta de equipos de alta tecnología, indicándose solamente su clase, cantidad y precio. Resultaría evidente que en tal supuesto el vendedor no contará una venta de tanta importancia sin estipular y especificar ciertos detalles técnicos, la fecha de entrega, los medios de transporte. entre otros.”

El anterior, es claro ejemplo de que la falta de indicación de datos esenciales indica que no existe intención de quedar obligado en caso de mediar aceptación de esa oferta. La intención, tema que desarrollamos anteriormente, será vital para este punto.

La cantidad de las mercancías, así como los medios que servirán para determinarlas, serán acordados libremente por las partes contratantes siendo perfectamente factible el establecer ofertas como “vender todas mis existencias” o “todo lo que necesite la empresa durante el año”. En ambos casos se está ante la cantidad real ya sea que disponga el vendedor o que requiera el comprador.

El precio, por su parte, deberá aparecer en una propuesta de manera expresa o tácita, o prevé los medios para determinarlo. Lo anterior otorga libertad a las partes de pactar el

⁵² ESPINA Otero, Alberto “Compraventa Internacional de Mercaderías”, Análisis de la Convención de las Naciones Unidas, Editorial Jurídica de Chile, 1985. p.229

precio de varias formas: “el precio será el promedio de las mercancías vendidas por el vendedor durante los seis meses posteriores a la entrega” o, “el precio será igual al “X” porcentaje del valor de reventa de las mercancías”, entre otros muchos.

Vuelvo a insistir que cada punto de los mencionados no podrá ser interpretado sin tomar en cuenta la intención de ambas partes al incluirlo.

Además de las mencionadas, la oferta podrá contener otras estipulaciones adicionales que en su totalidad conformarán los derechos y obligaciones que tendrán las partes una vez celebrado el contrato.

Lo anterior, sin perjuicio que de no contener la oferta ni la aceptación algo adicional a los tres elementos establecidos anteriormente, las demás estipulaciones estarán establecidas de manera supletoria en la parte III de la Convención

Para hacer más claro el punto inmediato anterior invito al lector a leer el siguiente ejemplo:

Juan y Pedro celebran un contrato. Dentro del mismo, no incluyen la cláusula referente al lugar de entrega de las mercaderías, qué pasaría? Pues para estos casos la Convención se aplicaría supletoriamente llenando la laguna del contrato. En este caso en

específico se aplicaría el Art. 31 que establece alternativamente los lugares en que se entiende cumplida la obligación.

Para concluir este apartado mencionaré que los Comentarios a los Principios de UNIDROIT específicamente establecen que aún cuando elementos esenciales tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregadas o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento estén indeterminados en la oferta, no implica que no se pueda formar el contrato ya que todo dependerá de que ambas partes tengan la intención de quedar vinculados al mismo.

c. La intención de quedar obligado

Este elemento voluntario o intencional como ya he venido mencionando es muy importante ya que da a la oferta el carácter de acto jurídico, confiriéndole la capacidad de producir efectos jurídicos en ambas partes.

Claro que el determinar si existe dicha intención puede requerir a veces un delicado juicio o examen a la oferta.

Estados Unidos y el Reino Unido, como miembros de la Convención, opinan que el artículo 14, mismo que se refiere a los requisitos de la oferta, o permite que el oferente otorgue al destinatario la posibilidad de elegir entre diferentes alternativas o condiciones,

como sería el caso si el destinatario pudiera dentro de ciertos límites determinar la cantidad, o especificar la selección de las mercancías.

3.5 LA ACEPTACIÓN EN LA CONVENCION

Como anteriormente ya señalamos el esquema de la aceptación siempre será guiado por el de la oferta, ambas declaraciones estarán siempre estrechamente entrelazadas. La aceptación por tanto tendrá una función fundamental : perfeccionar el contrato.

Con lo anterior nos referimos a que puede tener el efecto de perfeccionar el contrato, o tomar una dirección afirmativa siendo una contrapropuesta, o incluso desviarse por una dirección que podría considerarse negativa: un rechazo.

La aceptación de una oferta para la Convención es *“Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento.”*⁵³

También se le ha definido como *aquella declaración de voluntad o acto del destinatario de una oferta por la que se muestra conforme con la reglamentación de intereses establecidos en la misma.*⁵⁴

⁵³ Art. 18 (1) de la Convención de Viena

⁵⁴ PERALES, op cit . supra nota p.8. p 480.

La aceptación dependerá ante todo de la existencia de una oferta previa que cumpla con todos los requisitos establecidos por la Convención.

La aceptación se vuelve efectiva cuando alcanza al oferente (teoría de la recepción) y no cuando se envía tal como lo dispone el Common Law con su llamada “mailbox rule” que en español es la teoría de la expedición.⁵⁵

3.5.1 La aceptación de las ofertas entre presentes y entre ausentes

Para saber cuando se ha formado un contrato será necesario distinguir si la oferta se hizo entre presentes o entre ausentes. Lo anterior debido a que si se trata de una oferta entre presentes ésta será válida únicamente por ese momento a menos que se le fije un plazo.

En caso de que el oferente haya señalado un plazo para la aceptación de su oferta, la aceptación no surtirá efectos si no llega al oferente dentro del mismo. Mas si no existiere plazo alguno la convención fija como límite para la aceptación un plazo razonable. Vuelve a dar oportunidad a la equidad permitiendo tomar en cuenta las condiciones particulares de

⁵⁵ Existen cuatro sistemas reconocidos en la legislación y en la doctrina acerca del momento en que se forma el contrato. Los mismos son los siguientes:

teoría de la declaración: El contrato queda formado en el momento en que la aceptación se declara de cualquier manera. (ya sea verbal o por escrito)

teoría de la expedición: El contrato se forma cuando la aceptación además de manifestarse se dirige al oferente

teoría de la recepción: El contrato se forma cuando el documento que contiene la aceptación llega al peticionante.

teoría de la información: El contrato se forma cuando la aceptación ha llegado a conocimiento del proponente/Borja Soriano Manuel, op.cit , p.127

cada caso. Después de todo el verdadero derecho sólo puede darse en función al caso particular del que se trata. Quien decida deberá tomar en cuenta las circunstancias de la transacción, así como la rapidez de los medios de comunicación existentes y los empleados

La aceptación de una oferta puede ser tácita o expresa, o lo que es lo mismo puede consistir en una declaración o en un acto:

a. Expresa. La aceptación es expresa cuando mediante una declaración el destinatario indica que consiente la oferta.

En este caso se deberá estar pendiente ya que es importante diferenciar la aceptación escrita de una oferta de lo que llamamos un acuse de recibo. Un acuse probará únicamente el hecho de que se recibió una oferta mas nunca podrá elevarse a una aceptación de la misma.

Dentro de las aceptaciones por escrito, entraría el tópico de las facturas, las cuales a mi manera de ver son elemento probatorio suficiente de la existencia de un contrato cuando son firmadas de consentimiento por la otra parte

b. Tácita. Es aquella realizada mediante otros comportamientos del destinatario que igualmente indican su asentamiento a la oferta, o lo que es lo mismo "Actos que constituyen

aceptación". Se trata de actos o conductas concluyentes llamadas también *facta concludentia*.

c. El silencio⁶ es expresamente excluido por la Convención como un tipo de aceptación. Sin embargo compartiendo la opinión de los licenciados Espina Otero y

⁶ La Sentencia expedida por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York con fecha del 14 de abril de 1992 fue la primera decisión jurisprudencial acerca del delicado problema del valor jurídico del silencio como aceptación dentro del marco diseñado por la Convención de Viena.

El análisis que hizo la Corte Americana sobre la oferta y la aceptación surgió tomando como base el litigio planteado por la sociedad italiana, conocido como "El caso FILANTO".

Ese caso surgió en razón de un incumplimiento contractual de la compañía norteamericana Chilewich International Corp, en lo sucesivo CHILEWICH, la cual alegó la suspensión del juicio en base a un acuerdo incorporado por referencia al contrato: una cláusula arbitral. La controversia versa sobre la existencia o no de un acuerdo sobre la cláusula arbitral y la Corte, para resolver la cuestión de su propia competencia analiza la validez de tal acuerdo a la luz del artículo II.1 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. La disposición de la Convención sobre arbitraje, requiere al tribunal para que reconozca "cualquier acuerdo por escrito en virtud del cual las partes acuerden someterse al arbitraje". El aspecto central del problema versa sobre el intercambio de correspondencia entre las partes, examinada a la luz de sus relaciones comerciales. De las mismas puede derivarse la existencia de algún "acuerdo escrito" sobre arbitraje, para lo cual aplica la normativa de la Convención de Viena de 1980. El tribunal resuelve que la oferta realizada por CHILEWICH, misma que incorpora la cláusula de arbitraje, se acepta por FILANTO en base a su inactividad o silencio, y usos anteriores. Esta resolución dió un valor jurídico al silencio, pudiendo el mismo desempeñar un papel de declaración de voluntad dentro de la teoría general sobre el negocio jurídico y en particular en el ámbito de la Convención de Viena. (La Convención establece que: "el silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación").

Hechos del caso. La controversia surge de la existencia de un contrato previo de compraventa entre el agente de CHILEWICH, Byerly Johnson, Ltd, y la empresa rusa Raznoexport. El primero se obliga a suministrar a la segunda un cierto número de pares de botas. Por su parte, CHILEWICH acuerda con FILANTO (empresa dedicada a la fabricación de calzado) la compra de 150,000 pares de botas. El dilema surge por la existencia dentro del "Contrato ruso" de una cláusula que somete toda cuestión litigiosa al arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Moscú. Tras una serie de comunicaciones dentro de lo que jurídicamente se denomina fase preliminar o de tratos previos, CHILEWICH decide realizar un Memorándum a firmar por ambas partes. Este Memorándum puede calificarse jurídicamente como una oferta ya que contiene los elementos o requisitos, objetivos y subjetivos necesarios para ser considerada una oferta jurídicamente perfecta a tenor del artículo 14.1 de la Convención.

En la oferta de compra de fecha 13 de marzo de 1990, CHILEWICH se obliga además a abrir a favor del vendedor un crédito documentario en un momento anterior a la fecha del primer envío de las mercancías, lo que ciertamente realiza el 7 de mayo de 1990, aunque por aquella fecha todavía el vendedor no había devuelto el Memorándum firmado, lo que acontece el 7 de agosto de 1990 pero insistiendo en respetar únicamente ciertas cláusulas del contrato ruso. Esta declaración de FILANTO pretendiendo únicamente la aceptación de algunos términos del contrato (particularmente los relacionados con el embalaje, etiquetado, transporte y condiciones de entrega de las mercancías) tácitamente implica la exclusión de las restantes, entre ellas la concerniente al arbitraje.

Quintana, creo que existe un "silencio circunstanciado", esto es el silencio acompañado de otros factores que le otorgan la garantía suficiente como para que sea tomado como una aceptación. El silencio puede también constituir una aceptación si las partes así lo convienen pues no olvide el lector que las partes deciden. El acuerdo podrá ser explícito, implícito o resultado de las prácticas negociales establecidas entre las partes. El acuerdo implícito es en mi opinión muy riesgoso ya que se tendrá que estar a la intención de las partes

Por tanto podemos partir de que el silencio podrá ser considerado una aceptación cuando se auxilie de ciertos factores como podría ser el caso de un acto que así lo implique.

"Tanto en una fecha anterior como posterior a esta última comunicación se producen ciertos hechos significativos, algunos de los cuales no son tomados en cuenta por el tribunal". Se trata, en primer lugar, de una carta remitida por FILANTO a CHILEWICH (de fecha 23 de julio de 1990), en la que se hace hincapié, una vez más, en su intención de aceptar auténtica y exclusivamente los términos mencionados del contrato ruso. En esta notificación se hace referencia expresa al "contrato ruso", pero dicha mención no se corresponde con su número de referencia (a decir verdad es casi idéntica excepto por lo que respecta a la última cifra), por lo que el tribunal entiende que esa comunicación incumbe a un contrato diferente entre las partes. Ha de observarse que si el tribunal hubiese decidido otorgar algún valor a esta declaración la calificación jurídica del supuesto no cambiaría, ya que esta carta es de fecha posterior a la apertura por el vendedor del crédito documentario. Hecho que, como veremos, es decisivo para un correcto entendimiento del caso que comentamos. En segundo término, después de la devolución del Memorandum firmado, se suceden una serie de comunicaciones por fax entre CHILEWICH y su agente, Byerly, en las que se evidencia el malestar del primero respecto a la postura adoptada por la empresa italiana, así como su decisión de no ordenar la apertura del segundo crédito documentario, a menos que Filanto acepte el clausulado del contrato ruso en su integridad. Con el fin de resolver este problema, Byerly envía a Filanto el 29 de agosto de 1990, a través de un intermediario, una misiva pidiéndole la corrección de las cartas de 23 de julio de 1990 y de 7 de agosto del mismo año, en el sentido que acepte plenamente el contrato ruso. Por último, durante la primera quincena del mes de septiembre, se producen dos reuniones entre representantes de CHILEWICH y FILANTO, resultando las declaraciones de los directivos contradictorias. Posteriormente, FILANTO envió la primera remesa de mercancías en la fecha prevista (15 septiembre 1990), y un fax a CHILEWICH, el 27 del mismo mes, quejándose por la no apertura del segundo crédito documentario a su favor cifrada para el 25 de septiembre. Nada más recibir esta comunicación, la empresa compradora responde el mismo día y por el mismo conducto negando que se hubiese obligado a la apertura de ese crédito, informando además de ciertos problemas con la empresa rusa. Para finalizar esta sucesión cronológica de los hechos, el 14 de mayo de 1991, FILANTO interpone una demanda contra CHILEWICH por incumplimiento de contrato. Una vez relatados los antecedentes de hecho del caso que nos ocupa, y puesto que ya hemos adelantado que se trata de un supuesto de aceptación de una oferta por silencio del destinatario, conviene destacar el papel que el silencio o la inacción pueden desempeñar en el marco normativo diseñado para los intercambios comerciales internacionales

Esta libertad de forma de la aceptación tiene su razón de ser en la necesidad de que exista un régimen flexible que permita una simplificación al máximo de los condicionamientos necesarios para la perfección de un contrato.

3.5.2 El valor del silencio en la Convención de Viena de 1980

El silencio es un tema muy controvertido, ya que se le ha relacionado con dos marcadas tendencias contrapuestas, las conocidas máximas "quien calla otorga" (*qui tacet consentire videtur*) por contraposición "el que calla nada dice" (*qui tacet non utique fatetur*).

La figura del silencio se vuelve problemática dejando a un lado estos aforismos jurídicos y concentrándonos en la Convención, cuando a diferencia de la aceptación que se conceptúa como una actuación o declaración afirmativa o el rechazo de la oferta que es una declaración negativa, se considera habitualmente en el marco de las relaciones jurídicas con un valor neutro.

Con lo anterior se entiende que el silencio por si sólo no manifiesta nada, ni un asentimiento ni una negativa. No obstante, el silencio puede adquirir en determinadas ocasiones una significación jurídica determinada.

La Convención le ha otorgado al silencio un papel neutro estableciendo que: *"el silencio o la inacción, por si solos no constituyen aceptación"*.⁵⁷

Por lo anterior la Convención implícitamente establece que el silencio acompañado de ciertos actos o bajo ciertas circunstancias sí podrá considerarse como una aceptación. Esta indeterminación puede resultar peligrosa y producir más inconvenientes que efectos favorables ya que se deja a las partes sin la total certeza. Cabe resaltar que al respecto se interpretarán de forma distinta los casos en que exista una disposición legal, el pacto de los contratantes o un uso anterior por virtud del cual se le conceda el significado de aceptación al silencio.

El juez o árbitro quien deba decidir es el que tendrá la carga de interpretar los hechos particulares del negocio en cuestión. Quien resuelva deberá no sólo partir del reconocimiento legal del silencio, sino tomar en cuenta factores o circunstancias que llevan a la elevación del mismo a la categoría de declaración de voluntad y al reconocimiento del papel que puede desempeñar dentro de las relaciones comerciales en cuestión.

En este sentido, no se puede dejar a discusión el hecho de sería inequitativo para la otra parte el que el oferente force a que la perfección del contrato se lleve a cabo por medio del silencio o la repercusión de la falta de actuación del destinatario.

⁵⁷ Artículo 18 (1) de la Convención de Viena 1980.

Sería injusto que el oferente mediante la inclusión de una simple declaración sujete al destinatario a su voluntad.

Esta conducta del oferente podría hacer pensar que sus intereses son abusivos e injustos pudiendo incluso enviar mercancías que no se le hubieran solicitado

Esta idea ya se contenía en el precedente del texto vienés “La Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías de 1964” dentro de las normas sobre el silencio.

Sin embargo, la estipulación de la oferta que establezca que el silencio equivale a la aceptación carece de valor.

Desde otro punto de vista, el oferente tampoco puede obligar al destinatario a que rechace la oferta, ni mucho menos especificar que, en caso de no hacerlo, su silencio o inacción constituirá una aceptación. En ambos casos, el oferente no puede conferir unilateralmente al silencio un resultado legal que no posee.

Sin embargo, existen una serie de elementos que pueden ayudar a que al silencio se le dé un valor jurídico o como dice la Doctora Pilar Perales se “le proyecte como operativo en el ámbito jurídico”, apoyado en el marco de las relaciones entre los negociantes, y que son

lo suficientemente efectivos como para otorgar una cierta significación contractual a lo que no pasa de ser una absoluta inactividad del sujeto.

El silencio puede tener valor jurídico en caso de que existan

1. Disposiciones legales que impongan o, por el contrario, excepcionen el deber de hablar o actuar del destinatario, por lo que al silencio o la inacción se les concede una valoración jurídica legalmente preestablecida.

La parte II de la Convención ofrece dos ejemplos muy significativos sobre el valor jurídico que se puede otorgar al silencio por una disposición legal.

a En primer lugar, el artículo 19.2 de la CISG establece que: *"para los casos de aceptación a una oferta en la que se introducen variaciones no sustanciales, entiende que el silencio del oferente acerca de esas modificaciones introducidas en la aceptación constituye una aquiescencia de las variaciones propuestas. Se presume que la no objeción de las discrepancias (si el oferente guarda silencio) desemboca en la aceptación de los términos adicionales que, en consecuencia, pasan a formar parte del contrato"*

b. En cuanto a la aceptación tardía, la Convención dentro de su artículo 21 CISG se refiere a dos situaciones específicas. La primera relativa a la declaración de aceptación que se ha enviado tarde y, por tanto, llega también tarde, concediéndose valor al silencio de

forma puramente negativa o de rechazo. Y la segunda, referida a una indicación de aceptación que ha sido emitida regularmente, llega fuera del plazo de aceptación debido a algún tipo de retraso en su transmisión.⁵⁸ El oferente debe comunicar al destinatario que considera su aceptación caducada. De lo contrario, el silencio del oferente, o su inactividad se tomarán como una aceptación perfectamente eficaz y válida.

En estas dos circunstancias el silencio es un índice muy claro del rechazo o del consentimiento con la situación.

2. Usos y prácticas establecidas entre los contratantes. Estas pueden imponer el deber de responder o actuar en relación a una oferta recibida o, por el contrario, pueden excepcionar la obligación de hablar o actuar en determinadas situaciones. Un determinado uso podría justificar la consideración del silencio como apto para señalar asentimiento. Mas este tema será analizado con mayor detenimiento al hablar sobre el contenido del contrato.

También existe el caso, en que dos comerciantes, inmersos generalmente en relaciones negociales constantes, duraderas y continuadas, acuerdan explícita o implícitamente que el silencio se considere como una aceptación para sus futuras relaciones negociales o transacciones.

⁵⁸ Artículo 21.1 de la Convención

Este acuerdo es perfectamente lícito y posible a tenor del principio de libertad de pacto consagrado en el artículo 6 de la CISG y es bastante frecuente cuando se trata de contratos de larga duración en los que se facilita su renovación mediante la concesión al silencio del valor de aceptación.

Por último, se da también valor al silencio como resultado de la celebración de prácticas reiteradas o de contratos similares por los que se entienda que el silencio de una de ellas equivale al consentimiento⁵⁹.

3 Circunstancias que justifiquen el tomar en cuenta al silencio como aceptación. A diferencia de los casos anteriores donde resulta prácticamente indiscutido el valor o el papel que el silencio puede desempeñar pueden existir algunas situaciones donde la ausencia de esos instrumentos pueden ocasionar algunas dudas acerca de la equiparación entre el silencio y la aceptación. Este silencio se caracteriza por la existencia de circunstancias lo suficientemente expresivas para conducir a ese significado en el contexto social y económico donde se desenvuelve la transacción particular.

Nos referimos, en primer término, a aquellos casos en los que el propio destinatario de la oferta es quien solicita la misma mediante una *invitatio ad offerendum*, lo que puede

⁵⁹ El artículo 9 de la Convención de Viena establece que: 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate

justificar que el oferente razonablemente infiera que el silencio del destinatario implica aceptación de la oferta solicitada a la luz de las circunstancias específicas de la operación y, especialmente, de la buena fe.

Por tanto, cuando de los hechos y las circunstancias de la negociación se derive que la persona que recibe la oferta tiene el deber de informar al oferente de su intención de no aceptar, su silencio o inacción durante un período de duración razonable puede implicar aceptación.

Otra hipótesis que se puede presentar es la relativa al envío de mercancías que no han sido objeto de ningún pedido. Este tipo de situaciones excepcionales se entienden usualmente como inmersas en una actividad promocional o de marketing o como el envío de muestras o modelos por parte de un empresario para, de esa manera, dar a conocer sus productos a eventuales compradores, siendo considerado una invitación a hacer ofertas.

No debe descartarse que determinados casos se califiquen jurídicamente como de verdaderas ofertas que, el destinatario de la misma es libre o no de aceptar por lo que el silencio de la persona que reciba las mercancías en caso de existir algún acuerdo, trato o compromiso anterior, podrá considerarse como aceptación. No obstante, puede ser consciente de que el envío de las mismas constituye una oferta y, por tanto su recibo implicaría una aceptación, a menos que inmediatamente reintegre las mercancías. Sin embargo a mi modo de ver es más adecuada la postura de que ningún operador comercial

puede obligar a una persona que ha recibido una oferta acompañada de las mercaderías a que las devuelva, ni mucho menos puede imponerle la perfección del contrato para el caso de que se señale que la falta del reintegro de las mercancías o que su silencio se considere como aceptación, ya que se estaría dejando a la mayoría de las personas en un total estado de inseguridad.

De cualquier manera, la Convención establece que el destinatario deberá cuidar de las mercancías aunque puede disponer de ellas revendiéndolas a un tercero o usándolas para su propio beneficio. En dicho caso se habrá producido una aceptación de la oferta,⁶⁰ más que por el silencio por la indicación de consentimiento mediante una actuación.

⁶⁰ Art 8 de la Convención de Viena establece que : 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

3.6 LAS REGLAS DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Dentro de la legislación mexicana el Código Civil es el ordenamiento encargado de regular la formación de los contratos y por tanto de las reglas de la oferta y la aceptación.

Nuestro Código Civil de 1928 en su artículo 1804 habla acerca de las ofertas con plazo, estableciendo que:

“toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.”

Rossel es de la opinión que “ el autor de la oferta no está autorizado a retirarla durante el plazo por el cual se ha comprometido, porque está obligado unilateralmente por la ley misma durante el plazo para aceptar.” Lo cual es válido tomando en cuenta que la oferta o policitud se rige por la voluntad y por la ley.

Si la oferta se llegare a hacer sin plazo lo primero que habrá que hacerse será distinguir si se celebra entre presentes o entre ausentes. Aquí nuestra legislación establece lo lógico, en el caso de personas presentes estas están obligadas por el momento en que están presentes mas quedarán desligadas inmediatamente después en caso de no haber una aceptación a su oferta.

Si llegase a ser entre ausentes nuestra legislación establece en el artículo 1806 que el oferente quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta del correo público o del que se juzgue bastante . Este artículo deberá ser interpretado considerando la modernidad de los medios de comunicación actuales dentro de los cuales se encuentra no sólo los faxes sino el mail.

Es importante mencionar que nuestra legislación da a las negociaciones por teléfono la categoría de ofertas entre presentes.

Una oferta en nuestro derecho encaja dentro de la figura de la declaración unilateral de la voluntad que implica la exteriorización de voluntad sancionada por la ley. lo que como nos explica Gutiérrez y González⁶¹ significa:

a. La necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecunario o moral, en favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir o si ya existe aceptar la propuesta ofrecida.

b. *El nacimiento en favor de la persona a quien se dirija de un derecho sin necesidad de que acepte.*

⁶¹ GUTIERREZ y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, S.A . México. 1993, p.486.

Nuestro Código Civil adopta el sistema de la recepción diciendo que:

“un contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación estando ligado por su oferta...”.

3.7 LA BATALLA DE FORMULARIOS

La Segunda Parte de la Convención, que se refiere precisamente a la formación del contrato, es una materia en la que los redactores tuvieron que crear un compromiso entre los sistemas del Civil Law y del Common Law. Lo anterior con objeto de que los representantes de ambos sistemas estuvieran conformes con la Convención, y que se cumpliera con el propósito de uniformar sistemas legales que, aún cuando son similares en cuanto a la descomposición tradicional del contrato en oferta y aceptación, así como en la necesidad de un acuerdo de voluntades para la perfección del mismo, son muy diferentes en otras muchas cuestiones al respecto.

La Convención tuvo el acierto de crear un sistema propio y específico, que revela en algunos aspectos un compromiso entre diferentes reglas jurídicas para, como anteriormente establecí, facilitar el libre y equitativo intercambio comercial internacional.

Uno de los mayores problemas con que se enfrentaron los redactores de la Convención dentro del tema de la formación del contrato es la batalla de formularios.

Albert H. Kritzer establece que “La batalla de formularios es el conflicto entre cláusulas contenidas en las condiciones o términos generales intercambiados por los contratantes”⁶².

Pilar Perales⁶³ por su parte, la define como “el término utilizado para describir la situación por la que dos partes presentan contratos forma con términos y condiciones ya impresos en la contraparte de su contrato, habiendo discrepancias entre los términos y condiciones de la oferta y el de la aceptación.”

La batalla de formularios es un conflicto entre cláusulas que no suele surgir entre partes que normalmente comercian, sino que se presenta casi siempre entre dos partes que contratan por vez primera, y por tanto no tienen usos establecidos entre ellos, lo cual no excluye la posibilidad de que entre partes que lleven un largo tiempo comerciando se presente también esta batalla.

El caso entre dos partes que comercian por vez primera, suele surgir entre dos partes que presentan contratos forma con términos y condiciones ya impresos en la contraparte de su contrato, complicándose la formación del mismo.

⁶² KRITZER, *op.cit*, *supra* nota p 18, p. 15

⁶³ PERALES, Viscasillas, María del Pilar, “*La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT* [Battle of the Forms under the CISG: a comparison with Section 2-207 of the Uniform Commercial Code and Section 2.22 of the UNIDROIT Principles in Spanish, *La Ley*, viernes 15 de noviembre de 1996, No. 4167, 1-2

En casos como éstos, las partes lamentablemente no prestan atención a tiempo, y celebran un contrato con diferencias importantes en los términos y condiciones contenidos en el contrato de lo que cada una de las partes creyeron convenir.

Es esa una de las razones por las que la batalla de formularios es un tema difícil de resolver, tanto que la ciencia jurídica no ha encontrado una manera satisfactoria para decidir lo que las partes han acordado realmente.

Asimismo, es difícil incluso en ocasiones detectar los casos de batalla de formularios, antes de que se presente algún problema, ya que como dije anteriormente, las partes no prestan atención a tiempo y creen haber convenido en los términos y condiciones que acostumbran. Esto sucede en gran medida debido a que es el área comercial y en la gran mayoría no el área legal la que trata con estos contratos marco, facilitando y agilizando la actividad comercial .

Con respecto a este problema, Albert H. Kritzer⁶⁴ menciona dos tipos de escenarios posibles que se pueden presentar:

a. El primer escenario es resultado de la teoría tradicionalista, por tanto pretende que para la perfección de un contrato se cumpla con la regla del espejo. debiendo como anteriormente ya se profundizó, contener la oferta y la aceptación términos y condiciones concordantes. De lo contrario se está frente a una contraoferta que según las circunstancias particulares del caso pudiera aceptarse posteriormente.

El Uniform Commercial Code no es tan estricto al respecto, y nos presenta lo que sería el segundo escenario para Albert H.Kritzer.

b. El segundo escenario presenta la propuesta del UCC de que exista un contrato en aquellos términos y condiciones que ambas partes acordaron, quedando fuera los términos y conflictos controvertidos.

La propuesta del UCC me parece muy práctica aunque considero que podría llegar a ser injusta cuando el destinatario haya incluido términos que en realidad no perjudiquen al oferente y confíe plenamente en su inclusión

Pilar Perales por su parte parece opinar de manera diferente al profesor Albert H Kritzer estableciendo la existencia de dos formas que delimitan la fase ejecutiva del contrato.

"Estas soluciones consisten en aplicar los patrones clásicos de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), bien en entender que el contrato se ha perfeccionado aunque el contenido del mismo es incompleto."⁶⁵

⁶⁴ KRITZER, op.cit., supra nota p.18,p.8.

⁶⁵ PERALES, op. cit , supra nota p 8, p.84.

a. El primer caso es aquel en que el contrato se perfecciona generalmente por actos de ejecución y es conocida como la teoría de la última palabra o *Last shot rule*. Es aquella adoptada por la Convención de Viena e incluida en el artículo 19 de la misma.

b. El segundo caso, consiste en que dada la existencia de cláusulas contradictorias dentro de los formularios, las mismas se anulan. La presente teoría se denomina *Knock out rule* (se traduce como fuera de combate), y es adoptada por la sección 2-207 UCC y el artículo 2.22 de los Principios de UNIDROIT.

El conflicto entre formularios envuelve dos cuestiones básicas:

1. La controversia sobre la existencia del contrato
2. La controversia acerca de cuales términos y condiciones regirán el contrato si es que existe

Ambos puntos son resueltos satisfactoriamente por el artículo 19 de la Convención.

Paralelamente, Pilar Perales también nos comenta que existen claramente dos opciones de política legislativa que los ordenamientos jurídicos intentan proteger cuando existe un conflicto entre formularios

Determinados ordenamientos jurídicos son creados con objetivos de certeza y seguridad jurídica. En ellos se presupone la existencia de una disposición que dé una

solución clara a la batalla de formularios, la cual deberá poder ser fácilmente aplicada por los tribunales y las partes contratantes.

Existen por su parte otros ordenamientos jurídicos que tienen como objetivo el de tutelar la buena fe de las partes. Se caracterizan por contener normas que buscan dar una solución neutral a este conflicto, la cual impida la obtención de ventajas a cualquiera de los contratantes derivadas de factores temporales como el hecho de ser el primero o el último en enviar su declaración de voluntad.

Las diferentes opciones que pueden tomar los sistemas legislativos parten de dos premisas básicas por las que existe un contrato formado entre las partes y que son:

a. Que los contratantes leen y entienden el contenido del contrato dándole una interpretación diferente; ó

b. Que los contratantes no ponen atención al contenido del clausulado o que simplemente no leen las cláusulas (mismas que normalmente aparecen impresas al reverso).

Las anteriores parten del hecho de que para que pueda reconocerse la existencia de un acuerdo, las partes deberán estar conformes con los elementos esenciales del contrato, aunque existan otros términos que sean contradictorios.

Los ordenamientos jurídicos más flexibles se inclinan por favorecer al último que actúa haciendo que prevalezcan los términos que el incluya, ésto es la teoría del *last shot*

El conflicto entre formularios desde el punto de vista de los objetivos de política legislativa que se pretenden proteger, es muy poco estudiado. Lo cierto es que su estudio evitaría la búsqueda de soluciones al conflicto acercándose a las disposiciones de algunos como el UCC o la praxis judicial alemana que siguen una orientación diferente a la de la Convención. Porque como ya mencionamos, la Convención optó por lograr una uniformidad aplicativa, para dar certeza y seguridad jurídica a quienes la utilizaran.

Por su parte, la solución del legislador norteamericano contenida específicamente en la sección 2-207 UCC ha sido ampliamente reprochada, ya que se considera que lleva a que a final de cuentas los formularios se ignoren.

En cambio, la Convención por medio de su solución uniforme sostiene la postura opuesta: *“Fomentar por medio de una disposición legal la lectura de los formularios y la negociación de las cláusulas del contrato”*.⁶⁶

Para un mejor entendimiento de los dos diferentes sistemas que podrán ser seguidos por los ordenamientos jurídicos, profundizaremos en cada uno de los mismos a continuación.

⁶⁶ PERALES, *op.cit* , *supra* nota p.8, p.84.

The Knock Out Rule y The Last Shot Rule

La *Knock out rule*, la definiremos como resultado del análisis comparativo entre la sección 2-207 del UCC y el artículo 2.22 de los principios de UNIDROIT. Ambos ordenamientos, pretenden solucionar el conflicto entre cláusulas partiendo de la idea de que los formularios no se leen, y tratan de superar los inconvenientes y la rigidez de la regla de la última palabra. (*last shot rule*)

Un gran número de ordenamientos jurídicos han venido introduciendo, al hilo de las declaraciones jurisprudenciales, las distinciones entre variaciones sustanciales o materiales de las que no lo son.

Lamentablemente son pocos los que se han preocupado por crear una nueva solución a este problema. La solución podría consistir en la opinión de la Doctora Pilar Perales en un sistema que pueda ser calificado como neutral de manera que ninguna de las partes pueda imponer a la otra cláusulas que, por ser contradictorias, no han sido acordadas.

Los Principios de UNIDROIT y el UCC norteamericano intentan resolver el problema derivado de la contradicción entre formularios mediante una teoría artificial, al menos cuando hablamos de contratación entre partes iguales. El mecanismo que ofrecen es muy parecido aunque por su redacción la sección 2-207 UCC ha sido considerada como más difícil.

Los Principios de UNIDROIT contienen a diferencia de la anterior, una regulación bastante sencilla, clara y que busca proporcionar un alto grado de certidumbre jurídica a quien las elija.

Estos ordenamientos tienen como sistema el controlar las cláusulas de los formularios de manera que se promuevan las cláusulas equitativas evitando que se alarguen las negociaciones.

Su objetivo fue crear reglas abstractas que se adapten de forma general a toda clase de ventas y productos, claro que como todo sistema presenta ciertos inconvenientes.

En primer lugar, ese objetivo de neutralidad no está siempre garantizado, ya que ante todo prevalecerá la libre voluntad de las partes. La aplicación de las disposiciones de los Códigos podría ir en contra de lo ya acordado por las partes lo que en ocasiones podría no ser tan equitativo. No obstante, existen otros factores comerciales que de otra manera vuelven atractiva la relación comercial para la parte menos favorecida jurídicamente.

La neutralidad de la Convención puede derivar en la inclusión de términos en el contrato que no están conforme a la intención de los contratantes. Un ejemplo claro podría ser el que derivado de la contradicción entre términos referente al lugar donde se llevara a cabo el arbitraje la cláusula se anule y las partes estén obligadas a ir aun tribunal ordinario.

Por tanto como en todas las disposiciones de la Convención se debe tratar de llevar a las partes a la mejor solución tomando en cuenta su intención al contratar. Asimismo habrá que atender a los principios de buena fe y lealtad negocial.⁶⁷

Y es justamente de lo anteriormente expuesto, que se deriva que las disposiciones de los Códigos pueden no ser adecuadas a las circunstancias en que se desenvuelve una transacción específica

3.7.1.1 La batalla de formularios dentro del Uniform Commercial Code

Dentro del Common Law existen grandes diferencias a la hora de concebir y solucionar los problemas causados por las respuestas a la oferta que alteran sustancialmente los elementos de la misma.

En el ordenamiento jurídico inglés se sigue la concepción clásica del Common Law, que es la conocida y anteriormente explicada regla del espejo o *mirror image rule*, el ordenamiento jurídico angloamericano, por su parte sólo sigue parcialmente la mencionada regla con lo que me refiero a que no la considera aplicable cuando se trata de un intercambio de formularios.

En caso de existir formularios ya sea de oferta o de aceptación, la *mirror image rule* se desecha, y se aplica la norma contenida en la sección 2-207 UCC.

⁶⁷ Al respecto el artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT establece que : “Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber ”

Su texto es el siguiente:

2-207 UCC. (Additional Terms in Acceptance or Confirmation).

(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."

Esta formulación del UCC ha sido severamente criticada aunque debemos de reconocer que la sección 2-207 UCC pretende que las partes contratantes no evadan las obligaciones asumidas escudándose en las diferencias entre las declaraciones de voluntad contenidas en sus formularios. De esta forma, lo que se considera como contraoferta en la Convención de Viena y también en la mayor parte de los sistemas jurídicos, es tratado como aceptación bajo los dictados de la sección 2-207 UCC.

La flexibilidad con que opera el UCC no implica que deje a un lado la base de la existencia de un contrato, esto es el acuerdo de voluntades. El Common Law, como la mayor parte de los sistemas jurídicos requieren la manifestación objetiva de consentimiento mutuo que equivale al acuerdo de los contratantes sobre los elementos esenciales para que exista un contrato. Normalmente se habla de que debe existir un acuerdo en cuanto a la descripción de la mercancía y la concreción de la cantidad, lo que una vez más dependerá de la intención de ambas partes.

En caso de que de la comparación entre los formularios se derivan incongruencias o diferencias inconciliables, se aplica la *knock-out rule*.

La misma, opera haciendo una selección de las cláusulas pasando las coincidentes en los formularios a formar parte del contenido del contrato, mientras que las cláusulas contradictorias son anuladas.

Los términos que no hayan sido contemplados por haber sido anulados, se toman supletoriamente de las normas aplicables.

Con objetivo de superar la regla del *last shot* para crear una situación de mayor justicia y equilibrio entre el oferente y el destinatario, los redactores de la sección 2-207 UCC se preocuparon por regular tres situaciones diferentes:

- a. las aceptaciones condicionales;
- b. las confirmaciones por escrito que contienen algún término adicional;
- c. la batalla de los formularios.

La estructura de estos tres diferentes casos se presenta con dos interrogantes, la primera referente a si existe un contrato, y la segunda en cuanto a cuáles son sus términos y condiciones.

La subsección (1) del UCC se encarga de regular la existencia de un contrato. Establece como regla general que la aceptación se entiende como tal aunque contenga términos adicionales o diferentes de aquellos ofrecidos, apartándose así de la regla del espejo, bajo la cual se consideraría una contraoferta, y por tanto, un rechazo de la oferta.

La denominada "*last-shot rule*" se invierte pasando a controlar lo que se ha llamado "*first-shot rule*" o regla del primer disparo.

La regla general, a la que hicimos referencia, se acompaña de una excepción denominada "condición" o "el procedimiento de después de la coma".⁶⁸

Por virtud de ésta, la respuesta a la oferta acompañada de términos adicionales o diferentes no se entenderá como aceptación en caso de que se condicione expresamente a que el oferente acepte esos términos. Lo anterior tiene como efecto invertir la regla general iniciada por la sección y volver a la regla tradicional, dándole el tratamiento de una contraoferta.

Esta excepción ha creado en la jurisprudencia norteamericana múltiples problemas de interpretación debido a que el lenguaje empleado por el destinatario de la oferta puede no ser lo suficientemente claro.

Los tribunales norteamericanos exigen, en la mayoría de los casos, que la aceptación se condicione muy claramente, siendo el ideal repetir el propio lenguaje de la subsección.

Por tanto, si la respuesta a la oferta se condiciona expresa y claramente a la aceptación del oferente, si la respuesta a la oferta se considera que altera la misma de forma muy sustancial o si no se reconoce la intención de perfeccionar un contrato de conformidad con la sección 2-204 UCC, no se considera existente la declaración de aceptación.

⁶⁸ PLRALES, Viscasillas, María del Pilar, *"La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT [Battle of the Forms under the CISG: a comparison with Section 2-207 of the Uniform Commercial Code and Section 2 22 of the UNIDROIT Principles in Spanish]*, La Ley, viernes 15 de noviembre de 1996, No. 4167, 1-2

En la mayor parte de las ocasiones son contraofertas que podrán ser aceptadas o rechazadas. En el caso de que se acepten, es frecuente que se haga mediante actos ejecutivos. A este respecto es interesante señalar que los tribunales norteamericanos se han mostrado reacios a calificar de aceptación los actos de ejecución cuando el lenguaje de esta declaración se condiciona claramente al asentimiento por el oferente de los términos introducidos. Se ha entendido que esta contraoferta sólo puede ser aceptada mediante declaraciones expresas, lo que raramente ocurrirá porque en la práctica usualmente se produce el envío y/o la recepción de las mercancías o el pago del precio

Como consecuencia de que los objetivos de la sección eran conseguir la neutralidad del contenido del contrato, se tuvo que incluir una subsección tres que fuere más equitativa, que en multitud de ocasiones se utiliza como vía de escape.

Los tribunales han tenido que reconocer la existencia del contrato por la conducta de ambas partes y a aplicar la sección 2-207 (3) UCC que recoge la *knock-out rule*.

La misma, como explicamos al lector, se aplica cuando el contrato no se entiende perfeccionado conforme a la subsección (1), pero existen conductas por ambos contratantes suficientes como para ser tomadas como una aceptación. Se deja a un lado aquellos términos y condiciones sobre los que no haya existido un acuerdo y se aplican a la relación únicamente los convenidos.

Con referencia a este tema, los redactores se enfrentaron a diferentes puntos de vista, algunos de los cuales mencionaré a continuación.

El Reino Unido, por su parte, como miembro de la Convención, opinó que el artículo 19 de la Convención crea incertidumbre respecto de la celebración del contrato.

A su juicio, el problema podría presentarse al momento de el destinatario enviara una respuesta con adiciones sobre un punto no mencionado expresamente como material en la Convención.

Dicho cambio podría ser una modificación no sustancial para el destinatario, mientras que para el oferente podría significar un verdadero cambio material, llevando incluso a la celebración de un contrato con un malentendido entre las partes, en vista de la confianza de cada una de ellas en los términos y condiciones que incluyó.

En conclusión, el Reino Unido aconseja que en los asuntos mercantiles cualquier adición, limitación o modificación sea considerada como contraoferta. Al respecto, con todo respeto para quien dió esa opinión, no se daría la agilidad requerida por la actividad comercial internacional.

Los Países Bajos tuvieron una opinión más acertada sugiriendo el que se incluya el que el contrato se cree con los términos y condiciones no objetados por el oferente y aceptados por ambas partes

La realidad es que en mi opinión, cada vez se irán presentando un menor número de casos en vista de que las cláusulas de los formularios son cada vez más uniformes.

Por lo anterior, considero que la problemática se centrará más en modificar o actualizar las legislaciones de tal manera que regulen la formación de los contratos en los nuevos medios de comunicación que van a ser utilizados para el comercio.

CAPITULO IV

4.1 LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DENTRO DEL DERECHO COMPARADO

De acuerdo con lo establecido por Konrad Zweigert y ÇHenri Koetz en su libro "Introduction to Comparative Law" un contrato se forma cuando ambas partes expresan su acuerdo en declaraciones congruentes, una oferta preliminar y una subsecuente aceptación."

La oferta y la aceptación son consideradas como dos actos unilaterales, pero para Konrad Zweigert y ÇHenri Koetz constituye un concepto diferente a la declaración unilateral de dos personas. Los mencionados autores consideran que en realidad no se trata de la intención de una sola de las partes sino del mutuo acuerdo de las partes para contratar, y es que la oferta y la aceptación están lejos de ser actos con consecuencias independientes, sino que la gran mayoría de los casos responden a los intereses de ambas partes y son recíprocos

Por su parte, el Código alemán BGB⁶⁹ también califica a los contratos como algo por encima de un par de actos unilaterales, "es la declaración de intención de dos partes manifestada a través de su acuerdo"⁷⁰.

⁶⁹ Bürgerliches Gesetzbuch

⁷⁰ ZWEIGERT, Konrad, "Introduction to Comparative Law", Clarendon Press, Oxford, pág 382

4.1.1 la fuerza vinculatoria de la oferta

Este, es uno de los grandes problemas a los que se enfrentan los diferentes sistemas legales sobretodo al tratarse de ofertas entre ausentes, *inter absentes*, ya que entre presentes las cosas se facilitan.

Entre presentes basta con que en ese mismo momento la oferta se acepte o no para saber las consecuencias, en cambio cuando se trata de una oferta entre ausentes entran muchos factores en juego.

Uno de los factores más importantes es el período de tiempo al que se va a sujetar la oferta pues como es lógico su aceptación nunca podrá ser inmediata. En estos casos aparecen aquellas ofertas que se limitan a un cierto plazo de tiempo fijo por el cual estarán vigentes, o por el contrario aquellas que a falta de plazo preestablecido se regirán por las circunstancias especiales del caso o lo que es conocido como lo que es *razonable*.

Al respecto, existe la llamada teoría Loewe⁷¹, misma que surgió en los países escandinavos y por la cual las partes se encuentran ligadas a las obligaciones aún antes de formarse el contrato por las llamadas declaraciones de voluntad con las que dieron a conocer su intención de contratar.

Se podría pensar con razón, que esto se trata de una teoría y por tanto su alcance es más teórico que práctico, pero existe la posibilidad de que una de las partes aún antes de aceptar la oferta realice gastos y cambios por el hecho de tener la voluntad de aceptarla

⁷¹ ZWEIGERT, op.cit. supra nota, p.96., p.382.

posteriormente. El oferente está ligado a la oferta desde que la conoce el destinatario, aún cuando este la acepte tiempo después. Esta teoría se sujeta a la reciprocidad de la otra parte.

Existen tres soluciones sobre la naturaleza de las ofertas contempladas por los sistemas legales del mundo, siendo la más estricta la alemana, la más relajada la anglosajona y la intermedia la romanista.

Analicemos las soluciones que dan los diferentes sistemas legales enunciados al respecto:

1 Por lo que se refiere al sistema angloamericano el oferente envía al destinatario la oferta, misma que estará vigente por el plazo que se haya fijado o en caso de no tener tal, según las circunstancias específicas del caso. No obstante en este sistema legal el oferente tiene la posibilidad de retirar su oferta en cualquier momento anterior a que la misma sea aceptada sin importar que sea antes del plazo preestablecido

Lo anterior tiene su fundamento en el sistema del Common Law, en el cual para que exista una promesa de una de las partes debe existir una counterpromise o contrapromesa, o tener cierta solemnidad. En la mayoría de los casos las ofertas no tienen ningún tipo de solemnidad y mucho menos existe una contrapromesa del destinatario. Por lo anterior existe una postura muy relajada del oferente

2 El derecho romano o de corte civilista, por su parte, contiene normas mucho más estrictas. En primer lugar, si la oferta contiene un plazo por el cual estará vigente, en

resolución dictada por las Cortes de Francia⁷² existe la posibilidad del oferente de retirar su oferta, únicamente si esto se realiza antes de ser aceptada y teniendo el oferente la obligación de cubrir los daños que se le hubieren causado al destinatario. La reparación de daños que establecen las Cortes Francesas podrán ir desde una indemnización hasta la obligación de sostener la oferta y esta siempre bajo su criterio, siendo esto una tarea difícil. En ocasiones se fija conforme a los gastos que hubieran sido erogados y en otros consiste en la obligación de dar al destinatario la posición o los beneficios de que hubiere gozado si el contrato se hubiere perfeccionado.

En caso de que no se haya fijado un plazo para la vigencia de la oferta se estará a lo que los franceses llaman *de'lai raisonnable*" (tardanza razonable), entendiéndose por razonable aquello que es esperado de acuerdo a las circunstancias específicas del caso. El periodo razonable será entonces aquel que la Corte fije según su criterio con base en las circunstancias particulares del caso.

Un ejemplo muy claro es el citado por Konrad Zweigert⁷³ en el cual se ofrece un lote de tierra a la venta y se da una cita para conocerlo, por lo que se supone que la oferta estará vigente hasta ese momento. En caso de revocar la oferta se tendrá la obligación de cubrir daños al destinatario que incluso podrían obligar al oferente a mantener su oferta, lo que se conoce como una reparación de la misma naturaleza.

La postura de las Cortes Francesas es criticada por autores como Ripert y Mazeaud⁷⁴, quienes opinan que el fundamento de la responsabilidad del oferente es tortuoso, pero la

⁷² ZWEIGERT, op.cit. supra nota, p.96., p.385.

⁷³ Ibidem, p.385.

⁷⁴ Ibidem

realidad es que, desde mi punto de vista, se tendrá que estar a las circunstancias específicas del caso.

Lo anterior, lo establezco tomando en consideración el hecho de que retirar una oferta puede ser un abuso si el destinatario ya realizó gastos con objeto de aceptarla. Debemos considerar que el hecho de hacer una oferta implica un cierto compromiso que incluso podría traer como consecuencia una aceptación tácita, la que estaría sumamente desprotegida si estuviéramos a lo que establece el Common Law.

De acuerdo a lo que nos menciona Hein Koetz en su libro "Introduction to Comparative Law"⁷⁵ la Comisión encargada de reformar el Código Civil francés propuso una norma que se incluyó en el artículo 11 del proyecto "Sources and Formation of Obligations", donde se establecía que las ofertas estarían vigentes por un plazo determinado dentro del cual no podían ser revocadas a menos que su retirada se diera antes de llegar la misma. Lo mismo lo aplicaban en caso de que por las circunstancias específicas del caso se pudiera pensar en un plazo diferente.

El Código Italiano afirma que una oferta que contiene un plazo establecido de vigencia puede ser retirada sólo antes de que la misma llegue al destinatario y de lo contrario se podrán reclamar los daños que se le hayan causado al destinatario por su preparación para perfeccionar el contrato.

La realidad es que en cada caso se deberá estar a las circunstancias para evitar un tratamiento injusto a cualquiera de las partes.

⁷⁵ ZWEIGERT, *op cit supra nota*, p.96., p.387.

El derecho francés considera que la efectividad de una aceptación depende de las circunstancias específicas de cada caso y la intención de las partes, y será efectiva en cuanto sea conocida por el oferente.

3. El derecho alemán es considerado como el más estricto con el oferente, establece que este está ligado a la oferta por el plazo que el mismo haya fijado en ella y en caso de que el plazo no esté establecido, el oferente estará ligado por un plazo razonable. Este derecho le da un tratamiento a la oferta más allá del de una obligación cuyo incumplimiento no trae aparejado el pago de daños sino que simplemente ni se contempla la posibilidad de la retirada o revocación de la misma, dejándola sin efecto alguno

Por lo anterior, el Código Alemán BGB califica a una oferta revocable como una simple invitación a hacer ofertas y no como una oferta en sí. Asimismo, califica a la contestación como una oferta y el silencio del oferente original es considerado como una aceptación tácita.

Para el derecho alemán una aceptación es efectiva en cuanto llega al oferente, aún cuando éste no se percate hasta tiempo después.

Coincido con la opinión de Konrad Zweigert con respecto a que el derecho alemán es la mejor opción puesto que da una certeza al destinatario y no va más allá de lo que el propio oferente ofreció. Creo que lo justo es que si el oferente hace un ofrecimiento tenga la obligación de respetarlo y no cambiar de parecer ya que de otra manera podría perjudicar al destinatario.

Asimismo, parece acertado el hecho de que una aceptación surta efectos cuando llegue al destinatario, ya que la teoría de la expedición trae consigo los riesgos derivados del transporte de las mismas formándose el contrato en ocasiones sin que el mismo oferente pueda tener conocimiento de esto.

La gran variedad de soluciones podría hacernos pensar que cualquier intento de unificación internacional en esta materia está destinada a fracasar, mas el Uniform Law on Formation of Contracts for International Sale of Goods (ULFIS) prueba lo contrario. Esta ley, vigente en Alemania desde 1974 unifica las reglas internacionales de la formación del contrato partiendo de la premisa de que toda oferta puede ser retirada o revocada a menos que especifique lo contrario o fije un plazo para su aceptación.

No obstante el hecho de que se permita la retirada o revocación de la oferta dependerá de las negociaciones previas así como del hecho de que la misma sea retirada o revocada con buena fe y conforme a las reglas del comercio justo y equitativo.

La oferta se podrá revocar o retirar sólo antes de que llegue la aceptación al oferente. Se rige por la teoría de la expedición, en el sentido de que al momento de expedirse la aceptación ya no podrá haber retirada o revocación de la oferta; aunque por otra parte el contrato no estará formado hasta que llegue al oferente.

La Convención de Viena adopta el criterio de que una oferta podrá ser revocada antes de que llegue la aceptación del destinatario en caso de que no se haya ofrecido como irrevocable o que de las circunstancias de la misma se pudiese desprender lo anterior.

CAPITULO V

EXTINCION DE LA OFERTA

Una vez que la oferta es completada por el oferente con todos los requisitos que la hacen válida y efectiva, ésta deberá ser enviada al destinatario libremente ya que de lo contrario se estaría violando la intención del oferente.

Desde el momento en que el oferente se despoja de su oferta mediante su remisión al destinatario pueden suceder diversas situaciones que podrían considerarse anómalas ya que impiden la formación del contrato.

Las declaraciones que dan vida al contrato pueden dividirse en cuatro:

- 1 Cuando el oferente se despoja de su oferta para enviarla al destinatario.
2. Cuando la oferta llega al destinatario.
- 3 Cuando el destinatario conoce la oferta.
4. Cuando el destinatario emite su aceptación.

5. Cuando se torna eficaz la aceptación.

Dentro de estas etapas el oferente tiene la posibilidad de cambiar de opinión acerca de la celebración del contrato.

Partamos de que la oferta deberá ser efectiva con lo que nos referimos a que deberá ser enviada libremente por el oferente al destinatario con la intención de obligarse. Para que la oferta sea efectiva deberá llegar al destinatario.

El artículo 15 de la Convención establece:

“La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”.

Con lo que concluimos que el momento más importante es cuando llega al destinatario porque:

1. Extingue el derecho de retirar la oferta.
2. Inicia el derecho a la revocación de la oferta.
3. Inicia el derecho del destinatario de aceptar la oferta.

5.1 EL RETIRO DE LA OFERTA

Conforme al artículo 15 de la Convención existe la posibilidad de retirar una oferta sólo antes o al mismo tiempo en que la oferta llegue al destinatario. Lo anterior con base en que la oferta surte sus efectos al momento de llegar al destinatario como anteriormente expliqué al lector.

Los Principios de UNIDROIT establecen de igual manera en su artículo 2.3 (2), que:

“Cualquier oferta, aún cuando sea irrevocable, puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.”

El artículo 24 de la Convención nos indica que una oferta “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se le entrega por cualquier otro medio personalmente al destinatario, o en su establecimiento o dirección postal, o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

Realmente carece de importancia el momento en que surte efectos la oferta, lo realmente importante es saber que el oferente puede retractarse únicamente antes de que la misma le llegue al destinatario.

En caso de que así se dé, se entiende que la oferta nunca ha existido, y por lo tanto, ella no podrá hacerse efectiva aunque haya sido hecha con carácter de irrevocable.

Es complejo diferenciar la retirada de la revocación de la oferta ya que en sí, demuestran lo mismo: la voluntad del oferente de ya no contratar con el desistimiento.

La diferencia entre ambas radica en el tiempo en que el oferente las da a conocer siendo requisito que el retiro de la oferta se dé antes de que la misma sea eficaz y la revocación antes de que la misma sea aceptada.

La retirada de la oferta dentro de la Convención presenta los rasgos normales que le han adjudicado los sistemas jurídicos, ya que en sí, no presenta dificultad pues al darse a conocer antes o al mismo tiempo que la oferta no puede traer consecuencias negativas al destinatario.

Antes de la retirada de una oferta habrá que tomarse en cuenta que, para que ésta se pueda realizar se requieren de ciertas circunstancias:

Que los medios de comunicación por los que fue enviada la oferta requieran de tiempo para llegar al destinatario, esto es, que se trate de un servicio postal o telegráfico. De lo contrario, si se tiene una oferta enviada por e-mail o realizada por teléfono, la figura del retiro no tendrá cabida y se estará frente a la revocación de una oferta

En caso de que el oferente una vez enviado el retiro se arrepienta del mismo, podrá enviar una declaración anulatoria de la retirada misma que para ser efectiva deberá llegar antes o simultáneamente al retiro de la misma.

En caso de una llegada simultánea de la oferta y la retirada, la Convención siempre le dará preferencia a la retirada, y la dejará totalmente extinta.

Es realista decir, que habrá momentos en los que fijar el tiempo de llegada entre una y otra comunicación sea muy difícil por lo que deberá prevalecer el principio de buena fe entre los contratantes.

5.2 LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA Y SUS EXCEPCIONES EN LA CONVENCIÓN

La Convención considera dentro de sus artículos también la revocación de la oferta misma que es una nueva expresión de voluntad que tiene como objetivo frustrar o impedir los efectos jurídicos que la oferta pueda generar.

La redacción de este artículo fue complicada para los redactores de la Convención tomando en cuenta las diferencias existentes entre los diferentes sistemas legales en específico en cuanto a la fuerza vinculatoria de la oferta.⁷⁶

En la Convención (Art. 16 (1)), tal como en Common Law, la revocación de una oferta deberá darse siempre antes de que se expida la aceptación.⁷⁷

La revocación será válida desde el momento en que llegue al destinatario, requiriendo para surtir sus efectos que el destinatario no haya despachado aún la aceptación.

Podría pensarse que la oferta puede revocarse hasta el momento en que quede celebrado el contrato, lo cual no es cierto ya que el contrato se perfecciona al momento de surtir efectos la aceptación, esto es, cuando la aceptación llega al oferente. En consecuencia el oferente sólo puede revocar la oferta hasta antes no sólo de que reciba la aceptación por parte del destinatario sino antes de que la expida. En el caso de las aceptaciones verbales evidentemente esto es inmediato.

⁷⁶ (Para un mayor abundamiento al respecto leer el Capítulo IV del presente estudio.) Los redactores del Proyecto de Roma sobre la formación de 1958 siguieron las orientaciones germánicas y consideraron la oferta como irrevocable, salvo ciertas excepciones "*An offer which has arrived may not be revoked unless the offeror has reserved to him the right to revoke*". Sin embargo, la regla general tuvo que convertirse posteriormente en la excepción tal y como se presenta en la Convención de Viena de 1980.

⁷⁷ El artículo 2.4 de los Principios de UNIDROIT establece que: "Cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación."

En el caso de aceptaciones por escrito el derecho de revocar la oferta termina en el momento en que el destinatario envía su aceptación, volviéndose una oferta revocable en irrevocable antes del momento en que se entiende perfeccionado el contrato.

El hecho de que la convención califique a la oferta como revocable es reconocer el derecho del oferente de anularla y con esto impedir que la misma surta sus efectos.

La revocación de una oferta presupone que:

1. Que la oferta ha sido recibida por el destinatario.
2. Que se envió la revocación antes de aceptada la oferta
3. Que la oferta no sea irrevocable porque de otra manera no habrá manera alguna de revocarla.

Por regla general toda oferta es revocable, sin embargo existen las siguientes excepciones:

1. Cuando el oferente le da expresamente ese carácter. La irrevocabilidad debe aparecer explícita o implícitamente en la oferta.

a. Expresamente, indicando un plazo fijo para aceptar, o de otro modo. En caso de no estipularse un plazo fijo, la oferta será revocable en todo tiempo antes de enviarse la aceptación.

b. Implícitamente, cuando el destinatario pueda razonablemente considerar que la oferta es irrevocable y haya actuado basándose en la oferta. Un ejemplo podría ser el caso de un comprador que ha tenido que realizar una amplia investigación o incurrir en gastos con tal de informarse si la mercancía que le ofrecen es la que requiere.

La Convención utiliza el concepto de lo razonable, dando al destinatario para aceptar la oferta un tiempo razonable con lo que presenta una flexibilidad mayor.

Con referencia al artículo 16, los países miembros de la Convención han opinado que el hecho de que se establezca un plazo para la aceptación constituye un indicativo de que la oferta es irrevocable durante ese plazo.

En opinión del Reino Unido⁷⁸ esta norma es de difícil aplicación para aquellos oferentes pertenecientes a sistemas jurídicos donde se distingue la irrevocabilidad de la fijación de un plazo. En estos sistemas, el plazo tiene como objetivo que en caso de no

⁷⁸ ESPINA, op cit.,supra nota p.62, p.53

aceptarse la oferta en ese tiempo la misma caduca; lo que no implica que sea irrevocable por ese plazo.

La declaración de revocación de la oferta se vuelve efectiva conforme a la Convención al momento que llega al destinatario⁷⁹ tomando en cuenta lo establecido en el artículo 24 del instrumento que estudiamos.⁸⁰

Para que sea efectiva, además requiere que sea enviada y dirigida por el oferente directamente al destinatario dejando sin efecto la comunicación por medio de un tercero.

Cuando se trata de bienes insustituibles⁸¹, el no revocar la oferta puede traer como efecto el incumplimiento de contrato por parte del oferente en caso de que su oferta sea aceptada. La excepción se presenta en el caso de los bienes inmuebles, mismos que si son vendidos el oferente no requiere notificar la revocación de su oferta.

Asimismo se considera que si se trata de una oferta de bienes sustituibles y estos son vendidos no existirá problema alguno ya que el comerciante fácilmente podrá conseguirlos para cumplir con su obligación derivada de la oferta.

⁷⁹ El Art. 16.1 de la Convención establece: 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

⁸⁰ El Art.24 de la Convención establece que: A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual

⁸¹ PERALES, op.cit , supra nota p.13, p.402.

5.2.1 La responsabilidad del oferente por la revocación de la oferta

Se puede hablar de una responsabilidad por parte del oferente al revocar una oferta partiendo de la existencia del principio de buena fe al cual deben de sujetarse las partes conforme a la Convención.⁸²

En realidad no existe disposición alguna dentro de la misma normatividad que establezca alguna sanción por revocación de una oferta.

Cuando se está ante una oferta revocable el oferente conserva intacto su derecho a revocar la oferta en los términos fijados por la propia convención, esto es antes de la aceptación, sin tener responsabilidad alguna frente al destinatario.

No obstante, hay sistemas legales como los que analizamos anteriormente en los cuales las ofertas no se consideran revocables por lo que imponen responsabilidades al oferente si anula su oferta.

El panorama es claramente diferente si se está en presencia de una oferta irrevocable, ya que tal y como de su nombre se desprende, no puede ser extinguida por voluntad del

⁸² El Art. 7 de la Convención establece que 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no están expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los

oferente. Mal haría la Convención si permitiera la calificación de irrevocable a las ofertas que reúnan ciertos requisitos y luego simplemente estableciera la posibilidad de revocarlas. Además no debemos olvidar que fue el propio oferente quien libremente le dio a su oferta la calidad de irrevocable y debe asumir su responsabilidad.

En caso de existir alguna responsabilidad por parte del oferente el destinatario deberá de decidir qué es lo que quiere, pudiendo optar por ignorar la revocación y mandar su aceptación al oferente, misma que será perfectamente efectiva, ó rescindir el contrato. En ambos casos será procedente el cobro de daños y perjuicios.⁸³

El pago de daños y perjuicios se realizará conforme al derecho nacional del país del que se trate ya que la convención tiene una laguna en cuanto a este tema.

Comparto la opinión de Rosenberg⁸⁴ referente a que las disposiciones de la Convención relativas a los remedios que puede accionar una de las partes por incumplimiento del contrato, en específico el artículo 74 de la Convención⁸⁵, podría ser

principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

⁸³ El derecho romano denominó a esta acción el *pacto comissorio*. Asimismo es contemplada por nuestro Código Civil en el artículo 1949 que a la letra establece: “..El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos...”

⁸⁴ ROSENBERG en PERALES, op.cit., supra nota p. 13, p 457

⁸⁵ El Art. 74 de la Convención establece que: La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá; exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo

perfectamente aplicable a este caso. Lo anterior derivado de que el artículo 61⁸⁶ del mismo instrumento permite al vendedor reclamar daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato.

Por tanto bastaría con incluir dentro de la Convención una frase que remitiera a los artículos anteriormente citados para no dejar una laguna.

Quien resuelva un asunto referente a responsabilidad por revocación de una oferta deberá tomar en cuenta:

1. Que la oferta tenía el carácter de irrevocable.
2. los daños y perjuicios que se le hayan causado al destinatario de la oferta, y
3. la buena o mala fe con la que actuó el oferente.

o debió, haber tenido conocimiento en ese momento. como consecuencia posible del incumplimiento del contrato

⁸⁶ El Art. 61 de la Convención establece que: 1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.2) El vendedor no perderá; el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho 3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

5.3 RECHAZO DE LA OFERTA

La oferta se extingue conforme al artículo 17 de la Convención cuando existe el rechazo de la misma. El rechazo viene a ser la respuesta negativa a la oferta realizada con el oferente. Tiene como función evitar que la oferta reviva ya que implica la extinción de la oferta en la vida jurídica.

La extinción surte efectos al momento en que llega el rechazo al oferente, aún cuando la oferta haya sido irrevocable.

En ese momento el oferente se libera del compromiso u obligación que le unía a la oferta, ya que la misma queda perfectamente cancelada.

El rechazo puede realizarse expresa o tácitamente. Algunos autores como Alejandro Quintana Hurtado⁸⁷, consideran que puede ser un rechazo tácito el que la aceptación contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, siendo conforme a la Convención (art. 19) una contraoferta.

Considero que esta consideración es peligrosa ya que debemos considerar:

⁸⁷ ESPINA, op cit..supra nota p.60, p.55.

a. Que la redacción en un idioma en la mayoría de los casos no natal, puede ser distinta;

b. Que las adiciones, limitaciones o modificaciones pueden ser intrascendentes para la celebración del contrato o lo que es lo mismo no ser cambios materiales;

5.4 LA CONTRAOFERTA

Existen dos corrientes jurídicas que estuvieron confrontadas al momento de ser redactado el artículo 19 de la Convención de Viena concerniente a la contestación de una oferta. El resultado del artículo fue claramente un compromiso entre ambas corrientes, dejando satisfechos a los seguidores de cada una de las mismas.

La primera corriente es conocida como la tradicionalista y parte de que para que exista un aceptación el consentimiento a la oferta debe ser *ad integrum*, y la segunda es aquella defendida por los reformistas que influyen con un criterio mucho más flexible con objeto de que predomine la perfección del contrato

Dentro de la primera corriente se predica por lo que específicamente menciona la Convención dentro del primer párrafo del artículo 19:

“Si la respuesta a una oferta contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones el destinatario está rechazándola y proponiendo una contraoferta.”

Al ser calificada como contraoferta implica que se considera como un rechazo tácito a la oferta.

Esta teoría da un gran crédito a que las obligaciones que nacen y surgen del consentimiento mutuo de las partes, por lo que debe reflejar la perfecta concordancia de dos actos jurídicos unilaterales, la oferta y la aceptación. El Common Law la denomina “*mirror image rule*” (regla de la imagen del espejo), derivado del reflejo exacto de las declaraciones que debe existir entre la oferta y la aceptación.

Sin embargo, la concordancia entre la oferta y la aceptación no puede llevarse al extremo de que se quiera que la presentación y redacción deban ser idénticas, porque lo que ocurriría es que cualquier modificación por mínima que fuera :

- a) impediría la perfección del contrato.
- b) extinguiría la oferta.
- c) daría a la aceptación el carácter de contraoferta requiriendo ésta a su vez de una aceptación conforme al artículo 18 de la Convención.

El destinatario de una oferta por tanto tiene tres opciones:

- a. Aceptar la oferta;
- b. Rechazar la oferta; y
- c. Negociar sobre la inclusión de ciertas cláusulas, hacer preguntas, indagaciones sin aceptar o rechazar la oferta.

La última tiene una gran significación práctica toda vez que en la mayoría de los casos el destinatario busca negociar teniendo la posibilidad de aceptar con posterioridad la oferta. Esta opción del destinatario es muy aconsejable ya que nunca podrá considerarse como un rechazo a la oferta.

No obstante deberá ser realizada teniendo en cuenta la buena fe comercial que debe existir en el comercio internacional.

A fin de cumplir su compromiso con ambas corrientes y habiéndose percatado de la dificultad de que se diera una aceptación lisa y llana incluyeron dentro del artículo 19 de la Convención el numeral 3 lo que sería la solución a muchas controversias potenciales entre

los comerciantes. Tal es el caso de una aceptación que contiene estipulaciones adicionales o diferentes que no modifican sustancialmente las condiciones de la oferta.

Esta inclusión se hizo con objeto de hacer más flexible la teoría del espejo que con su rigidez podría en muchas ocasiones impedir la satisfactoria celebración de contratos sobretodo considerando que la materia regida por la convención es puramente comercial y por tanto requiere de agilidad.

Asimismo, con objeto de disminuir la posibilidad de duda entre lo que podría ser calificado como cambio sustancial o no, se incluyó en el inciso b del mismo artículo lo que se califico como cambios materiales o sustanciales a la oferta. Los mismos vuelven a la aceptación una contraoferta u oferta nueva.

No obstante el hecho de que los cambios no sean sustanciales no limita el derecho del oferente de no querer celebrar el contrato en base a esas modificaciones, debido a que siempre estará ante dos diferentes posibilidades que son los siguientes:

a. Que el oferente no objete las discrepancias, perfeccionándose el contrato desde la recepción de la aceptación. Las condiciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones de la aceptación.

En caso de que el oferente decida no objetar la inclusión de discrepancias, su silencio, inactividad o quizá la tardanza injustificada de su objeción a los cambios, serán interpretadas como aceptación otorgándose a la misma un valor jurídico.

b. Que el oferente objete las discrepancias considerándose entonces a la respuesta una *contraoferta*. En cuyo caso se tendrá que cumplir con el requisito establecido en la propia Convención que exige que la objeción sea enviada sin demora injustificada al que la envió

De lo contrario, se estará a lo dispuesto en el inciso inmediato anterior del presente estudio.

A esta regla se le ha denominado “la regla del espejo de feria”⁸⁸ porque basta que la aceptación coincida en lo fundamental con la oferta para que exista una perfección del contrato.

La notificación de la objeción deberá hacerse oralmente o por escrito sin demora injustificada para evitar que el contrato llegue a nacer

Si se elige enviar la notificación por escrito, la misma surtirá efectos desde su emisión en base a la protección de los intereses de ambas partes.⁸⁹

⁸⁸ PERALES, op cit.. supra nota p 8, p .637

⁸⁹ Ibidem

Al oferente le brinda el derecho a no contratar cuando la aceptación contenga alguna modificación por mínima que sea, con sólo notificar a la otra parte de su inconformidad con la misma. El término de “sin demora injustificada” es esencial para darle seguridad a quien envió la aceptación con modificación.

El artículo 19 de la Convención en su inciso a) califica de contraoferta cualquier aceptación que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones a la oferta, debiendo ser éstos, conforme al inciso b), cambios materiales.

Los redactores mencionaron como cambios materiales los siguientes:

a. El precio. Se refiere única y exclusivamente a cualquier variación sobre el monto total ofrecido como contraprestación, incluye el agregar cláusulas como la variación del precio por inflación.

b. El pago. Comprende a su vez las modalidades del mismo entiéndase al contado, a plazo, mediante un crédito documentario, así como el lugar y tiempo en que ha de realizarse el mismo.

c. La cantidad y calidad de las mercancías, cualquier modificación de las mismas.

d. El lugar y fecha de entrega de las mercancías.

e. El grado de responsabilidad de una parte respecto a la otra; refiriéndose a cualquier disminución, limitación o exoneración de responsabilidad en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas

f. La solución de las controversias refiriéndose al caso en que se inserte una cláusula que imponga un determinado tribunal arbitral cuando la oferta nada diga al respecto o que intente excluir el arbitraje.⁹⁹

Con referencia a la inclusión de cambios sustanciales, también existe el concepto de cláusulas inesperadas o sorprendidas. mismas que los Principios de UNIDROIT expresamente prohíben.

El artículo 2.20 establece que:

“(1) Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas standar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente.”

Considero que la cláusula arbitral no es una cláusula de carácter sorpresivo ya que cada día se difunde más como una solución de controversias que facilita a ambas partes la solución de sus problemas, aunque de cualquier manera considero que debe ser acordada por ambas partes.

5.5 EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR LA INCLUSIÓN DE TÉRMINOS Y CONDICIONES EN LA CONFIRMACIÓN POR ESCRITO DE UN CONTRATO

Posiblemente parecerá extraño al lector el que incluya el supuesto en que alguna de las partes envíe a la otra la confirmación del contrato.

Lo anterior no entraría en este estudio sino fuera porque dentro de los Principios de UNIDROIT se contempla la posibilidad de que al hacer una confirmación se agreguen cláusulas o términos al contrato antes perfeccionado.

Al respecto, el artículo 2.12 de los Principios señala:

“ La cláusula de arbitraje es considerada como un acuerdo independiente a las demás estipulaciones del contrato. Al respecto el artículo 81 de la Convención establece que :”la resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias.. ”.

“Si dentro de un plazo razonable con posterioridad a la celebración del contrato, fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere estipulaciones adicionales o modificatorias de su contenido original, éstas pasarán a integrar el contrato mismo, a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete tales discrepancias.”

La solución que dan los principios a la confirmación por escrito concuerda con lo establecido por la convención para la aceptación que contiene elementos adicionales, mas lo que vuelve más interesante a esta disposición es el ejemplo que transcribo a continuación, en el cual se presenta a la cláusula arbitral como un cambio no sustancial.⁹¹

“A” envía un telex a “B” solicitándole una determinada cantidad de trigo, oferta que “B” acepta inmediatamente por el mismo medio. Ese mismo día “B” envía una carta a “A” confirmando los elementos del contrato, pero añadiendo un convenio de arbitraje, lo que constituye una práctica usual en ese ramo del comercio. Dado que “A” no puede ser sorprendido por la inclusión por la inclusión de tal cláusula, esta no es considerada una modificación “esencial” de los términos previamente acordados y, a menos que “A” lo objete sin demora injustificada, la cláusula arbitral constituye parte del contrato.”

⁹¹ La interpretación de cambios materiales de los Principios de UNIDROIT mismos que dejan fuera a la cláusula arbitral puede ser un buen argumento para desvirtuar la presencia de una contraoferta sustanciada en el cambio material que la misma implica

5.6 OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA OFERTA

Además de las mencionadas anteriormente existen otras causas de extinción de las ofertas las cuales son:

1. El silencio o inacción cuando el mismo no sea acompañado de actos que le hagan tener un valor jurídico relevante como para considerarlos una aceptación.

2. El término del plazo de vigencia, ya sea el contenido en la oferta o el plazo razonable que menciona la Convención (art. 18).

3 La contraoferta

4. La muerte, incapacidad o quiebra. Con respecto a este último punto la Convención no hace mención alguna al tema mas el mismo fue tratado y discutido por sus redactores.

Su exclusión se debe a las diferentes opiniones acerca del tema. Aunque desde mi punto de vista resulta evidente el que, si se trata de dos entidades que están contratando, la incapacidad o muerte de sus representantes no implicarían la extinción de su relación comercial. El representante es una persona diferente a la entidad, ya que quien finalmente está obligada bajo un contrato es la entidad.

En cuanto el caso en que una de las partes se declare en quiebra habrá que estarse a lo que disponga el derecho nacional del país donde tenga su establecimiento permanente la entidad en problemas.

CAPITULO VI

LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Para que exista una perfección del contrato debe llegar la aceptación al oferente dentro del plazo establecido o en un plazo razonable tomando en cuenta las circunstancias así como la velocidad de los medios de comunicación.

En caso de que se trate de ofertas verbales la aceptación deberá hacerse inmediatamente.

También como anteriormente mencionamos cabe la posibilidad de una aceptación tácita, aquella que se realiza por una conducta de la cual se puede inferir una aceptación. En este caso la misma debe realizarse dentro del plazo y yo agregaría en un tiempo razonable después

6.1 CONTENIDO DEL CONTRATO UNA VEZ FORMADO

Existe pues la posibilidad, y es en realidad en la mayoría de los casos, en que se llega a la formación de un contrato. Pero qué acaso sólo la oferta y la aceptación limitan su contenido? Pues no es así, cabe destacar la famosa frase que dice : " Los usos obligan "

Al respecto el artículo 1.8 de los Principios de UNIDROIT establece que :

“(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos particulares en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.”

Por su parte la Convención contempla a los usos en su artículo 9.⁹²

Derivado de lo anterior, cualquier uso o práctica considerada como uso regular en el comercio internacional pasará automáticamente a ser parte del contrato, sin exceptuar aquellos usos o costumbres que las partes hayan establecido entre ellas en sus relaciones anteriores.

Lo anterior requiere que se cumplan tres condiciones:

Primera.- Que no se hubiere pactado algo en el contrato

⁹² Artículo 9 de la Convención de Viena, ver cita No.59.

Segunda.- Que sea un uso que conocían o debían conocer las partes, y

Tercero.- Que sea un uso conocido y regularmente observado en este tipo de contratos en el comercio.

Quisiera agregar al respecto que tratándose de partes que han tenido relaciones comerciales anteriores aún en el proceso de formación del contrato jugarán papel importante los usos y prácticas que las mismas hayan establecido anteriormente.

Esta disposición logra desarrollar lo que algunos han llamado una reglamentación sustancial satisfactoria ante la existencia de alguna laguna en la relación comercial.

Es Pilar Pelares quien menciona que estos usos y prácticas pasan a formar parte del contenido del contrato durante el proceso de formación del mismo.

Las mismas podemos dividir las en varios grupos :

1. Las Prácticas Negociales

El Uniform Commercial Code define una práctica comercial como la secuencia de conductas previas entre las partes frente a una transacción particular (que es justamente

relacionada al establecimiento como base de entendimiento común para la interpretación de sus expresiones y conductas), y los principios de UNIDROIT mencionan lo que vendría siendo lo mismo : "cualquier práctica que las partes hayan establecido entre ellas."

Claro que la dificultad estará en saber cuándo una práctica comercial ha sido en efecto establecida para lo que habrá que tomar en cuenta no sólo las circunstancias del caso sino la propia jurisprudencia que se ha venido formando al respecto desde el nacimiento de la Convención.

2. El Uso Convencional

Se requiere del acuerdo de las partes para establecer que un uso específico se convierta en una obligación en una transacción concreta. Por tanto, es la voluntad manifiesta de las partes la que los convierte en cláusulas expresas. Son aquellos en que las partes han convenido simplemente haciendo referencia a ciertas fuentes que incluyan los usos comerciales.

3. El Uso Normativo

En este caso se requiere que sean usos que se hayan convertido en costumbre mercantil por el hecho de ser suficientemente conocidos y observados dentro del comercio

internacional. Se trata de los ampliamente conocidos y regularmente observados, como lo dice UNIDROIT, en el tráfico mercantil.

Estos usos van más allá de la voluntad de las partes formando parte del contrato como cláusula tácita del mismo. Su aplicación tiene como fundamento la presunción legal que existe de que las partes conocían o debían haber conocido estos usos.

Una presunción así, sin embargo a mi modo de ver debe ser *iuris tantum* ya que serán las circunstancias específicas del caso las que nos permitan sentar que eran previsibles o no. Por ser más ilustrativa me refiero al caso de naciones poco desarrolladas o regiones atrasadas. Por tanto reconozco lo apropiado de la inclusión dentro de los Principios de la frase que a la letra dice : a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

Algo importante es que los usos una vez determinada su aplicabilidad prevalecerán sobre los principios de derecho, ya que el curso de las negociaciones y usos obligan como parte de lo expresamente convenido por las partes. Se han vuelto usos porque han contribuido al eficaz tráfico mercantil y por tanto, sería absurdo frenar su curso a través de principios creados para lo contrario: la obstaculización del tráfico mercantil.

Los efectos de tener un contrato formado no son sólo la inclusión de elementos como el uso en su contenido, sino que es el inicio de las obligaciones entre las partes. Al existir un contrato válidamente celebrado, éste no podrá ser modificado o extinguirse salvo lo que

en él se disponga por acuerdo de las partes, la Convención o los Principios que la complementan.

El principio fundamental "*pacta sunt servanda*" va aún más allá estableciendo que las obligaciones sólo son entre aquellos que celebran el contrato, al respecto no debemos olvidar que también existen efectos frente a terceros.

CASO PRACTICO

1.1.INTRODUCCION

Con objeto de hacer su estudio más claro llevaré al lector a recorrer los puntos más sobresalientes del caso. Lo anterior con el fin de invitar al lector a reflexionar en cada punto junto conmigo.

1.2. RESUMEN DE LOS HECHOS

El primero de marzo de 1994, el demandado, HIGH QUALITY CLOTHES CO. (en lo sucesivo "el demandado"), envió una carta a MEN´S SUITS MANUFACTURING CO. (en lo sucesivo MS) en la que ordenaba 5000 trajes para caballero de los diseños correspondientes a los modelos numerados y contenidos en la lista de precios indicada en el catálogo de la temporada de invierno que había recibido por parte del demandado con fecha del 15 de enero de 1994

MS envió a su vez la carta conteniendo el pedido a TEXTILE EXPORT IMPORT CO: , (en lo sucesivo el actor), mismo que a partir del 15 de febrero de 1994 se encargaba de las exportaciones de MS

CASO PRACTICO

1.1.INTRODUCCION

Con objeto de hacer su estudio más claro llevaré al lector a recorrer los puntos más sobresalientes del caso. Lo anterior con el fin de invitar al lector a reflexionar en cada punto junto conmigo.

1.2. RESUMEN DE LOS HECHOS

El primero de marzo de 1994, el demandado, HIGH QUALITY CLOTHES CO. (en lo sucesivo "el demandado"), envió una carta a MEN´S SUITS MANUFACTURING CO. (en lo sucesivo MS) en la que ordenaba 5000 trajes para caballero de los diseños correspondientes a los modelos numerados y contenidos en la lista de precios indicada en el catálogo de la temporada de invierno que había recibido por parte del demandado con fecha del 15 de enero de 1994.

MS envió a su vez la carta conteniendo el pedido a TEXTILE EXPORT IMPORT CO: , (en lo sucesivo el actor), mismo que a partir del 15 de febrero de 1994 se encargaba de las exportaciones de MS

Con fecha del 10 de marzo de 1994 el actor mandó una carta al demandado donde le indicaba que estaba a cargo de las exportaciones de MS, en la misma le notificaba de la orden enviada a MS. La información contenida en la confirmación de la orden era la correcta en lo correspondiente a los bienes y las fechas de embarque en que se habían ordenado por el demandado.

La forma indicaba un precio de \$130 por pieza CIP Handelshafen, Equatoriana , correspondiente a un monto total de \$650,0000.00 que deberían ser cubiertos en un lapso de 30 días posteriores a la fecha del desembarque mediante un depósito bancario en una cuenta en Londres de la cual el actor ya le había enviado el número. Asimismo la confirmación de la orden establecía que la mercancía debía ser transportada directamente de MS al demandado antes del 15 de agosto.

La confirmación de la orden establecía que ésta se sujetaba a los términos y condiciones contenidos en dicha forma, en caso de que no se objetaran los mismos en un plazo de quince días. Estas condiciones incluían cláusulas concernientes a la *limitation of remedies* (limitación de remedios), leyes aplicables, así como el arbitraje como forma de solucionar controversias.

Pasado el término de 15 días el demandado no dio respuesta a la confirmación por lo que el actor supuso se había sometido a sus términos y condiciones.

Los bienes se transportaron por barco directamente por MAS el 1 de agosto de 1994. El demandado los recibió en su bodega con fecha del 20 de agosto. Al momento de abrir los container el demandado se percató de que los trajes que había ordenado no habían sido los que había recibido sino 5,000 sacos y pantalones.

El demandado no dio noticia del error al actor, sino que se preocupó por conseguir esa mercancía, misma que requería para la temporada de invierno. Fue así como contrató con QUICK DELIVERY INC. compañía que le vendió los 500 trajes a un precio de \$150 por pieza CIP Handelshafen, dando como cantidad total la de \$750,000.00.

Llegó el 31 de agosto, término en que el actor esperaba su pago conforme a los términos de pago establecidos, y este nunca llegó. El actor entonces decidió mandar un recordatorio de rutina con fecha del 9 de septiembre de 1994 y un segundo recordatorio con fecha del 10 de octubre del mismo año.

Con fecha del 14 de octubre de 1994, el demandado finalmente contestó los recordatorios diciendo que las mercancías recibidas no correspondían a las ordenadas.

El 20 de octubre de 1994 el actor contestó remarcando el hecho de que era la primera vez que el demandado tenía alguna queja, que la temporada de invierno ya se estaba pasando y que por tanto estaba fuera de sus posibilidades colocar dicha mercancía a un precio

satisfactorio siendo el demandado responsable del precio en vista de no dió aviso a tiempo.

No obstante el actor ofrecía un ajuste al precio, mismo que el demandado no aceptó.

El 27 de octubre del mismo año el demandado transfirió a la cuenta bancaria en Londres perteneciente al actor la cantidad de \$390,000.00, y le envió una carta en la cual le explicaba que había vendido la mercancía a una compañía denominada OVERSTOCK MERCHANDISING, por la cantidad de \$500,000.00. De la cantidad anterior había restado sus gastos así como la diferencia de precio que había tenido que cubrir para tener su mercancía a tiempo.

El cuatro de noviembre de ese mismo año el actor contestó aceptar la cantidad de \$390,000.00 como un pago parcial restándole al demandado la cantidad de \$260,000.00 por cubrir. Así fue como al notar el actor que dicha cantidad no le sería cubierta voluntariamente decidió someterse al arbitraje

1.3 ANALISIS

Una vez resumidos los puntos básicos analicemos aquellos puntos que nos servirán para determinar la formación del contrato, si es que este existe.

a. Legislación aplicable

La legislación aplicable es la Convención de Viena, en primer lugar porque ambas partes se sometieron a ella expresamente al momento de presentarse diferencias entre ellas, así como por los términos generales de contratación a los que se sometieron conforme a la carta de confirmación de la parte actora.

En segundo lugar, tal como lo establece la propia Convención ésta es aplicable si las partes tienen su lugar de negocios en Estados diferentes cuando éstos sean parte de la misma. Tal es el caso de Mediterráneo y Danubia, mismos que son parte de la Convención con lo que esta legislación es aplicable a ambos países como derecho doméstico

Además, ninguno de estos países ejerció el derecho consagrado en el artículo 6 de la Convención por virtud del cual pudieron haber excluido su aplicación en esa relación comercial específica.

Asimismo, no se trata de una compraventa doméstica ni de aquellas excluidas por el artículo segundo de la Convención, y tal como lo establece la Ley Modelo de UNCITRAL, misma de la que Danubia es parte y que es aplicable a procedimientos arbitrales comerciales internacionales como éste, el tribunal arbitral resolverá la controversia conforme con las normas de derecho que hayan escogido las partes para ser aplicable a la sustancia de la disputa.

En lo que respecta a las reglas de la CIC, en su artículo 13(3) establecen que las partes son libres de determinar el derecho que quieran sea aplicado por los árbitros en lo que respecta a su disputa.

b. El requisito de la buena fe

En derecho internacional y específicamente en contratos de comercio internacionales se encuentra implícita la obligación de actuar razonablemente y bajo buena fe todo el tiempo.

La buena fe es uno de los principios protegidos por la Convención (Art7.1), por lo que se convierte en una obligación impuesta de manera implícita a las partes.

Por su parte, las reglas de UNIDROIT en el artículo 1.7 nos hablan acerca de la buena fe y lealtad negocial, misma que como principio internacional deberá ser tomada en cuenta en el análisis de las conductas de las partes, ya que no debemos olvidar lo que un comerciante razonable es un comerciante que satisface el standard del comercio y no está intelectualmente o profesionalmente por debajo del mismo, en el standard del trato comercial se infiere una necesaria buena fe y lealtad negocial.

c. Elementos del contrato : la oferta

Posibles ofertas: a) el catálogo enviado por MS a sus clientes

b) la orden de HQ a MS

c) la carta de confirmación de TX

a) La primera no se trata de una oferta ya que oferta es : "Toda propuesta de celebrar un contrato si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación" lo cual en el caso del catálogo sólo era una invitación general a sentar ordenes conforme a los precios establecidos para la mercancía ofrecida.

La intención de MS era dar a conocer sus mercancías de invierno así como sus precios mas la obligación surge después de contestar a un pedido. no antes.

b) La orden de H.Q. a M.S. constituye una oferta en vista de que se dirige específicamente a MS, así como establece específicamente el objeto (la mercancía), así como los términos de la compraventa (en los términos de siempre y el precio establecido en el catálogo). HQ la hace con la intención de quedar obligado en caso de aceptación.

La intención de H.Q. al mandar la orden es clara

- tener los cinco mil trajes que ordenó para su temporada de invierno en el plazo fijado

- facturados por MS con el que durante 7 años ha comercializado satisfactoriamente

Evidentemente que con siete años anteriores de relaciones comerciales estamos ante una relación que quizá se había dejado de formalismos pues se tenía como una operación cotidiana.

Es por eso que considero normal el que MS simplemente haya transmitido la orden a quien se encargaba de sus exportaciones con objeto de que se aceptara el pedido.

c) La carta de confirmación del primero de marzo de 1994 no constituyó una oferta conforme al artículo 9 de la Convención, si con fundamento en el artículo 19 de la misma recordamos que la contestación a una oferta que busca ser una aceptación, más si contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que materialmente alteren los términos de la oferta son el rechazo de la oferta principal y constituyen una nueva oferta o contraoferta.

La carta enviada al demandado bajo el título de confirmación del 10 de marzo de 1994, claramente podría ser considerada como contraoferta si sus adiciones, limitaciones o modificaciones fueran consideradas como materiales. Asimismo existe la aparición de una nueva figura en la relación comercial, que es TX, misma que es la encargada de las exportaciones de MS y que por tanto es quien confirma la orden.

Aquí entra la interpretación del concepto de materialidad, este concepto pudiera ser muy claro para algunos con ayuda del artículo 19(3) de la Convención que específicamente establece que se considera material el cambio en la esfera de solución de controversias, la limitación de responsabilidad, entre otras.

Aunque por otra parte habría que acudir a las reglas de UNIDROIT que establecen que :

2.11(1) La respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

Mas aquí viene lo importante e innovador de los principios.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Aún más subjetivo se convierte el asunto tras leer la explicación que el Profesor Bonell⁹³ y los demás comentaristas dan a este punto donde manifiestan que la aceptación teóricamente debería ser un reflejo de la oferta mas en el ámbito comercial nunca se acabaría si cualquier cambio por mínimo que fuera alterara la naturaleza de la aceptación y la convirtiera en contraoferta

Por tanto se requiere de un criterio para distinguir la materialidad de los cambios, mismo que en mi opinión particular dependerá del caso en sí, así como del árbitro que dirima la controversia.

Los criterios que deberán de tomarse en cuenta para decidir la materialidad de un cambio deben ser los siguientes:

1. La relación que tenga con elementos esenciales de la oferta como son el precio, la forma de pago, el lugar y el tiempo de cumplimiento de la obligación no dineraria, el ámbito de responsabilidad de una parte respecto de la otra y la solución de controversias.

2. La utilización de los elementos adicionales o diferentes, regularmente o no, en el ámbito comercial específico de que se trate

⁹³ BIANCA and Bonell, "Commentary on the International Sales Law", Milán, p. 163-173.

3. *La sorpresa que pudieran no haber causado a la otra parte.*

Conforme a esos criterios veamos los cambios incluidos en la carta de conformación de TX:

a) se limitó la responsabilidad de MS;

b) se designó como ley aplicable la Convención de Viena, misma que ambos declaran es la aplicable a la presente disputa, y como anteriormente establecí es aplicable al presente caso:

c) el arbitraje como modo de solucionar sus controversias que pudieran originarse derivadas de esa relación comercial. El arbitraje es una forma de dirimir controversias ampliamente utilizada sobre todo a últimas fechas en que gracias a árbitros de gran trayectoria y categoría ha alcanzado un gran prestigio. Se caracteriza por dar soluciones rápidas a las controversias y es normalmente recomendada por la mayoría de las Cámaras de Comercio del mundo, por lo que difícilmente puede llegar a considerarse como una sorpresa para la contraparte.

d) Elementos del contrato : la aceptación

La oferta fue aceptada pero por quién?, aquí se dan varios supuestos posibles:

1. la oferta : la hecha por H.Q. a Men´s Suit, que puede considerarse aceptada por la carta de confirmación de TX, en caso de que bajo nuestros conceptos no se trate de cambios materiales que la hayan convertido en una nueva oferta en vez de una aceptación, o por el mismo MS al comenzar a fabricar los trajes o al momento de transmitir la orden a TX, compañía encargada de sus exportaciones ya que con eso daba pie a que se atendiera dicha orden.

2. la contraoferta de TX a H.Q. Esta, conforme a lo establecido en la Convención, pudo haber sido aceptada tácitamente mediante la conducta de H.Q.:

En primer lugar, al no objetar los términos de la contraoferta en el plazo establecido en la misma carta de confirmación, sin mencionar el hecho de que para las reglas de UNIDROIT esto también se equipara a una tácita aceptación;

En segundo lugar, al recoger después de llegada esta y estar en aduanas, así como abrir los containers para revisar su contenido;

En tercer lugar al pagar parte del precio;

En cuarto lugar al disponer de la mercancía sin autorización de MS
y venderla a otra parte;

Como conclusión pues considero que sería inapropiado dar una respuesta absoluta al presente caso sólo puedo establecer lo siguiente.-

1.- La formación de los contratos debe resolverse a la luz de las circunstancias;

2.- Un árbitro debe ser una persona no sólo con conocimientos de derecho sino con un criterio muy amplio que le permita tocar las fibras de una verdadera actividad comercial;

3.- El derecho mexicano requiere de una apertura a nuevos términos jurídicos que permitan que nuestros juzgadores, al igual que los árbitros, tengan la libertad de aplicar su criterio y la equidad tomando en cuenta las circunstancias especiales de cada caso en particular.

CONCLUSIONES

1. El comercio internacional crece a pasos agigantados como resultado de la globalización, siendo indispensable para un abogado tener conocimientos sobre temas de derecho mercantil internacional.

2. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) vio la necesidad de desempeñar un papel más activo en la eliminación y reducción de obstáculos jurídicos que afectan al comercio internacional, por lo que se dió a la tarea de crear la Convención de Viena, CISG.

3. La Convención es uno de los instrumentos más reconocidos a nivel internacional. Su éxito se debe al gran trabajo realizado por juristas pertenecientes a países con diversos sistemas jurídicos, así como de diferente situación económica, política y social, que consiguieron uniformar criterios.

4. La Convención fue creada para uniformar criterios, sin despegarse de sus principios fundamentales entre los que destacan la buena fe y la lealtad comercial.

5. La Convención se creó de manera atractiva para los Estados, siendo flexible en cuanto a ciertos aspectos de su contenido. Con lo anterior me refiero a la posibilidad que tienen los Estados de establecer reservas en cuanto a la aplicación de determinadas partes de la misma.

6. La Convención creó compromisos satisfactorios entre los sistemas del Common Law y Civil Law facilitando su aplicación. Dichos compromisos se hicieron con objeto de hacerla aplicable a un mayor número de sistemas legales sin llegar a ser la verdad única en materia jurídica.

7. La Convención dió un paso más adelante tomando en cuenta no sólo la voluntad de las partes sino la intención de las mismas al celebrar el contrato de compraventa. Lo anterior servirá para dar una mayor equidad a las partes contratantes, ya que deberán tomarse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

8. La Convención previene exitosamente la evolución del comercio internacional, fijando como parte del contrato aquellos usos establecidos entre las partes y/o los ampliamente conocidos en el tráfico mercantil.

9. La Convención es un instrumento moderno que utiliza conceptos como lo razonable que permiten a los jueces o árbitros encargados de resolver las controversias derivadas de compraventas normadas por ella, ser más juristas y menos aplicadores de la ley.

10. Conceptos como lo razonable son muy subjetivos por lo que los jueces o árbitros de sistemas distintos, deberán apoyarse en la jurisprudencia existente para dar una mayor seguridad jurídica a las partes al resolver.

11. La Convención debió de haber contemplado la fase preliminar a la formación del contrato, la cual es de gran importancia para conocer la intención de las partes al contratar y llegar no sólo a la formación de un contrato sino a su cumplimiento exitoso.

12. El gran avance que se ha presentado en los medios de comunicación, debe ser tomado en cuenta al momento de la aplicación de las normas de la Convención. En específico, al distinguir entre ofertas entre ausentes y entre presentes, así como al fijar plazos razonables, habrá que tomarse en cuenta el tipo de medio de comunicación utilizado.

13. La aceptación conforme a la Convención podrá ser tácita o expresa, siendo el silencio por sí sólo insuficiente para una aceptación. Sin embargo, la jurisprudencia ha otorgado valor jurídico a lo que se denomina "silencio circunstanciado".

14. La Convención crea un compromiso entre los sistemas del Common Law y el Civil Law. Establece como regla general la regla del espejo, sin embargo da el valor de aceptación a aquella contestación que no modifique o altere sustancialmente la oferta.

15. La Convención permite al oferente terminar la obligación derivada de su oferta mediante el retiro, la revocación u otras causas de extinción de la misma.

16. La Convención debió haber contemplado el pago de daños y perjuicios por la revocación de una oferta considerada como irrevocable por disposición de la misma.

17. La Convención será más exitosa en la medida en que los estudiosos del derecho aprendan a conocerla y se familiaricen con sus criterios y conceptos.

18. Aunque la Convención no se refiere expresamente al problema de la batalla de formularios, sus redactores lo tomaron en cuenta al redactar las disposiciones referentes a la formación del contrato, las cuales le son aplicables.

19. La Convención debe ser estudiada y aplicada como un todo, ya que cada una de sus partes tiene un papel fundamental para la interpretación general de la misma.

20. El reto de los redactores de la Convención, estuvo en crear normas lo suficientemente estrictas como para que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato, así como lo suficientemente flexibles de manera que permitan el tráfico comercial constante sin interrupciones costosas para las partes.

BIBLIOGRAFIA

1. A. Ledesma, Carlos, "*Principios de Comercio Internacional*", Rutinas Estratégico-operativas de la Exportación e Importación, Ediciones Macchi, Buenos Aires - Bogotá, 1993, p.470.
2. Adame Goddard Jorge "*Estudios sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*", México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1991, 221pp.
3. Barrera Graf "*Instituciones de Derecho Mercantil*", Editorial Porrúa, México, 1991.
4. Barrera Graf, Jorge, "*Temas de Derecho Mercantil*", UNAM, México. 1983, p.195.
5. Bescos Torres Modesto "*Contratos Internacionales: Manual Práctico*", Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior: ESIC, 1993, 147pp.
6. Boggiano Antonio "*Contratos Internacionales*", Buenos Aires: De Palma, 1990, 166pp.
7. Borja Soriano, "*Teoría General de las obligaciones*", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, 732pp.
8. Bueno Barrera, Mauricio "*Cuatro Casos relacionados con la CISG 1980*", México, U.P. Postgrado de Derecho, 1996, 278pp.
9. Brozon Villegas, Georgina, "*La formación de la decisión judicial en México y en los Estados Unidos de Norteamérica*", Tesis, Universidad Panamericana, México, 1994.
10. C.M. Bianca and M.J. Bonell, "*Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* Giuffre, Milán, 1987.
11. Colaicovo, Juan Luis, "*Negociación y contratación internacional*", Ediciones Macchi, Buenos Aires - Bogotá, 1992, pp.306.
12. Cruz Miramontes, Rodolfo, "*Legislación restrictiva al Comercio Internacional: Análisis de las Instituciones más comunes*", Editorial Fuentes Impresoras, S.A., México, D.F., 1977.
13. Diaz Cervantes Mauricio "*Análisis del contrato de compraventa internacional de mercaderías en el derecho mexicano*", México, U.P. Facultad de derecho, 1993, 145pp.
14. Espina Otero, Alberto "*Compraventa Internacional de Mercaderías. Análisis de la Convención de las Naciones Unidas*", Santiago de Chile, 1985, 229pp.
15. Garro, Alejandro M./Zuppi, Alberto L., "*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías* [An introduction to the CISG in Spanish], CISG W3 Database, Pace University School of Law (<http://www.cisg.law.pace.edu>) April 1997.
16. Gutierrez y González, Ernesto "*Derecho de las Obligaciones*", Editorial Porrúa, S.A. México 1993, 1175pp.
17. Jan Ranberg, Professor of Private Law. University of Stockholm. Stockholm. "*Novel features of the ICC Incoterms 1990*".

18. Konrad Zweigert, *"Introduction to Comparative Law"*, Second Revised Edition, Claredon Press-Oxford.
19. Kritzer H. Albert, *"Guide to Practical Applications of the United Nations Convention for the International Sale of Goods"*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, USA.
20. Mantilla Molina, Roberto *"Derecho Mercantil"*, Editorial Porrúa, S.A., México, 584pp., 1993.
21. Perales Viscasillas, María del Pilar, *"La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías"*, Valencia, España, 1996, 791pp.
22. Perales Viscasillas, María del Pilar *"La aceptación por silencio en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: primera aplicación jurisprudencial"* [Conclusion of a Contract by Silence under the 1980 Vienna Convention in Spanish [commenting on Filantov.Chilewich, 789 F.Supp 1229 (S.D.N.Y. 1992)], *Derecho de los Negocios* (Madrid) (1995) No. 52, 9-14pp.
23. Perales Viscasillas, María del Pilar, *"La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT* [Battle of the Forms under the CISG: a comparison with Section 2-207 of the Uniform Commercial Code and Section 2.22 of the UNIDROIT Principles in Spanish, *La Ley*, viernes 15 de noviembre de 1996, No. 4167, 1-2.
24. Perezniето Castro, Leonel, *"Derecho Internacional Privado Parte General"*, Sexta Edición, Editorial Harla, México, D.F., 1995, Pp.632.
25. Puezma Accorsi, Alvaro, *"Contratación Comercial Moderna"*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p.212.
26. Sánchez Roman Correa, Felipe, *"Apuntes Sobre La Venta Internacional De Mercaderías"*, Tesis, Universidad Autónoma De México, México, 1944.
27. S. Kofi Date-Bah, *"United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods: an overview and consideration of some practical issues relating tort."*, Commonwealth Secretariat, London.

Revistas:

1. Espinar Vicente, José María, *"La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico"*, Madrid, revista de derecho privado 1979, 152pp.
2. Pemex Lex, Revista Jurídica, Petróleos Mexicanos No. 89-90, Noviembre-Diciembre 1995, *"Tratados Internacionales: Necesidad de su Implementación"*, pág.61, Eusebio Salgado y Salgado.
3. Schmitthoff, Clive M., *"Law in Action"*, The Solicitor's Journal, Vol. 101, Saturday. January 5, 1957, Oyez Longman Publishing Ltd., London, pp.10-11.

Leyes:

1. Código Civil 1928

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Viena, 1980).
3. UNIDROIT, "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales", Roma, Italia 1995, 273pp.
4. INCOTERMS ICC, 1990.