

INSTITUCIONES JURÍDICAS EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y GLOBALIZACIÓN: LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

*Jorge Oviedo Albán**

RESUMEN

En el presente trabajo el autor aborda una de las instituciones jurídicas sobre las que el proceso de globalización económica ha influido de manera directa: el contrato de compraventa internacional de mercaderías, conforme a su regulación en la Convención de Naciones Unidas de 1980, adoptada en Colombia por medio de la Ley 518 de 1999, la cual entró en vigor el 1° de agosto de 2002. En el primer capítulo, el autor se refiere a las relaciones entre la compraventa internacional de mercaderías y el proceso de globalización, en particular los aspectos de la ubicación de este instrumento normativo internacional dentro de los procesos de armonización y unificación jurídica; así como otros aspectos generales. Siguiendo el proceso de formación del contrato y su regulación en la Convención sobre compraventa internacional en la parte II, artículos 14 a 24, el autor analiza en el capítulo segundo las etapas de tratos preliminares, oferta y aceptación, haciendo referencia en varios apartes no solamente a los aspectos doctrinales, sino también a la jurisprudencia de tribunales internacionales. Para comprender de la mejor manera el proceso de formación del contrato, el autor hace referencia al tratamiento que algunas de las figuras analizadas tienen en el derecho comparado.

Fecha de recepción: 25 de abril de 2003.

* Abogado y especialista en derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesor de Contratos y Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Mercantil Internacional –CEDEMI–. Corresponsal en Colombia de la *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR* (La Ley, Buenos Aires, Argentina).
Correo electrónico: jorge.oviedo@unisabana.edu.co

Palabras clave: Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, *Principios de UNIDROIT* sobre contratos comerciales internacionales, formación del contrato, tratativas, oferta, aceptación

ABSTRACT

The author refers to one of legal institutions in which the process of economic globalization had influenced in a direct way: the contract of international sale of goods, according to its regulation in the United Nations Convention of 1980, adopted in Colombia by means of Law 518 of 1999, which went into effect August 1st of 2002. In first chapter, the author presents the relations between the international sale of goods and the globalization, particularly the aspects of the location of this international regulation inside the harmonization processes and legal unification; as well as other general aspects. Following the process of formation of contracts and its regulation in the Convention of International Sale of Goods, the author analyzes in second chapter the steps of preliminary treatments, its offer and acceptance, referring not only to doctrinal aspects, but also to jurisprudence of international courts. To acquire a better knowledge of the process of formation of contracts, the author refers to the treatment that some of the analyzed figures have in comparative law.

Key words: *The United Nations Convention on contracts for international sales of goods. UNIDROIT principles of international commercial contracts, formation of contracts, preliminary treatments, offer, acceptance*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN
 - 1.1. Los sistemas de unificación y armonización
 - 1.2. Antecedentes de la Convención de Viena sobre compraventa internacional
 - 1.3. Naturaleza jurídica del Convenio de Viena sobre compraventa internacional
 - 1.4. La aplicación de la Convención

- II. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO
 - 2.1. Las tratativas
 - 2.2. La oferta
 - 2.2.1. Concepto
 - 2.2.2. Requisitos
 - 2.2.2.1. Determinación de la oferta
 - 2.2.2.2. Intención de obligarse
 - 2.2.2.3. Comunicación al destinatario
 - 2.2.3. Efectos de la oferta
 - 2.2.3.1. Momento en que surte efectos la oferta
 - 2.2.3.2. Clases de oferta
 - 2.2.4. Eficacia plena y extinción de la oferta (Efectividad, retiro, revocación y caducidad)
 - 2.2.4.1. Retiro de la oferta
 - 2.2.4.2. Revocación de la oferta
 - 2.2.4.3. Extinción de la oferta por rechazo de la misma
 - 2.2.4.4. No aceptación dentro del plazo. Duración de la oferta
 - 2.3. La aceptación
 - 2.3.1. Concepto
 - 2.3.2. Modos de aceptación
 - 2.3.2.1. Aceptación expresa
 - 2.3.2.2. Aceptación tácita y aceptación por el silencio
 - 2.3.3. Medios para expresar la aceptación
 - 2.3.4. Momento en que produce efectos la aceptación
 - 2.3.5. Requisitos de la aceptación
 - 2.3.5.1. Pura y simple. La contraoferta
 - 2.3.5.2. Temporánea u oportuna
 - 2.3.6. Retiro de la aceptación
 - 2.3.7. Lugar y el momento de celebración del contrato

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS EMPLEADAS

Art.	Artículo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cfr.	Confrontar
CCIM	Convención sobre compraventa internacional
CNUCCIM	Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CISG	<i>The United Nations Convention on contracts for the International Sale of goods</i>
CLOUT	<i>Case Law on UNCITRAL texts</i>
CV	Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías
Id	Ídem, igual
INCOTERMS	<i>International Commercial Terms (2000)</i>
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
Pág.	Página
UCC	<i>Uniform Commercial Code (Estados Unidos de América)</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission for International Trade Law</i>
UNIDROIT	Instituto para la Unificación del Derecho Privado
UNILEX	<i>International Case Law & Bibliography on the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods</i>
<i>Op. cit</i>	Obra citada
t.	Tomo
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La intensificación de las relaciones económicas producto de la reducción de barreras para el tráfico internacional de bienes y servicios, además de otros factores, entre otros, la facilidad de comunicación entre los operarios del mundo de los negocios producto del desarrollo de las nuevas tecnologías, la evolución de los modernos medios de transporte, etc., ha producido como efecto en el mundo jurídico, la necesidad de reducir las diferencias que separan a los diferentes sistemas, en aras de brindar seguridad jurídica a las transacciones de bienes y servicios.

Dicho de otra manera: el comercio internacional ha generado grandes cambios en el derecho mercantil en las últimas décadas, trayendo consigo la conformación de un nuevo sistema que ha sido denominado “derecho mercantil internacional”.

En varias ocasiones nos hemos manifestado sobre la influencia que este derecho mercantil internacional está en capacidad de generar en los sistemas de derecho nacionales, llevándolo hacia un proceso de armonización y unificación, en su mayor parte, como producto de instituciones especializadas, como es el caso de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL); el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); y la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Por esto, hemos insistido en la necesidad de estudiar a fondo los diversos instrumentos jurídicos que tienen por objeto la unificación legislativa a nivel mundial, no sólo para darlos a conocer a los operarios del tráfico, sino también por la necesidad de que sean adoptados en nuestros países. Igualmente nos hemos manifestado a favor de que Colombia adhiera a dichos instrumentos internacionales, toda vez que en la medida en que hablemos el lenguaje jurídico del mundo de los negocios, estamos contribuyendo al crecimiento de los procesos de importación y exportación, además permitiendo la entrada de la inversión extranjera con todos los beneficios que ello comporta.

Además de lo anterior, somos partidarios de la necesidad de estudiar sistemas foráneos bajo la metodología del derecho comparado, toda vez que los instrumentos jurídicos internacionales a los que nos referimos, son el punto de encuentro, como es el caso de la Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, entre varios de los sistemas imperantes actualmente, fruto de la evolución jurídica de siglos.

Con este trabajo queremos contribuir al estudio y difusión de aquellas instituciones jurídicas fruto de los procesos de integración y globalización, como es el caso de la Convención sobre compraventa internacional, instrumento que rige la mayor parte de las operaciones de compraventa en el comercio internacional,

formando parte en la actualidad, del ordenamiento jurídico de 62 estados¹. Sin embargo, hemos considerado que no cumpliríamos nuestro propósito presentando un panorama introductorio a todo el régimen de la Convención; hemos escogido uno de los capítulos más importantes para el derecho privado, y sin duda para las operaciones internacionales de compraventa, como es el proceso de formación del contrato. Nuestro objetivo es analizar el régimen de formación del consentimiento contractual en la normativa vienesa, que permita comprenderlo globalmente para entrar en posteriores comparaciones con normativas internas.

I. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

1.1. Los sistemas de unificación y armonización²

En la introducción al presente trabajo destacamos la presencia del derecho mercantil internacional, que es donde se ubica el tema que nos atañe. Antes de entrar en las precisiones del caso, consideramos pertinente manifestar que estas reglas (normas de derecho sustancial), que rigen las transacciones económicas entre las empresas, se diferencian de las del “comercio exterior”, en el sentido de que estas últimas son:

“... el conjunto de normas comerciales de un país para facilitar o limitar el ingreso de bienes y servicios de otros países o grupo de países”³,

las políticas y normas sobre aranceles, etc. Por el contrario, el derecho mercantil internacional tiene por objeto regular las operaciones en sí mismas, valga decir: el contrato de compraventa, de seguro, de financiamiento de las operaciones internacionales, etc.

La unificación internacional del derecho contractual, no tiene un método único, y no es ajeno tal proceso a dificultades de diverso orden. El primer método es de

1 <http://www.uncitral.org>

2 El tema objeto del presente capítulo lo tratamos con mayor profundidad en el trabajo “Un nuevo orden internacional de los contratos: antecedentes, instrumentos y perspectivas” publicado en el libro *Compraventa internacional de mercaderías*, LARROUMET, CHRISTIAN y otros, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.

3 FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Citivas, 2001, pág. 32.

carácter conflictual, con el surgimiento del derecho internacional privado consistente en:

“... aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales”⁴,

que como anotan ÁLVAREZ y GALÁN, tiene como elementos comunes en las diferentes definiciones que del mismo se han dado, la coexistencia y diversidad de varias leyes, y dentro de cuyas fuentes encontramos los tratados multilaterales que buscan la unificación de las reglas de conflicto⁵, y los tratados multilaterales que tiene por objeto la unificación de las reglas de fondo⁶.

Así se indica en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Sobre derecho contractual europeo”:

“Las soluciones internacionales permiten resolver algunos problemas potenciales relacionados con las diferencias existentes entre las distintas normativas nacionales en materia de contratos. La primera consiste en la aplicación de normas internacionales uniformes de derecho privado para determinar cuál es la normativa que rige el contrato”⁷.

En segundo lugar, nos encontramos con el derecho fruto de la labor emprendida por instituciones como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, como corresponde a la sigla en inglés), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), entre otros, consistente en:

4 CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho internacional privado*, vol. 1, Editorial Comares, 2ª edición, 2000, pág. 8.

5 Puede ser el caso del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. *Id.*, PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, *El nuevo orden internacional de los contratos*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2002, y NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, “Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, en *Revista del derecho comercial y las obligaciones*, n° 29, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 397 y sigs.

6 ÁLVAREZ LONDOÑO, S.J., LUIS FERNANDO; GALÁN BARRERA, DIEGO RICARDO, *Derecho internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Estudios de derecho internacional 3, Bogotá D.C., 2001, págs. 52 y 84. Es preciso citar las palabras de los autores quienes afirman: “Es curioso sentar la constancia que, no obstante la unificación de las reglas de fondo sea una materia aparentemente más difícil que la unificación de las reglas de conflicto, ella parece haber sido realizada más fácilmente por la acción de convenciones multilaterales, tales como las relacionadas con transportes (por carretera, férreo, aéreo, marítimo); con propiedades incorpóreas, con títulos de crédito, con compraventas internacionales de mercancías, etc.”. *Ibidem, op. cit.*, pág. 85.

7 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeos sobre el derecho contractual europeo, Bruselas 11.07.2001. COM (2001) 398 final. <http://www.europa.eu.int>.

“...armonizar las normas de derecho material a nivel internacional. En este caso, la norma más importante es la Convención de las UN sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)...”⁸.

Aquí debemos destacar igualmente las recopilaciones de usos y costumbres, hechas por instituciones especializadas como la CCI con las reglas sobre crédito documentario; recopilaciones de reglas que en principio sólo adquieren valor si son incorporadas a los contratos como es el caso de los INCOTERMS⁹, y recopilaciones de *Principios uniformes*, carentes de valor vinculante al no estar dotadas de fuerza coercitiva y que no se imponen a los contratantes si no es por medio de los acuerdos de voluntades. Todo lo anterior debe complementarse con las leyes modelo sugeridas por instituciones como la UNCITRAL, que de ser adoptadas por los estados llevan al establecimiento de un derecho mercantil de carácter uniforme.

En tercer lugar, la unificación del derecho contractual puede provenir del derecho comunitario, fruto del surgimiento de organizaciones económicas, dictado por los organismos facultados para tal efecto¹⁰. En el caso europeo, dicha armonización se da a través de los reglamentos, directivas, y decisiones¹¹.

8 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeos sobre el derecho contractual europeo, cit.

9 Sin embargo en otro lugar hemos anotado sobre la discrepancia doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza misma de los INCOTERMS, pues algunos tribunales de arbitramento y doctrinantes no dudan en calificarlos como costumbres. OVIEDO ALBÁN, JORGE “Relaciones entre la compraventa internacional de mercaderías y los términos INCOTERMS”. Conferencia presentada en el seminario sobre compraventa internacional realizado en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, mayo 18 de 2002, inédita a la fecha.

10 “Los procesos integracionistas estructuran un sistema de relaciones entre los sujetos de los mismos que escapan a las regulaciones tradicionales del derecho internacional clásico, situación que ha obligado a los doctrinantes a intentar la elaboración de una rama nueva que algunos llaman “derecho de la Integración” y otros “derecho comunitario”, poniendo ambos nombres el acento en que se trata de la regulación de procesos de unificación supraestatal de países en el orden económico, frente al predominio que tuvieron las relaciones políticas entre estados, objeto del derecho internacional típico”. SÁCHICA, LUIS CARLOS, *Derecho comunitario andino*, 2ª edición, Temis, Bogotá Colombia, 1990, pág., 7. En el derecho comunitario se distingue entre el derecho primario, constituido por los tratados que dan origen a la unión económica entre estados, y el derecho secundario, que se conforma por las disposiciones dictadas por los órganos o instituciones comunitarias.

11 “En principio, sólo los <reglamentos>, son directamente aplicables y, precisamente por ello, sus normas se integran en el derecho interno español, sin que sea necesario adoptar ninguna medida de ejecución interna, bastando su publicación en el *Diario oficial de las Comunidades Europeas*. Las directivas –de singular importancia en el campo del derecho mercantil– no son, en principio, directamente aplicables, ya que van dirigidas a los estados miembros, los cuales pueden elegir la forma y los medios para incorporar su contenido al derecho interno (v.gr., mediante una ley o una disposición administrativa, si la norma a modificar tiene este carácter). La modificación del derecho interno debe hacerse dentro del plazo que se fija en la propia directiva, las cuales normalmente establecen que los estados han de notificar a las autoridades comunitarias las normas derivadas de ellas, ya que éstas podrán acudir al tribunal de justicia si estiman que el Estado ha incumplido las obligaciones que derivaban de la directiva al modificar su ordenamiento o no la ha transpuesto en el plazo previsto”.

“Al margen de esto, ha de hacerse notar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades declara que las directivas, en ciertos supuestos, pueden tener un efecto directo. Para que esto se produzca se

Tal como se indica en la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual:

“Varios actos comunitarios contienen disposiciones de armonización del derecho privado. En efecto, determinadas directivas contienen normas sobre la celebración de contratos, sobre la forma, el contenido y la aceptación de una oferta así como la ejecución de los contratos, es decir, las obligaciones de las partes contratantes. Varias directivas especifican también de manera detallada el contenido de la información que deben proporcionar las partes en las diferentes fases, en especial antes de la celebración de un contrato.

Algunas directivas abarcan derechos y obligaciones de las partes contratantes por lo que respecta al cumplimiento del contrato, incluido el cumplimiento deficiente y el incumplimiento”.

Adicionalmente debe mencionarse, al lado de los modelos de armonización del derecho privado que están surgiendo en el mundo, la consolidación de una jurisprudencia *mercantil* gestada al seno de los tribunales de arbitramento, que cumplen una importante labor en la gestación de lo que deben ser precedentes dictados bajo criterios propios y neutrales a los que se emitan por las cortes locales.

Esto no es suficiente, es necesario que la legislación trascienda las fronteras y se incorpore a instrumentos como la Convención sobre compraventa internacional.

Como puede deducirse de la anterior descripción, la Convención es apenas una *luz* en el horizonte, y a pesar de haber dado un paso muy grande, es todavía muy largo el camino que nos queda por recorrer hacia la anhelada unificación y armonización del derecho privado. De la forma como evolucione la jurisprudencia sobre la Convención y de la adhesión a otros instrumentos dependerá, por lo menos para nosotros, la evolución del derecho mercantil internacional, que significa, un reencuentro con el derecho común.

Podemos anotar finalmente, que como puede apreciarse, los instrumentos que conforman la *lex mercatoria* (que no son solamente los que hemos mencionado), se caracterizan por su origen diverso, ya que mientras unos son de naturaleza consuetudinaria, otros devienen su coercibilidad por constituirse como tratados del derecho internacional, y otros por ser reglas adoptadas por instituciones

exige, en primer lugar, que haya expirado el plazo de ejecución conferido a los estados miembros”. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de derecho mercantil*, vol. I, vigésima tercera edición, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 43.

gremiales internacionales o por los particulares en sus contratos. La tarea de la jurisprudencia y en general los operarios del tráfico jurídico, será interpretarlos e integrarlos para regular de la mejor manera las operaciones internacionales y dotarlos de unidad y sistematicidad, mediante la adopción de criterios uniformes, caracterizados siempre por la internacionalidad propia de tales instrumentos.

Adicionalmente se pueden identificar una serie de dificultades de diverso orden que impiden la estructuración y consolidación del derecho mercantil internacional como categoría sistemática. La doctrina encuentra dificultades de tipo histórico, económico, jurídico y teórico¹².

Podemos concretarlas de la siguiente manera:

Los estados no son partidarios en muchas ocasiones de “ceder soberanía” a legislaciones foráneas. Esto retrasa en muchas ocasiones la entrada en vigencia de normas convencionales internacionales que dependan para su entrada en vigor, como suele suceder, de la adopción de un número mínimo de países suscriptores o adherentes.

En otras ocasiones suele pasar mucho tiempo entre la adopción de los instrumentos internacionales y su incorporación a los sistemas jurídicos internos¹³, signados en ocasiones por trámites engorrosos.

También puede considerarse que el localismo excesivo y las diferencias entre familias jurídicas entorpece la armonización e interpretación con criterios propios de los instrumentos internacionales, toda vez que los juristas y jueces tienden a aplicar y entender los conceptos contenidos en los mencionados instrumentos con criterios de derecho interno que no atienden a las particularidades de las transacciones internacionales.

Finalmente, debe tenerse tal vez como modelo el proceso que actualmente se vive en Europa:

12 *Vid.*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Tecnos, 1995, pág. 27. DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Santa Fe de Bogotá D.C., 1999, pág. 104 y sigs.

13 Por ejemplo: los textos del *Tratado de derecho civil internacional* y el *Tratado de derecho comercial internacional* firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889 fueron aprobados en Colombia por medio de la Ley 33 de diciembre 30 1992, casi 104 años después.

“A lo largo de los últimos años se ha intensificado el debate sobre la posible armonización del derecho material privado, en particular del derecho contractual. El Parlamento europeo ha adoptado varias resoluciones sobre la posible armonización del derecho material privado. En 1989 y 1994, solicitó que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código europeo común de derecho privado. El Parlamento europeo afirmó que la armonización de determinados sectores del derecho privado era esencial para la compleción del mercado interior. Señaló también que la unificación de las principales ramas del derecho privado en forma de un Código Civil europeo constituiría la manera más eficaz de realizar la armonización con vistas a cumplir las obligaciones jurídicas de la Comunidad y conseguir un mercado único sin fronteras”¹⁴.

1.2. Antecedentes de la Convención sobre compraventa internacional

Los antecedentes de la Convención de Viena de 1980 para la compraventa internacional de mercaderías, se remontan a los trabajos de la comisión designada por la Asociación de Derecho Internacional reunida en Estocolmo en 1924, los trabajos de la Comisión del Instituto UNIDROIT de 1930 que preparó un proyecto de ley uniforme de la compraventa internacional, el proyecto de ley uniforme sobre venta internacional de objetos mobiliarios corporales de 1939, la Conferencia Internacional de La Haya de 1964, donde se aprobaron la LUVI, o Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales, y la LUF, o Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales.

Sin embargo, los proyectos de la LUVI, y la LUF, no tuvieron aceptación ni siquiera entre los veintiocho países que participaron en la Conferencia de La Haya de 1964. Entre las razones que se anotan por parte de diferentes autores, están la escasa representación de países distintos de los europeos en su discusión y adopción, el escaso número de países que las ratificaron, entre otras. De todas formas, pueden tenerse como el antecedente inmediato de la Convención de 1980.

Al seno de la UNCITRAL, se trabajó desde sus orígenes en la elaboración de una legislación uniforme sobre compraventa internacional, pagos internacionales y arbitraje internacional. Entre los años 1966 y 1978 UNCITRAL trabajó en el tema, estudiando en principio si debiera propiciarse la adopción de las convenciones aprobadas en la Conferencia de La Haya de 1964 (LUVI y LUF), o si por el contrario, debiera trabajarse en una nueva convención internacional que contemplara los

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Cit.

intereses de los países del *Common Law*, los países en vía de desarrollo, y los países socialistas.

En 1980 se celebró una Conferencia Internacional en Viena que adoptó la Convención el día 11 de abril de dicho año y que entró a regir el 1º de enero de 1988 después de haber sido ratificada por once estados¹⁵.

El Convenio de Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena, es uno de los instrumentos jurídicos más importantes para el comercio internacional. Razón de ello es el hecho de que a la fecha 62 estados han incorporado dicho instrumento a su derecho interno.

En Colombia, la Convención se aprobó mediante Ley 518 de 1999. La Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad mediante sentencia C-529 de 2000. El 10 de julio de 2001 se depositó el instrumento de adhesión. El decreto 2826 de 2001 promulgó la Convención, y conforme a su artículo 99 entra a regir el 1º de agosto de 2002.

Uno de los aspectos relevantes del Convenio de Viena, según nos lo cuenta la historia de su gestación, es el hecho de ser un punto de encuentro entre las diferentes familias jurídicas existentes, decantadas con el paso de los siglos, principalmente el sistema del *common law* y el *civil law*.

Este encuentro que marca un hito en la evolución del derecho privado en muchos siglos de decantamiento, tiene especial relevancia para los sistemas de derecho interno, no sólo por cuanto significa en la armonización del derecho privado a nivel internacional, sino por el hecho de introducir novedades conceptuales a los mencionados sistemas, además de contribuir con soluciones a problemas reales surgidos de las diferencias entre los distintos regímenes¹⁶.

Entre tales aspectos, es de destacar el régimen de fuentes que se establece en los primeros artículos, donde se privilegia a la voluntad autónoma (art. 6) por sobre las directrices de la Convención. Igualmente, la Convención privilegia a la costumbre como fuente del contrato de compraventa, incluso dándole una mayor jerarquía por sobre las normas de la normativa vienesa y otras fuentes supletivas,

15 Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Yugoslavia y Zambia.

16 Precisamente, como se señala en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre derecho contractual europeo, "Las soluciones internacionales permiten resolver algunos problemas potenciales relacionados con las diferencias existentes entre las distintas normativas nacionales en materia de contratos". Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11.07.2001 COM (2001) 398 final.

como son: los principios en que ella se inspira y las normas de derecho internacional privado (art. 7.2).

Este hecho es muy significativo para el derecho mercantil, toda vez que representa el resurgimiento de su fuente por excelencia, la que pasó a un segundo plano con la codificación durante los siglos XIX y XX¹⁷. Como ejemplo de ello pueden verse disposiciones de códigos como el colombiano (art. 3 del Código de Comercio), o el español (art. 2 del Código de Comercio) donde la costumbre es fuente en defecto de la ley, o a lo sumo, cuando la misma ley la invoque¹⁸.

Es necesario señalar además, que de acuerdo con los comentarios de varios doctrinantes y de jurisprudencia internacional, la Convención sobre compraventa se relaciona con otros instrumentos jurídicos del comercio internacional, los cuales están llamados a ser aplicados para complementar o llenar los vacíos que presente la Convención. Entre estos instrumentos destacamos los *Principios para los contratos comerciales internacionales*, publicados en el año 1994¹⁹, concebidos como una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. Recuérdese que su valor jurídico solamente proviene de un pacto expreso en el contrato²⁰. Sin embargo, varios tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir “principios generales” de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos

17 De ello da cuenta BROSETA PONT: “...los comerciantes se separaron del derecho romano, canónico y común y crearon sus propias normas, que de consuetudinarias devinieron estatutarias, y, finalmente, por obra de los monarcas absolutos, se convirtieron en manifestaciones del derecho legislado”. BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, 1994, pág. 53. Vid., BONNECASE, JULIEN. *Introducción al estudio del derecho*, Traducción de JORGE GUERRERO, Temis, Bogotá, 2ª edición, pág. 74.

18 Como enseña el profesor MADRIÑÁN, “Las primeras manifestaciones legislativa (Ordenanzas de Bilbao y de LUIS XIV), que no fueron otra cosa que la presentación sistemática, ordenada, y, si se quiere más clara, y de más fácil acceso a buena parte del derecho mercantil consuetudinario vigente en los siglos XVI y XVII, no agotaron su capacidad disciplinante, pues los avances del comercio habían de seguir encontrando en las costumbres la respuesta a sus nuevas exigencias, costumbres que luego se integrarían en los códigos nacionales que, en el mundo contemporáneo, no obstante su apego a la fuente escrita, se siguen completando al recoger el legislador en ellos nuevas reglas surgidas de las prácticas, previamente consideradas por los doctrinantes y aplicadas por los tribunales, en una permanente y cíclica renovación del contenido del ordenamiento”. MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN E., “La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT”, *Vniversitas* n° 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, diciembre de 2000, pág. 177.

19 OVIEDO ALBÁN, JORGE, “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Globalización y derecho*, CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; BLANCO MORALES– LIMONES, PILAR, Editorial Colex, Madrid, España, 2003.

20 Vid., LARROUMET, CHRISTIAN, *La valeur des principes D' UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international*, *La Semaine Juridique, Juris – Classeurs Périodiques, édition Général*, Paris (1997-I) 147– 52.

sistemas jurídicos del mundo²¹. La jurisprudencia arbitral se ha referido a los *Principios UNIDROIT* como un instrumento para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes, así como la ley nacional, y por consiguiente ser tenidos como reflejo de aquellos principios en los que se basa la Convención²².

Por otra parte, es de señalar que la Convención y los *Principios UNIDROIT* tienen principios y reglas similares, como por ejemplo: varias normas sobre criterios interpretativos, la importancia señalada a los usos y costumbres²³, el capítulo sobre formación del contrato²⁴, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto²⁵, y el incumplimiento esencial²⁶, para indicar solamente algunas. Igualmente debe

21 En el comentario oficial al preámbulo se anota: “*Los Principios* constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional”. Por espacio y dado que el tema lo he tratado en otro lugar, me remito a mi escrito “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales”, cit.

22 *International Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedsspruche SCH 4318 and SCH 4366 of 15 June 1994*, en inglés: M.J. BONELL (ed.) UNILEX. *International Case Law & Bibliography on the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods, Transnational Publishers, Inc, Ardsley, NY, December 1998 release, E. 1994 - 14*. Se pueden citar igualmente los laudos 8769 y 8128 de la Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional.

23 Cfr. artículos 8º y 9º de la Convención, y 1.8 de los *Principios*.

24 “*Los Principios* comerciales internacionales elaborados muy recientemente por el Instituto de Roma o UNIDROIT han sido comparados con los *Restatements* americanos por su carácter de recomendaciones. Se trata de una serie de principios que se dirigen a elaborar un Código uniforme en materia de contratos internacionales, recibiendo una inspiración clara de la Convención de Viena de 1980. De hecho, la parte dedicada a la formación de los contratos internacionales (artículo 2), excepto por algunos matices y por la extensión de su contenido, es una copia exacta de su paralela en el texto vienés. Esto significa, en nuestra opinión, que los *Principios de UNIDROIT* han de ser interpretados teniendo muy presente la historia legislativa de cada uno de los preceptos de la Convención de Viena, sin que esto sea obstáculo para que quizá pueda producirse una influencia recíproca entre ambos, esto es, que los *Principios de UNIDROIT* puedan servir como un instrumento para interpretar e integrar el derecho uniforme”. 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*, Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. Igualmente la autora ha señalado: “Es importante resaltar que los *Principios de UNIDROIT* y la Convención contienen principios similares y que los primeros pueden ser muy útiles para regular cuestiones que no están suficientemente cubiertas por la Convención o que no se regulan por ella y que, en consecuencia, pasarían a ser gobernadas por el derecho nacional no uniforme”. Asimismo la autora recomienda el uso de una cláusula que permita el adecuado uso de los *Principios* en conjunción con la Convención de Viena, que es del siguiente tenor:

“Este contrato se gobernará por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y, en relación con aquellas materias no expresamente resueltas en la Convención o en conformidad con sus principios generales, por los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales, siendo considerada como ley aplicable en su defecto, la Ley del Estado ...”. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

25 Cfr. art. 55 de la Convención, y 5.7 de los *Principios*.

26 Cfr. art. 25 de la Convención y 7.3.1 (1) de los *Principios*.

anotarse como, frente a temas que no se encuentran regulados de manera expresa por la Convención, pero para los cuales los *Principios* sí prevén una solución, algún sector de la doctrina se pronuncia en el sentido de que la solución aplicable para el caso de la Convención, es precisamente la contenida en los *Principios UNIDROIT*.

Igualmente es necesario mencionar las relaciones que pueden establecerse entre la Convención sobre compraventa y los términos INCOTERMS de la CCI, así como otros conjuntos de reglas y costumbres recopiladas por la Cámara de Comercio Internacional.

Indudablemente una de las labores más importantes llevada a cabo por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, en la evolución del derecho mercantil ha sido la desarrollada por la Corte de Arbitraje, creada en 1923, que:

“...es sin duda el centro más respetado e importante del mundo en materia de arbitraje mercantil internacional”²⁷.

La Corte ha expedido un reglamento de arbitraje al cual se someten los comerciantes.

“Su función consiste en organizar, administrar y supervisar los arbitrajes sometidos al reglamento de la CCI”²⁸.

27 BERNAL GUTIÉRREZ, RAFAEL, “Principales sistemas de arbitraje internacional institucional”, en *El arbitraje en los conflictos económicos internacionales*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1995, pág. 25. *Vid.*, MANTILLA SERRANO, FERNANDO, “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en la obra citada, pág. 45 y sigs.

La importancia anotada puede constatarse con los siguientes datos: “Desde la creación de la Corte Internacional de Arbitraje en 1923, el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se ha visto constantemente enriquecido por la experiencia adquirida a través del examen de cerca de diez mil casos que, hoy en día, involucran anualmente a partes y árbitros originarios de más de 100 países en un contexto jurídico, económico, cultural y lingüístico de gran diversidad”. Prólogo al Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje. CCI. Vigente a partir del 1° de enero de 1998.

28 MANTILLA SERRANO, *ibidem*, *op. cit.*, pág. 50. “Todo arbitraje CCI es confiado a un tribunal arbitral responsable del examen de fondo del asunto y de dictar un laudo definitivo. Cada año se llevan a cabo arbitrajes CCI en cerca de 40 países, en distintos idiomas y ante árbitros de más de 60 nacionalidades diferentes. El trabajo de esos tribunales arbitrales es supervisado por la Corte Internacional de Arbitraje que se reúne por lo menos tres (y a veces hasta cuatro) veces al mes a lo largo de todo el año. Compuesta en la actualidad por cerca de 65 miembros de más de 60 países, la función de la Corte es organizar y supervisar los arbitrajes que se lleven a cabo bajo el Reglamento de arbitraje de la CCI. La Corte está siempre atenta a los cambios en el derecho y práctica del arbitraje en el mundo y en permanente labor de adaptación de sus métodos de trabajo para así responder de mejor manera a las necesidades de las partes y de los árbitros. Para la gestión cotidiana de los casos en diversos idiomas, la Corte Internacional de Arbitraje dispone de una Secretaría cuya sede se encuentra en la Cámara de Comercio Internacional de París”. Del prólogo al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Frente a la compraventa internacional, han sido numerosos los laudos proferidos por tribunales de Arbitramento que han funcionado conforme al Reglamento de la CCI, por ello la necesidad de comentar la necesaria relación entre la labor de la CCI en el campo de la difusión del arbitraje y el desarrollo la Convención de Viena de 1980, toda vez que son los jueces los que se encargan de crear el derecho mediante la aplicación práctica e interpretación de las normas.

Igualmente debe anotarse que han sido tribunales arbitrales los que han permitido el creciente éxito de los *Principios de UNIDROIT* y su relación con la interpretación y la solución de vacíos de la Convención sobre compraventa. En la relación de jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la UNCITRAL²⁹, y de los casos relacionados con los *Principios de UNIDROIT*³⁰ puede darse cuenta de varias decenas de laudos que han aplicado en distintos países la Convención y los *Principios*. Sin embargo debe reconocerse que otros tribunales de arbitramento conformados de acuerdo con reglamentos de otras cámaras de Comercio diferentes de la de París también han aplicado la Convención.

Como nota final a este comentario debe decirse que en principio es más recomendable que las partes pacten una cláusula arbitral en el contrato de compraventa y sometan las posibles diferencias a conocimiento de un tribunal de arbitramento internacional. Esto permitirá superar uno de los que puede convertirse en obstáculo para la adopción de soluciones e interpretaciones uniformes, que es precisamente la tendencia de los jueces y cortes nacionales de aplicar e interpretar las normas de los instrumentos internacionales con criterios domésticos, lo que se constituye en el principal impedimento para la consolidación del derecho mercantil internacional como categoría sistemática.

La Cámara de Comercio Internacional, además de desarrollar por medio de la Corte de Arbitraje la función que hemos señalado, recopila reglas y usos comunes del tráfico internacional. Los INCOTERMS y las reglas sobre crédito documentario reflejan ese esfuerzo, y están íntimamente relacionadas con las operaciones del tráfico, de ahí la importancia de su conocimiento, difusión y aplicación.

La finalidad de los INCOTERMS consiste en:

“...establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. De ese modo, podrán

29 <http://www.uncitral.org>

30 <http://www.unidroit.org>

evitarse las incertidumbres derivadas de las interpretaciones de dichos términos en países diferentes o, por lo menos, podrán reducirse en gran medida”³¹.

Los términos INCOTERMS se relacionan con las operaciones de compraventa en cuanto al establecimiento de derechos y obligaciones de las partes relacionadas con el lugar de entrega de las mercancías, gastos de transporte y seguro de las mismas y lugar donde se transmite el riesgo de las mencionadas mercaderías³², en la aceptación de la oferta, en el señalamiento del lugar de celebración y ejecución del contrato y su relación con el campo de aplicación de la Convención de 1980, con la determinación de las obligaciones de las partes en la compraventa internacional, y con la asunción de riesgos en la compraventa internacional.

Por otra parte es necesario referir que en las transacciones de compraventa internacional se acude frecuentemente a operaciones de crédito documentario como una forma de facilitar el pago de las mercancías objeto del contrato que de otra manera sería difícil de ejecutar por la distancia entre las partes. URÍA sintetiza la forma en que opera diciendo que:

“...el comprador abre un crédito en su banco, dándole orden de pagar al vendedor contra presentación de documentos del contrato”³³.

Las reglas sobre crédito documentario se adoptaron en 1933 y han sido objeto de varias reformas, siendo la última de 1994³⁴. El contrato de crédito documentario es distinto del de compraventa, pero como puede apreciarse, se complementan al facilitar el primero la cabal ejecución del segundo.

31 INCOTERMS 2000. Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales, pág. 7. Los puntos esenciales que encuentran respuesta en los términos INCOTERMS son precisamente los relativos a quién asumirá el transporte de los bienes objeto del contrato de venta y quién soportará los riesgos de transporte. Sobre este punto véase LE MASON, DIDIER, “*Les INCOTERMS*”, en *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS. Actes du colloque des 1er et 2 décembre 1989. Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin, Centre de Droit Des Obligations de L Université de Paris I*, 1990, pág. 37 y sigs.

32 En general puede afirmarse que la CCI “...siempre ha destacado que los INCOTERMS se ocupan sólo de la relación entre vendedores y compradores en un contrato de compraventa y, más aún, sólo de algunos aspectos bien determinados”. INCOTERMS 2000, cit., pág. 7, *vid.*, *op. cit.* pág. 7.

33 URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, vigésima octava edición, Marcial Pons, 2001, pág. 865.

34 “En Bogotá es costumbre mercantil sujetar los derechos y obligaciones que emanan de la apertura y utilización de cartas de crédito documentarios en todo aquello que no viole las disposiciones legales al respecto, a las normas comúnmente conocidas como “Reglas y usos uniformes para el manejo de créditos documentarios adoptados por la Cámara de Comercio Internacional”, Cámara de Comercio de Bogotá, Código de costumbres mercantiles, Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1984, pág. 39, Citado por ESPINOSA PÉREZ, CARLOS ANTONIO, *El crédito documentario*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1990, pág. 27.

1.3. Naturaleza jurídica del Convenio de Viena sobre compraventa internacional

La Convención sobre compraventa es de aquellos tratados denominados por la doctrina como “tratados ley”, o tratados normativos que:

“...tienen por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido”³⁵.

No persigue, como tal vez pudiera pensarse, la determinación de leyes aplicables al contrato, materia que queda en el terreno del derecho internacional privado³⁶. La Convención sobre compraventa se ubica más bien, en la tendencia a armonizar las normas sustantivas a nivel internacional, tendencia dentro de la cual la Convención es el más importante de los instrumentos³⁷.

1.4. La aplicación de la Convención

La Convención, establece normas uniformes para el contrato de compraventa internacional, aplicable de acuerdo con los parámetros que se fijan en los artículos 1 a 6³⁸. Entre dichos parámetros está el mencionado en el artículo 1, según el cual:

“1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa internacional de mercaderías entre partes que tengan sus 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”.

35 ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho internacional público*, 3ª edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, pág. 26.

36 Como sí puede ser el caso del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V).

37 Comunicación, *cít.*, pág. 8.

38 Aunque en este artículo no pretendemos detenernos en el campo de aplicación de la Convención, en los artículos citados puede consultarse las áreas del contrato de compraventa que se regulan por la Convención, así como las que se excluyen.

Sin embargo, debe indicarse que el Convenio de Viena sobre compraventa no comprende todos los temas, materias y circunstancias se pueden derivar de un contrato de esta naturaleza³⁹. Incluso debe tenerse en cuenta las exclusiones del artículo 2, norma según la cual la cv no se aplicará a las compraventas:

- a. De mercaderías compradas para 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.

39 La Convención está compuesta de 101 artículos, estructurada de la siguiente manera:

Parte I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales

Capítulo 1. Ámbito de aplicación

Capítulo 2. Disposiciones generales

Parte II. Formación del contrato

Parte III. Compraventa de mercaderías

Capítulo 1. Disposiciones generales

Capítulo II. Obligaciones del vendedor

Sección I. Entrega de las mercaderías y de los documentos

Sección II. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor.

Capítulo III. Obligaciones del comprador

Sección I. Pago del precio

Sección II. Recepción

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador

Capítulo IV. Transmisión del riesgo

Capítulo V. Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador

Sección II. Indemnización de daños y perjuicios

Sección III. Intereses

Sección IV. Exoneración

Sección V. Efectos de la resolución

Sección VI. Conservación de las mercaderías

Parte IV. Disposiciones finales

También debe señalarse que de acuerdo con el artículo 4 la Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes del contrato. Tampoco rige la validez del contrato ni de ninguna de sus disposiciones, ni los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. Según el artículo 5 tampoco se aplica a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Sobre este particular debe indicarse la importancia del régimen de fuentes, pues nos permitirá afirmar que tal contrato se rige por una serie de disposiciones y reglas que no necesariamente se encuentran en la normativa vienesa, la cual tiene naturaleza supletiva.

II. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

La Convención, dedica la parte II entre los artículos 14 y 24 a la formación del consentimiento contractual⁴⁰.

Sabido es que los convenios se perfeccionan mediante el entrecruzamiento de las voluntades de quienes participan en él⁴¹. Los dos momentos básicos son la oferta y la aceptación⁴², que los podemos entender de manera general, como manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas a producir el efecto de formar un convenio, que puede estar dirigido a su vez a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁴³.

40 Sus características son resumidas por GARRO y ZUPPI de la siguiente manera:

“Podrá observar, sin embargo, que el estilo de las disposiciones de la Convención es más casuista que el que se encuentra en los códigos civiles de inspiración napoleónica, ajustando el cuadro normativo de una manera más específica a las prácticas y los usos mercantiles”. GARRO, ALEJANDRO MIGUEL; ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, pág. 102.

41 Precisamente como anota GALGANO: “El acuerdo de las partes consiste en el encuentro de sus respectivas manifestaciones o declaraciones de voluntad: el contrato se concluye o, como también se dice, se perfecciona, sólo si, y sólo cuando, se alcance plena y total coincidencia entre las declaraciones de voluntad provenientes de los contrayentes”. GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 83.

42 En este sentido el artículo 1262 del Código Civil español: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. Valga anotar que la ley española de 11 de julio de 2002, sobre servicios de la sociedad de la información, ha modificado los artículos 1262 del Código Civil español y 54 del Código de Comercio de dicho país. La redacción del inciso primero del artículo actual coincide con la anterior.

43 El 23 de la cv, parte del supuesto de que los contratos se perfeccionan cuando la aceptación empieza a producir sus efectos, conforme con la oferta.

A continuación analizamos las etapas que se presentan en el período de formación contractual.

2.1. Las tratativas

No implica lo anterior, que en todos los acuerdos de voluntades coincidan los actos de oferta y aceptación. Aun desde antes de la oferta suelen presentarse una serie de tratativas preliminares, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada⁴⁴. Éstas buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorias.

De acuerdo con STIGLITZ - STIGLITZ, afirmamos que la importancia de las mencionadas tratativas se encuentra en la responsabilidad, que se predica del sujeto que comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del que se perfecciona, en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior a la celebración⁴⁵.

Este deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato está reconocido en los principios y normas de la *lex mercatoria*. Así se expresan los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales:

“Artículo 1. 7 de los *Principios*:

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional⁴⁶.
- (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”.

44 STIGLITZ - STIGLITZ las conciben como aquellos “... diálogos preliminares que, en el *iter* negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato”. STIGLITZ – STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 34. Igualmente anotan los autores que “Su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes, es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias”. *Ibidem, op. cit.*, pág. 15.

45 STIGLITZ – STIGLITZ, *ibídem, Op. cit.*, pág. 17.

46 Por su parte el artículo 7 de la cv: “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”.

Tal como lo señala la citada formulación de los *Principios*, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que:

“en ausencia de una disposición específica en los *Principios* las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”⁴⁷.

A nuestro modo de ver, con esta fórmula se le está dando al principio de la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los *Principios*, y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes⁴⁸.

Se encuentra igualmente el deber de orientar el negocio a su realización. Esto es, negociar con intención real de celebrar el contrato, aunque en la práctica no se llegue a ello.

Los *Principios*, regulan el tema de las negociaciones con mala fe de la siguiente manera:

“Artículo 2. 15
(Negociaciones con mala fe)

(1) Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En especial, se considerará mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo.

47 *Principios de UNIDROIT*, artículo 1.7.

48 En igual sentido la profesora PERALES: “El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los *Principios* sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los *Principios* respecto de otros textos de derecho uniforme, en particular respecto de la convención de Viena”. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT*, Pace Law School, Institute of International Commercial Law. <http://www.cisg.law.pace.edu>.

La tasación de perjuicios⁴⁹ a los cuales tiene derecho a ser indemnizado el negociante agraviado ha sido determinado por *los Principios*, según los cuales comprende el reconocimiento de los siguientes rubros⁵⁰:

- Todos los gastos en que haya incurrido por las negociaciones, por la pérdida de oportunidad de la celebración de otro contrato con un tercero (interés negativo), es decir el daño emergente.
- Excepcionalmente podrá recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse celebrado el contrato original, (interés positivo), es decir, el lucro cesante.

2.2. La oferta

2.2.1. Concepto

Los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales contienen una definición de oferta, de la siguiente manera:

“Artículo 2.2.

“Toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta...”.

Igualmente el artículo 14.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías:

“La propuesta de celebrar un contrato,... constituirá una oferta ...”.

49 En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad derivada de la mala fe en las negociaciones precontractuales la doctrina se encuentra dividida, algunos como SCONAMIGLIO opinan que el deber de actuar de buena fe en este período no se puede equiparar a obligaciones específicas. “En la duda, creemos que debe propenderse por la responsabilidad aquiliana, considerando que en tales hipótesis se responde por la transgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se pueden equiparar a obligaciones en sentido propio”. SCONAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, Universidad Externado de Colombia, 1991, pág. 119. Por el contrario otra doctrina considera que la responsabilidad en que se incurre en este período es de naturaleza contractual, así DE CUPIS afirma que en la etapa prenegocial “...el sujeto pasivo está perfectamente determinado en la persona de aquel que es parte por lo que se está en presencia de una propia y verdadera obligación cuyo incumplimiento produce un daño contractual”. DE CUPIS, ADRIANO, *El daño*, págs. 168 y 169. De acuerdo con esta teoría y considerando a la buena fe y lealtad negocial como una obligación específica, creemos que bajo el contexto de los *Principios*, la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de este precepto será de naturaleza contractual.

50 *Vid.*, artículo 7.4.2. de los *Principios*.

La doctrina ha dado suficientes conceptos de oferta, por ejemplo Díez PICAZO expresa que:

“La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato...”⁵¹.

El elemento característico que destacan varios autores es la voluntad declarada dirigida intencionalmente a formar un contrato⁵².

2.2.2. Requisitos

La legislación de diferentes países, así como la doctrina y jurisprudencia han establecido requisitos para que la oferta produzca efectos obligatorios. Sin embargo, en principio podemos afirmar, que no todas las regulaciones coinciden en la precisión de los requisitos, como lo veremos.

2.2.2.1. Determinación de la oferta

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, regula el tema de la siguiente manera:

“Artículo 14.1. La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o, tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”.

51 Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I. Introducción. Teoría del contrato, Civitas, pág. 283.

52 *Vid.*, PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant Lo Blanch, pág. 69. La autora define la oferta de la siguiente manera: “De un modo amplio y coincidente con el sistema de la Convención podemos dar una definición de la oferta como *aquella declaración de voluntad recepticia, que siendo suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta*”. *Ibidem*, *Op. cit.*, pág. 269. Otras definiciones que nos permitimos citar son las siguientes: “A grandes rasgos, la oferta es una declaración unilateral de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, en la que se formula el proyecto de contenido de un contrato. Es una declaración de voluntad destinada a formar, con la correspondiente declaración de voluntad del destinatario, el contrato que se persigue”. MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, cit., pág. 28.

El artículo 14 señala los tres requisitos indispensables para que se configure a su vez, el de que la oferta sea suficientemente precisa, que son: la indicación o descripción de las mercaderías objeto del contrato, la cantidad y el precio de las mismas.

Sea lo primero anotar, que a nuestro modo de ver, el artículo 14 no está requiriendo expresamente que se precise cuáles serán las mercaderías objeto del contrato, bastará el señalamiento del género y las características que permitan identificar la especie en que el comprador está interesado, así como la cantidad de las mismas.

En la determinación de las calidades y características de la cosa, salvo estipulación expresa, deberán ser tenidos en cuenta los criterios de razonabilidad, intención de los contratantes y buena fe, contenidos en los artículos 7.1, 8.1 y 8.2 de la cv.

Igualmente es de considerar que si el artículo 35 de la cv dispone que el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato, significa que dichos elementos tendrán que estar plenamente expresados en el mismo, y a ellos se llegará por su señalamiento en la oferta.

En cuanto a la cantidad, según lo permite inferir el artículo 35 de la cv, debe estar fijada en el contrato, o por lo menos, nos parece, las partes deberán haber acordado la forma de determinarla, cuestión que también podrá ser señalada en el mismo sentido en la oferta. Sin embargo, y en vista de las exigencias del artículo 14 de la cv, es preferible incluir en la oferta una cantidad determinada, o fijar máximos o mínimos de cantidad para asegurar la observancia del requisito mencionado⁵³.

Por otra parte, en el artículo 55 se prevé una posibilidad distinta a la del artículo 14 que establece el requisito de determinación o determinabilidad del precio, y es que en el contrato no se haya fijado los elementos para determinar el precio, caso en el cual se entiende que se ha adoptado un plazo medio o el generalmente cobrado en una plaza y tiempo⁵⁴.

53 FOLSOM, RALPH H., GORDON, MICHAEL WALLACE, SPANOGLEE, JOHN A., *International Business Transactions*, Second edition, West group, St. Paul, Minn, United States, 2001, pág. 30.

54 Sobre el particular puede profundizarse en DÍEZ PICAZO LUIS (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, 1998. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, en Pace Law School Institute of International Commercial Law, y PERALES VISCASILLAS MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

La contradicción entre los dos artículos se remonta a las discusiones sentadas por el particular en las sesiones de la UNCITRAL, las cuales estaban basadas en las distintas soluciones dadas a tal aspecto en los ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁵.

La doctrina está dividida sobre el punto, algunos estudian el artículo 14 de manera aislada⁵⁶, mientras otros dan prevalencia a la aplicación del artículo 55. Así por ejemplo HONNOLD, comentando el texto del artículo 55, anota:

“La terminología anterior fue desarrollada para fijar las diferentes cuestiones relativas a la falta de precio. Surge una cuestión a raíz de una disposición que estaba incluida en el artículo correspondiente del Proyecto de la Convención de 1978 (art. 51): si el comprador no fija o no prevé una determinación del precio, <<el comprador debe pagar el precio generalmente cobrado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato>>. Algunos delegados argumentaron que se podría abusar de la referencia al precio fijado por el vendedor; para evitar esta objeción, se hizo referencia al <<precio generalmente cobrado>> por tales mercaderías. Como parte de este compromiso, la Convención aprobó la terminología del artículo 55, que deja claro que un contrato puede ser <<válidamente celebrado>>, a pesar de que <<ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo>>. Más específicamente, la disposición añadida de que en tal caso se considerará que <<las partes han hecho referencia implícitamente>> al precio generalmente cobrado, excluye el argumento de que la falta de indicación del precio produzca una laguna *fatal* en el contrato que contravenga a las disposiciones sobre la precisión en el artículo 14”⁵⁷.

55 Vid., PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato ...* cit., pág. 318 y sigs. HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1987, pág. 189 y sigs.

56 PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato*, cit., pág. 336.

57 HONNOLD, *Derecho uniforme... cit.*, n° 137, págs. 187 y 188. El profesor Díez PICAZO sobre el particular anota: “La natural conclusión es que puede existir una oferta sin previo señalamiento del precio realizada expresa o tácitamente, cosa que el artículo 14 no parece admitir.

La antinomia tiene que ser salvada, entendiendo que a falta de determinación expresa o tácita del precio en la oferta, existe siempre una referencia realizada implícitamente que se hace a los criterios establecidos en el propio artículo 55”. Díez PICAZO, “Comentario al artículo 14”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de La Convención de Viena*. Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS, Civitas, Madrid, 1998, pág. 168.

CABANILLAS SÁNCHEZ, sobre dicho problema anota:

“El artículo 14 declara que la propuesta de celebrar un contrato es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. Parece bastante claro que este precepto por sí solo sugiere que si la oferta no fija expresa o tácitamente el precio o, al menos, el medio para su determinación, la oferta no es suficientemente precisa para su aceptación por el comprador y, en definitiva, para la formación del contrato. Faltaría el requisito básico en la oferta, cual es el de la posible determinación del precio. Sin embargo, esta conclusión, evidente a tenor del artículo 14, es rectificadora por el artículo 55, al postular que el contrato puede ser válidamente celebrado aunque en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo. El artículo 55 prevé específicamente un medio para la posible determinación del precio: salvo indicación en contrario, se considera que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico

Es del caso anotar también, que la solución que hemos indicado, no es unánimemente aceptada por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Como ejemplo de la posición divergente podemos citar el caso de *Pratt & Whitney* contra *Malev Hungarian Airlines*, fallado por el Tribunal Supremo de Hungría de fecha 25 de septiembre de 1992. A continuación reproducimos el resumen del caso:

“El demandante, un fabricante estadounidense de motores de aviación, luego de prolongadas negociaciones con el demandado, un fabricante húngaro de aviones Tupolev, hizo dos ofertas alternativas de diferentes tipos de motores de aviación sin dar un precio exacto. El demandado eligió uno de los tipos de motor ofrecidos e hizo un pedido. Se discutió si se había celebrado un contrato válido. El tribunal de primera instancia sostuvo que así había ocurrido, en razón de que la oferta indicaba las mercancías y prevería el modo de determinar la cantidad y el precio.

El Tribunal Supremo falló que la oferta y la aceptación eran vagas y, como tales, ineficaces ya que no fijaban ni disponían explícita o implícitamente la manera de determinar el precio de los motores encargados (artículo 14 1 de la CCIM). El Tribunal Supremo consideró que la aceptación era una mera expresión de la intención del demandado de celebrar un contrato de adquisición de los motores elegidos, y como tal, la aceptación no podía equivaler a una contraoferta. Por lo tanto, el Tribunal Supremo revocó la decisión del tribunal de primera instancia y sostuvo que no se había celebrado un contrato válido”⁵⁸.

Siguiendo la opinión expresada por la profesora PERALES en crítica a la referida sentencia, es claro que dicho tribunal no tuvo en cuenta la relación entre los artículos 14 y 55 de la Convención. Pero además, en la crítica hay un elemento importante para destacar, que es la utilización de los criterios de interpretación del artículo 8, de que si no se hubiere podido determinar que en el mencionado caso había por lo

mercantil de que se trate”. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, “Comentario al artículo 55”, en DIEZ PICAZO, *Op. cit.*, pág. 468.

Por otro lado FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA:

“Esta aparente contradicción ha sido subsanada por la doctrina. A este propósito se destaca que, si bien es cierto que un contrato sin precio carece de existencia válida, no lo es menos que el artículo 55, lejos de cuestionar dicho principio, presupone su determinación al estimar que en la oferta el contratante introduce de forma implícita criterios de fijación de precio, que la propia norma establece, en particular, el precio generalmente cobrado en el mercado”. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, “El contrato de compraventa internacional de mercancías”, en *Contratos internacionales*. CALVO CARAVACA, ALFONSO L.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS (directores), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 220.

58 CLOUT. *Pratt & Whitney* contra *Malev Hungarian Airlines*, fallado por el Tribunal Supremo de Hungría de fecha 25 de septiembre de 1992.

menos un precio de mercado, el precio del contrato se habría podido deducir del criterio de razonabilidad y en este sentido afirmar que el precio sí existió⁵⁹.

Nos parece conveniente citar otras aplicaciones jurisprudenciales, donde se ha concluido de manera diferente a como lo hizo el Tribunal Supremo húngaro en el fallo reseñado. Es importante señalar los criterios de interpretación a los cuales han recurrido, toda vez que esto nos llevará a determinar la interpretación uniforme que se busca⁶⁰.

- *Caso Adamfi vides Production GMBH contra Alkotók Studiósza Kisszövertkezet*⁶¹

“El demandante, empresa alemana, demandó el pago del precio y de los intereses por las mercancías vendidas y entregadas al demandado, empresa húngara. Para comenzar, el demandado negó la existencia del contrato y la entrega de las mercancías. Sin embargo, el tribunal dedujo que la entrega había tenido lugar de la documentación facilitada por la aduana húngara y por la agencia de transporte que hizo entrega de las mercancías contra un recibo firmado por un empleado del demandado.

El tribunal se fundó en un contrato anterior previamente contratado entre las partes, para determinar el precio de las mercancías y demás elementos del contrato y exigió al demandado que pagara (artículo 9 1) y 53 CCIM)”⁶².

59 PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 368. Afirma la autora: “Esta afirmación adolece de una pobre visión de la relación entre los artículos 14 y 55 CNUCCIM, además de una incomprensión manifiesta acerca del mecanismo de determinación del precio reseñado por el artículo 55 CNUCCIM, es decir, el del <<precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate>>. Porque, si bien es innegable que en muchas ocasiones se identificará con el precio de mercado de esos productos, no es menos cierto también que puede determinarse aplicando el estándar de razonabilidad”. Más adelante agrega: “...Por último, ya se ha indicado el desprecio absoluto de ambos tribunales para intentar abordar la falta de precio en la oferta examinando la relación entre los artículos 14 y 55 CNUCCIM. Concretamente analiza muy superficialmente la intención de contratar de la parte compradora, aplicando el párrafo 1º del artículo 8 CNUCCIM pero olvidándose de la existencia de los párrafos 2º y 3º del mismo”. *Ibidem*, op.cit., pág. 369.

60 Puede consultarse además los comentarios sobre la jurisprudencia que ha fallado sobre este tema de: GABUARDI, CARLOS A., *Open price terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. AMATO, PAUL, *U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods- The Open Price Term and Uniform application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts*. Pace Law School Institute of Internacional Comercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

61 CLOUT. Caso 52. Tribunal Municipal de Budapest, 24 de marzo de 1992.

62 El resumen completo puede verse en la página referida.

- *Jurisprudencia austríaca*⁶³

“El comprador austríaco encargó en Alemania una gran cantidad de pieles de chincilla de calidad mediana o superior a un precio de 35 a 65 marcos alemanes por pieza. El vendedor alemán entregó 249 pieles. El comprador austríaco, sin abrir las mercancías embaladas, las vendió al mismo precio a un comerciante italiano de pieles. El comerciante italiano devolvió 13 pieles por considerar que eran de calidad inferior a la convenida. El comprador austríaco envió al vendedor alemán una lista en que se detallaban las pieles rechazadas y se negó a pagar el precio argumentando que había vendido las pieles a un tercero actuando como agente del vendedor alemán.

El tribunal de primera instancia ordenó al comprador austríaco que pagara el precio de las pieles rechazadas, dado que éstas figuraban en el contrato. Al comprobar que las pieles de calidad mediana se vendían en el mercado a un precio máximo de 60 marcos alemanes, el tribunal consideró razonable fijar un precio de 50 marcos alemanes por piel.

El tribunal de apelación confirmó esta decisión. En opinión del tribunal, la CCIM era aplicable dado que las partes tenían sus respectivos establecimientos en estados parte en la Convención y que el litigio entraba en el ámbito de aplicación de la Convención. El tribunal de apelación estimó además que se había celebrado un contrato válido sobre la base del pedido, que era suficientemente preciso en cuanto a la cantidad y a la calidad de las mercancías.

Por otra parte, el tribunal de apelación consideró que el hecho de que se acordara un margen de precios (de 35 a 65 marcos alemanes) no era óbice para que el contrato fuera válido, ya que en virtud del artículo 55 de la Convención si el precio no figura explícita o implícitamente en el contrato se considerará que las partes han convenido en aplicar el precio habitual del mercado. El tribunal de apelación observó que las partes no habían impugnado el precio de 50 marcos alemanes, fijado por el tribunal de primera instancia sobre la base del precio en el mercado. En cuanto a la moneda de pago, el tribunal consideró que el pago debía efectuarse en marcos alemanes, ya que el importe del pedido debía abobarse en el establecimiento del vendedor alemán (artículo 57 de la CCIM).

El Tribunal Supremo confirmó la decisión del tribunal de apelación. Resolvió que la Convención era aplicable ya que había un contrato internacional de compraventa en el sentido del artículo 1 1) a) de la CCIM. El Tribunal Supremo también decidió que el pedido era suficientemente preciso para constituir una oferta en el sentido del artículo 14 de la CCIM, ya que cualquier persona razonable lo percibiría como tal si se hallara en igual situación que el vendedor (artículo 8.2) y 3) de la CCIM). Al dictaminar que el pedido era suficientemente preciso, el Tribunal Supremo tomó en consideración la actitud

63 CLOUT. Austria, Tribunal Supremo, 10 de noviembre de 1994.

del comprador austríaco, que aceptó las mercancías entregadas y las vendió a un tercero sin reparar en el precio, la calidad o la cantidad. En particular, se consideró que el precio estaba suficientemente definido y que, por consiguiente, no era necesario aplicar el artículo 55 de la CCIM. En cuanto al lugar de pago, el Tribunal Supremo resolvió que era el establecimiento del vendedor, ya que las mercancías se enviaron por correo y no se había designado a ningún tercero para recibir el pago en Austria en nombre del vendedor alemán”.

- *Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia*⁶⁴

“Una empresa austríaca (demandante) interpuso contra una empresa ucraniana (demandado) una acción por los daños y perjuicios resultantes de la negativa de esta última a entregar determinada cantidad de mercaderías. El demandado rechazó su responsabilidad, basándose en que el demandante y él no habían llegado a tal acuerdo.

Al resolver la controversia, el tribunal observó que, en virtud del artículo 14 de la CIM, la propuesta de concertar un contrato debía ser suficientemente precisa. Se consideraba que lo era si indicaba las mercaderías y señalaba, expresa o tácitamente, la cantidad y el precio, o preveía el medio para determinarlos. Una comunicación del demandado por télex, relativa a la entrega de las mercaderías en un plazo determinado, indicaba la naturaleza de esas mercaderías y su cantidad, pero no el precio ni la forma de determinarlo. La indicación en el télex de que el precio de las mercaderías se convendría diez días antes de comenzar el nuevo año no podía interpretarse como una forma de determinar su precio, sino que era simplemente expresión del consentimiento en determinar ese precio en una fecha futura por acuerdo entre las partes. El demandante, que confirmó el contenido de la comunicación por télex, había expresado de ese modo su consentimiento en que el precio de las mercaderías quedase sujeto a un nuevo acuerdo.

El tribunal observó también que, en aquel caso concreto, no era aplicable el artículo 55 de la CIM que permitía determinar el precio de las mercaderías cuando no se hubiera señalado expresa ni tácitamente o el contrato no estipulara un medio para determinarlo, porque las partes habían indicado tácitamente la necesidad de llegar a un acuerdo futuro sobre el precio.

Las partes no habían llegado posteriormente a ese acuerdo, y el demandado había indicado al demandante que no era posible celebrar un contrato por la cantidad especificada de mercaderías. Estimando que las partes no habían perfeccionado ningún contrato, el tribunal rechazó la demanda”.

64 CLOUT. Federación de Rusia, Laudo arbitral n° 309/1993, de 3 de marzo de 1995.

- *Caso 215. Jurisprudencia suiza*⁶⁵

“El vendedor (demandante) de nacionalidad holandesa y el comprador (demandado), de nacionalidad suiza, celebraron un acuerdo en virtud del cual el comprador fabricaría mercaderías con la materia prima que le entregaría el vendedor. Después de que el comprador hubiera utilizado el 10% de esa materia prima, se puso fin a la cooperación entre comprador y vendedor, y el resto de las mercaderías fue devuelto al vendedor. Este último demandó al comprador exigiendo el pago del precio de la totalidad del envío.

El tribunal sostuvo que el comprador debía pagar el precio de todo el material entregado y no meramente del 10% que había utilizado. El tribunal se remitió, en primer lugar, al comportamiento ulterior del comprador (artículo 8.3) de la CCIM. El comprador había pedido al vendedor que enviara la factura sin formular ninguna reserva, pese a que ya sabía que no utilizaría la totalidad de la materia prima. Las partes no habían fijado el precio, que fue determinado por el tribunal en aplicación del artículo 55 de la CIM”.

Valga la pena anotar en este punto, el tratamiento dado en los *Principios de UNIDROIT*, que tienen una pretensión de aplicación más amplia que la CV, que sólo rige para contratos de compraventa. Estos *Principios* por el contrario, han sido concebidos para todo tipo de contratos internacionales.

Los Principios definen la oferta de la siguiente manera en el artículo 2.2:

“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”.

Los Principios disponen como requisitos que debe contener la oferta, que ésta debe ser suficientemente precisa e indicar la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. Se entiende por *precisión de la oferta*, que en sus cláusulas debe indicarse con suficiente claridad los elementos que integran el contrato, los cuales a pesar de no estar necesariamente determinados deben ser por lo menos determinables, mediante las prácticas o usos internacionalmente aceptados⁶⁶; así por ejemplo: los *Principios* determinan la forma de llenar los vacíos

65 CLOUT. Caso 215 Suiza, *Bezirksgericht St. Gallen*, 3 de julio de 1997, original en alemán. La totalidad del resumen se encuentra en: <http://www.uncitral.org>.

66 En el comentario 1 al artículo 2.2. de los *Principios*, se expresa que; “Aun 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, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa. Todo depende de si el oferente al proponer la oferta y el destinatario al aceptarla tienen la intención de quedar vinculados por el contrato, como así también

en algunos de sus artículos⁶⁷. Aun los elementos esenciales pueden ser indeterminados, sin que implique imprecisión de la oferta, porque lo importante es la intención de obligarse en la oferta y aceptación. En este sentido el artículo 2.14 establece que:

“Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún punto sujeto a negociaciones ulteriores, o a su determinación por un tercero, no impedirá la celebración del contrato”.

Nos parece ilustrativo citar el ejemplo contenido en los *Principios*, sobre el punto:

“Ejemplo:

Desde hace años, “A” renueva anualmente un contrato con “B” para la asistencia técnica que este último presta regularmente para el uso de las computadoras de “A”. “A” abre una segunda oficina con el mismo tipo de computadoras y solicita de “B” el mismo tipo de asistencia para las nuevas computadoras. “B” acepta la propuesta a pesar de que la misma no precisa todos los elementos del contrato. El contrato puede considerarse celebrado, porque los términos que faltan pueden ser integrados con aquellos incorporados a contratos anteriores, que constituyen prácticas establecidas entre las partes”.

Adicionalmente en los *Principios UNIDROIT* se regula el tema del contrato con estipulaciones que las partes han dejado deliberadamente pendientes.

El artículo 2.14 dispone:

(1) “Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún punto sujeto a negociaciones ulteriores, o a su determinación por un tercero, no impedirá la celebración del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) Las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho punto, o

de que los elementos indeterminados dejen de serlo mediante una interpretación del sentido de las palabras utilizadas en el contrato conforme a los artículos 4.1 y siguientes, o mediante su integración conforme al art. 4.8. La imprecisión también puede cubrirse mediante las prácticas comerciales establecidas entre las partes o por los usos (v. art. 1.8), o en base a disposiciones específicas que se encuentran en los *Principios...*”.

67 *Principios de UNIDROIT*, artículo 5.6. Determinación de la calidad de la prestación; artículo 5.7. Determinación del precio; artículo 6.1.1. Momento del cumplimiento; 6.1.6. Lugar del cumplimiento y 6.1.10. Moneda que no ha sido especificada.

(b) El tercero no lo determinare, siempre y cuando haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes”.

Pueden las partes en la etapa de negociación dejar deliberadamente sin resolver ciertos asuntos referidos a elementos esenciales del tipo contractualmente escogido, siempre y cuando haya existido un convenio sobre la forma en que serán ulteriormente determinados, y esto podrá ser cuando las partes mismas las encargadas de resolver el asunto pendiente, o le sea asignada a un tercero dicha función y, en todo caso no se afecta la existencia del contrato cuando no se pongan de acuerdo las partes sobre las cláusulas que han quedado pendientes, o si el tercero no las determina, pero que exista algún modo razonable de determinar, según las circunstancias e intención de las partes.

A pesar de la ausencia de determinación de cierto elemento esencial del contrato, ello no obsta para que sea considerado como existente, ya que lo que precisa la existencia o inexistencia será la prueba de la intención de las partes de convalidar el contrato.

2.2.2.2. Intención de obligarse

La doctrina ha diferenciado a la oferta, en sentido estricto, de las tratativas o tratos preliminares, diciendo que en la primera el oferente tiene la intención de obligarse, en caso de que su propuesta sea aceptada por el destinatario.

En la práctica comercial puede ser muy difícil la determinación del momento exacto a partir del cual el oferente se encuentra obligado, y ha pasado la frontera entre las tratativas y la oferta.

La cv expresamente estipula en el artículo 14.1 que:

“la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa *e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. ...*”.

Como se puede ver, la Convención es más exigente, en principio, en cuanto a la indicación de la intención de quedar obligado por parte del oferente en caso de aceptación.

Igualmente los *Principios de UNIDROIT* en el artículo 2.2 incluyen este requisito en norma de similar redacción a la de la Convención, en el artículo al que hicimos mención. El artículo de los *Principios de UNIDROIT* menciona:

“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”⁶⁸.

De todas maneras, no creemos que en el contexto de la Convención y de los *Principios UNIDROIT*, la voluntad de quedar obligado deba estar expresamente indicada en el acto o documento que la contenga. Bastará que de manera inequívoca se deduzca tal intención, de acuerdo con la clase de oferta que se trate (a las que nos referiremos en el siguiente punto) o a las circunstancias que rodeen a tal manifestación de voluntad⁶⁹.

Igualmente, valga la pena anotar, deberá necesariamente acudirse a los criterios de interpretación de los actos o negocios jurídicos, contenidos en algunas disposiciones positivas de manera expresa como son la observancia de la buena fe⁷⁰, así como el de la intencionalidad⁷¹, conforme al cual debe estarse a la verdadera intención de las personas en sus actos y declaraciones, y a los criterios de razonabilidad para determinarla⁷². Además se deberá tener en cuenta los actos previos contenidos en las negociaciones preliminares, la forma usual de comportarse en los mercados, y en general toda serie de actos y prácticas establecidos entre las partes⁷³.

68 “Sobre la intención de quedar obligado, ésta se manifiesta en que: cuanto más detallada y precisa sea la propuesta más probable resulta que constituye (*sic*) oferta, según se afirma en el comentario a este artículo. Igualmente, si se dirige a una o más personas concretas es más probable que sea considerada como tal, que si dicha propuesta sea dirigida al público en general”. OVIEDO ALBÁN JORGE, URBINA GALIANO LIZA; POSADA NÚÑEZ LAURA, “La formación del contrato en los *Principios de UNIDROIT* sobre contratos comerciales internacionales. (Comparación con las normas colombianas)”, en revista *Vniversitas* n° 96, Bogotá 1999, pág. 197. Igualmente en Pace Law School Institute of International Commercial Law <http://www.cisg.law.pace.edu>

69 En este sentido también se expresa Díez PICAZO: “El artículo 14.1 requiere, además, que esta voluntad negocial o intención del oferente esté indicada en la propia oferta. Lo que quiere decir que en la declaración de la oferta se encuentre ésta o que, dados los términos en que la oferta se produzca, deba entenderse objetivamente que en ella se encuentra implícita esta voluntad. La determinación de la existencia de esta voluntad o intención de quedar obligado y de su suficiente expresión en la propuesta, es una cuestión de interpretación”. En Díez PICAZO LUIS (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit., pág. 165 y 166. Igualmente PERALES VISCASILLAS MARÍA DEL PILAR, en *El contrato de compraventa internacional de mercancías*. (Convención de Viena de 1980), en <http://www.cisg.law.pace.edu>. De manera más amplia y detallada por la misma autora en *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 270 y sigs.

70 Artículo 7.1 de la Convención.

71 “Artículo 8 cv. 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 cual era esa intención”.

72 “Artículo 8 cv. 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”.

73 Principios interpretativos de la voluntad negocial contenido en el artículo 8 de la Convención, e incorporación de los usos del tráfico internacional conforme lo dispone el artículo 9 de la Convención. Por otra parte valga

2.2.2.3. Comunicación al destinatario

Para que los actos jurídicos se encaminen hacia la producción de los efectos deseados, se requiere que la voluntad trascienda el fuero interno del sujeto, que se manifieste. Tratándose de actos unipersonales, se denominará voluntad manifestada y de convenciones, consentimiento⁷⁴.

Debe aclararse que en no todos los casos, los actos manifestados adquieren su fuerza obligatoria cuando trascienden el fuero interno de la persona. En algunos eventos, la ley o la voluntad de los particulares, exigen que esa manifestación de voluntad se encauce por unos medios establecidos, que en general consisten en una formalidad. Sin ello, no habrá acto, a menos que lo que las partes quieran es que el acto o el contrato que ya nació, conste por escrito. En otros casos se requerirá que la manifestación de voluntad llegue al destinatario, o esté en capacidad de llegar, o por el contrario, sea conocida efectivamente por aquél. Nos estamos refiriendo naturalmente, a los diferentes medios empleados por las diferentes legislaciones para establecer el momento específico a partir del cual la oferta será obligatoria, y podrá concluirse que el acto ha sido comunicado al destinatario. Criterios que no son unívocamente acogidos por las legislaciones ni gozan de especial preferencia, ninguno de ellos, por la doctrina.

De acuerdo con el sistema empleado, lo que varía es el momento a partir del cual la oferta adquiere el poder suficiente para obligar al sujeto que la emite. Sobre este punto, se han concebido varios modos que dependen de diferentes factores como pueden ser entre otros: medio de comunicación empleado, lugar y momento en el que el emisor de la oferta y el destinatario se encuentren, etc.

Existen además, diferentes medios por los cuales el oferente puede dar a conocer su voluntad al destinatario. Esto puede hacerse de manera verbal, estando presentes los partícipes (oferente y destinatario), por medios electrónicos, por medio de exhibición de mercancías, mediante anuncios, etc. Bástenos por el momento mencionar los diferentes medios por medio de los cuales se puede manifestar una voluntad, anunciando que los mismos servirán para clasificar la oferta, tema que se analizará en el siguiente punto⁷⁵.

la pena anotar que la Convención tiene normas suficientes para determinar elementos que las partes no hayan regulado: artículos 31, 57 y 58 de la Convención.

74 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª edición, Temis, Bogotá, 1994, pág. 98 y siguientes.

75 Permítase la pertinencia, de enunciar aquí, que la legislación sobre comercio electrónico en Colombia, establece que la manifestación de voluntad en orden a celebrar un negocio, pueda hacerse por medios electrónicos. Así reza el artículo 14 de la Ley 527 de 1999:

A nivel de contratos de compraventa internacional realizados por medios electrónicos, creemos que la cv sería aplicable, a menos que algunas cuestiones específicas sean del campo propio de otras leyes que regulen materias específicas sobre esta materia⁷⁶.

La perfección del contrato por medios electrónicos, en el caso de que la Convención sea aplicable se sujetará a las normas sobre oferta y aceptación contenidas en el artículo 18.2⁷⁷ y 15.1⁷⁸, cuando dicha contratación sea internacional, conforme lo estipulan las normas correspondientes al capítulo sobre ámbito de aplicación de la cv.

Así entonces, podemos entender que en el artículo 13 de la Convención, perfectamente cabe su extensión a los mensajes de datos en general, y no solamente a una clase de ellos como es el telegrama y el télex. No creemos que dicha enumeración sea restrictiva, sino que por el contrario, por analogía podemos entender comprendidos todos los medios electrónicos mencionados. Asimismo, cuando el artículo 6 utiliza la expresión *escrito*,

“Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.

“Artículo 14. Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación, podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”.

Debe tenerse en cuenta, que la ley de comercio electrónico enuncia lo que se considera como mensaje de datos y los medios por los cuales pueden éstos expresarse. Entre dichos mensajes de datos obviamente caben tanto la oferta como la aceptación. Los mensajes de datos de acuerdo con el artículo 2 de dicha ley son: “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), la Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Ahora, el artículo 6 de la Ley 527, señala que “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.

Al asimilarse los mensajes de datos a los escritos, tendremos que concluir que la oferta y aceptación hecha por medios electrónicos en el derecho colombiano se asimilará a la oferta y aceptación por escrito, siendo aplicables en lo general las reglas de la oferta y la aceptación del Código de Comercio, y en lo especial, las de la Ley 527.

76 A la misma conclusión llega RAFAEL ILLESCAS ORTIZ al afirmar:

“También, si la contratación constituye una compraventa internacional, resultará aplicable el sistema de la CNUCCIM ya de sobra conocido por el lector”. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 257.

77 “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente ...”.

78 “La oferta surtirá efectos cuando llegue al destinatario”.

Sobre la forma de exteriorizar la oferta y el momento a partir del cual ésta obliga a quien la emite han surgido varios sistemas, cada uno de los cuales conlleva aspectos positivos como negativos. Igualmente los diferentes códigos de los países los consagran, sin que pueda establecerse en forma definitiva cuál de todos ellos es el mejor.

Según el *sistema de la expedición o remisión*, la propuesta se exterioriza cuando el oferente utiliza un medio idóneo para hacerla conocer al destinatario, es decir, cuando la expide, sin importar si ésta llega al destinatario.

El *sistema de la recepción*, requiere que la oferta sea recibida por el destinatario, es decir, que llegue a su destino. No importa bajo este sistema que la misma llegue sino que exista la posibilidad de que sea recibida.

Bajo el *sistema de la información*, no basta que la oferta se expida ni que se reciba, sino que el destinatario se informe sobre el contenido de la misma.

Tanto en el contexto de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, como en los *Principios de UNIDROIT*, la oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario⁷⁹, consagrando de esta manera el “sistema de la recepción”⁸⁰.

Es necesario entender el artículo 2.3 (1) de los *Principios UNIDROIT* en conjunto con el 1.9 que establece lo siguiente:

“(1) Cuando sea necesaria una comunicación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias”. (2) La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida. (3) A los fines del inciso anterior, se considera que una comunicación “llega” a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal. (4) A los fines de este artículo, la palabra

79 Cfr. artículo 2.3. (1) de Los *Principios UNIDROIT*. Igualmente el artículo 15.1 de la Convención que dispone: “La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”.

80 Sobre el punto, Díez PICAZO anota: “Es el punto de vista hoy dominante en la doctrina que ha estudiado estas materias y es probablemente el que lleva a cabo una más adecuada ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego. Efectivamente, el oferente ha actuado con diligencia y ha hecho todo aquello que estaba en su mano. Si el destinatario, por su parte, pudo, y además actuando diligentemente debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no hubiera existido un conocimiento real y efectivo. Por consiguiente, desde ese momento la oferta se hace efectiva; por decirlo de otra manera, recibe plenamente su consideración como oferta”. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, en *La compraventa internacional e mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit., págs. 171 y 172.

“comunicación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio para comunicar una intención”⁸¹.

Igualmente en la cv, según lo prevé el artículo 24:

“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”.

Así entonces, en la cv y en *Los Principios*, se entiende que la oferta llega al destinatario:

- a. Cuando le es comunicada oralmente (sistema de conocimiento o información); si es que de ofertas verbales se trata.
- b. Cuando le es entregada en su establecimiento o dirección postal, (sistema de la recepción), cuando la declaración es escrita⁸², o en defecto de establecimiento⁸³, en su residencia habitual. Esto, si de ofertas por escrito se trata.

81 Comentario 2 al artículo 1.9. “En lo que respecta a todo tipo de comunicación, *Los Principios* adoptan el llamado principio de la “recepción”. Esto significa que la comunicación no será efectiva hasta que llegue a su destinatario”.

82 Cfr. *Principios de Unidroit*, artículo 1.10, Para los fines de los *Principios*, escrito incluye; cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Igualmente en el comentario a dicho artículo se expresa que “*Los Principios* definen esta palabra en términos funcionales. Así, un escrito incluye no sólo un telegrama y un télex, sino también cualquier otra modalidad de comunicación idónea para preservar un documento y ser reproducida en forma tangible. Este requisito formal debe ser comparado con el criterio más flexible de forma que se requiere para una “comunicación”.

83 La doctrina ha discutido sobre que entender por “establecimiento”, para efectos de la Convención, sobre todo para efectos de poder determinar el ámbito de aplicación de la misma conforme lo dispuesto en el artículo 1.1 que dice: “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes”. A pesar de no ser este el escenario para plantear las diferentes posturas, si cabe plantear que de entre las distintas posturas que se han esgrimido sobre este aspecto, Preferimos la concepción de GARRO, en el sentido de entender que para poder determinar en el contexto de la Convención donde se tiene el establecimiento o *place of business*, debe acudirse a verificar el lugar donde se desarrollan las actividades comerciales, añadiendo el requisito de la permanencia y estabilidad, es decir, la sede fija donde se realicen los negocios o desde donde se dirija la actividad negocial. Vid. GARRO, ALEJANDRO. “La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino”, La Ley, Pace Law School Institute of *international commercial law*. <http://www.cisg.law.pace.edu>, pág. 6. Vid., FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, traducción de ALBERT LAMARCA I MARQUÉS, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 66.

Tal como se afirma en el Comentario 4 al artículo 1.9 de los *Principios* “no es necesario que la comunicación en cuestión llegue a manos del destinatario. Es suficiente que sea puesta en manos de un empleado del destinatario que se encuentre autorizado para aceptarla, o que sea depositada en el buzón del destinatario, o que sea recibida por su telefax, teléfono u ordenador”.

Sin embargo este principio de la recepción puede ser modificado mediante pacto expreso de las partes que pueden adoptar cualquier otro sistema, por ejemplo el de la expedición⁸⁴.

2.2.3. Efectos de la oferta

2.2.3.1. Momento en que surte efectos la oferta

Para los efectos pertinentes nos remitimos a lo explicado en el punto anterior, en cuanto a los sistemas utilizados para que la oferta se entienda comunicada al destinatario, y en consecuencia, empiece a obligar a quien la emite. Es importante establecer a partir de qué momento la oferta comienza a producir efectos, ya que de la respuesta a este interrogante dependerá el momento a partir el cual el oferente se obliga y el destinatario puede emitir a su vez su aceptación. Igualmente, tiene importancia, en cuanto los sistemas legales pertinentes lo permitan, en relación con la posibilidad de retirar o revocar la oferta, según lo veremos.

2.2.3.2. Clases de oferta

La Convención de Viena, regula el tema así:

“Artículo 14. 2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

Este tipo de oferta en la Convención se ubica dentro de lo que llamamos “oferta determinada a persona indeterminada”. No se trata en sí misma y en principio de una oferta, sino de una simple invitación a que hagan le hagan ofertas al que la emite. Sin embargo, se permite que adquiera el mencionado valor de oferta que se

84 Cfr. comentario 3 de los *Principios* al artículo 1.9.

lo puede dar quien emite la declaración. Este factor puede entenderse, entre otras cosas, como uno de los triunfos de la autonomía de la voluntad en la Convención de Viena.

Es importante en este punto, y máxime cuando las modernas técnicas de comercialización de bienes y servicios adoptan la técnica del *mailing*, es decir, enviar una comunicación a varias personas (por el medio de comunicación que fuere) donde además se indica el nombre del destinatario. ¿Podría decirse en este caso que nos encontramos frente a ofertas determinadas?, o que por el contrario, ¿se trata de ofertas publicas, que bajo el contexto de la Convención no son —en principio— obligatorias?

Una lectura exegeta de la norma podría dar la razón a la primera de las conclusiones, es decir; que sí son ofertas por estar determinado de manera clara el destinatario de la misma. Sin embargo, posiciones doctrinales autorizadas se pronuncian en contra. Así DÍEZ PICAZO:

“La conexión entre los dos apartados exige dilucidar qué se entiende por <<personas determinadas>>. EORSI puntualiza que incluye tanto las personas individuales como las personas jurídicas y que sean uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de negocios. Estos conjuntos de personas deben considerarse personas determinadas, tanto si la oferta se dirige exclusivamente a nombre de uno de ellos como si se dirige al de todos”.

“Mayores dificultades presenta la cuestión en los casos que las técnicas modernas denominan *mailing*. Se trata, como es sabido, de una masa de comunicaciones, de carácter generalmente publicitario, en las que, aunque cada una de ellas singularmente tiene un destinatario determinado, no resulta difícil suponer que el destinatario no es el único, sino que se encuentra formando parte de un conjunto”. La solución a la que llega DÍEZ PICAZO, es apoyada en reconocida doctrina y jurisprudencia sobre el particular, tomando en cuenta consideraciones de tipo económico, toda vez que si el oferente recibiera la aceptación de todas las ofertas podría llegar a la ruina al no poder satisfacer la excesiva demanda. Razón que además la basa el autor en el hecho de que sería mala fe el considerarlo como una oferta⁸⁵.

85 Cfr. DÍEZ PICAZO, LUIS, *ibídem op. cit.*, págs. 169 y 170. La profesora PERALES VISCASILLAS se inclina en igual sentido al afirmar: “En nuestra opinión, esos supuestos han de tratarse como si fuesen invitaciones a hacer ofertas, ya que en el tráfico comercial internacional, la utilización de esos instrumentos tiene un sentido perfectamente claro: exponer una información, incitar al destinatario a que realice una oferta o inducir a la lectura de la información que se envía”. *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, cit. pág., 30.

2.2.4. Eficacia plena y extinción de la oferta (efectividad, retiro, revocación y caducidad)

Con la utilización de la expresión *eficacia de la oferta*, queremos referirnos a que la misma una vez cumpla con los mínimos legales, debe tender a la producción de su efecto natural y obvio, que es el de conducir al cruce de voluntades que se traduce en la formación del contrato. Sin embargo, la oferta está destinada a tener una vida efímera, es decir, concluirá en algún punto, ya sea porque se cruza con la aceptación y produce su efecto normal: el acto convencional, o por el contrario, se extingue sin producirlo ya sea por rechazo, caducidad, retiro o revocación. Los momentos y efectos de cada una de las anteriores categorías son diferentes. Por eso dividimos el estudio de este punto en las diferentes situaciones que pueden conllevar a que la oferta pierda su posible eficacia, que son: el retiro, la revocación y la caducidad.

Debemos anunciar nuevamente, como lo hemos hecho con otras figuras, que estas situaciones no son adoptadas de manera unívoca por las diferentes legislaciones ni por la doctrina.

Valga igualmente anotar, que la fuerza obligatoria de la oferta no ha sido aceptada unánimemente en todos los sistemas jurídicos. En efecto, el problema que se afronta es si la misma compromete a quien la hace, es decir, que si una vez que ésta empieza a producir efectos (ya sea adoptando el sistema de la expedición o la recepción, o bien el de la comunicación), el oferente se encuentra en manos del destinatario el cual podrá obligarlo a mantenerla y, una vez manifestada su aceptación perfeccionar el contrato, así el primero ya no quiera, o no esté en condiciones de obligarse conforme al mismo.

Una tercera posición considera que a pesar de que la oferta sea una manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a la formación del contrato, y a pesar de que en algún momento (ya sea a partir de la emisión o bien de la recepción), sea obligatoria para quien la emitió, éste pueda de todos modos anular sus efectos, es decir, revocarla.

Sobre el punto, han surgido dos posiciones conocidas como la *teoría francesa* y la *teoría alemana*⁸⁶.

86 JOSSE RAND, LOUIS, *Derecho civil*, t. II, vol. 1. Teoría general de las obligaciones, traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS y MANTEROTA, Ediciones Jurídicas Europa América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 41. Por su parte LUIS CLARO SOLAR explica detalladamente cuál ha sido la evolución legislativa en punto a la revocabilidad de la oferta, afirma el autor que el primer código en consagrar la irrevocabilidad fue el austríaco de 1811, según el cual en el artículo 862, no habiéndose fijado plazo para la aceptación por el

Según la *teoría francesa*,

“La oferta no compromete al policitante, pues no se concibe que una voluntad pueda ligarse por sí misma; no se podría uno comprometer respecto al prójimo por una declaración unilateral de voluntad”⁸⁷.

Como consecuencia de ello, el oferente puede retirarla mientras ésta no haya sido aceptada, sin que por este hecho deba responder.

En segundo término, en caso de que aquél fallezca o devenga en incapaz la oferta caduca, sin que se pueda exigir a los herederos del primero a perfeccionar el contrato ofrecido. Los argumentos de la *teoría francesa* para negar la obligatoriedad de la oferta son que nadie gana ni pierde un derecho sin que medie su voluntad. Así, la oferta caduca con la muerte e incapacidad y es revocable. No admite la transmisión a los herederos, pues no resultaría posible la concurrencia de voluntades,

“...por consiguiente, en todos los casos que hemos referido, tanto la oferta como la aceptación, se hallan implícitamente supeditadas a la condición de vida, capacidad o no suspensión de pagos del contratante, y el fallecimiento, la quiebra o la incapacidad, ...”⁸⁸.

Por el contrario, según la *teoría alemana*; como puede apreciarse en el § 145 BGB:

“Quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado”⁸⁹.

proponente, la promesa verbal debía aceptarse dentro de las veinticuatro horas, si el aceptante estaba en el mismo lugar que el proponente, y en caso de estar ausente, en el doble del tiempo necesario para recibir la contestación. Bastaba que la respuesta llegara en el plazo, aunque fuera leída después; de otro modo la promesa se tenía por no hecha. No podía ser retractada antes de la expiración del plazo fijado. Aplicaba el sistema de la información. El artículo 863 admitía la validez de la aceptación tácita. En una revisión posterior a éste código se agregó que la oferta no caduca con la muerte o incapacidad de una de las partes, salvo que aparezca de las circunstancias otra voluntad del oferente”. En el derecho inglés, la oferta se puede retirar hasta la aceptación. Así la postura hecha en un remate puede ser retirada por el postor hasta el golpe de martillo que la acepta. Igualmente si el oferente ha fijado un plazo determinado para la aceptación, a menos que no se halle ligado por un tiempo fijo. CLARO SOLAR LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. undécimo, De las obligaciones II, Editorial Jurídica de Chile. Editorial Temis S.A., Bogotá 1992, pág. 83.

87 *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 41.

88 PLANIOL MARCEL, RIPERT JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 6º, *Las obligaciones (primera parte)*, 1936, Cultural S.A., Habana, pág. 189.

89 EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, *Código Civil alemán (BGB)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 87.

Es decir, la declaración de voluntad de una persona conlleva como efecto el crear para ésta un vínculo que lo obliga. Como consecuencias derivadas de este principio se destaca que el oferente debe mantener su propuesta —no la puede revocar— durante el plazo, el cual puede ser expreso o tácito. Por otro lado, en caso del fallecimiento o incapacidad posterior del proponente, la oferta continúa siendo obligatoria, lo que se ha conocido como *autonomía de la oferta*, pues con esto se reconoce que la oferta tiene vida independiente de quien la emite⁹⁰. Por otra parte, el contrato se forma con la aceptación del destinatario de la oferta, quien llegado el caso, podría obligar coactivamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, o en su defecto, la indemnización de perjuicios correspondiente. Autores como SUESCÚN, afirman que dicha obligatoriedad otorga seguridad al comercio jurídico, impidiendo los perjuicios que se puedan causar a terceros derivados del “capricho” del oferente⁹¹.

Frente a estas posiciones extremas ha surgido la llamada *teoría intermedia*, según la cual se pretende establecer sistemas que las concilien. Así, se acepta la revocabilidad de la oferta reconociendo excepciones; como la de fijar un plazo ya sea expreso o tácito⁹².

2.2.4.1. Retiro de la oferta

Si bien se ha asumido que la oferta debe cumplir con unos requisitos para que conduzca a la formación del contrato, es posible que en el interregno, quien la emitió cambie de opinión y decida retirarla.

El retiro de la oferta, es posible antes de que la misma surta efectos. Esta posibilidad depende del sistema acogido para que la oferta empiece a producirlos. El oferente es libre de cambiar de opinión, o de reemplazarla, independientemente de que sea una oferta irrevocable.

90 JOSSEAND, *op. cit.*, pág. 42. En el derecho alemán, “De igual modo, la muerte o la incapacidad del oferente antes de la aceptación no impide, por lo regular, la perfección del contrato en virtud de una aceptación que llega al heredero o el representante, a no ser que, dadas las circunstancias y en particular dado el contenido de la oferta, haya que suponer “una distinta voluntad del oferente, por ejemplo, en el ofrecimiento de unas lecciones o de la concesión de determinados objetos, que evidentemente sólo se hace para el uso personal, o bien si el contrato que hubiera de concluirse se extinguiera con la muerte...” ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 260.

91 SUESCÚN MELO, JORGE, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Universidad de los Andes - Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 318.

92 SUESCÚN MELO, JORGE, *op. cit.*, pág. 332.

Para que opere el retiro, generalmente se requiere que el destinatario conozca el cambio de voluntad del oferente antes o al mismo tiempo que conoce la oferta original.

No sucede lo mismo en otros sistemas y especialmente, para el caso que nos ocupa, en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

En efecto, el artículo 15 de la cv, expresa que:

“1. La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2. La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”⁹³.

Es de especial importancia la previsión del numeral primero del artículo 15 de la Convención, toda vez que ello significa que una vez la oferta llegue al destinatario, ésta adquirirá pleno valor, es decir: será obligatoria para quien la hizo.

La condición contenida en el numeral 2 del artículo 15, no significa que el destinatario de la oferta deba conocer o enterarse del retiro de la oferta, antes o al mismo tiempo de ella, toda vez que la Convención está adoptando el sistema de la recepción y no el de la comunicación⁹⁴. Por esto no nos parece correcto el comentario hecho al artículo 2.3 UNIDROIT que sobre idéntica disposición dice:

“La única condición es que el destinatario tome conocimiento del cambio de voluntad del oferente antes o al mismo tiempo de tomar conocimiento de la oferta original”.

Ante las posibles dificultades que se pudieren presentar, al tratar de establecer si el retiro llegó antes o después de la oferta, la solución será de carácter probatorio. El emisor destinatario será el llamado a determinar si utilizó un medio objetivo para que su oferta llegara al destinatario, probando que ésta fue recibida por el mismo, a pesar de que no haya tenido conocimiento de ella. Igualmente, y ante la duda de poder establecer si llegó primero la oferta que la retirada, se aplicará la

93 La misma posición es asumida por los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales. Así dispone el artículo 2.3:

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

94 Recuérdese lo previsto en el artículo 24 que comentamos anteriormente, en relación con el sentido de la palabra “llega” utilizada por la cv.

disposición del mencionado artículo 15 de la Convención, según el cual la oferta se podrá retirar si el retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Esto, pues como lo comentamos anteriormente, el sistema usado por la Convención es el de la recepción, y no el de la emisión ni el de conocimiento, para que ésta empiece a producir plenos efectos. De interpretarse la norma como lo hace el comentario de los *Principios de UNIDROIT* se llegaría a la posición contraria, es decir, que frente al problema que acabamos de plantear se diría que sólo valdría el retiro si el destinatario lo conoció antes o al mismo tiempo de la oferta, y no simplemente si éste llega al tiempo de la oferta o antes de ella, como es efectivamente, la forma en que se establece su viabilidad, tanto en la Convención como en los *Principios*. Es por esto que consideramos errado tal comentario⁹⁵.

2.2.4.2. Revocación de la oferta

DÍEZ PICAZO define a la revocación como,

“... una declaración de voluntad del oferente, cuyo intento empírico consiste en privar de eficacia a la oferta...”⁹⁶.

Los términos utilizados, retiro y revocación, pueden ser confusos dado que pueden ser entendidos como sinónimos. De acuerdo con el *Diccionario* de la Real Academia Española, la voz revocar, que es la que se utiliza en el artículo 16 de la Convención, significa “Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”⁹⁷, mientras que la palabra retirar, usada en el artículo 15 de la misma significa “Apartar o separar una persona o cosa de otra o de un sitio”. En la versión en idioma inglés, el artículo 15 de la Convención utiliza la palabra *withdrawn*, que en la versión en castellano se ha usado como retiro y en el 16 *revoked* como revocada en castellano. *Withdraw* significa retirar, mientras *revocation* cancelación o anulación y *revoked* revocar, cancelar o anular⁹⁸.

95 UNIDROIT. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, República de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección General de Asuntos Internacionales, Santa Fe de Bogotá D.C., 1997, pág. 67. Sea la oportunidad para citar las palabras de DÍEZ PICAZO comentando el artículo 15 de la Convención quien dice: “Efectivamente, el oferente ha actuado con diligencia y ha hecho todo aquello que estaba en su mano. Si el destinatario, por su parte, pudo, y además actuando diligentemente debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no hubiera existido un conocimiento real y efectivo”. En *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit., pág. 171.

96 DÍEZ PICAZO, LUIS. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I Introducción teoría del contrato*, cit., pág. 295.

97 *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Espasa Calpe, vigésima primera edición, t. II, Madrid, 1992, pág. 1795.

98 *Spanish law dictionary*, Peter Collin Publishing.

La diferencia entre el retiro y la revocación, atendiendo tal vez a las acepciones idiomáticas de la expresión *revocación*, radica en que la oferta (y es así bajo el contexto de la Convención), siempre puede ser retirada antes de que surta efectos, es decir, en el tiempo entre su emisión y su recepción, bajo la condición de que la comunicación que la contenga llegue antes o al tiempo de la oferta; mientras que la revocación se realiza después de que la oferta produzca sus efectos: en el tiempo medio entre la recepción de la oferta y el perfeccionamiento del contrato⁹⁹. Sin embargo, en otros idiomas los términos son tomados como sinónimos¹⁰⁰.

Tanto el acto de retirar la oferta, como el de revocarla, son actos jurídicos, entendidos éstos como manifestaciones de voluntad encaminadas directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos.

Debemos anotar que la distinción entre retiro y revocación se justifica en aquellos sistemas en los cuales la oferta empieza a producir sus efectos, una vez es recibida por el destinatario (teoría de la recepción). Por el contrario, en aquellos sistemas en los cuales los efectos de la oferta empiezan a producirse una vez ésta es emitida por el oferente, no tiene ningún sentido distinguirlas, toda vez que la consecuencia será la misma: privar de efectos a la oferta.

Bajo el sistema de la Convención de Viena y de los *Principios UNIDROIT*, el precepto general es la revocabilidad de la oferta. Ésta opera sólo si la comunicación de la revocación llega¹⁰¹ al destinatario, antes de que éste haya enviado la aceptación, en dicho evento se toma el criterio de la expedición para determinar el límite al derecho de revocación, según la previsión del artículo 16, esto es: cuando se ha emitido la voluntad que acepta la oferta, y por ende se perfecciona el contrato¹⁰². Se matricula este precepto entonces, dentro de la teoría intermedia, pues tal como se anota en el comentario al artículo 2.4 de los *Principios UNIDROIT*: “Como no es posible conciliar las posturas de los diversos sistemas jurídicos (...), la única alternativa es elegir una de las dos posturas como regla general e introducir a la otra por vía de excepción”. En este orden de ideas, el artículo 16 de la Convención dispone:

99 DÍEZ PICAZO, LUIS, “En línea de principio, la oferta puede ser revocada porque no existe ningún tipo de vinculación del oferente”. *Fundamentos...* cit., pág. 295. FARNSWORTH, indica igualmente que la revocación de la oferta, debe distinguirse del retiro de la misma. Una oferta puede ser retirada si la noticia del retiro llega al destinatario antes de que lo haga la oferta. Éste, indica el autor, es un corolario del principio de que la oferta no produce efectos hasta que es comunicada al destinatario. Por otro lado, la revocación de una oferta después de que ésta ha comenzado a producir efectos, es asunto diferente. FARNSWORTH, ALLAN, *Contracts*, Aspen Law & Business, United States, 1998, pág. 157.

100 Vid. DÍEZ PICAZO, LUIS, *La compraventa internacional de mercaderías...*, cit., pág. 172.

101 Se adopta el sistema de la recepción.

102 Cfr. artículo 2.4 de los *Principios*.

1. La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - a) Si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o
 - b) Si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta¹⁰³.

Es decir, se consagran ciertos eventos excepcionales en los cuales no le es permitido al oferente revocar la oferta, estos casos de irrevocabilidad se presentan —en principio—, de la siguiente manera:

- a. Cuando la oferta indica que es irrevocable, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
 - Que sea señalado un plazo determinado para la aceptación.
 - Que así haya sido dado a entender de alguna otra manera, o bien expresamente.
- b. Cuando el destinatario pueda razonablemente considerarla irrevocable y procede conforme a ello aceptando y en consecuencia, acudiendo a la perfección del contrato¹⁰⁴, dada la confianza del destinatario en que se trata de una oferta irrevocable, (esto es, en forma tácita).

Hay un aspecto que suscita dudas y que ha sido solucionado de la manera que comentaremos por la doctrina.

103 Según el artículo 2.4 de los *Principios de UNIDROIT*:

1. “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.
2. En todo caso, la oferta no podrá revocarse:
 - (a) Si en ella se indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de alguna otra manera.
 - (b) Si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta”.

104 *Idem*, artículo 2.4 *UNIDROIT*.

La cuestión radica en establecer si, al haber señalado el oferente un plazo para la aceptación, está renunciando a la facultad de revocar. El origen de la discusión se encuentra en las diferencias existentes sobre el punto en algunos ordenamientos legales y en la doctrina. Así, en el derecho alemán una vez se ha fijado un plazo para la aceptación por parte del oferente, se entiende que la oferta es irrevocable¹⁰⁵, mientras en el *common law* la oferta es generalmente revocable¹⁰⁶. Por su parte, el derecho norteamericano dispone que la oferta en firme será irrevocable, bajo los supuestos de la sección 2-205 del *Uniform Commercial Code*¹⁰⁷, cuando el oferente lo haya indicado por escrito, por el período de tiempo señalado o por un tiempo razonable, cuando el término no se ha indicado, no pudiendo exceder en todo caso los tres meses¹⁰⁸, en todo caso al vencer estos plazos simplemente significa la caducidad de la oferta¹⁰⁹.

El punto admite una doble interpretación:

La primera forma de verlo, es entender que el precepto significa que la oferta será irrevocable si se indica en ella un plazo fijo.

La segunda postura, por el contrario, no piensa que por el solo hecho de fijar un plazo para la aceptación se quiera renunciar a la facultad de revocar por parte del oferente. Lo que significaría más bien, es que la oferta no podrá revocarse si se indica que ésta es irrevocable, *señalando un plazo fijo para la aceptación o de otro*

105 Aunque lo hemos citado anteriormente, es preciso traerlo a colación nuevamente: §145 BGB: “Quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado”.

106 FOLSOM, GORDON, SPANOGLE, *International Business Transactions*, pág. 31. FARNSWORTH, ALLAN, *Contracts*, cit., pág. 158.

107 § 2 – 205: “*Firm offers. An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but it no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance in a form supplied by the offeror must be separately signed by the offeror*”.

108 PERALES VISCASILAS, El contrato de compraventa internacional de mercancías, cit., pie de página 28 del cap. 4º sobre formación del contrato. STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, West group, St. Paul, Minn, 2002, pág. 8. ROHWER, CLAUDE D.; SKROCKI, ANTHONI M., *Contracts*, 5th edition, West group, St. Paul, Minn. 2000, págs. 51 y 52.

109 Díez PICAZO señala: “Entre los tratadistas de derecho continental europeo y, sobre todo, entre los autores alemanes, se ha entendido que la oferta en que el oferente fija al destinatario un plazo para la aceptación, constituye un supuesto de oferta irrevocable, por considerar que en la fijación del plazo de espera para la aceptación se encuentra implícita la idea de irrevocabilidad durante ese plazo. Probablemente con mejores argumentos, la tesis del derecho anglosajón ha sido justamente la contraria. El hecho de fijar un plazo para la aceptación significa someter a caducidad la posición del destinatario de la oferta, una vez transcurrido el plazo, pero no significa, por lo menos por sí solo, que el proponente limite su poder de revocar”. Díez PICAZO, *op. cit.*, pág. 176.

modo, en otras palabras: no bastará que se indique solamente un plazo para aceptar, sino que deberá también señalarse que es irrevocable¹¹⁰.

Para entender el tema en cuestión, es necesario acudir a la historia de la Convención¹¹¹. Creemos que ante la duda, la solución y última palabra la tendrán los tribunales, tal como lo manifiesta PERALES VISCASILLAS, aunque la doctrina se orienta hacia la segunda de las posturas¹¹².

Para el segundo de los aspectos, conocido como *irrevocabilidad nacida de la confianza*¹¹³, es decir, que la oferta no podrá revocarse cuando el destinatario razonablemente podía considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta, tal como lo consagra el artículo 16.2. b) de la Convención,

110 DIEZ PICAZO es partidario de esta posición, al señalar: "... el mero señalamiento del plazo fijo para la aceptación, por sí solo no hace la oferta irrevocable, a menos que en el señalamiento del plazo fijo se pueda encontrar una voluntad o una objetiva declaración del carácter firme de la oferta durante el plazo o de la irrevocabilidad". *La compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 177.

111 Puede verse de manera detallada la discusión y posturas al seno de las sesiones preparatorias de la UNCITRAL en PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 427 y sig. El siguiente resumen de ADAME GODDARD es suficientemente ilustrativo, por lo que nos permitimos transcribirlo:

"El grupo de trabajo de la CNUDMI había propuesto una redacción del párrafo que definía, en tres incisos, los casos en que la oferta sería irrevocable. Su propuesta decía que una oferta no puede revocarse: a) si la oferta expresa o implícitamente indica que es firme o irrevocable; b) si la oferta fija un plazo para la aceptación, o c) si fuera razonable que el destinatario entendiera que la oferta era irrevocable. Pero en la sesión plenaria de la CNUDMI que revisó el proyecto, las delegaciones de países de tradición jurídica del *common law* no aceptaron esa versión, por lo que se decidió modificarla, reuniendo los incisos a) y b) en uno solo, para quedar como actualmente aparece el inciso a) del párrafo 2. En las sesiones de la Primera Comisión que revisó este artículo, se presentó una gran discusión en tono al citado inciso a) del párrafo 2. Hubo 27 intervenciones. Los representantes del países de tradición de derecho civil leían dicho inciso, de acuerdo con su tradición, en el sentido de que la fijación de un plazo hacia la oferta irrevocable; mientras que los representantes de países del *common law* decían que el plazo sólo tenía el efecto de definir el tiempo que dura la oferta; argumentaban que debe distinguirse entre revocación de la oferta, por voluntad del oferente, y expiración de la oferta, por simple transcurso de tiempo. Hubo varios intentos para solucionar el problema: se propuso una nueva redacción, dejar la cuestión a los jueces y árbitros, o permitir a los países hacer una reserva en este punto, pero ninguno tuvo éxito. Finalmente, se decidió aprobar el texto, tal como estaba en el proyecto preparado por CNUDMI, aun cuando existía la conciencia de que el texto era ambiguo y podía dar lugar a interpretaciones divergentes". ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, págs. 100 y 101.

112 Por ejemplo: EÖRSI, en ADAME GODDARD, JORGE, *ibídem*, *op. cit.*, pág. 100. Igualmente ADAME GODDARD: "Como el sentido literal es ambiguo, la interpretación del texto debe hacerse de acuerdo con su historia legislativa, y con el objeto de promover la uniformidad en su aplicación (art. 7). De la historia legislativa se puede concluir, como hacen EÖRSI y HONNOLD, que el sentido del inciso a) en cuestión no es que la oferta sujeta a plazo, es por eso mismo, irrevocable, sino sólo cuando indica claramente que lo es. En consecuencia, si una oferta dice que es irrevocable hasta el 30 de mayo, sin duda que está indicando que es irrevocable; pero si dijera que la oferta duraría hasta el 30 de mayo, entonces no indicaría que es irrevocable, sino que expiraría al concluir el plazo, y el oferente podría revocarla en cualquier momento, antes de que el destinatario hubiera enviado la aceptación". *ibídem*, *op. cit.*, págs. 101 y 102.

113 DIEZ PICAZO, *ibídem*, *op. cit.* pág. 16. MARTÍNEZ GALLEGU, cit., pág. 68.

nos remitimos a lo anotado en la parte correspondiente a las tratativas, que es la observancia de la buena fe como un imperativo en todo el *iter* contractual. Sin embargo, creemos que en el caso en que esa oferta llegare a revocarse y el destinatario haya considerado razonablemente que era irrevocable, y por consiguiente haya manifestado su voluntad, bien de forma expresa o tácita, el contrato se entenderá perfeccionado, y como consecuencia de ello no podrá alegarse la posible revocación. El artículo 16 es claro en su enunciado, al decir: "... la oferta no podrá revocarse".

La doctrina norteamericana sostiene, como es el caso de FARNSWORTH, que no es necesario que el oferente expresamente manifieste que revoca su oferta¹¹⁴. Es suficiente, según el autor, que indique su intención de no efectuar el contrato propuesto. Podría caber, tal como anota, que una oferta subsiguiente, que sea contraria con la original, sea suficiente para revocar la oferta¹¹⁵. Igualmente podría tenerse como revocación de la oferta, el que el oferente realice actos inconsistentes con la posible aceptación y el destinatario de la oferta reciba información confiable de este hecho¹¹⁶. Sin embargo, no sería suficiente un cambio de intención en el oferente, de todas maneras se requiere que se dé a conocer tal intención al destinatario, a pesar de que no se diga expresamente que se revoca, bastaría un acto por el cual se dé a entender tal situación¹¹⁷.

En todo caso, creemos que tanto en los *Principios*, como en la Convención, aún en los eventos en que la oferta es revocable, siempre que se ocasionen perjuicios con tal revocación, deberán éstos ser indemnizados.

La Convención y los *Principios* no regulan el aspecto conocido como autonomía de la oferta, consistente en que la oferta conserve su fuerza obligatoria en el caso en que el proponente muera o devenga en incapaz. En primer lugar, se podría entender que se trata de un vacío de la cv, en cuyo caso podrá eventualmente acudirse al derecho internacional privado para solucionar el punto, toda vez que la sucesión de la posición del oferente no es un aspecto regulado por la cv. En cambio, otros podrán pensar que de todas maneras nos enfrentamos a un caso donde "... la muerte

114 En el mismo sentido ROHWER y SKROCKI, *Contracts*, cit., pág. 47. Indica el autor que al utilizar expresiones como "Usted ha perdido una excelente oportunidad", significa que el oferente ha revocado la oferta.

115 FARNSWORTH, cit., pág. 159. El autor cita el caso *Norca Corp. V. Tokheim Corp.* 643 N.Y.S. 2d 139 (App. Div. 1996) (*later offer with different price term revoked original offer before it was to expire by its terms*). GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, cit. pág. 101, quien afirma: "Se admite que la oferta sea revocada tácitamente, mediante la realización de un comportamiento concluyente, como el inicio de tratos con otras partes, pues no existen razones para no aplicar, en este supuesto, los principios sobre las manifestaciones tácitas de voluntad antes recordados".

116 ROHWER – SKROCKI, cit., pág. 47.

117 FARNSWORTH, cit., pág. 159.

y la incapacidad no implican la paralización del proceso contractual...”¹¹⁸. Creemos que habría que acudir en primer lugar a los aspectos en que bajo la Convención y los *Principios* la oferta es irrevocable, es decir, cuando en ella se indique la irrevocabilidad, o se señale un plazo de aceptación determinada o se de a entender de alguna manera, y bajo estos lineamientos analizar el tema. La conclusión propuesta, es que la oferta sería obligatoria para los herederos del proponente, salvo que se trate de una oferta de contrato *intuitu personae*. En segundo lugar, y en cuanto a las ofertas revocables, la oferta sería obligatoria para los herederos del proponente, pero también heredarían el derecho a revocarla¹¹⁹⁻¹²⁰.

2.2.4.3. Extinción de la oferta por rechazo de la misma

Se trata de la negativa expresa del destinatario de la oferta a aceptar sus términos, rechazo que puede ser expresado de manera expresa o tácita. El primero consistirá en la negativa expresada por cualquier medio al oferente. La negativa tácita por su parte, consistirá en actos que le indican al oferente que el destinatario no acepta la oferta, como pueden ser entre otros el contratar con un tercero, no aceptar en los plazos legales o lo contenidos en la oferta, etc.

El rechazo tácito entendido cuando el destinatario de la oferta no ha manifestado su voluntad de aceptar los términos de la oferta, se confundiría en el tiempo con la caducidad de la misma.

De acuerdo con el artículo 17 de la Convención,

“La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedara extinguida cuando su rechazo llegue al oferente”¹²¹.

Cabe anotar que, aun cuando la norma expresamente afirma que el rechazo debe ser expreso, nada obsta para que quepa el rechazo tácito de la misma en el

118 PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato*, cit., pág. 468.

119 *Vid.*, sobre esta misma posición a PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato*, cit., pág. 471

120 En algunos sistemas la oferta una vez emitida adquiere vida propia e independiente de la del proponente, de tal manera que no se extingue ni por la muerte ni por la incapacidad sobreviniente del mismo. Solución diferente es la admitida en el derecho norteamericano, donde es generalmente aceptado que la posibilidad de aceptar que tiene el destinatario, termina si el oferente muere antes de que el destinatario haya aceptado. *Vid.*, FARNSWORTH, cit., pág. 161.

121 Igualmente, el rechazo de la oferta está contemplado en el artículo 2.5 de *los Principios*, así: (*Rechazo de la oferta*)

“La oferta se extingue cuando la comunicación de su rechazo llega al oferente”.

contexto de la Convención, como sería el caso en que la oferta no es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente, o el legal, o se da una contraoferta¹²², o se presenta silencio por parte del destinatario no acompañado de actos de ejecución contractual¹²³.

Sobre este punto, finalmente, debe pensarse en que momento el rechazo empieza a producir efectos. La Convención regula el sistema de la recepción, para que el rechazo produzca el efecto de extinguir la oferta. El artículo 17 es claro en el sentido de señalar que: “La oferta, ..., quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente”.

Bajo el supuesto de que el destinatario de la oferta hubiere expedido el rechazo y éste aun no hubiere llegado al oferente, en el contexto de la Convención, puede sostenerse que el mencionado destinatario puede arrepentirse y emitir una declaración de voluntad orientada a aceptar la propuesta. Esto tendría sentido, ya que el rechazo, mientras no llegue al destinatario, no puede empezar a producir efectos. Sin embargo, el requisito anotado por algún sector de la doctrina, como Díez PICAZO es el de exigir que

“...antes de la llegada del rechazo, el destinatario de la oferta puede cambiar de opinión y emitir una aceptación, siempre que ésta llegue al oferente por un medio más rápido que el primitivo rechazo”¹²⁴,

siempre y cuando, agregamos nosotros, el oferente no hubiere tenido noticia de dicho rechazo.

2.2.4.4. No aceptación dentro del plazo. Duración de la oferta

Tanto en el sistema de la Convención, como de los *Principios de UNIDROIT*, la oferta se extingue cuando no es aceptada dentro del plazo fijado por el proponente, o si no ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias, y la rapidez o velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente. Todo, con la excepción contenida tanto en la CV (artículo 21 (1)), como en los *Principios UNIDROIT* (artículo 2.9 (1), de la aceptación tardía, que se analizará en el siguiente capítulo.

122 La contraoferta será tratada más adelante al hablar sobre la aceptación. Cfr. artículo 2.11. de los *Principios UNIDROIT*, y artículo 19 de la Convención.

123 Cfr. artículo 18 de la Convención, y artículo 2.6 de los *Principios UNIDROIT*.

124 Díez PICAZO, *La compraventa ... cit.*, pág. 179.

Como se puede apreciar, en ellos se establece un criterio diferenciador para determinar la duración de la oferta, ya sea que ésta se haya formulado por escrito, o bien oralmente, así tratándose de una oferta verbal, ésta deberá ser aceptada inmediatamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa¹²⁵. Cuando se trate de una oferta escrita, deberá ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente, y si éste no hubiere fijado plazo, dentro del *plazo razonable*, teniendo en cuenta para determinar dicha razonabilidad las circunstancias, tales como la velocidad del medio de comunicación que aquél haya empleado, el objeto del contrato, la complejidad de la transacción, circunstancias geográficas, etc.¹²⁶.

Además de los criterios fijados en la Convención y en los *Principios UNIDROIT* para determinar la razonabilidad de las mencionadas circunstancias, la doctrina acude a la determinación de las mismas por las partes o en su defecto por un juez o árbitro¹²⁷.

Es menester destacar lo señalado en el comentario a *los Principios*: las reglas establecidas en este artículo se aplican a situaciones en las cuales el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin comunicarlo al oferente. En estos casos el acto de ejecución debe realizarse dentro del plazo respectivo. El artículo 2.8 *UNIDROIT* y el 20 de la Convención, regulan la forma de computar el término de vigencia, cómo comienza a correr el plazo fijado por el oferente, al cual haremos referencia en el capítulo respectivo.

2.3. La aceptación

2.3.1. Concepto

Al igual que la oferta, la aceptación es una manifestación unipersonal de voluntad, encaminada a producir efectos jurídicos. En el caso que estamos tratando, de la formación del consentimiento, se tratará de una manifestación de voluntad encaminada a convenir con la manifestación de voluntad que es la oferta, conducentes ambas a la celebración del acto convencional.

125 Cfr. artículo 2.7 *UNIDROIT* y 18 de la Convención.

126 PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, op. cit.* pág. 124.

127 Cfr. ADAME GODARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional de mercancías, cit.* pág. 104.

La doctrina nacional y extranjera la definen de la siguiente forma:

El profesor SUESCÚN MELO, define:

“La aceptación es el acto de manifestar el acuerdo con la oferta por parte de los destinatarios de ésta”¹²⁸.

Según OSPINA FERNÁNDEZ,

“La aceptación es el acto de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes ésta se ha dirigido”¹²⁹.

DÍEZ PICAZO la define así:

“La aceptación es aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta”¹³⁰.

La idea esencial presente en las anteriores definiciones y en general en las posiciones doctrinales, radica en el hecho de exigir que la aceptación constituya un acto donde la voluntad del aceptante, esté destinada a formar el contrato. No constituirán aceptación, por el contrario, todos aquellos actos donde el destinatario no manifieste la intención de obligarse. La determinación de cuáles son ese tipo de actos, dependerá de los casos concretos y de las circunstancias que los rodeen.

La Convención define a la aceptación en los siguientes términos:

Artículo 18.

“1. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación ...”¹³¹.

El artículo 23 de la Convención, señala el efecto propio de la aceptación:

128 SUESCÚN MELO, *op. cit.*, pág. 352.

129 OSPINA HERNÁNDEZ, *op. cit.* pág.162.

130 DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial...* cit., pág. 305.

131 Igualmente se encuentra definida en los *Principios de UNIDROIT*, en los siguientes términos:

“Artículo 2.6

1. Constituirá aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. ...”.

“El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

2.3.2. Modos de aceptación

2.3.2.1. Aceptación expresa

La aceptación de una oferta puede ser expresa o tácita. Lo primero se presenta con la declaración expresa del destinatario, realizada bien entre presentes, o entre ausentes. La segunda, cuando el acto en que constituye la aceptación se expresa por medio de actos que denoten su asentimiento, es decir actos de ejecución contractual.

1.3.2.2. Aceptación tácita y aceptación por el silencio

En ocasiones, y especialmente en las negociaciones empresariales, es común encontrarse frente a contratos celebrados sin que la aceptación sea manifestada de forma expresa, sino que por el contrario, no se puede determinar claramente el momento y lugar donde ésta se produjo, sin embargo, con base en elementos de otro orden puede deducirse y llegar al efecto deseado, que es la formación del consentimiento contractual.

Los ordenamientos jurídicos no son claros en cuanto a la validez de la aceptación por el silencio, y la doctrina tampoco es unánime en el reconocimiento del valor del silencio como modo de aceptación. Por regla general, el solo silencio no sirve para denotar el asentimiento con la oferta, toda vez que se requiere que la voluntad se exteriorice para que produzca los efectos jurídicos a que está llamada. El silencio para que valga como aceptación, debe ir acompañado de hechos inequívocos de ejecución contractual, adicionando como requisito que el destinatario de tal aceptación tenga conocimiento de él, en los términos indicados en la ley. Necesario es mencionar que, la aquiescencia tácita manifestada en hechos inequívocos de ejecución contractual, no pueden consistir en simples manifestaciones del destinatario de la oferta en el sentido de haberla recibido, o estar de acuerdo con

ella. Al igual que la oferta, la aceptación debe estar caracterizada por la presencia de la intención de obligarse al manifestar el asentimiento¹³².

Lo anterior nos lleva a diferenciar al silencio, de la aceptación o aquiescencia tácita, en la cual, la simple inactividad de los sujetos no basta, sino va acompañada de lo que se denominan “hechos inequívocos” de ejecución contractual¹³³.

Por su parte, la CV, requiere en principio, que la aceptación de la oferta sea expresa, pero admite también la aceptación por actos de ejecución contractual. El silencio, no acompañado por actos de ejecución contractual no tiene valor.

Reza el artículo 18 de la Convención, de la siguiente forma:

“1. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirá aceptación”.

En la primera parte del artículo que acabamos de transcribir, claramente se indica que el asentimiento puede manifestarse mediante declaración expresa o mediante “acto del destinatario que indique asentimiento”, que serán los que anteriormente señalamos como hechos inequívocos de ejecución del contrato. En la Convención la aceptación tácita vale siempre y cuando esté acompañada de actos que indiquen asentimiento. El numeral 3 del artículo 18 mencionado por vía de ejemplo dos casos, que se asumen como de ejecución, que son la expedición de mercaderías o el pago del precio. Sin embargo, pueden haber muchos otros que deberán apreciarse en el caso concreto. Díez Pícazo cita los de preparación de la expedición de las mercaderías o el pago del precio, como puede ser la apertura de un crédito documentario¹³⁴.

El numeral 3 de dicho artículo señala que la posibilidad de aceptar de manera tácita, puede provenir de la oferta misma, (por ejemplo, cuando la misma oferta lo

132 Anota Díez Pícazo: “No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorporen la voluntad contractual, aun cuando en ellas no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibo de la oferta, la expresión del interés que ella pueda haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación”. Díez Pícazo Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, cit. pág. 306.

133 “... pueden considerarse como actos de aceptación tácita todos aquellos que signifiquen ejecución de las prestaciones contractuales o preparación de tales prestaciones”. Díez Pícazo Luis, *La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la Convención de Viena*, cit. pág. 182.

134 Díez Pícazo, *La compraventa internacional de mercaderías, ... cit.*, pág. 182.

señale), de las prácticas que hayan establecido entre ellas, o de los usos¹³⁵, casos en los cuales la presencia de actos de ejecución señalarán la aceptación de la oferta.

La doctrina que comenta la Convención, determina igualmente que bajo la misma el silencio no vale como aceptación. Sin embargo, como señala la doctrina, existen factores bajo los cuales el silencio sí puede entenderse como aceptación, que son: disposiciones legales (como en el artículo 19.2¹³⁶ y 21 de la cv); usos y prácticas¹³⁷,

135 Sobre el reconocimiento de los usos y costumbres en el derecho nacional e internacional véase OVIEDO ALBÁN JORGE, *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*, revista *Vniversitas* n° 102 diciembre 2001, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pág. 343 y sigs.

136 Si el oferente no objeta sin demora injustificada la aceptación que ha incluido elementos adicionales o diferentes, que no alteren sustancialmente la oferta, se entiende que los acepta.

137 Ídem, HONNOLD, "... un uso o práctica aplicable que no exija una respuesta podría establecer una base para la celebración de un contrato sin una respuesta explícita a la oferta", *cit.*, pág. 160. Debe tenerse en cuenta el caso *Filanto Vs. Chilewich*: "Una empresa de Nueva York convino en vender zapatos a una empresa rusa en el marco de un acuerdo marco donde se establecía que las controversias se arbitrarán en Moscú. Para cumplir el acuerdo, la empresa de Nueva York celebró varios contratos con un fabricante italiano. Conforme, según se alega, a uno de esos contratos, el industrial italiano suministró zapatos pero la compradora de Nueva York efectuó sólo un pago parcial. El fabricante italiano reclamó el precio ante un tribunal de Nueva York. Sosteniendo que el contrato incorporaba por vía de remisión el acuerdo marco ruso, el comprador de Nueva York pidió una suspensión de las actuaciones para permitir que se celebrara un arbitraje.

El tribunal interpreta el párrafo 1 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras para determinar si las partes habían acordado por escrito recurrir al arbitraje. Tras llegar a la conclusión de que se trata de una cuestión de derecho federal, el tribunal se refiere a los principios contractuales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa. Sostiene que la oferta del comprador de Nueva York, que incorporaba por vía de remisión el acuerdo maestro ruso, había sido aceptada tácitamente por el fabricante italiano al no responder con presteza. Si bien, conforme al párrafo 1 del artículo 18 de la Convención el silencio no entraña generalmente aceptación, el tribunal determina que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 8, el curso de las tratativas entre las partes creaba un deber por parte del fabricante de formular prontamente sus objeciones y que su retraso en hacerlo constituía aceptación de la oferta de la empresa de Nueva York" *U.S. District Court for the Southern District of New York, 91 Civ. 3253 (CLB)* 14 de abril de 1992; apelación rechazada el 19 de enero de 1993. *Filanto, S.p.A. con Chilewich International Corp.* (CLOUT). Comentando este caso, véase: PERALES VISCASILLAS, *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, *cit.*, PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, *cit.*, pág., 524. FOLSOM, GORDON, SPANOGLE, *International business transactions*, *cit.*, pág. 32. De todos modos deben considerarse las críticas recibidas por el caso *Filanto Vs Chilewich, Vid., FOLSOM, et. al. cit.*, pág. 32.

Como ejemplo de como conforme a los usos, el silencio puede valer como aceptación, téngase en cuenta el caso del tribunal suizo de Basel- Stadt de 21 de diciembre de 1992, que citamos en nuestra ponencia "Un nuevo orden internacional de los contratos: antecedentes, instrumentos y perspectivas", presentada en la jornada académica "Compraventa internacional" del 1° de agosto de 2002, en la Pontificia Universidad Javeriana. En dicho caso, el tribunal decidió que conforme al artículo 9. 2 de la cv, en silencio ante una carta de confirmación, vale como aceptación de la misma, por ser un uso comercial. (CLOUT). No sobra repetir lo que sobre el punto consideró el tribunal: "El tribunal opinó que la carta de confirmación enviada por el vendedor y la posterior falta de reacción por el comprador reflejaba un uso aplicable a la formación de contratos en el sentido previsto en el artículo 9 1) de la CIM; que las partes implícitamente habían hecho ese uso aplicable a su contrato dado que tenían o deberían haber tenido conocimiento de la naturaleza vinculante de tales confirmaciones con arreglo tanto al derecho austríaco como al suizo; y que no había pruebas de que hubiese otras reglas o usos particulares aplicables al comercio de fibras. Además, el tribunal consideró que el intercambio de comunicaciones era coherente con la práctica que las partes habían establecido entre sí y que tenía carácter vinculante con arreglo al artículo 9 2) de la CIM".

y existencia de un deber de contestar¹³⁸. Agregáramos, a tales casos, cuando las partes lo han acordado en actos anteriores, teniendo en cuenta que el artículo 6 de la cv autoriza a las partes para convenir en contra de lo dispuesto en la misma¹³⁹, y que la voluntad autónoma es la que en principio rige la Convención, de acuerdo con los preceptos generales.

La parte de la norma comentada dispone:

“3. No obstante, si en virtud de la oferta de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

De manera similar a la Convención, los *Principios de UNIDROIT* han reconocido el valor de la aceptación tácita, de la siguiente manera:

“Artículo 2.6.
(Modo de aceptación)

(1) Constituirá aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación.

(2) (...)

(3) No obstante, si en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, la aceptación producirá efectos cuando dicho acto fuere ejecutado”.

Como se afirma en el comentario a los *Principios*:

“Generalmente, tales actos se relacionan con el cumplimiento del contrato, como lo son el pago de un anticipo del precio, el embarque de las mercaderías, el inicio de los trabajos en el establecimiento, etc.”. Al igual que en la Convención, en los *Principios*

138 MARZORATI, OSVALDO J., *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1997, págs. 85 y 96. PERALES VISCASILLAS, *Contrato de compraventa internacional de mercancías*, cit. Igualmente, FOLSOM, GORDON, SPANOGLE, cit., pág. 32. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, cit., pág. 228.

139 ADAME GODDARD, cit., pág. 108.

no es aceptación el silencio o la conducta omisiva, por sí solos. Debe aclararse que esta última expresión no se puede entender en el sentido de que el oferente unilateralmente sea quien determine que la oferta se entenderá aceptada por el silencio. Así se aclara en el comentario al artículo 2.6 de *Los Principios*¹⁴⁰. De acuerdo con PILAR PERALES, creemos que este silencio para que valga como aceptación, debe derivarse de un acuerdo de las partes, (artículo 1.1), de los usos o prácticas establecidas entre las ellas, (artículo 1.8), y cuando otros preceptos lo reconozcan de esa manera (artículo 2.22(2), y artículo 2.9 (1)¹⁴¹.

2.3.3. Medios para expresar la aceptación

La voluntad en orden a expresar el asentimiento puede canalizarse por diferentes medios, en principio y si el contrato fuere de forma libre, por cualquier medio posible, y si fuere de forma impuesta, por el canal que hubiere fijado la ley o el oferente, en el caso en que la formalidad sea de carácter convencional. En caso de que el oferente hubiere usado un medio para manifestar su voluntad y no hubiere indicado la obligatoria observancia del mismo medio para la aceptación, nada obsta para que el destinatario de la oferta manifieste su aceptación por un medio distinto¹⁴².

En la cv, aplicando el principio de libertad de formas contenido en el artículo 11, puede afirmarse que cualquier medio puede ser idóneo para que el destinatario de la oferta produzca su asentimiento. Preciso es comentar que para los efectos de la Convención, la aceptación puede hacerse por “por escrito”, y que para tales efectos, dicha expresión comprende el telegrama y el télex, y agregaríamos, los mensajes de datos.

En cuanto al tiempo o momento en que la aceptación realizada por cualquier medio de los mencionados, haremos mención en el acápite que sigue.

2.3.4. Momento en que produce efectos la aceptación

Al igual que con la oferta, en la aceptación es preciso preguntarse en qué momento ésta empieza a producir efectos, que son la obligatoriedad para el aceptante, el no permitir la revocación de la oferta en los sistemas en donde ésta se permite y la

140 “El supuesto sería diferente si las partes acordaran que el silencio se considerará aceptación, o en el supuesto de que existan negociaciones previas o usos. Sin embargo, en ningún caso el oferente podrá establecer unilateralmente que la oferta se considerará aceptada en ausencia de contestación del destinatario.

141 PERALES VISCOSILLAS, *Comentario...*, op. cit. pag.118.

142 En este mismo sentido Díez PICAZO, en *La compraventa internacional de mercaderías ... cit.*, pág. 181.

formación del contrato. Dicho momento dependerá del sistema adoptado, que igualmente puede ser el de la emisión, el de la recepción o el de la comunicación¹⁴³.

La Convención regula la aceptación distinguiendo varios supuestos, de la siguiente manera:

Según el artículo 18.2, la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. Se consagra de esta manera el sistema de la recepción. Ahora bien, el mismo artículo prevé el caso según el cual si la aceptación no llega al destinatario dentro del plazo fijado, o si no se hubiere fijado plazo, dentro de un plazo *razonable*,

“...habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente”,

caso en el cual, la aceptación no surtirá efectos.

En cuanto a la oferta verbal, la Convención, dispone que ésta se debe aceptar de manera inmediata, “...a menos que de las circunstancias resulte otra cosa”, de acuerdo con el artículo en comento.

Finalmente debe anotarse, el caso de la aceptación tácita, de aquella que se efectúa con *actos inequívocos de ejecución contractual*, o por el silencio. De la interpretación armónica de los supuestos contenidos en el artículo 18 de la

143 En el libro de la profesora PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, cit. puede verse la forma como se perfecciona el contrato en el derecho estadounidense, a partir de la teoría del *mail box rule* o regla del buzón, conforme a la cual “...la regla predominante y profundamente asentada acerca del momento de perfección del contrato es la teoría de la expedición o, más popularmente conocida en este sistema jurídico, como la *mailbox rule* porque una carta o un telegrama se entienden enviados respectivamente cuando se dejan al control de la oficina de correos o de telégrafos o a uno de sus empleados autorizado para recibir cartas o mandar telegramas”. Cit., pág. 187. Igualmente sobre la teoría del *mail box rule* y el caso *Adams Vs. Lindesell* de 1818 que le dio origen, puede verse la misma obra, pág. 187 y a FARNSWORTH, *Contracts*, pág. 176 y sigs. El caso se refiere a una aceptación que a pesar de ser emitida en tiempo, llega tarde al destinatario, a pesar de que el aceptante hizo todo lo que estaba a su alcance para emitir adecuada y temporáneamente su manifestación de voluntad. En este caso se entiende que la aceptación está ya fuera de control del aceptante. A partir de aquí la jurisprudencia norteamericana construirá los casos en los cuales se puede revocar la oferta. *Vid.*, más ampliamente *Restatement (second) of contracts* §63 y la referencia a los precedentes jurisprudenciales en la obra de la profesora PERALES, pág. 187 y sigs. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales se ha aceptado que si la revocación de la oferta llega cuando la aceptación ya ha sido enviada, aquélla no produce efectos, pretendiendo proteger de esta manera al destinatario de la oferta. “Esto conduce a dos consecuencias perfectamente claras: “a) la pérdida o la demora apreciable de las comunicaciones enviadas por esos medios son de cuenta del oferente; b) una aceptación enviada por correo prevalece sobre una declaración revocatoria del oferente enviada con anterioridad, pero que llega al aceptante con posterioridad al envío por éste de su aceptación”. PERALES, *ibidem*, *op. cit.*, pág. 189.

Convención, se desprende en primer lugar que el silencio o inacción por sí solos no valen como aceptación, sino que deben ir acompañados de actos de ejecución y que éstos deben comunicarse al destinatario como regla general. En segundo lugar la Convención requiere que en virtud de lo dispuesto en la oferta, por prácticas usuales entre las partes o por las costumbres, el destinatario pueda indicar su asentimiento ejecutando un acto

“... relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido...”

según el párrafo 2 del artículo 18. En este caso no se requiere que el destinatario, es decir el oferente, tenga noticia de tal acto.

Sobre este punto disentimos de una conclusión sostenida por Díez Pícazo en los siguientes términos

“De acuerdo con este sistema, si los presupuestos adicionales del apartado tercero del artículo 18 no se dan, es carga del aceptante comunicar, por cualquier medio, al oferente la ejecución de los actos y, si no o (*sic*) hiciera, los actos quedan ejecutados a su propio riesgo, porque el oferente, antes de la llegada de la indicación del asentimiento, puede todavía revocar la oferta”¹⁴⁴.

La razón que nos lleva a disentir de la autorizada opinión es la siguiente: si por el hecho de haberlo indicado en la oferta, o por usos contractuales anteriores entre las partes, o bien por las costumbres, se asume que la aceptación se podrá hacer por el silencio o de manera tácita, siempre acompañada de un acto de ejecución del contrato, sin necesidad —para que produzca efectos— de comunicarlo al oferente, se le está relevando como consecuencia, de la obligación o carga de darle a conocer tal asentimiento. Por ende, tampoco consideramos acertada la posición sobre la posibilidad de revocar la oferta en el mismo caso¹⁴⁵.

144 *Vid. La compraventa...* cit., pág. 183.

145 En este sentido ADAME GODDARD, quien manifiesta: “Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos, cuando se produce una aceptación por un acto, el aceptante envía también una comunicación al oferente, mediante la cual le indica que ya realizó el acto, por ejemplo, que ya envió las mercancías o un cheque. Pero aun cuando exista esa comunicación, el contrato se perfecciona, si se cumplen los presupuestos previstos en ese párrafo tercero, al momento de realizarse el acto y no al momento de recibirse la comunicación de que se realizó; en consecuencia, si el acto se produce en el plazo fijado por la oferta, el contrato se perfecciona, aun cuando la comunicación del acto llegue al oferente después de hacer expirado dicho plazo” ADAME GODDARD, JORGE, *op. cit.*, pág. 109.

Los *Principios de UNIDROIT* consagran para la aceptación el *sistema de la recepción*, al expresar el artículo 2.6 (2);

“La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente”.

Quienes redactaron los *Principios* consideraron más sensato poner en cabeza del aceptante el riesgo de la transmisión, pues éste es el que escoge el medio de comunicación, y es quien podrá adoptar las medidas necesarias para asegurarse que la aceptación llegue a su destino¹⁴⁶.

Pero, admiten también la posibilidad de que en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifieste su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, caso en el cual la aceptación producirá efectos cuando dicho acto sea ejecutado, sin importar si quien hizo la oferta es informado de la misma (art. 2.6 (3). Es decir, el *sistema de la declaración o aprobación*.

No obstante lo anterior cabría también el *sistema de la información* en aquellos casos en que se informa al oferente de los actos que constituyen aceptación de la propuesta¹⁴⁷.

Baste finalizar este acápite haciendo la necesaria referencia del artículo 24 de la Convención, que define el significado de la palabra “llega”. En efecto, este artículo dispone:

“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”.

Esta disposición que es concordante con el sistema de la recepción incluido en la Convención, se aplica no solamente a la aceptación, sino y por el contrario a

146 Cfr. Comentario 4 al artículo 2.6.

147 Esta posibilidad si bien no se encuentra contemplada en el artículo 2.6, es admitida en el comentario al mismo en los siguientes términos: “En los demás casos (v.gr. cuando la conducta consista en el pago del precio o el embarque de mercaderías por vía aérea o por otro medio de transporte rápido) bien se podría lograr el mismo efecto si el banco o el porteador informan al oferente de la transferencia de fondos o la consignación de las mercaderías”.

todas las disposiciones donde se aplique el sistema de la recepción, como son los artículos 14 a 22, 47¹⁴⁸, 48¹⁴⁹, 63.2¹⁵⁰, 65¹⁵¹, y 79¹⁵².

148 “Artículo 47

1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.
2. El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento”.

149 “Artículo 48

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.
2. Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.
3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.
4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2. o al párrafo 3. de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador”.

150 “Artículo 63

1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.
2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento”.

151 “Artículo 65

1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.
2. El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciera uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante”.

152 “Artículo 79

1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.
2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:
 - a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

2.3.5. Requisitos de la aceptación

Así como la oferta contiene unos requisitos para su validez y obligatoriedad, la aceptación también los requiere. Debemos anunciar que, dichos requisitos no son iguales en los sistemas legales y que es un aspecto de no fácil solución.

Para su determinación y análisis, seguiremos el planteamiento legal, esbozando algunas posturas doctrinales y del derecho comparado que nos permitan entender de una mejor manera este aspecto.

2.3.5.1. Pura y simple. La contraoferta

En el derecho mercantil han surgido varias teorías sobre las condiciones en que debe expresarse la oferta. La primera de ellas, conocida en el derecho anglosajón como *regla del espejo*, o *mirror image rule*¹⁵³, la aceptación debe ser *pura y simple*, entendiéndose por tal el asentimiento liso y llano, es decir; que el acto de aceptación del destinatario de la oferta no adicione ningún elemento al acto del oferente, pues si esto llegare a suceder, debemos entender que la oferta original se agota y, la aceptación pasa a ser ahora una oferta, o más bien, una contraoferta, donde, además, el original oferente ahora pasa a ser destinatario de la nueva oferta.

Como consecuencia de la regla del espejo se ha construido la regla del último disparo¹⁵⁴, o última palabra, según la cual se invierten los roles originales oferente-destinatario¹⁵⁵ y que significa lo siguiente: en caso de que el destinatario de la oferta original haya aceptado, introduciendo algún elemento en la aceptación, que la oferta original no contemplaba o cambia cualquiera de las disposiciones de la

b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento”.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

153 MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, cit, pág., 94.
PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, cit, 1996, pág. 630. DIEZ PICAZO, *Compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 187.

154 MARTÍNEZ GALLEGO, cit., pág. 94.

155 DIEZ PICAZO, cit., pág. 187.

oferta, siguiendo la regla del espejo se asumirá que el original oferente ahora es destinatario de la contraoferta, y que en el caso de llegar a ser aceptada traerá como consecuencia natural la formación del contrato, integrado entonces, por los términos contenidos en la contraoferta.

Esta teoría ha sido criticada por la doctrina internacional, que la ha considerado inconveniente, inequitativa, y extremadamente rigurosa¹⁵⁶. Lo segundo, pues coloca en una situación de total desventaja al aceptante, al no poder discutir los términos de la oferta, contrariando de esta manera la supuesta igualdad entre los contratantes y la libertad contractual que debe primar como principio general. Las dificultades prácticas son también evidentes al tratar de determinar cuál fue la última oferta y cuáles son los términos que rigen el contrato, situación de incertidumbre que en nada favorece el desarrollo de los negocios.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional regula el requisito de la aceptación y la contraoferta¹⁵⁷, así:

“Artículo 19

1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

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

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

¹⁵⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 96.

¹⁵⁷ De manera similar el artículo 2.11 de los *Principios UNIDROIT*:

(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.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que, pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones 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”.

El numeral 1 del artículo 19 se matricula dentro de la teoría del espejo, siendo explícita en enunciar que la respuesta a la oferta que contenga limitaciones, adiciones u otras modificaciones, se considera como contraoferta.

Sin embargo, el numeral 2 de dicho artículo, permite que la referida respuesta se configure como aceptación, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que los elementos incluidos en la respuesta no alteren de manera sustancial los de la oferta.
- b) Que “sin demora injustificada” el oferente no objete la respuesta de manera verbal o por escrito. Si éste no objeta el contrato se entiende que se dio la aceptación de la oferta, incluyendo las nuevas condiciones.

Esta es, según la profesora PILAR PERALES, la regla que reconoce la práctica internacional, así como la práctica judicial de varios países, que se apartan del rigor literal de la regla del espejo que contradice la *compleja realidad comercial*¹⁵⁸.

No es claro sin embargo el texto vienés, en determinar qué se entiende como “demora injustificada” cuestión ésta que quedará para ser solucionada por los jueces del caso concreto.

Siguiendo a HONNOLD, podemos identificar dos momentos en la norma, el primero consiste en que el destinatario de la modificación introducida en la aceptación (es decir, el original oferente), no objeta dicho acto. En ese caso, las partes quedarían obligadas por el contrato que se perfecciona y se integra con los elementos de la oferta y las modificaciones que haya introducido la aceptación¹⁵⁹.

La otra posibilidad, también analizada por HONNOLD, podría consistir en que el oferente objeta si demora injustificada ya de manera verbal o escrita tal modificación. En este caso, no habrá contrato, pues la contraoferta no se aceptó¹⁶⁰.

En cuanto a las *estipulaciones que cambian sustancialmente* las de la oferta; no es posible determinarlas en forma abstracta¹⁶¹, sino por el contrario, debe ser tenido

158 PERALES VISCASILLAS, *Comentario... op. cit.*, pág. 134.

159 HONNOLD, cit., págs. 216 y 217.

160 HONNOLD, cit., pág. 219.

161 Véase el comentario 2 al artículo 2.11. de los *Principios UNIDROIT*: “Normalmente, aunque no necesariamente, constituirán modificaciones sustanciales a la oferta aquellos elementos adicionales o diferentes que se refieran al precio o forma de pago, al lugar y tiempo de cumplimiento de una obligación no dineraria, al ámbito de la responsabilidad de una parte respecto a la otra o a la solución de controversias”.

en cuenta en el caso concreto, es decir, dependiendo de cuáles sean los elementos del contrato cuya celebración se esté ofreciendo, así como si son elementos adicionales o diferentes a los regularmente utilizados en la rama comercial de que se trate, para ver si la modificación no altera la naturaleza del contrato. También deberá atenderse a la intención de los contratantes, así como a la obligación de actuar de acuerdo con los postulados de la buena fe y lealtad negocial.

Debe anotarse finalmente, que la Convención en el artículo 19.3, enumera de manera no taxativa a nuestro modo de ver, algunos casos de elementos que se consideran adicionales o diferentes para efectos de entender que se alteran sustancialmente los términos de la oferta. Estos son: el precio, el pago, la calidad y cantidad de mercaderías, el lugar y la fecha de entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o la solución de las controversias. Sin embargo, creemos que esta enumeración no limita la posibilidad de que aparezcan otros elementos que de acuerdo con los usos o costumbres, o prácticas anteriores entre las mismas partes, permitan entender que su exclusión alteraría de manera sustancial la oferta.

La solución no deja de recibir críticas. Por ejemplo, HONNOLD, entre otros, manifiesta que todas las modificaciones que se consideran sustanciales, conforme al párrafo 3 del artículo 19 son sustanciales al contrato de venta, cubren la

“...mayoría de aspectos de un contrato. Como resultado, la mayoría de las causas entrarán dentro de la norma tradicional, establecida en el párrafo 1 ...”¹⁶².

En frente de otros contratos, (y tomando en este punto la previsión de que los *Principios de UNIDROIT* pueden entrar a regular cualquier tipo de contratos), deberá atenderse a la determinación de los elementos esenciales del contrato prometido.

Es muy similar la posición que finalmente adopta la Convención, a la que es seguida por el derecho norteamericano, donde el tema se regula en el *Uniform commercial code* de manera contraria a la regla de la teoría del espejo y la del último disparo, toda vez que en la sección § 2-207 se dispone:

“1. Una definitiva y tempestiva expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada en tiempo razonable se considera como aceptación, aunque existan términos adicionales o diferentes de los ofrecidos o acordados a menos que la aceptación esté expresamente condicionada al asentimiento sobre los mencionados términos adicionales o diferentes.

162 *Ibidem, op. cit.*, pág. 219.

1. Los elementos adicionales deben estar contruidos como propuestas de adición al contrato y, entre comerciantes, estos elementos pasan a formar parte del contrato, a menos que:

- (a) la oferta expresamente limite la aceptación a los propios términos de la oferta;
- (b) los elementos adicionales modifiquen sustancialmente la oferta; o
- (c) que el oferente formule objeciones dentro de un tiempo razonable después de la aceptación.

2. La conducta llevada a cabo por ambas partes que signifique reconocimiento de un contrato es suficiente para que quede establecido un contrato de compraventa, aunque los escritos de las partes no lo establezcan. En este caso, el contenido del contrato estará formado por aquellas partes de los términos de las declaraciones que coincidan y por cualesquiera otras reglas complementarias emanadas de las disposiciones de esta ley”¹⁶³.

Esta solución que da el derecho norteamericano es fiel a la teoría del *knock out rule*, según la cual el contrato se ha perfeccionado, y las cláusulas contradictorias entre la oferta y la aceptación se anulan, sin que por ello los términos originales de la oferta caduquen.

En este apartado es del caso hacer mención a la batalla de formularios, situación que consiste en el conflicto que surge entre cláusulas predisuestas e incorporadas a los formularios de oferente y aceptante, cuando ambas son diferentes. Los

163 La traducción es de LUIS DíEZ PICAZO y ha sido tomada de la obra *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, cit., págs. 188 y 189*. La versión original en inglés dice:

§ 2-207. 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.*

problemas podrán surgir posteriormente a la celebración y ejecución del contrato, al tratar de determinar cuáles son los términos que integran el contrato¹⁶⁴.

HONNOLD describe magistralmente la situación de la siguiente manera:

“La rápida carrera, la producción regularizada ha sido acompañada por unas medidas de aceleración en la fijación y aceptación de las órdenes: los instrumentos centrales en este proceso son los formularios impresos como orden de compra y orden de venta. La parte principal del formulario tiene unas líneas en blanco y unos espacios donde el vendedor o comprador establecen la descripción, cantidad y precio y otros aspectos concretos de la transacción; la parte principal del formulario también establece que los términos adicionales y condicionales aparecen al dorso del formulario”.

“Los formularios preparados por los vendedores incluyen disposiciones que limitan la responsabilidad si se tropieza con dificultades de suministro o producción, y limitan la responsabilidad por defectos de las mercaderías –particularmente la responsabilidad por daños consecuentes–. Los formularios preparados por los compradores tienden a insistir en diferentes puntos por supuesto. En transacciones rutinarias, estos formularios son intercambiados y las mercaderías son suministradas sin prestar atención a las disposiciones divergentes al dorso de los formularios”¹⁶⁵.

Tal como lo señala el autor, las negociaciones siguen adelante con el transporte, pago y recepción de las mercaderías.

Basados en los ordenamientos jurídicos nacionales, se han construido diferentes posibles soluciones, como pasamos a mencionarlo:

La primera, simplemente aplicaría las reglas de la oferta y la aceptación, para indicar, como sucede en el caso de la legislación colombiana, que toda aceptación que pretenda ser una oferta e incluya términos diferentes a ésta se configura como una contraoferta que a su vez deberá ser aceptada o rechazada por el original oferente. Los términos que regirán el contrato serán los que fueron formulados por el destinatario de la primera oferta, si es que a ellos adhirió el oferente original mediante actos de ejecución contractual, o –bajo los parámetros en que el silencio pueda valer como aceptación–, por la inacción, o por no haberlos rechazado dentro

164 HONNOLD, *cit.*, pág. 165, FOLSOM. GORDON. SPANOGLE, *cit.*, pág. 33, PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato ...*, *cit.*, pág. 694. 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*” Pace law school, Institute of International Commercial Law. <http://www.cisg.law.pace.edu>.

165 HONNOLD, *cit.*, pág. 165.

del término con que según el caso cuente para ello¹⁶⁶. Esta solución, es una aplicación de la teoría del espejo y el último disparo.

La doctrina ha rechazado esta posición, pues tal como lo señala la profesora PERALES VISCASILLAS, se considera que es arbitraria, ya que tiende a favorecer al último que envía el formulario, favorece su utilización de mala fe, su utilización es demasiado mecánica y formal, y favorece el efecto *ping-pong*¹⁶⁷.

Otra postura soluciona el conflicto entre formularios aplicando la teoría del *knock out rule*. Según ésta, el contrato se ha perfeccionado aunque el contenido del mismo sea incompleto, las cláusulas contradictorias se anulan, sin que por ello el contrato original también lo haga, ni que la última respuesta se entienda como contraoferta.

Los Principios de UNIDROIT consagran la teoría del *knock out* en los siguientes términos:

“Artículo 2.22. (Contradicción entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado con base en lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean substancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiera indicado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado y sin demora así lo comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato”.

Así entonces, si ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto a lo referente a dichas cláusulas, el contrato se entiende celebrado con base en lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar comunes, salvo que una de las partes hubiera indicado claramente con antelación o sin demora después de celebrado el contrato su intención de no quedar obligado.

La solución antedicha, de alguna manera es similar a la consagrada en el UCC norteamericano en la sección 2-207, que hemos citado anteriormente.

166 OVIEDO ALBÁN, JORGE; URBINA GALIANO, LIZA; POSADA NÚÑEZ, LAURA, “La formación del contrato en los *Principios de UNIDROIT* sobre contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas)”, en *Vniversitas* 96, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio de 1999, pág. 221.

167 PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato*, cit., pág. 698 y sigs.

El contrato se forma entonces de acuerdo con los términos originales, aplicándose para los contradictorios, la teoría del *knock out*¹⁶⁸.

Refiriéndonos a la batalla de formularios en la Convención de Viena, sea del caso anotar que las posiciones giran en torno a la aplicación de la teoría del último disparo, la no regulación de la misma por la Convención, o la aplicación de la regla *last shot rule*¹⁶⁹, según la cual serían los términos del aceptante los que controlarían el contrato. Creemos que la solución podría encontrarse en el artículo 19 de la cv, distinguiendo los dos supuestos de la norma, es decir: si los términos de la aceptación representan cambios sustanciales en la oferta o no. Si lo primero, entonces aplicaremos el artículo 19.1, caso en el cual regiría la regla del espejo y la aceptación sería una contraoferta. Si lo segundo, entonces acudiríamos al artículo 19.2, según el cual, si el oferente original no objeta verbalmente la discrepancia o envía una comunicación en tal sentido, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Igualmente es del caso mencionar en esta sede, el problema surgido con las famosas *cartas de confirmación*.

En la práctica contractual, nacional e internacional¹⁷⁰, se presenta el hecho según el cual con posterioridad a la aceptación, se envía una carta de confirmación, la que introduce elementos nuevos diferentes a los estipulados en el contrato, o

168 Véanse más ampliamente sobre la sección 2-207 del UCC, en PERALES VISCASILLAS, *La batalla de los formularios...* cit., y en *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, cit., pág. 705 y sigs. Igualmente FARNSWORTH, *Contracts*, cit., pág. 166 y sigs. Algunos creen que la teoría del *knock out* en el UCC norteamericano se encuentra en la subsección 3 de la sección 2-207.

La conducta llevada a cabo por ambas partes que signifique reconocimiento de un contrato es suficiente para que quede establecido un contrato de compraventa, aunque los escritos de las partes no lo establezcan. En este caso, el contenido del contrato estará formado por aquellas partes de los términos de las declaraciones que coincidan y por cualesquiera otras reglas complementarias emanadas de las disposiciones de esta ley". Véase más ampliamente ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 95 y sigs.

169 Según la profesora PERALES, esta última es la posición más seguida. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, cit. *Vid. OLG Saarbrücken*, enero 13 de 1993, (UNILEX).

170 "El envío de una carta de confirmación tras la perfección del contrato de compraventa, se revela como una práctica muy habitual en las transacciones comerciales internacionales, así como en las nacionales. Su propósito es el de fijar por escrito lo previamente negociado, estableciendo una prueba documental de lo acordado, además de señalar los términos por los cuales el contrato se rige a efectos de eliminar o reducir las dudas o errores que puedan surgir". PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *Tratamiento de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, publicado en febrero 6 de 1998, <http://www.cisg.law.pace.edu>, pág. 1. Sobre este punto véase también ESSER, MICHAEL, *Commercial letters of confirmation in international trade: Austrian, French, German and wiss Law and Uniform Law Under the 1980 Sales Convention*, <http://www.cisg.law.pace.edu>, Pace Law School Institute of International Commercial Law, publicado también en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1988, págs. 427 a 460.

modifican los ya acordados, como puede ser: ampliación o reducción de términos para realizar el pago, variación del precio, u cualesquiera otras condiciones del contrato. También suele suceder que la parte destinataria de la carta de confirmación no objeta el contenido de la misma al momento de recibir. Los problemas pueden y suelen presentarse cuando las partes pretenden la ejecución de términos diferentes, la una de los contenidos en el contrato originalmente suscrito, y la otra los contenidos en la carta de confirmación no objetada por el destinatario de la misma, por lo menos durante un tiempo razonable.

En el derecho alemán, cuando se presenta silencio o inacción del destinatario de la carta de confirmación, y la relación es entre comerciantes, el silencio trae como efecto la aceptación de las modificaciones introducidas en la carta de confirmación¹⁷¹. Así, si no se objeta la carta de confirmación, el contrato se modifica, y estará compuesto por los términos originalmente pactados y los adicionados por medio de la carta de confirmación.

“A menos que el contenido de ésta difiera tan notablemente de lo previamente acordado que no sea razonable contar con la aprobación del destinatario”¹⁷².

Los requisitos señalados por la jurisprudencia alemana para que el silencio del destinatario de la carta de confirmación sea tenido como aceptación de la misma son¹⁷³:

1. Debe tratarse de negociaciones serias entre las partes precedidas de un acuerdo o encaminadas a llegar al mismo. En muchos casos estas negociaciones se realizan oralmente, por teléfono, télex. La carta de confirmación se da como una conclusión final.
2. La doctrina las aplica solamente a las transacciones comerciales. Requiere que el receptor de la carta de confirmación sea un comerciante.
3. Para no someterse a la carta de confirmación, el destinatario debe objetarla de manera inmediata. Las cortes alemanas son estrictas con respecto al tiempo en que el receptor demora en reaccionar. Una semana es considerada como demasiado tarde.

171 PERALES VISCASILLAS. *Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación... op. cit.* pág. 2.

172 *Ibidem, op. cit.*, pie de página nº 7. Igualmente ESSER “*The Bundesgerichtshof held in several cases that a confirmation letter cannot change the content of the oral contract if it deviates from the original agreement to such an extent that the sender could not have reasonably expected the other party’s approval*”.

173 ESSER, MICHAEL, *op. cit.*

4. Quien envía la carta de confirmación debe actuar de buena fe. Esta condición es considerada especialmente importante en las situaciones donde el acuerdo no ha sido todavía concluido o cuando la carta contiene términos diferentes del acuerdo oral.

Se distingue en el derecho alemán a la carta de confirmación en los términos que la hemos explicado, de la confirmación de una orden (*auftragsbestätigung*), que en estricto sentido es una aceptación o una contraoferta, y el remitente sabe que el contrato no ha sido concluido y que tal orden de confirmación puede servir para alcanzarlo.

En el sistema jurídico español, las cartas de confirmación son tratadas como propuestas de modificación del contrato original, y se entenderán aceptadas previa declaración expresa de las mismas, o por actos concluyentes (retirada de la mercancía, pago de la factura, etc.),

“... si así se deduce de las relaciones entre las partes, de los usos o de la buena fe”¹⁷⁴.

En el sistema jurídico norteamericano, la sección 2-207 del *Uniform Commercial Code*, regula los términos adicionales en la aceptación o en la confirmación,

“Particularmente se ha señalado por la jurisprudencia que no es posible una confirmación de un contrato condicionada al asentimiento por el destinatario de todos sus términos porque significaría imponer condiciones a un contrato que ya ha sido previamente perfeccionado”¹⁷⁵.

De manera general, de acuerdo con la sección 2-207 (2) los términos o elementos adicionales se consideran como propuestas de adición o modificación al contrato, y pasarán a formar parte del mismo a menos que:

- a) La oferta expresamente limite la aceptación a los propios términos de la oferta,
- b) dichos elementos adicionales modifiquen sustancialmente los términos de la oferta, o el oferente objeto dentro de un término razonable¹⁷⁶.

174 PERALES, *op. cit.* pág. 2.

175 *Ibidem*, *op. cit.* pág. 2.

176 *Vid*, CALAMARI, JOHN; PERILLO, JOSEPH, *The law of contracts*, fourth edition, Hornbook series, West group, St. Paul, Minn., 1998, §2.21, pág. 103.

En cuando a los términos contradictorios, autores como CALAMARI y PERILLO piensan que la solución debe ser distinta a cuando son términos adicionales, en el entendido de que estos términos no entran a formar parte del contrato. El contrato estará regulado en ese caso por los términos originalmente expresados y acordados, los términos coincidentes en la confirmación y los términos supletivos de la subsección 2 del UCC¹⁷⁷.

La Convención de Viena, tampoco se refiere expresamente a las cartas de confirmación, sin embargo, la doctrina se encuentra dividida sobre el punto. Algunos plantean que el vacío debe llenarse con las normas que resulten aplicables mediante el conflicto de leyes, y otros como GARRO¹⁷⁸, que se encuentra regulado por los *Principios UNIDROIT*.

Los Principios, permiten la viabilidad de las cartas de confirmación de la siguiente forma:

“Artículo 2.12.

(Confirmación por escrito)

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”.

El punto de los términos que alteren sustancialmente los elementos del contrato así como la objeción deben analizarse en cada caso concreto, conforme se señala en el comentario al artículo citado.

En general se ha llegado a entender que si los términos de la carta de confirmación no modifican substancialmente el contrato original, pasan a ser parte de éste, pero si lo modifican o añaden elementos que lo alteren substancialmente, no pasan a ser parte de él. Se excluye la posibilidad de que el simple silencio del destinatario de la carta de confirmación constituya aceptación de la misma.

177 *Ibidem, op. cit.*, pág. 110, la profesora PERALES piensa que “En cuanto a los términos diferentes se aplicará la *knock out rule* de la sección 2-207 UCC...”. *Ibidem, op. cit.*, pág. 3.

178 GARRO ALEJANDRO, “*The Gap Filling Role of the UNIDROIT Principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG*”, *Tulane law review*, 1995, n° 69, pág. 1168. PERALES MARÍA DEL PILAR, *Las cartas de confirmación...* cit. pág. 3.

Al no estar regulado tal aspecto por la Convención, debe entenderse en principio, que se trata de una propuesta de modificación del contrato¹⁷⁹. Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta la disposición del artículo 18 de la Convención según la cual el simple silencio o inacción, por sí solos no constituyen aceptación. Se requerirá en consecuencia una declaración o acto del destinatario que indique asentimiento de la propuesta de modificación, según las voces del mismo artículo 18.

Sin embargo debe tenerse en cuenta en este punto los precedentes jurisprudenciales sobre el particular, en el entendido de que por los usos del tráfico o las prácticas contractuales, el silencio valga como aceptación, caso en el cual se aplica en artículo 9¹⁸⁰. A esta conclusión llegó el Tribunal Civil de *Basel-Stadt* (Suiza) en fallo de 21 de diciembre de 1992, al cual nos hemos referido anteriormente.

De todas formas debe tenerse en cuenta en el anterior fallo citado que el tribunal sume que el silencio en la aceptación de la carta de confirmación tiene valor, toda vez que es una figura que tiene valor tanto en Suiza como en Austria. Subrayamos el requisito de contemplado en el artículo 9.2 de la Convención, en el sentido de que el uso debe ser ampliamente conocido en el comercio internacional y observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Tal vez no podría llegarse a la misma conclusión, cuando el uso sea habitual en el Estado de uno de los contratantes, mas no en el del otro¹⁸¹⁻¹⁸².

179 En igual sentido PERALES VISCASILLAS.

180 No sobra recordar el texto del artículo 9.1 "Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas".

181 Sobre este punto el fallo de *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* de 5 de julio de 1995, cuyo resumen (CLOUT) se transcribe a continuación:

"El demandante, u productor de chocolate francés, y el demandado, un comprador alemán, negociaron la entrega de chocolate. El vendedor envió una carta de confirmación a la que el comprador no respondió. Después de la entrega, el vendedor presentó una demanda exigiendo el pago pendiente del precio de compra, argumentando que se había celebrado un contrato porque el comprador no había rechazado la carta de confirmación. Al rechazar la reclamación el tribunal de primera instancia, el vendedor apeló.

El tribunal sostuvo que no se había celebrado un contrato por medio de una carta de confirmación que no había recibido respuesta. Aunque existe un uso comercial establecida (*sic*) por el que se reconoce la falta de respuesta como celebración de contrato en la jurisdicción del establecimiento del destinatario, debido al carácter internacional de la CIM, se debe prestar atención únicamente a los usos comerciales conocidos en la legislación tanto en la jurisdicción del oferente como en la del destinatario (párrafo 2) del artículo 9 de la CIM). Además, los efectos jurídicos del uso comercial deben ser conocidos por ambas partes.

Pese a dicho veredicto, el tribunal admitió la apelación del vendedor. Dictaminó que ya se había celebrado un contrato entre las partes antes de la carta de confirmación"

182 *Vid.*, comentario de PERALES VISCASILLAS en *Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*, *Cit.*

En los *Principios de UNIDROIT* (artículo 2.12 citado) si se permite que la carta de confirmación sea aceptada por el silencio, toda vez que el referido artículo expresamente señala que los términos adicionales o diferentes contenidos en la carta de confirmación pasan a integrar el contrato, a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario sin demora injustificada, objete la discrepancia¹⁸³.

En otro precedente jurisprudencial se tuvo a la carta de confirmación como una contraoferta, carente de validez al no haber existido aceptación por parte del destinatario de la misma¹⁸⁴.

Para finalizar este acápite vale la pena referirnos a las facturas, que usualmente son expedidas por el vendedor con posterioridad a la celebración del contrato. Normalmente en ellas se incorporan elementos atinentes a la ejecución del contrato, como son: precio y mercaderías objeto del contrato, cantidades, entre otras. El

183 En el comentario al artículo, los redactores de los *Principios* señalan: “La regla conforme a la cual el silencio de la parte que recibe un escrito de confirmación es equiparado a su aceptación del contenido en el escrito, incluyendo cualquier modificación no sustancial de los términos previamente acordados, presupone que dicho escrito de conformación (*sic*) es enviado “dentro de un plazo razonable con posterioridad” al perfeccionamiento del contrato. Todo documento de este tipo enviado después del plazo que, de acuerdo a las circunstancias, resulte no razonable, carece de valor y el silencio de la parte que recibe no puede ser interpretado en un futuro como aceptación de su contenido”. En *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, 2ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en <http://www.unidroit.org>, pág. 45.

184 “Una empresa francesa hizo un pedido de embalajes exteriores para galletas a una empresa italiana. La sociedad italiana remitió la hoja de pedido que le había enviado la sociedad francesa, en cuyo reverso figuraba una cláusula de sometimiento al tribunal mercantil de París, con la firma de su representante. Transcurridos diez días, la empresa italiana confirmó el pedido remitiendo sus condiciones de venta en las que se incluía una cláusula de sometimiento a la jurisdicción del Tribunal de Tortona.

El comprador francés, considerando que los embalajes que le vendieron eran defectuosos, demandó al vendedor ante el Tribunal Mercantil de París. El vendedor se opuso a la demanda presentando una excepción por falta de competencia en virtud de los artículos 18 y 19 d2) de la CIM, pero el Tribunal Mercantil de París se declaró competente.

Para determinar su competencia el Tribunal de Apelación de París decidió que la CIM era aplicable, ya que el contrato de compraventa se había concertado entre dos contratantes cuyos establecimientos se encontraban en dos estados diferentes, ambas partes en la CIM (artículo 1 1a).

El tribunal señaló que, de acuerdo con el artículo 18 2) de la CIM, el contrato se formó en el momento en que la sociedad francesa recibió la hoja de pedido. No obstante, consideró que, al no existir una referencia expresa en el anverso de la hoja de pedido a las condiciones de la compraventa que figuraban en el reverso, no podía entenderse que el vendedor las hubiere aceptado. De igual modo, el tribunal rechazó la aplicación de las condiciones generales de la compraventa de la sociedad italiana en razón a que la confirmación de la orden de pedido, al ser posterior a la formación del contrato, debía entenderse como una contraoferta en el sentido del artículo 19 1) de la CIM, y carecía de toda validez al no existir aceptación por parte del comprador”. Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 13 de diciembre de 1995, *Società Isea industrie spa* y otros contra *SA Lu* y otros. Naciones Unidas, Comisión para el Derecho Mercantil Internacional. Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, en <http://www.uncitral.org>. Igualmente comentario de PERALES VISCASILLAS, en *Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación, ... cit.*

contrato mismo no debe confundirse con la factura, pues aquél es anterior a ella, la que sólo estará sirviendo como medio de prueba del contrato¹⁸⁵. Los problemas

185 Sobre la posibilidad de probar la existencia del contrato con una factura téngase en cuenta la decisión de la Comisión para la protección del Comercio exterior de México de 4 de mayo de 1993, en relación con el dictamen de reclamación deriva de una operación de comercio exterior entre los particulares José Luis Morales y/o Son Export S.A. de C.V., de Hermosillo, Sonora, México y Nez Marketing de Los Ángeles, California, Estados Unidos de América del Norte. El señor José Luis Morales y/o Son Export S.A. de C.V., solicitó la intervención de este organismo a efecto de hacer posible el cobro de us Dlls. 15,700.00, cuyo monto original ascendía a us Dlls. 20,000.00, derivados de la compraventa de ajo morado efectuado a la empresa Nez Marketing. El quejoso basó su reclamación en los siguientes hechos:

La decisión de la Comisión para la protección del Comercio exterior de México de 4 de mayo de 1993, en relación con el dictamen de la reclamación deriva de una operación de comercio exterior entre los particulares José Luis Morales y/o Son Export S.A. de C.V., de Hermosillo, Sonora, México y Nez Marketing de Los Ángeles, California, E.U.A.

I. Mediante escrito de fecha 12 de agosto de 1992, la Dirección Estatal de BANCONMEXT en Hermosillo, Sonora, hizo llegar a esta comisión escrito inicial de queja firmado por el señor José Luis Morales y/o Son Export S.A. de C.V., quien solicitó la intervención de este organismo a efecto de hacer posible el cobro de us Dlls. 15,700.00, cuyo monto original ascendía a us Dlls. 20,000.00, derivados de la compraventa de ajo morado efectuado a la empresa Nez Marketing.

II. El quejoso basó su reclamación en los siguientes hechos:

a) Que el 8 de mayo de 1992, la empresa Nez Marketing a través de la intermediación del señor Francisco Enríquez acordaron la compraventa de 24 toneladas de ajo morado, correspondientes a la cosecha de 1992 de ese producto, mismo que fue entregado en la ciudad de Nogales, Arizona el día 6 de mayo de 1992.

b) Se convino que el pago se haría en 4 cheques de us Dlls. 5,000.00, cada uno, los cuales serían cobrados por el quejoso los días 8, 14, 21 y 28 de mayo de 1992. Sin embargo, ninguno de estos cheques pudo ser cobrado, el primero por insuficiencia de fondos, y los restantes por cancelación de la cuenta, razón por la cual el quejoso viajó a la ciudad de Los Ángeles, CA., Estados Unidos de América del Norte para entrevistarse con la requerida y exigirle el pago. La requerida le entregó en ese acto un abono por la cantidad de us Dlls. 4,300.00.

c) Asimismo, el requerido informó al quejoso que ya se había hecho un abono de us Dlls. 3,700.00 a su favor a través del Sr. Francisco Enríquez. Sin embargo, el quejoso nunca recibió dicha cantidad ni facultó a dicha persona para recibir dinero a su nombre.

COMPROMEX consideró, entre otras cosas que la materia de la controversia consiste en el falta de pago de us Dlls. 15,700.00, a cargo de la firma requerida quien compró al quejoso mexicano la cantidad de 24 toneladas a ajo morado correspondientes a la cosecha de 1992, situación que ha quedado probada con la factura 007 expedida el 22 de abril de 1992 que obra en autos a fojas 57 del expediente respectivo radicado ante COMPROMEX.

Si bien es cierto que no existe contrato específico en su forma escrita sobre la operación de la compraventa, ésta debe entenderse como lo señala el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre contrato de compraventa de mercaderías, adoptado en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980, y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 17 de marzo de 1988, ratificado por los Estados Unidos de América el 11 de diciembre de 1986. Dicho artículo de la convención a la letra dice: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma...", por lo que es de suponer que existió la relación contractual entre quejosa y requerida en los términos de los incisos b y c del capítulo de resultandos de los cuales prueba con los siguientes documentos: factura 007 del 22 de abril de 1992 donde se indica el precio de us Dlls. 1,030.00 por tonelada haciendo un total de us Dlls. 24,915.70, mercancía que fue recibida por el conductor del transporte encargado de su traslado, asimismo la guía del transporte en la que se especifica que el destino final de la mercancía sería Nez Marketing, documentos probatorios que en fotocopia obra en autos a fojas 57, 58 y 59 del expediente respectivo radicado ante COMPROMEX.

COMPROMEX 4 de mayo de 1993, publicada en el *Diario Oficial* de 27 de mayo de 1993, págs. 17-20. Publicado en <http://www.uc3m.es/cisg>, Universidad Carlos III de Madrid, Área de derecho mercantil.

pueden suscitarse cuando en la factura se incluyan ya sea en el anverso o en el reverso de la misma términos adicionales o diferentes a los originalmente convenidos. PILAR PERALES distingue si se trata de condiciones colocadas al anverso de la factura, caso en el cual según ella el silencio del comprador al recibirla no implica una aceptación de las condiciones, y deben entenderse totalmente inoperantes. Por el contrario, según la autora citada, si las condiciones son colocadas en el anverso de la factura si significan oferta de modificación del contrato,

“... en cuyo caso ha de entenderse que la firma de la factura implica una aceptación de las modificaciones introducidas por este instrumento”.

De todas maneras, nos parece que así se incluyan en el anverso de la factura, no pueden entenderse como propuesta de modificación del contrato y por ello incorporadas al mismo ante el silencio del destinatario de las mismas, debe tenerse en cuenta la obligación de actuar de buena fe tanto en las operaciones de compraventa internacional, como en nuestro derecho interno. Podría pensarse que tal actuación por parte del vendedor, sería un acto que contraría la buena fe, y tales disposiciones se entenderían contra él, aplicando el artículo 4.6¹⁸⁶ de los *Principios UNIDROIT* sobre interpretación *contra proferentem*, para operaciones internacionales.

Sin embargo, téngase en cuenta que en el comentario al artículo 2.12 de los *Principios UNIDROIT* se incluye dentro del concepto “confirmación por escrito” las facturas. El comentario dice como sigue:

“Para los fines de este artículo, el concepto de “confirmación por escrito” debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo todo supuesto en que una parte utiliza facturas u otros documentos similares relativos al cumplimiento que detallen las características de un contrato que ha sido celebrado verbalmente o mediante un intercambio informal de correspondencia, siempre y cuando dicho (*sic*) práctica sea habitual en determinado ramo comercial y/o en el país en cuestión”.

Ante la duda y la discrepancia doctrinal, creemos que la herramienta indispensable para solucionar las dificultades suscitadas ante la expedición de facturas es la buena fe y la interpretación *contra proferentem*, según lo indicamos arriba.

186 “Si los términos de un contrato dictado por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”.

2.3.5.2. Temporánea u oportuna

Atrás mencionamos que la oferta tiene una duración, sea definida por el oferente o como lo estipule la ley, como ocurre en algunos sistemas. En la Convención la oferta debe aceptarse dentro del plazo fijado; en ausencia de plazo deberá hacerse dentro del plazo razonable según las circunstancias inclusive la velocidad del medio de comunicación utilizado¹⁸⁷.

En la Convención, el artículo 20 expresa:

“1. El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2. Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente”.

Así, en la Convención, para la aceptación dentro de un plazo fijo, rige el sistema de la remisión: el plazo de aceptación fijado en medio escrito comenzará a correr desde la entrega del telegrama para su transmisión, o desde la fecha de la carta o en su ausencia de la del sobre. La oferta por medios de comunicación instantánea, como son el teléfono, el télex u “otros medios” comienza a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario, es decir, sigue el sistema de la recepción. Creemos que dentro de lo que la Convención llama “otros medios de comunicación instantánea” caben los medios electrónicos.

Al hablar de la vigencia de la oferta, vimos que si ésta no es aceptada dentro del plazo, en principio caduca. Sin embargo, La Convención, consagra el ingenioso sistema de la aceptación tardía, según el cual aun cuando el oferente reciba con atraso la aceptación, el contrato surja a la vida jurídica. Así reza el artículo 21;

“1. La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

187 Véase el comentario hecho sobre la duración de la oferta. Para la eficacia de la aceptación, así como para la oferta, rigen los sistemas de la expedición, la recepción o la comunicación.

1. Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido”¹⁸⁸.

Así, la aceptación tardía se presenta cuando por una causa imputable al aceptante, ésta no llega en el término indicado en la oferta, siempre que el oferente, sin demora injustificada, informe de ello al destinatario o le envíe una comunicación. El contrato se considera celebrado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando el oferente informa al destinatario su intención de considerar válida la aceptación. Conforme a la interpretación dada en el comentario, obsérvese la incongruencia que existe entre éste y el tenor literal del artículo 2.9. Así, mientras éste dispone que la aceptación tardía producirá efectos si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido, (sistemas de la información y la remisión), en el comentario se afirma que:

“...el contrato se considera celebrado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando el oferente informa al destinatario su intención de considerar válida la aceptación tardía”, (sistema de la recepción).

Ante esta incongruencia, creemos que debe primar el tenor del artículo frente al comentario.

La demora en la transmisión, al contrario de la anterior, se presenta por una causa de la cual no es autor el aceptante, cuando la carta o cualquier otro escrito que contenga una aceptación tardía, indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación tardía surtirá sus efectos como aceptación, a menos que el oferente e informe al destinatario sin demora injustificada que para él la oferta ya había caducado.

188 En el mismo sentido el artículo 2.9 de los *Principios UNIDROIT*:

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión).

(1) No obstante, la aceptación tardía producirá efectos si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

(2) Si la carta o cualquier otro escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación tardía surtirá sus efectos como aceptación, a menos que, el oferente informe al destinatario sin demora injustificada que para él la oferta ya había caducado”.

En cuanto al requisito de que la aceptación tardía surtirá efectos y el oferente informa verbalmente al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido, no creemos, como pudiera pensarse en un primer momento, que el acto del oferente constituye una aceptación de una contraoferta. Al contrario, la norma se orienta a aceptar o permitir que la aceptación tardía valga, y que lo que produce el acto del oferente es precisamente informar al destinatario (aceptante tardío) sobre el efecto.

2.3.6. Retiro de la aceptación

Al igual que la posibilidad de retirar o revocar la aceptación, algunos sistemas permiten que la aceptación, así haya sido emitida y consistido en la intención del destinatario de la oferta de obligarse en el contrato propuesto, se pueda dejar sin efectos por un acto de voluntad del aceptante¹⁸⁹.

En la Convención, se permite el retiro de la aceptación de la siguiente manera:

“Artículo 22

“La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento”¹⁹⁰.

Recuérdese que conforme al artículo 18 de la Convención, la aceptación surte efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llega al oferente. La consecuencia lógica la propone el artículo 22 diciendo que antes de que esa aceptación llega al oferente, es decir, antes de que produzca efectos, el aceptante podrá retirarla.

Debe entenderse que en los casos en que la aceptación empiece a producir efectos de manera coetánea con la oferta, como es en la oferta verbal y/o telefónica, la aceptación no puede retirarse, toda vez que conforme con el mismo artículo 22,

189 En el derecho colombiano, tratándose de contratos de forma libre (consensuales en la terminología tradicional, artículo 1500 del Código Civil), una vez el aceptante remite la respuesta se entiende celebrado el contrato, así entonces, en este tipo de contratos no cabría el retiro. Tratándose de contratos de forma impuesta, (los reales y solemnes de la terminología tradicional), el contrato no se entiende perfeccionado con la simple remisión de la aceptación sino hasta que se observe la formalidad correspondiente. En estos contratos, hasta que no se cumpla con la formalidad requerida no se entiende que hay aceptación, por lo cual el destinatario de la oferta, podría en principio retirarse cumpliendo los postulados de la buena fe y lealtad negocial.

190 *Los Principios* de UNIDROIT permiten el retiro de la aceptación; el artículo 2.10 dispone:

“(Retiro de la aceptación).

La aceptación puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al oferente antes que la aceptación o simultáneamente a ella”.

debe mediar un tiempo entre la emisión de la aceptación y la entrada en efecto de la misma.

2.3.7. Lugar y el momento de celebración del contrato

Tratándose de compraventas internacionales, será de suma importancia poder establecer el lugar y momento en los cuales se celebró el contrato de compraventa, toda vez que de cumplirse con los requisitos generales de aplicación podrá determinarse si se aplica o no la Convención, o en caso contrario y de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, la ley aplicable al contrato¹⁹¹.

La Convención señala dos casos de los cuales se pueden derivar a su vez dos momentos de celebración del contrato. Los casos están contemplados en el artículo 18 por remisión del artículo 23, de la siguiente manera:

“Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

“Artículo 18

1. (...).

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

3. No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

191 En cuanto al momento de celebración del contrato, el Código de Comercio colombiano estatuye que se perfecciona en el momento en que el oferente reciba la aceptación de la propuesta (teoría de la recepción), sin embargo, el mismo artículo sienta las bases para presumir que el oferente ha recibido la aceptación, cuando el destinatario pruebe la remisión de la misma en los términos indicados en los artículos 850 y 851.

En consecuencia, las reglas son las siguientes:

- a. Dado que la aceptación empieza a producir efectos en el momento en que llegue al oferente, será éste el momento en que se entenderá perfeccionado el contrato, salvo en las ofertas y aceptaciones entre presentes, en cuyo caso el perfeccionamiento del contrato es casi coetáneo a la aceptación que se debe dar en el momento de oírse la oferta.
- b. En segundo lugar, y en el caso de que nos encontremos frente a una aceptación por ejecución, de la que hablamos al referirnos a la aceptación tácita, el perfeccionamiento del contrato se dará cuando dicha aceptación empieza a producir efectos, esto es: en el momento de ejecución de este acto, sin comunicación al oferente y siempre y cuando la ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en la norma.

La determinación de la perfección del contrato es importante para poder establecer varias situaciones jurídicas entre las cuales están: el incumplimiento del contrato, el momento a partir del cual se asumen riesgos, la responsabilidad por vicios derivados de la compraventa, la inclusión dentro del contrato de los términos especificados en la oferta, etc.

Las normas y temas de la Convención que señalan claramente la importancia en la determinación del momento de celebración, son:

- Artículo 42¹⁹².
- Artículo 55¹⁹³.

192 1. El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) En virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) En cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2. La obligación del vendedor conforme el párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) En el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

b) El derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

193 Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

- Artículo 68¹⁹⁴.
- Artículo 74¹⁹⁵.
- Artículo 79¹⁹⁶.

La Convención, en principio no dispone nada sobre el lugar de celebración del contrato¹⁹⁷, situación que deberá resolverse, según algún sector de la doctrina, por el derecho internacional privado conforme a las normas de conflicto¹⁹⁸. Nosotros

194 El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

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

196 1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

197 En cuanto al lugar de celebración del contrato, aspecto que cobra especial importancia sobre todo en lo relacionado con la determinación de la internacionalidad del mismo, el Código de Comercio colombiano estipula lo siguiente:

Artículo 864: "... salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente,..."

198 De este parecer es la profesora MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, quien afirma: "En cuanto al lugar de perfección del contrato, la convención no prevé una norma al efecto, por lo que creemos que es una cuestión que se gobierna por el derecho interno no uniforme", en *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, cit., en <http://www.cisg.law.pace.edu> Pace Law School Institute of International Commercial Law, pág. 35.

nos inclinamos por una posición distinta, afirmando que el lugar de perfección del contrato de compraventa internacional si es un aspecto regulado por la Convención, por lo cual no deberá acudir al derecho internacional privado para regularlo. Esta conclusión la derivamos del hecho de tener en cuenta que si la aceptación produce efectos cuando llegue al destinatario, en ese momento y lugar se entenderá perfeccionado el contrato, por lo que el tema lo habría resuelto el artículo 18 de la Convención. Solución distinta para cuando la aceptación se haga de forma tácita, toda vez que de acuerdo a la previsión explicada del artículo 18.2 cv, ésta se entenderá realizada una vez se haya emitido, luego en este caso el lugar de perfeccionamiento sería el del domicilio del aceptante de la oferta¹⁹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México, 1994.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, S.J. LUIS FERNANDO; GALÁN BARRERA, DIEGO RICARDO, *Derecho internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Estudios de derecho internacional n° 3, Bogotá D.C., 2001.
- AMATO, PAUL, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods The Open Price Term and Uniform application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts. Pace Law School Institute of International Commercial Law*, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- AUDIT, BERNARD, *La compraventa internacional de mercaderías*, convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980, traducción de RICARDO DE ZAVALÍA, ZAVALÍA editor, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- BONNECASE, JULIÁN, *Introducción al estudio del derecho*, traducción de JORGE GUERRERO, Temis, Bogotá, 2ª edición.
- BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, 1994.
- CALAMARI, JOHN; PERILLO, JOSEPH, *The law of contracts*, 4th edition, Hornbook series, West publishing Co., St. Paul, Minn., 1998.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO L.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS (directores) BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR (coordinadora), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO L.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Madrid, 1995.

199 Esta posición también tiene respaldo doctrinal. Vid. ADAME GODDARD, JORGE. *El contrato de compraventa internacional*, cit. pág. 115. Igualmente el comentario de la Secretaría de UNCITRAL. La versión en castellano de estos comentarios puede consultarse en: <http://www.uc3m.es/cisg>, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de derecho privado, Área de derecho mercantil. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM-CISG). CNUCCIM: España y Latinoamérica.

- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho internacional privado*, vol. 1, Editorial Comares, 2ª edición, 2000.
- Cámara de Comercio de Bogotá, autores varios, *El arbitraje en los conflictos económicos internacionales*, 1995.
- Cámara de Comercio Internacional, INCOTERMS 2000, Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales.
- CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. undécimo, De las obligaciones II, Editorial jurídica de Chile, Editorial Temis S.A., Bogotá 1992.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Santa Fe de Bogotá D.C., 1999.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I Introducción, Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO, LUIS (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, 1998.
- EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, *Código Civil alemán (BGB)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- EÖRSI, GYULA, *Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods*. 27 *American Journal of Comparative Law* (1979) 311-323, reproducido en Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- ESPINOSA PÉREZ, CARLOS ANTONIO, *El crédito documentario*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1990.
- ESSER, MICHAEL, “*Commercial letters of confirmation in international trade: Austrian, French, German andwiss Law and Uniform Law Under the 1980 Sales Convention*”, <http://www.cisg.law.pace.edu>, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, publicado también en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1988.
- FANSWORTH, E. ALLAN, *Contracts*, third edition, Aspen Law & Business, United States, 1999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Citivas, 2001.
- FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, traducción de ALBERT LAMARCA I MARQUÉS, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.
- FOLSOM, RALPH H.; GORDON, MICHAEL WALLACE; SPANOGLEE, JOHN, JR. JOHN A., *International Business Transactions*, second edition, West Group, St. Paul, Minn., United States, 2001.
- FOLSOM, RALPH H.; GORDON, MICHAEL WALLACE, SPANOGLEE, JOHN A., *International Business Transactions in a nut shell*, sixth edition, West group, St. Paul, Minn, 2000.

- GABUARDI, CARLOS A., *Open price terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico, Tirant lo Blanch*, Valencia, 1992.
- GARNER, BRYAN A., *Black's Law Dictionary*, seven edition, West group, St. Paul, Minn., 1999.
- GARRO, ALEJANDRO MIGUEL; ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990.
- GARRO, ALEJANDRO, *The Gap Filling Role of the UNIDROIT principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG*. Tulane law review, 1995, nº 69, pag. 1168 y sigs.
- HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1987.
- IBBETSON, D.J., *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford University Press, United States, 1999.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil*, t. II, vol. 1. *Teoría general de las obligaciones*, traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS y MANTEROTA, Ediciones Jurídicas Europa América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.
- LARROUMET, CHRISTIAN y otros, *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *La valeur des principes D' UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international*, *La Semaine Juridique, Juris – Classeurs Périodiques, édition Général*, Paris (1997-I) 147-152.
- LE MASON, DIDIER, “*Les INCOTERMS*”, en *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS*. Actes du colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989. Sous la direction de YVES DERAIS et de JACQUES GHESTIN, Centre de Droit Des Obligations de L'Université de Paris I. 1990.
- LEVY, DAVID A., *Contract formation under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG*. *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol. 30: 249-300, 1998, 249-300.
- MADRINÁN DE LA TORRE, RAMÓN E., “La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT”, *Vniversitas* nº 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, diciembre de 2000.
- MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, 2000.

- MARZORATI, OSVALDO J., *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, “Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, en *Revista del derecho comercial y las obligaciones*, n° 29, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1994.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE; URBINA GALIANO LIZA, POSADA NÚÑEZ LAURA, “La formación del contrato en los *Principios de UNIDROIT* sobre contratos comerciales internacionales. (Comparación con las normas colombianas)”, en revista *Vniversitas* n° 96, Bogotá 1999, pág. 197 y sigs. Igualmente en Pace Law School Institute of International Commercial Law <http://www.cisg.law.pace.edu>
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, “Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo”, revista *Universitas*, n° 102, diciembre 2001, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pág. 343.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Globalización y derecho*, CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; BLANCO MORALES-LIMONES, PILAR, Editorial Colex, Madrid, España, 2003.
- PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, *El nuevo orden internacional de los contratos*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2002.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT*, Pace Law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, en Pace Law School Institute of International Commercial Law.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- 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*” Pace law school, Institute of International Commercial Law. <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *Tratamiento de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, Publicado en febrero 6 de 1998, <http://www.cisg.law.pace.edu>

- PLANIOL MARCEL, RIPERT JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, *Las obligaciones (primera parte)*, 1936, Cultural S.A., Habana.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, vigésima primera edición, t. II, Madrid, 1992.
- ROHWER, CLAUDE D.; SKROCKI, ANTHONI M., *Contracts*, 5th edition, West group, St. Paul, Minn., 2000.
- ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho internacional público*, 3^a edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS, *Derecho comunitario andino*, 2^a edición, Temis, Bogotá Colombia, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de derecho mercantil*, vol. I, vigésima tercera edición, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- Spanish law dictionary*. Peter Collin Publishing.
- SCONAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- SCHLECHTRIEM, PETER, *Uniform Sales Law - The UN – Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Viena, 1986, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- SUESCÚN MELO, JORGE, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Universidad de los Andes - Cámara de Comercio de Bogotá.
- STIGLITZ – STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, West group, St. Paul, Minn., 2002.
- UNIDROIT. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, 2^a impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en <http://www.UNIDROIT.org>
- URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, vigésima octava edición, Marcial Pons, 2001.
- VON TOUR, ANDREAS, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán por W. ROCES, t. 1, 1^a edición, Editorial Reus, Madrid, 1934.
- ZWEIGERT, HONRAD; KÖTZ, HEIN, *An introduction to comparative law*, third edition, Translated by TONY WEIR, third revised edition, Claredon Press, Oxford, United States, 1998.

Fallos citados

Austria, Tribunal Supremo, 10 de noviembre de 1994. CLOUT.

Compromex 4 de mayo de 1993, publicada en el *Diario Oficial* de 27 de mayo de 1993, págs. 17-20, publicado en <http://www.uc3m.es/cisg>, Universidad Carlos III de Madrid, Área de derecho mercantil.

Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, laudo arbitral 8769.

Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, laudo arbitral 8128.

Decisión de la Comisión para la protección del comercio exterior de México de 4 de mayo de 1993, en relación con el dictamen de reclamación deriva de una operación de comercio exterior entre los particulares José Luis Morales y/o Son Export S.A. de C.V., de Hermosillo, Sonora, México y Nez Marketing de Los Ángeles, California, Estados Unidos de América del Norte.

Federación de Rusia, laudo arbitral n° 309/1993, de 3 de marzo de 1995. CLOUT.

International Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedsspruche SCH 4318 and SCH 4366 of 15 June 1994, en inglés: M.J. BONELL (ed.) UNILE, *International Case Law & Bibliography on the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods*, Transnational Publishers, Inc, Ardsley, NY, December 1998 release, E. 1994 - 14.

Oberlandesgericht Frankfurt am Maim de 5 de julio de 1995 CLOUT.

Pratt & Whitney contra Malev Hungarian Airlines, fallado por el Tribunal Supremo de Hungría de fecha 25 de septiembre de 1992, CLOUT.

Sentencia del Tribunal de Apelación de París. 13 de diciembre de 1995, Societè Isea industrie SPA y otros contra SA Lu y otros, Naciones Unidas, Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, en <http://www.uncitral.org>.

Suiza, *Bezirksgericht St. Gallen*, 3 de julio de 1997, original en alemán. CLOUT Caso 215, Naciones Unidas, Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, en <http://www.uncitral.org>.

Tribunal Municipal de Budapest, 24 de marzo de 1992, CLOUT caso 52.

U.S. District Court for the Southern District of New York, 91 Civ. 3253 (CLB) 14 de abril de 1992; apelación rechazada el 19 de enero de 1993, Filanto, S.p.A. con Chilewich International Corp. CLOUT.