

| | |
|---|-----------|
| II. FORMACIÓN DEL CONTRATO | 39 |
| 2.1 Modo de formación del contrato | 39 |
| 2.2 Definición de oferta | 40 |
| 2.3 Retiro de la oferta | 44 |
| 2.4 Revocación de la oferta | 45 |
| 2.5 Rechazo de la oferta | 48 |
| 2.6 Modo de aceptación | 49 |
| 2.7 Cuándo produce efectos la aceptación | 52 |
| 2.8 La aceptación dentro de un plazo fijo | 53 |
| 2.9 Aceptación tardía. Demora en la transmisión | 56 |
| 2.10 Retiro de la aceptación | 58 |
| 2.11 Aceptación modificativa de la oferta | 59 |
| 2.12 Confirmación por escrito | 60 |
| 2.13 Celebración del contrato condicionado a un acuerdo | 62 |
| 2.14 Contrato con estipulaciones dejadas deliberadamente pendientes .. | 63 |
| 2.15 Negociaciones con mala fe | 66 |
| 2.16 Deber de confidencialidad | 68 |
| 2.17 Cláusulas de restricción probatoria | 69 |
| 2.18 Cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito | 72 |
| 2.19 Contratación con cláusulas estándar | 74 |
| 2.20 Estipulaciones sorpresivas | 75 |
| 2.21 Conflicto entre cláusulas estándar y no estándar | 77 |
| 2.22 Conflicto entre formularios | 78 |

II. Formación del contrato

2.1 MODO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO

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

A. En este capítulo se analiza el proceso para la celebración del contrato, a partir de los conceptos usados en la tradición civilista y en el *common law* de oferta y aceptación. La regla básica que propone este artículo es *a)* que el contrato se perfecciona por la aceptación de la oferta, pero añade, *b)* que también puede perfeccionarse por la conducta de las partes, es decir, que se puede tener un contrato perfecto, aunque no sea posible distinguir una oferta y una aceptación expresa, si la conducta de las partes es tal que implica la existencia de un contrato entre ellas. Esta última regla parece razonable, toda vez que se acepta el principio de perfeccionamiento consensual del contrato sin necesidad de formalidad y, por consiguiente, el contrato puede formarse sin necesidad de oferta y aceptación expresas o declaradas.

Una disposición semejante contiene la ccim¹ en el artículo 18 párrafo primero, que señala que la aceptación puede darse por una declaración o un acto. Pero los *Principios* tienen más alcance porque indican que el contrato se perfecciona (o se “celebra”) por la conducta, lo cual significa que no hace falta distinguir entre oferta y aceptación, sino sólo demostrar que la conducta de las partes implica la existencia de un contrato entre ellas.

B. El *Código* tiene la regla² *a)* de que el consentimiento puede ser expreso, que se forma mediante oferta y aceptación expresa; pero admite también que, *b)* el consentimiento que perfecciona un contrato puede ser tácito, es decir, que se infiere de hechos o actos de las partes, pero añade que la ley podrá exigir que el consentimiento sea expreso en determinados casos.

¹ Art. 18(1).

² Art. 1803.

C. El *Restatement*³ acepta que el consentimiento pueda expresarse *a)* por palabras, escritas o dichas, o *b)* por la conducta de las partes; pero respecto de esto último, hace dos precisiones interesantes:⁴ requiere que la parte que actúa tenga la intención de obligarse y que la otra parte pueda inferir el consentimiento de esa conducta, y prevé consecuencias para el caso de realización de una conducta que puede parecer que implica consentimiento, siendo que la parte que la ejecuta no tiene intención de consentir. Aunque el *Restatement* se refiere a la manifestación de asentimiento de una de las partes y no al perfeccionamiento del contrato, no impide que se pueda verificar o perfeccionar un contrato mediante las recíprocas conductas de las dos partes.

D. Los dos derechos coinciden con las reglas de los *Principios*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|----------------------------|---------------|--------------------|
| a) Aceptación expresa | Igual | Igual |
| b) Aceptación por conducta | Igual | Igual |

2.2 DEFINICIÓN DE OFERTA

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.

A. El artículo exige dos requisitos para que una declaración pueda considerarse oferta: *a)* que sea suficientemente precisa y *b)* que indique la intención del oferente de quedar obligado. Que sea suficientemente precisa quiere decir, según aclara el *comentario 1*, que indique los actos o cosas objeto del contrato, el precio que ha de pagarse, el tiempo y lugar de cumplimiento, aunque no es necesario que indique siempre todos estos elementos. La intención del oferente de quedar obligado puede ser declarada o estar implícita en los términos de la oferta; en muchos casos, también podrá estar implícita en los términos de la oferta la intención de no quedar obligado, por ejemplo, cuando se propone la celebración de un contrato en un documento denominado “carta de intención”. La regla no distingue entre ofertas a personas determinadas y ofertas al público.

³ Art. 19.

⁴ Art. 19(2) y (3).

La regla de este artículo es semejante a la del artículo 14 de la CCIM, que establece que la oferta ha de ser suficientemente precisa (pero aclara que lo es cuando indica las mercancías, cantidad y precio), tener la intención del oferente de quedar obligado y además estar dirigida a persona o personas determinadas. En este régimen se distingue así la oferta hecha a personas determinadas, de la oferta hecha al público, que se trata como una invitación a hacer ofertas, a no ser que se exprese con claridad la intención del oferente de quedar obligado.

B. En el derecho civil mexicano se distinguen varias situaciones que pueden equivaler a la oferta de celebrar un contrato que contempla el artículo de los *Principios*: 1) la oferta hecha a persona determinada con el fin de concluir un contrato, que se regula en el capítulo general sobre los contratos del *Código*;⁵ esta oferta, que por sí misma no genera obligación, es distinta de, 2) la promesa de contratar hecha también a persona determinada que es en sí misma un contrato preparatorio, que puede ser unilateral o bilateral;⁶ cuando la promesa de contratar es unilateral puede confundirse con la oferta de contratar, aunque la diferencia entre ambas es el grado de vinculación: el oferente está ligado a respetar su oferta por un tiempo determinado, pero no tiene obligación jurídica (no hay acción contra él) por la oferta misma sino por el contrato que llegue a perfeccionarse con la aceptación; en cambio, el promitente está obligado a contratar por la misma promesa que ha hecho, por lo que si no quiere firmar el contrato el juez puede hacerlo en su nombre, y podrá posteriormente quedar obligado por el contrato que llegue a perfeccionarse; otra diferencia es que la oferta caduca al vencerse el plazo fijado por el oferente o el plazo fijado por la ley; en cambio, la promesa de contratar, si el promitente no fijó un plazo, no caduca. Por otra parte, se reconocen, 3) la oferta de venta hecha al público,⁷ que obliga al oferente a sostener su oferta, y 4) la promesa hecha al público de dar una recompensa a quien cumpla determinada condición o preste un servicio,⁸ que obliga al promitente a cumplir lo prometido; estas dos figuras se construyen como declaración unilateral de voluntad que genera por sí misma una obligación.

Lo comparable con la oferta prevista en los *Principios* es la oferta de contratar, que no genera por sí misma obligación, a diferencia de la promesa de contratar, la oferta hecha al público o la promesa de recompensa, que son obligaciones unilaterales que se generan independientemente de una aceptación. El *Código* no requiere: *a*) que la oferta sea suficientemente

⁵ Arts. 1803 a 1811.

⁶ Se regula en los artículos 2243 a 2247.

⁷ Art. 1860.

⁸ Arts. 1861 a 1867.

precisa; sólo dice que quien propone la celebración de un contrato queda ligado por su oferta durante el plazo que fijó para aceptar o durante un plazo que fija la ley;⁹ de modo que la sola propuesta de celebrar un contrato liga al proponente a mantener la oferta durante el tiempo correspondiente sin ningún otro requisito. La regla se limita si se interpreta que proponer la celebración de un contrato significa señalar los elementos esenciales del contrato, es decir, hacer una oferta suficientemente precisa para poder concluir de ella un contrato.¹⁰ Tampoco dice el *Código* expresamente que, b) la oferta deba indicar la intención del oferente de quedar obligado, pero se entiende que eso está implícito donde dice que el oferente “propone a otra [persona] la celebración de un contrato”.

El *Código* tiene una disposición especial respecto de la oferta que se hace por telégrafo. Sólo es válida si las partes previamente habían convenido por escrito que usarían este medio de comunicación para contratar, y si los telegramas llevan las firmas de los interesados y los signos que hayan convenido para identificarse.¹¹

C. El *Restatement* define la oferta¹² como la manifestación de voluntad de iniciar una negociación, hecha de modo que la otra persona entienda que se le invita a negociar y consentir en ella. No se hacen diferencias, como en el código mexicano, respecto de varios tipos de oferta. La oferta, aclara,¹³ puede proponer una venta de contado (que no la considera como un contrato sino un intercambio de prestaciones), o puede proponer el intercambio de una promesa a cambio de una prestación (por ejemplo se promete pagar algo en caso de que la otra persona haga algo), el intercambio de promesas (por ejemplo, uno promete pagar un precio y el otro entregar una mercancía) o bien proponer una combinación de estas posibilidades. La oferta, cuando propone un intercambio de promesas, que es el caso ordinario, o cuando propone una promesa a cambio de una prestación, constituye una “promesa revocable” (*revocable promise*) hasta que se acepte, y entonces

⁹ Art. 1804.

¹⁰ Tampoco fija requisitos de la oferta hecha al público ni de la promesa de recompensa, pero se entiende también que deben ser suficientemente precisas, al menos para que el receptor sepa qué son. Respecto de la promesa de contratar, señala que debe ser por escrito y contener los “elementos característicos del contrato definitivo” (art. 2246); de modo que sólo este tipo de “oferta” requiere una formalidad.

¹¹ Art. 1811. Lo mismo dice el *Código de Comercio* en su artículo 80. Este artículo puede servir como punto de partida para regular las compraventas vía *internet* (comercio electrónico).

¹² Art. 24.

¹³ Art. 24, *comment a*.

se hace irrevocable. Si la oferta es de hacer algo a cambio de que la otra parte primero haga una promesa o cumpla una prestación, dicha oferta no constituye una promesa (*non promissory offers*) porque el oferente tiene que cumplir en el mismo momento en que su oferta es aceptada, con lo cual no queda ligado u obligado a hacer una conducta futura, lo cual se considera necesario para que exista una promesa.¹⁴

Fija expresamente: *a*) el requisito de que la oferta debe expresar, con claridad razonable, los términos del contrato que propone (*the terms of the contract are reasonably certain*),¹⁵ lo que equivale a decir que la oferta debe ser “suficientemente precisa”. El requisito de que *b*) el oferente indique la intención de quedar obligado está expresamente considerado.¹⁶ Se considera que la oferta es distinta de la mera publicidad comercial, por lo que los avisos en radio, televisión o periódicos no se consideran ofertas de venta; lo mismo que el mero envío de catálogos, aun cuando se precisen las condiciones de contratación, a menos que haya en ellos una manifestación clara de la intención del oferente de quedar obligado.¹⁷

D. Los requisitos de la oferta que fija este artículo de los *Principios* están reconocidos expresa o implícitamente en los dos derechos. Sin embargo, hay diferencias de fondo en cuanto al concepto de oferta, que a su vez son derivadas de un diferente concepto de contrato. Los *Principios* no distinguen entre oferta de contratar y promesa de contratar, entre oferta a persona determinada y oferta al público; en cambio, el *Código* sí hace estas distinciones y da un régimen distinto a cada figura; el *Restatement* está más cercano al concepto de oferta de los *Principios*, pero distingue entre ofertas que constituyen una promesa, es decir, una obligación, y ofertas que no constituyen una promesa.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|-----------------------------------|-------------------|--------------------|
| a) Oferta suficientemente precisa | Igual (implícita) | Igual |
| b) Intención de obligarse | Igual (implícita) | Igual |

¹⁴ Art. 24, *comment a*.

¹⁵ Art. 33(1).

¹⁶ Art. 26.

¹⁷ Art. 26, especialmente *comment b*.

2.3 RETIRO DE LA OFERTA

- 1) *La oferta surte efectos desde el momento en 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.*
-

A. El primer párrafo del artículo aplica a la oferta la teoría de la recepción, enunciada en el artículo 1.9. La regla es que: *a*) la oferta surte efectos al llegar. El segundo párrafo indica *b*) que la oferta puede retirarse aun cuando sea irrevocable, si la comunicación de retiro llega antes o al mismo tiempo que la oferta.

Son las mismas reglas (y las mismas palabras en la versión inglesa) del artículo 15 de la CCM.

B. El *Código a*) no señala expresamente cuándo surte efectos la oferta, pero al establecer que el oferente queda ligado, si no expresa un plazo, el tiempo necesario “para la ida y vuelta regular del correo público”¹⁸ da a entender que la oferta produce efectos, es decir, liga al oferente desde que se expide. Sin embargo, el efecto que produce la oferta, desde el punto de vista del destinatario, es darle la posibilidad de perfeccionar un contrato aceptando la oferta, y este efecto no se produce realmente sino hasta que él recibe la oferta; *b*) acepta, en los mismos términos que los *Principios*, que la oferta irrevocable puede ser retirada si la comunicación de retiro (o “retractación”) llega antes que la oferta: esta regla es necesaria donde se acepta que la oferta es o puede ser irrevocable.

C. En el *Restatement* se considera que el efecto de la oferta es darle al destinatario el poder de aceptar (*power of acceptance*) el contrato,¹⁹ y este efecto se produce naturalmente cuando la oferta llega al destinatario; de modo que se reconoce implícitamente: *a*) que la oferta produce efectos cuando llega. Como en principio toda oferta es revocable, aunque haya llegado al destinatario,²⁰ el oferente no tiene necesidad de que se le reconozca la posibilidad de retirar la oferta antes de que llegue al destinatario. Sin embargo, a medida que se han ido aceptando ofertas irrevocables, llamadas *option contracts*²¹ o *firm offers*,²² que tienen que constar por escrito,

¹⁸ Art. 1806.

¹⁹ Art. 35(1)

²⁰ Art. 42.

²¹ Art. 87.

²² *Uniform Commercial Code* 2-205.

se ha hecho necesario reconocer la facultad de retirar la oferta irrevocable antes de que llegue al destinatario, pero *b*) la regla del retiro todavía no se incluye en el *Restatement*.

D. El *Código* y el *Restatement* coinciden con una regla diferente de los *Principios* y difieren en la otra. Muestran así una divergencia entre sí, en cuanto al modo de concebir los efectos de la oferta, que en el *Código* se considera que es vincular al oferente, y por eso surte efectos en cuanto se expide, mientras que en el *Restatement* es darle una facultad al destinatario, y por eso surte efectos cuando se recibe; también difieren en cuanto a la duración de la oferta, que en el *Código* es por principio irrevocable, y por eso requiere de la posibilidad del retiro, en tanto que en el *Restatement* es, por principio, revocable y no hace falta la posibilidad del retiro.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|-------------------------------------|---------------|--------------------|
| a) Efecto de la oferta cuando llega | Diferente | Igual |
| b) Derecho de retirar la oferta | Igual | Desconocida |

2.4 REVOCACIÓN DE LA OFERTA

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 darle 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.

A. El artículo es de contenido idéntico al artículo 16 de la ccim. Establece, en el párrafo 1, la regla general de que: *a*) toda oferta es revocable, mientras no se haya aceptado, y en el párrafo 2 las excepciones: *b*) la oferta es irrevocable si así lo indica, señalando un plazo o de otra manera, y *c*) es también irrevocable la oferta que puede razonablemente considerarse como irrevocable y siempre que el destinatario actúe confiando en esa oferta.

Esta disposición, desde que se redactó para la ccim, pretendía ser una solución de compromiso entre las posiciones contradictorias de la tradición romanista y el *common law*. La regla general, la revocabilidad de la oferta, es la regla de este último y las excepciones, los casos de oferta irrevocable, son la regla de la otra tradición jurídica.

B. En el *Código a*) la oferta de contratar hecha a persona determinada es irrevocable durante el plazo fijado por el oferente o durante el plazo fijado por la ley, que es de tres días (el tiempo que tiene el destinatario para deliberar), más el tiempo necesario, de acuerdo con las circunstancias, que tarde el correo público en llevar la oferta y traer la respuesta.²³ Siendo la irrevocabilidad de la oferta la regla general, carecen de sentido las excepciones b) y c) que contemplan los *Principios*.

Pero la oferta hecha al público y la promesa de recompensa tienen un régimen distinto, semejante al de los *Principios*. Son por principio: a) revocables, salvo que, b) indicaran un plazo, entonces son irrevocables mientras dura el plazo.²⁴ No hace falta, como en los *Principios*, c) considerar irrevocable la oferta cuando el destinatario así lo creyó y actuó en consecuencia, porque el *Código* hace responsable al oferente que revoca la oferta de reembolsar los gastos que alguno hubiera hecho con objeto de cumplir la condición prevista en la oferta.²⁵

C. En el *Restatement* la regla general es: a) que todas las ofertas son revocables. Se considera que el oferente, como autor de la oferta, puede disponer de ella libremente, mientras el destinatario no la acepte.²⁶ Incluso cuando la misma oferta señala un plazo o expresamente dice que es irrevocable.²⁷ De modo que coincide plenamente con el primer párrafo del artículo de los *Principios*. Sin embargo, como ya se dijo, ha venido aceptando las ofertas irrevocables cuando hay algo que justifique que el oferente quede ligado independientemente de su voluntad; lo que puede justificar la oferta irrevocable es que el oferente obtenga a cambio una prestación efectiva, como el pago de una suma de dinero, o una promesa de recibir algo. La cuestión es entonces si las excepciones contenidas en los *Principios* se ajustan a esta doctrina.

La previsión de un plazo, b) no es por sí misma, en este derecho, suficiente razón para aceptar la irrevocabilidad de la oferta, pero sí lo sería si

²³ Art. 1806.

²⁴ El *Código* no dice nada respecto de la revocabilidad de la oferta de venta al público, pero lo que dice respecto de la promesa pública de recompensa se puede aplicar analógicamente a la primera: revocabilidad, artículo 1863, salvo que indique plazo (art. 1864).

²⁵ Art. 1863 segundo párrafo.

²⁶ Art. 42. A. Farnsworth, *Contracts*, 2a. ed., Boston, 1990, p. 161. Aquí se explica esta regla por razón de la bilateralidad de las obligaciones: no es equitativo que el oferente quede ligado mientras el destinatario de la oferta no tiene obligación alguna.

²⁷ *Ibid.*, p. 185. La declaración de que la oferta es irrevocable no se considera suficiente por sí misma, sino que tiene que estar motivada por algo que haya recibido el oferente a cambio de tal declaración, es decir, que haya *consideration*.

se combinara con otro elemento, como el pago de una cantidad. Se discute si una oferta que expresa que es irrevocable y contiene una cláusula que dice que el oferente ha recibido a cambio algo suficiente (*consideration*) es irrevocable por efecto de la mera cláusula que expresa que se ha recibido algo a cambio o por el hecho de que efectivamente se reciba. La tendencia es considerar que la mera declaración de haber recibido algo a cambio justifica la irrevocabilidad, siempre y cuando sea en un plazo breve y parezca un negocio equitativo.²⁸ El *Uniform Commercial Code*²⁹ está más avanzado en este sentido al establecer que la oferta puede ser irrevocable, por un plazo no mayor de tres meses, si está por escrito y firmada.

La irrevocabilidad de la oferta derivada de que el destinatario creyó con fundamento que la oferta era irrevocable y actuó en consecuencia *c)* coincide con la doctrina estadounidense que considera la confianza (*reliance*) como suficiente para justificar la irrevocabilidad; pero esto es sólo respecto de ofertas de contratos unilaterales, en los que el oferente busca a cambio de su obligación la realización de una prestación (como en la promesa de recompensa). Al respecto, dice el *Restatement*, se constituye una oferta irrevocable (*option contract*)³⁰ en cuanto el destinatario se prepara a cumplir o empieza a cumplir lo que el oferente quiere. Respecto de ofertas de otro tipo, y especialmente respecto de ofertas que pueden dar lugar a un contrato bilateral, el *Restatement* (párrafo 87-2) dio otro paso adelante al señalar³¹ que si la oferta, antes de ser aceptada, puede inducir cierta conducta activa o pasiva (*forbearance*) de parte del destinatario, se considera que es una oferta irrevocable en tanto sea necesario para evitar injusticia.

D. El *Restatement* está más cercano a este artículo de los *Principios* que el régimen de la oferta de contratar en el *Código*. Sin embargo, las excepciones *b)* y *c)* previstas en dicho artículo hacen que muchas de las ofertas de contratar que se reciban en México sean irrevocables, bien porque fijan un plazo, bien porque el destinatario considera que es irrevocable (y es razonable que la considere así porque ésa es la regla que priva en México) y actúa en consecuencia. El régimen del *Código* respecto de la promesa de recompensa y la oferta al público coincide casi totalmente con los *Principios*. Se manifiestan nuevamente las divergencias entre ambos derechos en cuanto al concepto y tipos de oferta.

²⁸ Art. 87, *comment b*.

²⁹ Art. 2(205).

³⁰ Art. 45.

³¹ Art. 87(2).

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> ³² | <i>Restatement</i> |
|---|-----------------------------|--------------------|
| a) Revocabilidad general de la oferta | Opuesta | Igual |
| b) Oferta irrevocable si fija un plazo | Desconocida | Semejante |
| c) Oferta irrevocable si se confía que es irrevocable | Desconocida | Semejante |

2.5 RECHAZO DE LA OFERTA

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

A. La única regla es que la oferta se extingue cuando la comunicación de rechazo llega al oferente. Es la misma regla que tiene la CCIM,³³ pero en ésta se precisa que también se extingue por rechazo la oferta irrevocable; esto está implícito en la redacción del artículo de los *Principios*, y lo aclara el *comentario 1*.

Debe distinguirse el rechazo de la contraoferta. Esta última también extingue el efecto de la oferta, pero constituye una nueva oferta que podrá ser aceptada. El rechazo es la negativa de la oferta sin ninguna otra posibilidad.

B. En el *Código* no hay una regla que prevea expresamente el rechazo de la oferta. Pero dice que el oferente queda desligado de su oferta cuando “reciba” una respuesta que no sea una aceptación plena sino que implique modificaciones, es decir, cuando reciba una contraoferta.³⁴ La misma regla se puede aplicar respecto al rechazo: el oferente queda desligado cuando “reciba” el rechazo.

C. En el *Restatement* se considera que el rechazo termina la facultad que tenía el aceptante de decidir el contrato (*offeree's power of acceptance*), es decir, que el oferente queda desligado.³⁵ Pero la regla no es tan sencilla, porque prevé casos en que el rechazo no desliga de la oferta: cuando se ha hecho una oferta irrevocable durante cierto plazo, la oferta sigue en vigor no obstante el rechazo;³⁶ cuando el mismo oferente expresa que la oferta

³² Se considera sólo el régimen de la oferta de contratar.

³³ Art. 17.

³⁴ Art. 1810.

³⁵ Art. 36.

³⁶ Art. 37.

seguirá firme no obstante el rechazo, o cuando el aceptante rechaza, pero no de manera definitiva, sino reservándose la posibilidad de aceptar posteriormente.³⁷ Para entender el alcance de la regla en estos casos, debe tenerse en cuenta que el oferente puede revocar la oferta en cualquier momento. El momento en que surte efectos el rechazo es cuando se recibe.³⁸

D. Las reglas del *Código* y del *Restatement* son iguales a las de los *Principios*, pero puede haber una diferencia en cuanto al momento en que surte efectos el rechazo. Los *Principios* afirman que es cuando la comunicación “llega”, y en el artículo 1.9(3) se precisa lo que significa que una comunicación llegue. El *Código* y el *Restatement* dicen que es cuando la comunicación se “recibe”, lo cual puede interpretarse en el sentido de que el destinatario se haya informado de la comunicación.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) El rechazo desliga al oferente cuando llega | Igual | Igual |

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) *La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente.*

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 manifiesta su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, la aceptación producirá efectos cuando dicho acto fuere ejecutado.*

A. El primer párrafo prescribe: *a)* la aceptación es la declaración del destinatario que manifieste asentimiento a la oferta, o *b)* el acto del destinatario que manifieste asentimiento a la oferta, y aclara: *c)* que el mero silencio o conducta omisiva no constituye aceptación. El segundo párrafo afirma: *d)* la aceptación produce efectos cuando llega, y el tercer párrafo añade que: *e)* la aceptación por medio de un acto produce efectos cuando se ejecute el

³⁷ Art. 38.

³⁸ Art. 40.

acto, si las partes practicaban este modo de aceptación o los usos lo autorizan.

El artículo es igual al artículo 18 de la ccim, salvo que este último indica que la aceptación produce efectos sólo si se cumple en el plazo fijado por el oferente o en un plazo razonable; los *Principios* consideran el plazo para hacer la aceptación en el siguiente artículo.

B. El *Código* no tiene una regla expresa que señale que la aceptación puede ser *a)* mediante declaración, o *b)* mediante actos, pero vale la regla general de que el consentimiento puede ser expresado verbalmente o ser tácito, es decir, inferido de hechos o actos.³⁹ No excluye directamente que *c)* el mero silencio o conducta omisiva puedan constituir aceptación, pero resulta difícil que de ello pueda inferirse una aceptación tácita.

En cuanto al momento en que produce efectos la aceptación, hay dos reglas,⁴⁰ una para los contratos civiles definida en el *Código* y otra para los mercantiles definida en el *Código de Comercio*. La regla para los contratos civiles es que la aceptación produce efectos: *d)* cuando el oferente recibe la aceptación,⁴¹ mientras que para los contratos mercantiles la regla es que la aceptación produce efectos cuando se expide.⁴² La regla que se aplicaría a los contratos comerciales internacionales sería la del *Código de Comercio*.

No tiene una regla especial que indique: *e)* cuándo se producen los efectos de la aceptación por conducta.

C. En el *Restatement* se entiende que la aceptación es una manifestación de asentimiento a los términos de la oferta, que puede ser hecha *a)* haciendo una declaración (*acceptance by promise*), o *b)* ejecutando una conducta (*acceptance by performance*).⁴³ Como aquí se maneja conjuntamente la oferta de hacer un contrato con la promesa de recompensa, se distingue si la aceptación por conducta es el cumplimiento de la condición para hacer exigible la promesa, por ejemplo, cuando se entrega la cosa que condicio-

³⁹ Art. 1803.

⁴⁰ Esta dualidad se debe a que hubo dos fuentes distintas de cada código. Cuando la oferta es irrevocable, no hace falta proteger al aceptante cuando envía su aceptación, debido a que la misma irrevocabilidad de la oferta lo protege; en cambio, cuando la oferta es revocable sí es necesario proteger al aceptante, para lo cual se dice que la aceptación surte efectos cuando la envía; el *Código Civil* es congruente con la teoría de que la oferta es irrevocable y la aceptación produce efectos cuando se recibe, pero el *Código de Comercio* no da regla respecto a la revocabilidad de la oferta, por lo que se sigue la regla civil de que la oferta es irrevocable, pero dispone, quizá influenciado por el derecho norteamericano, que la aceptación surte efectos al despacharse.

⁴¹ Art. 1807.

⁴² Artículo 80 del *Código de Comercio*.

⁴³ Art. 50.

naba la recompensa, o si es la manifestación de quedar obligado en un contrato bilateral, por ejemplo, el comprador que al recibir una oferta de venta simplemente envía el pago del precio al vendedor. La aceptación por conducta sólo es posible cuando la oferta propone este tipo de aceptación,⁴⁴ y no hace falta notificar al oferente de que se ha realizado el acto propuesto, salvo que la oferta lo haya requerido o el aceptante sepa que el oferente no tiene modo de conocer que se ha realizado el acto.⁴⁵

En cuanto al inciso *c*), la aceptación por el mero silencio o conducta omisiva, el *Restatement* admite que el silencio constituye aceptación solamente en tres casos específicos: cuando el aceptante aprovecha algún beneficio de los bienes o servicios ofrecidos, cuando la oferta indica que el silencio se tendrá como aceptación y el aceptante guarda silencio con la intención de aceptar, y cuando por las prácticas habidas entre las partes se entiende que el aceptante no rechaza si no lo notifica en un determinado tiempo.⁴⁶

En cuanto al tiempo en que produce efectos la aceptación *d*) el *Restatement* señala que la aceptación produce efectos cuando se expide (*mail box rule*).⁴⁷ La aceptación por conducta *e*) produce efectos en cuanto se realiza la conducta, a menos que el oferente haya requerido una notificación, en cuyo caso la aceptación produce efectos cuando se expide la notificación.⁴⁸

D. Los dos derechos coinciden con los *Principios* en cuanto a la posibilidad de aceptar por declaración o por conducta *a*) y *b*). El *Código* no contiene una regla respecto del valor del silencio como aceptación *c*), pero puede de hecho coincidir con la regla de los *Principios* que excluye el mero silencio o conducta omisiva como modo de aceptación, si no hay otros indicios; la regla respectiva del *Restatement* admite el silencio como aceptación en tres casos en los que el silencio adquiere significado por un acto o hecho anterior o posterior, o sea que son casos en que no basta el mero silencio o conducta omisiva.

Hay más diferencias respecto al tiempo en que surte efectos la aceptación por declaración *d*). El *Código de Comercio* mexicano, aplicable en este aspecto, y el *Restatement* dicen que es el momento de la expedición, mientras que los *Principios* señalan el momento de la recepción. En cuanto al momento en que produce efectos la aceptación por conducta *e*), el *Códi-*

⁴⁴ Art. 53-1.

⁴⁵ Art. 54.

⁴⁶ Art. 69.

⁴⁷ Art. 63. Contiene además reglas acerca del modo en que debe hacerse el envío y el medio de comunicación que debe emplearse (arts. 65 y 66).

⁴⁸ Art. 54(1).

go mexicano no tiene una regla expresa, mientras que el *Restatement* y los *Principios* coinciden en que es el momento de la ejecución.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Aceptación por declaración | Igual | Igual |
| b) Aceptación por conducta | Igual | Igual |
| c) Aceptación por silencio | Igual | Diferente |
| d) Momento en que surte efectos la aceptación por declaración | Opuesta | Opuesta |
| e) Momento en que surte efectos la aceptación por conducta | Desconocida | Igual |

2.7 CUÁNDO PRODUCE EFECTOS LA ACEPTACIÓN⁴⁹

La oferta deberá ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluida la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente. Una oferta verbal tendrá que aceptarse inmediatamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

A. El artículo da tres reglas respecto al momento en que debe producirse la aceptación en tres supuestos diferentes: *a)* las ofertas con plazo definido por el oferente deben aceptarse en ese plazo; *b)* las ofertas sin plazo deben aceptarse en un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, y *c)* las ofertas verbales deben aceptarse inmediatamente, salvo que de las circunstancias se infiera otra cosa.

El artículo coincide completamente con el de la ccim.⁵⁰

B. El *Código* coincide en: *a)* que la aceptación de ofertas con plazo debe ser dentro del plazo fijado;⁵¹ *c)* las ofertas verbales o por teléfono han de aceptarse inmediatamente.⁵² Pero en lo referente a las ofertas sin plazo *b)*, indica que deben aceptarse en el plazo de tres días.⁵³

⁴⁹ Quedaría mejor indicado el contenido del artículo si la rúbrica dijera: *cuándo debe producirse la aceptación.*

⁵⁰ Art. 28(2).

⁵¹ Art. 1804.

⁵² Art. 1805.

⁵³ Art. 1806. Los tres días son el plazo que tiene el destinatario para deliberar. La mención de los tiempos de "ida y vuelta" del correo carece de sentido: el tiempo de "ida" sería el tiempo que tarda la oferta en llegar al destinatario, y como la oferta surte efectos cuando

C. El *Restatement* señala también que: a) las ofertas que fijan plazo para la aceptación deben aceptarse en ese plazo;⁵⁴ y que b) si no fijan plazo deben aceptarse en un plazo razonable.⁵⁵ No se expresa que las ofertas verbales deban aceptarse inmediatamente, pero es algo a lo que puede llegarse considerando lo que es el plazo razonable en una oferta verbal.⁵⁶ Considera que la oferta hecha por teléfono u otro medio de comunicación instantánea es una oferta entre presentes que debe aceptarse inmediatamente.⁵⁷

D. La única diferencia que hay es la del *Código*, el cual fija un tiempo de tres días para aceptar las ofertas sin plazo.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) Tiempo para aceptar ofertas con plazo | Igual | Igual |
| b) Tiempo para aceptar ofertas sin plazo | Diferente | Igual |
| c) Tiempo para aceptar ofertas entre presentes | Igual | Igual |

2.8 LA ACEPTACIÓN DENTRO DE UN PLAZO FIJO

1) *El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su transmisión o desde la fecha indicada en la carta, o, si ésta no indica ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación por medio de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.*

llega, ese tiempo no puede considerarse plazo para aceptar; el tiempo de “vuelta” sería el tiempo necesario para que la comunicación de la aceptación llegue al oferente, pero si la aceptación produce efectos cuando se expide, según la regla del *Código de Comercio* aplicable a los contratos mercantiles, tampoco puede considerarse ese tiempo como parte del plazo para aceptar. En conclusión, el plazo que tiene el aceptante es sólo de tres días.

⁵⁴ Art. 60.

⁵⁵ Por lo general, se entiende que la oferta es una invitación a aceptar de una manera razonable, y en un tiempo razonable, a menos que haya una indicación expresa en contrario (art. 58, *comment a*).

⁵⁶ A. Farnsworth, *op. cit.*, p. 154. Este autor señala que es una regla general que la oferta oral debe aceptarse antes de que la conversación termine.

⁵⁷ Art. 64.

2) *Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación no se incluirán*⁵⁸ *para el cómputo de dicho plazo. Sin embargo, si la comunicación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, debido a que dicho día es feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.*

A. El primer párrafo fija la regla para el cómputo del comienzo del plazo fijado por el oferente para la aceptación, cuando no define él una fecha fija de vencimiento; por ejemplo, cuando la oferta dice que debe ser aceptada en 30 días. La regla es: *a)* que el plazo empieza a contarse a partir de la fecha del telegrama o de la carta, o *b)* desde el momento en que la comunicación llega por teléfono, télex, fax u otro medio de comunicación instantánea. El segundo párrafo señala que para el cómputo del plazo *c)* se contarán los días inhábiles o feriados. El artículo es igual al correspondiente de la CCIM.⁵⁹

El plazo que se fija en una oferta enviada por correo o telegrama puede tener uno de estos dos sentidos: ser el plazo para que la oferta caduque y quede así el oferente desligado, o ser el plazo para que el destinatario acepte y se perfeccione el contrato. La consideración del plazo fijado por el oferente conforme a uno u otro planteamiento debe llevar lógicamente a fijar diversos momentos en que puede comenzar. Si el plazo se entiende como el tiempo en que el oferente está ligado a su oferta, corre a partir de que se expide la oferta (la fecha de la carta o del telegrama o la fecha del sello de correo); si el plazo se entiende como el tiempo que tiene el destinatario para deliberar, corre a partir de que recibe la oferta. La regla de los *Principios* está inspirada en que el plazo es el tiempo para que la oferta caduque y por eso comienza a correr a partir de su expedición. Como la aceptación produce efectos cuando llega, el resultado es que el tiempo que tiene el destinatario para deliberar es el plazo fijado por el oferente, menos los días que tarde la oferta en llegar y los días necesarios para que la aceptación llegue.

B. El *Código* no tiene una regla específica *a)* sobre el momento en que comienza a contarse el plazo fijado por el oferente en una oferta enviada por correo o telegrama,⁶⁰ pero plantea dicho plazo como el tiempo en que

⁵⁸ La versión oficial en español dice "incluirán", pero es un error, pues debe decir "excluirán", como en la versión inglesa.

⁵⁹ Art. 20.

⁶⁰ Por regla general (art. 1956), para el cómputo de los plazos en materia de obligaciones, se observan las reglas relativas al cómputo de los plazos para la prescripción adquisiti-

el oferente queda ligado por su oferta,⁶¹ por lo que resulta congruente con la regla de los *Principios* de que el plazo se cuenta a partir de la fecha de la carta o de expedición del telegrama.⁶²

En cuanto a la regla relativa a la oferta enviada por medio de comunicación instantánea: *b*), el *Código* tampoco tiene una regla expresa, pero la regla de los *Principios* señala que el plazo comienza a correr cuando la comunicación llega al destinatario, esto en el fondo es lo mismo que cuando se utiliza correo o telegrama, esto significa que el oferente queda ligado desde que envía la oferta, lo cual, cuando se usan medios de comunicación instantánea, sucede al mismo tiempo en que se recibe la oferta.

La regla *c*) de que se tomen en cuenta los días inhábiles o feriados está implícita en el artículo que dice que si el último día es inhábil o feriado, el plazo se extiende hasta el siguiente día hábil.⁶³

C. El *Restatement* plantea este plazo como el tiempo que tiene el destinatario para aceptar o el tiempo que dura su facultad de aceptar (*power of acceptance*).⁶⁴ Respecto a los incisos *a*) y *b*) no tiene reglas específicas sobre el momento en que empieza a correr el plazo fijado por el oferente. Farnsworth⁶⁵ opina que es una cuestión de interpretación de la oferta, que puede recibir diversas soluciones, considerando el momento en que comienza a correr el plazo con el momento en que produce efectos la aceptación: puede ser el momento de envío de la carta o telegrama y el momento de recepción de la aceptación (que es el sistema de los *Principios*), o el momento en que se recibe la oferta y el momento en que se despacha la aceptación (que es el sistema al que tiende el *Restatement*⁶⁶), o bien el momento de envío de la carta y el momento del envío de la aceptación. Como en el *Restatement* la aceptación produce efectos cuando se despacha, el plazo que tiene el destinatario para aceptar no incluye el tiempo de

va de los artículos 1176 a 1180, pero nada hay en éstas que pueda aplicarse para determinar el momento en que inicia el plazo fijado por el oferente.

⁶¹ Art. 1804.

⁶² También coincide con el artículo 1806 que, al definir el plazo para una oferta que no lo tiene, considera un tiempo para deliberar, más el tiempo que tarde el correo de ida y vuelta.

⁶³ Art. 1180.

⁶⁴ El vencimiento de este plazo se considera como uno de los modos en que termina el poder de aceptar, art. 36(1)(b).

⁶⁵ A. Farnsworth, *op. cit.*, párrafo 3.19.

⁶⁶ El artículo 49 trata de la demora en el envío de una oferta y dice que cuando la demora se debe a error del oferente (por ejemplo por haberla mandado a una dirección equivocada) o del medio de comunicación, el aceptante puede aceptar la oferta en el tiempo que hubiera tenido si hubiera llegado oportunamente, es decir que el plazo para aceptar se cuenta a partir de que se recibe la oferta.

regreso del correo, por lo que el destinatario tiene más tiempo para deliberar que en el sistema de los *Principios*,⁶⁷ en el cual la aceptación produce efectos cuando llega.

Tampoco hay una regla específica sobre c) la prórroga del plazo si el último día es inhábil, que no tiene mucho caso cuando la aceptación produce efectos cuando se despacha.

D. Las reglas de los *Principios* parten de la idea de que el oferente fija un plazo para que la oferta caduque, no obstante que la letra hable de un plazo para que el destinatario acepte; con esto coincide el *Código*; en cambio, el *Restatement* considera que es el plazo para que venza el poder de aceptar. Pero las reglas concretas de los *Principios* no se oponen al *Restatement*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) El plazo de la oferta corre a partir de la fecha de la carta | Semejante | Desconocida |
| b) El plazo de la oferta por medio de comunicación instantánea corre a partir de que se recibe | Semejante | Desconocida |
| c) Los días inhábiles se incluyen en el plazo | Semejante | Desconocida |

2.9 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.*

A. Contiene el artículo dos reglas: a) la aceptación tardía por causas imputables al aceptante no produce efecto, salvo que el oferente así lo decida y lo comunique inmediatamente (párrafo primero), y b) la aceptación tardía

⁶⁷ Art. 2.6(2).

por causas del medio de comunicación sí produce efecto, salvo que el oferente decida que no e informe sin demora al destinatario (párrafo segundo). Son las mismas reglas de la CCIM.⁶⁸

B. El Código mexicano no prevé efectos para la aceptación tardía. Parte de la idea de que el oferente queda “ligado” por su oferta “hasta la expiración del plazo”,⁶⁹ de modo que pasado el plazo, el oferente ya no está ligado y el contrato no se perfecciona.⁷⁰ Sin embargo, la aceptación tardía puede considerarse como una contraoferta que podrá ser aceptada o rechazada por el oferente original.⁷¹ Esta posibilidad hace que el *Código* coincida con la regla del inciso *a*), debido a que el contrato se perfecciona cuando el oferente admite la aceptación tardía, pero no con la regla *b*) que indica, en el caso de aceptación tardía por demora en el medio empleado, que la aceptación es efectiva, a no ser que el oferente la rechace.

C. Como en el Restatement la aceptación produce efectos cuando se despacha, la cuestión no es si la aceptación se recibe tarde, sino si es debidamente despachada. Si la aceptación no fue debidamente despachada, por ejemplo, por haber sido enviada a una dirección equivocada, no surte efectos en el momento en que fue despachada.⁷² En consecuencia, la aceptación que llega tarde al oferente por no haber sido debidamente despachada, es decir, por culpa del aceptante (supuesto de la regla *a*)) no ha perfeccionado un contrato y puede tratarse como una contraoferta, que en determinados casos podrá ser aceptada por el mero silencio.⁷³ Sin embargo, si la aceptación fue despachada a tiempo, pero por un medio de comunicación no elegido por el oferente o uno no adecuado, y la aceptación llega en el tiempo en que hubiera llegado una aceptación despachada por un medio adecuado, se tiene la aceptación como buena desde el momento en que fue enviada. Este último supuesto es parecido al de la regla *b*), pero difiere en que no se trata de aceptación tardía sino enviada por un medio inadecuado y que llega

⁶⁸ Art. 21.

⁶⁹ Art. 1804.

⁷⁰ Art. 1807, prescribe que el contrato se perfecciona si el oferente está ligado por su oferta.

⁷¹ Art. 1810.

⁷² Art. 66.

⁷³ La contraoferta se entiende como una proposición referida al mismo objeto que la oferta, pero con algún elemento diferente, que puede ser el tiempo (art. 39). La contraoferta (aceptación tardía) puede entenderse como tácitamente aprobada si el oferente no la objeta, sólo en casos muy especiales, por ejemplo cuando el plazo para la aceptación no estaba claramente definido y el aceptante puede pensar que su aceptación fue oportuna (art. 70 *comment b*).

oportunamente; el resultado es semejante al de la regla *b*), pues se tiene la aceptación por buena.⁷⁴

D. Hay planteamientos diferentes. El *Código* coincide con el planteamiento de los *Principios* de la aceptación tardía, mientras que el *Restatement* la trata como aceptación indebidamente despachada. Ambos derechos pueden producir los mismos efectos que la regla *a*) interpretando la aceptación tardía o indebidamente despachada como una contraoferta, salvo la determinación de que tiene que aceptarse “sin demora”. Para el *Código*, la regla *b*) es contradictoria porque hace que el oferente quede ligado, independientemente de su voluntad, por un plazo mayor; para el *Restatement* es innecesaria.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) La aceptación tardía produce efectos si el oferente la acepta | Diferente | Diferente |
| b) La aceptación tardía por defecto del medio produce efectos si el oferente no la rechaza | Opuesta | Desconocida |

2.10 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.

A. La regla de que la aceptación puede ser retirada se aplica en dos supuestos *a*) si el retiro llega antes que la aceptación, o *b*) al mismo tiempo. Es la misma regla que tiene la CCIM.⁷⁵

B. El *Código*⁷⁶ da la misma regla si el retiro llega antes que la aceptación, pero no si llega al mismo tiempo que ella.

C. El *Restatement*, aunque da efectos a la aceptación al momento en que se expide, admite⁷⁷ que ésta puede ser retirada si la comunicación de retiro llega antes que la aceptación, pero no precisa lo que ocurre si llegan simultáneamente.

⁷⁴ Art. 67.

⁷⁵ Art. 22.

⁷⁶ Art. 1808.

⁷⁷ Art. 40.

D. Las reglas de ambos derechos son iguales a la de los *Principios*, salvo en el supuesto de que el retiro llegue al mismo tiempo que la aceptación.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) La aceptación puede ser retirada antes de que llegue | Igual | Igual |
| b) La aceptación puede ser retirada en el mismo momento que llegue | Desconocida | Desconocida |

2.11 ACEPTACIÓN MODIFICATIVA DE LA OFERTA

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 adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora justificada, 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.*

A. El primer párrafo establece la regla común de que: a) la aceptación con modificaciones constituye una contraoferta que podrá ser aceptada o rechazada. Pero el segundo párrafo matiza esa regla diciendo que: b) la aceptación con modificaciones que no alteren sustancialmente la oferta es en realidad una aceptación. Estos dos párrafos corresponden a lo que dispone la CCM,⁷⁸ pero aquí se da una lista de cuáles son las “modificaciones sustanciales”,⁷⁹ en la que prácticamente se viene a decir que toda modificación es sustancial; el artículo de los *Principios*, al no tener esta lista, permite que la aceptación con modificaciones sí constituya aceptación, salvo cuando introduzca modificaciones que un juez podría juzgar como sustanciales. La regla no violenta el principio de perfeccionamiento consensual del contrato, porque c) se deja al oferente la posibilidad de objetar esas modificaciones, pero tiene la ventaja, respecto a la regla de que toda aceptación con modificaciones es una contraoferta, de asegurar que se ha formado un contrato.

⁷⁸ Art. 19(1) y (2).

⁷⁹ Art. 19(3).

B. El *Código* mexicano⁸⁰ coincide con la regla a) de que la aceptación con modificaciones es una contraoferta, pero no admite b) que la aceptación con modificaciones pueda valer como aceptación, ni distingue entre modificaciones sustanciales o no sustanciales, ni puede admitir que c) las modificaciones no objetadas sean contenido del contrato.

C. El *Restatement* en principio reconoce la regla (*mirror image rule*) de que a) la aceptación debe ser sin modificaciones y si tiene modificaciones constituye una contraoferta.⁸¹ Sin embargo, admite que b) una aceptación con modificaciones vale como aceptación, si se entiende que la aceptación no depende de que el oferente consienta con las modificaciones;⁸² éstas se interpretan entonces como propuestas para la modificación del contrato.⁸³ Estas modificaciones pueden quedar aceptadas por el silencio del oferente,⁸⁴ es decir, por el hecho de que no las objete c). El *Uniform Commercial Code*⁸⁵ señala con más precisión cómo puede producir efectos la aceptación con modificaciones: requiere que éstas no alteren sustancialmente la oferta, y que el oferente no las objete en un plazo razonable contado a partir del día que las conoció, es decir, con el mismo contenido fundamental que la regla c) de los *Principios*.

D. El *Código* tiene un sistema más rígido que el de los *Principios*, el cual es fundamentalmente el mismo que el del *Restatement* y el *Uniform Commercial Code*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) La aceptación con modificaciones es una contraoferta | Igual | Igual |
| b) La aceptación con modificaciones no sustanciales vale | Opuesta | Igual |
| c) El oferente puede objetarlas sin demora | Desconocida | Semejante |

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 confirma-

⁸⁰ Art. 1810

⁸¹ Arts. 58 y 59.

⁸² Art. 61.

⁸³ Art. 59, *comment a*; *Uniform Commercial Code* 2-207(2).

⁸⁴ Art. 69.

⁸⁵ Art. 2-207(2).

ción de aquél y contuviere estipulaciones adicionales o modificadoras 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.

A. La regla no se refiere propiamente al periodo previo a la formación del contrato, sino que contempla el caso de un contrato ya formado, del cual se hace posteriormente un escrito confirmatorio. Sin embargo, trata esta situación de manera análoga a la de la aceptación con modificaciones, estableciendo que: a) las modificaciones que contenga el escrito confirmatorio valen, lo mismo que las de la aceptación con modificaciones, si no alteran sustancialmente el contrato o no se objetan oportunamente.

B. El *Código* no tiene una regla expresa sobre esta situación. Sin embargo, en nada se opone a que las modificaciones del escrito confirmatorio se interpreten como propuestas de modificar el contrato que pueden ser aceptadas tácitamente por la otra parte.⁸⁶ La diferencia está en que los *Principios* consideran las modificaciones como parte del contrato, que pueden ser objetadas y no como propuestas que pueden ser tácitamente aceptadas.

C. El *Restatement* tampoco tiene una regla expresa sobre esto. Pero el *Uniform Commercial Code* (ucc) aplica la regla⁸⁷ arriba citada, tanto a las aceptaciones con modificaciones como a los escritos confirmatorios con modificaciones, con lo que coincide en lo esencial con los *Principios*, pero no en el plazo para hacer las objeciones que en el ucc es un plazo razonable, y en éstos es un plazo más breve “sin demora injustificada”.

D. La regla de los *Principios* parece tomada del *Uniform Commercial Code*, pero puede operar conforme al sistema del *Código*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) El escrito confirmatorio con modificaciones vale si no se objeta sin demora | Semejante | Semejante |

⁸⁶ Artículo 1796, que admite el perfeccionamiento consensual del contrato, sin necesidad de forma alguna y artículo 1803 que admite el consentimiento tácito.

⁸⁷ Art. 2-207.

2.13 CELEBRACIÓN DEL CONTRATO CONDICIONADO A UN ACUERDO

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas o se celebre bajo una forma determinada, el contrato no se considerará celebrado mientras no se cumplan tales requisitos.

A. La regla es: a) que el contrato no se perfecciona si una de las partes ha requerido durante las negociaciones que se tenga previamente un acuerdo sobre determinadas cuestiones, o que el contrato cumpla alguna formalidad. El objeto de la regla es dar efectividad al acuerdo de las partes en cuanto a lo que ellas consideran como esencial, con el fin de que no se tenga por perfeccionado un contrato, aplicando la regla contenida en los artículos 2.11 y 2.12, cuando falta algún acuerdo específico sobre una cuestión que pudiera parecer sin importancia a un juez, pero que para una de las partes es de vital importancia, o cuando ésta ha requerido que el contrato revista determinada formalidad. Tiene aplicación también en el caso de que las partes inician negociaciones con objeto de llegar a un acuerdo preliminar o carta de intención que no consideran que sea por sí misma obligatoria, sino mero preparativo para un contrato posterior que deberá constar por escrito.⁸⁸

B. El *Código*⁸⁹ tiene una regla formulada con palabras diferentes, pero con el mismo contenido, que dice que en los contratos cada parte se obliga en “la manera y términos que aparezca que quiso obligarse”. En apariencia la regla del *Código* parecería no comparable con la de los *Principios*, porque ésta se refiere a una situación previa a la formación del contrato (el curso de las negociaciones), y el *Código* se refiere a un contrato ya formado. Pero nada impide entender que la regla de éste también se aplique cuando se hace el contrato sujeto a la condición⁹⁰ de que se llegue a un acuerdo específico o se redacte y firme un documento, de modo que el contrato no vincula a las partes hasta que se cumpla la condición.

⁸⁸ A. Farnsworth, *op. cit.*, pp. 121-123, 127-132.

⁸⁹ El artículo 1832 del *Código* es igual al artículo 78 del *Código de Comercio*.

⁹⁰ Art. 1939. Más difícil sería tratar el caso como una promesa de contratar, es decir, una obligación de celebrar un contrato futuro si se cumple determinada condición, ya que para la promesa de contratar, requiere el *Código* que se haga por escrito (arts. 2243 a 2247).

C. En el *Restatement*⁹¹ se acepta que si las partes manifiestan su intención de no quedar obligadas jurídicamente, esa manifestación se tiene en cuenta y el resultado de sus negociaciones puede ser simplemente un acuerdo de caballeros (*gentlemen agreement*) o un acuerdo preparatorio del que se derivará un contrato escrito. Además, reconoce⁹² que lo actuado durante las negociaciones (*course of dealings*) se toma en cuenta para interpretar el contrato, de modo que la insistencia de una parte en el acuerdo previo o la formalidad escrita puede tomarse como una manifestación de su intención de no quedar obligado mientras no se cumpla con ello.

D. Los dos derechos coinciden en el sentido general de la regla de los *Principios*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Vale condicionar el contrato a tener acuerdos específicos o a su redacción por escrito | Igual | Igual |

2.14 CONTRATO CON ESTIPULACIONES DEJADAS DELIBERADAMENTE PENDIENTES

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*

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.*

A. Este artículo debe leerse conjuntamente con el artículo 2.13. En este último se dispone que si una de las partes negocia bajo el supuesto de con-

⁹¹ El artículo 21 indica que no es preciso que las partes que negocian indiquen su intención de quedar obligados, pero que si manifiestan su intención de no quedar obligados eso puede impedir la formación del contrato. Véase especialmente *comment b*. Sobre los acuerdos de caballeros y los acuerdos condicionados a la firma de un escrito, véase A. Farnsworth, *op. cit.*, pp. 124-125 y 127-133.

⁹² Art. 223(1).

dicionar la efectividad del contrato para conseguir un acuerdo respecto a una cuestión específica, el contrato no se perfecciona mientras no se alcance este acuerdo. En cambio en el artículo que ahora se comenta se dispone que el contrato se perfecciona aunque no se llegue a un acuerdo en algún punto específico. La diferencia de tratamiento parece radicar en la voluntad de las partes: para que el contrato no se perfeccione en el supuesto del artículo 2.13, se requiere que una parte haya manifestado expresamente (“insistiera”, dice el texto) que negocia bajo condición de alcanzar un acuerdo sobre un punto específico; y para que el contrato se perfeccione en el supuesto del artículo 2.14, se requiere que las dos partes hayan tenido la intención de celebrar o perfeccionar el contrato, sin condición de un acuerdo sobre puntos específicos.

La regla del artículo es: *a*) que el contrato es válido no obstante que las partes no lleguen posteriormente a un acuerdo sobre los puntos que dejaron pendientes. Para suplir la falta de acuerdo, el artículo 4.8 dispone reglas para integrar el contrato, que atiendan a la intención de las partes, la naturaleza del contrato, la buena fe y el sentido común.

Hay una regla semejante en la ccim⁹³ respecto a las compraventas denominadas de “precio abierto”, en que las partes han celebrado un contrato —quizá hasta hayan actuado bajo ese supuesto— sin ponerse de acuerdo de manera expresa o tácita respecto al precio o de un método para determinarlo. La regla es que el contrato es válido y que el precio a pagar es el precio generalmente pagado por esas mercancías en circunstancias semejantes. De modo que el contrato es perfecto, y la falta de acuerdo sobre el precio se suple por aplicación de la regla.

B. El *Código* tiene *a*) reglas semejantes, aunque no idénticas. Por una parte admite⁹⁴ que un contrato es válido, aunque las partes no hayan manifestado expresamente su consentimiento respecto de cláusulas esenciales o típicas,⁹⁵ las cuales, sin embargo, dice que se tendrán por convenidas. Esto significa que el contrato es válido aunque no haya un acuerdo expreso sobre todo su contenido específico. Por otra parte, contiene la regla de interpretación⁹⁶ de que si no pueden resolverse las dudas respecto del contenido de un contrato en cuestiones accidentales, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses, si el contrato es gratuito, o en

⁹³ Art. 55.

⁹⁴ Art. 1839.

⁹⁵ Dice el texto de cláusulas esenciales o que “sean consecuencia de su naturaleza ordinaria”, es decir, que corresponden al tipo contractual, como el derecho del acreedor pignoraticio de vender la cosa pignorada.

⁹⁶ Art. 1857.

favor de la mayor reciprocidad de intereses, si fuere oneroso. Los dos artículos contemplan que el contrato es válido aunque falte acuerdo sobre puntos específicos, los cuales podrán resolverse posteriormente mediante interpretación. Así como el artículo de los *Principios* señala que el contrato es válido siempre que las partes hayan tenido la voluntad de celebrarlo, el *Código* mexicano dice que si falta acuerdo sobre el objeto esencial del contrato, de modo que no pueda conocerse cuál fue la voluntad de las partes, el contrato es nulo.

C. El *Restatement* también contempla casos en que falta acuerdo sobre puntos específicos; sin embargo, manifiesta que el contrato es válido. Admite^{97 a)} que un contrato es válido aunque deje cuestiones sin definir para que posteriormente las decidan las dos partes o una de ellas. Respecto de contratos de compraventa, el *Uniform Commercial Code*⁹⁸ admite lo mismo. También se admite que los puntos sin resolver los decida un tercero elegido por las partes.⁹⁹

Como contenido mínimo del acuerdo para que exista contrato, el *Restatement*¹⁰⁰ pide que sea “razonablemente cierto” (*reasonably certain*), lo cual ocurre si permite identificar la existencia de un incumplimiento y de un medio para resolverlo; identificar la existencia de un incumplimiento significa lo mismo, aunque enunciado en forma negativa, que identificar el objeto o cumplimiento del contrato. Además da una regla práctica: que el hecho de que se haya cumplido en parte un contrato de contenido aparentemente incierto puede significar que el contrato es válido.¹⁰¹

D. El *Código*, aunque no reconoce expresamente que es válido el contrato que tiene puntos sin resolver, sus reglas de interpretación de los contratos admiten esta posibilidad. El *Restatement* tiene, en cambio, reglas explícitas y más conformes con las de los *Principios*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Validez del contrato con puntos sin resolver | Semejante | Igual |

⁹⁷ Art. 34(1).

⁹⁸ Art. 2-311.

⁹⁹ A. Farnsworth, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁰ Art. 33(1).

¹⁰¹ *Restatement* 34(2).

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,¹⁰² con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte.*
 - 3) *En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo.*
-

A. La regla de este artículo protege las legítimas expectativas de quien entra a una negociación con la intención de llegar a un acuerdo, estableciendo la responsabilidad por los daños a cargo de la parte que negocia con mala fe, lo cual puede ser por negociar proporcionando información falsa o sin la intención de llegar a un acuerdo. Hace falta aclarar cuál es la fuente de esta responsabilidad, ya que como no hay un contrato formado no se puede hablar de responsabilidad contractual; más parece una responsabilidad derivada del daño causado.

El primer párrafo es simplemente una ratificación de la libertad contractual, con la aclaración de que: *a)* negociar sin llegar a un acuerdo no genera por sí mismo responsabilidad. El segundo párrafo indica que: *b)* quien negocia con mala fe es responsable de los daños que causa. Y el tercer párrafo indica un caso, no el único, de lo que es negociar con mala fe: *c)* iniciar o continuar negociaciones sin la intención de llegar a un acuerdo.

B. El *Código* no tiene disposiciones expresas semejantes.¹⁰³ Respecto a la afirmación de que: *a)* el entrar en negociación no implica la obligación de perfeccionar el contrato, coincide con el principio de libertad contractual que priva en el *Código*, el cual, sin embargo, admite que se pueda hacer una promesa de contratar (que es ella misma un contrato), por la que una o dos partes se obligan a celebrar un contrato futuro.¹⁰⁴ Respecto a la regla *b)* de que la negociación con mala fe genera responsabilidad por los daños, el *Código* no tiene una regla semejante en sus artículos sobre las obligaciones

¹⁰² La puntuación del texto parece incorrecta: en vez de *...ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable...*, debe ser: *ha interrumpido las negociaciones con mala fe, será responsable...*; de este modo "con mala fe" se refiere a interrumpir las negociaciones y no a ser responsable.

¹⁰³ El *Código* trata del "dolo o mala fe" como uno de los vicios de la voluntad que pueden causar la nulidad del contrato. Pero eso es un supuesto diferente.

¹⁰⁴ Arts. 2243 y ss.

contractuales, pero en el capítulo sobre las obligaciones provenientes de actos ilícitos contiene un artículo de carácter general relacionado con el supuesto previsto en el artículo de los *Principios*, el cual señala¹⁰⁵ que quien obra “ilícitamente o contra las buenas costumbres y causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. La cuestión sería si proceder de mala fe en una negociación mercantil puede ser calificado no como una conducta ilícita, debido a que sería necesario que existiera una ley que la tipificara, sino más bien como contraria a las buenas costumbres. La afirmación de que es mala fe iniciar o continuar negociaciones sin la intención de concluir un contrato c) puede caber perfectamente como un acto contrario a las buenas costumbres.

C. El *Restatement* tampoco tiene una disposición expresa semejante.¹⁰⁶ Se entiende que: a) el entrar en negociaciones no implica la obligación de contratar, aunque se acepta que las partes puedan convenir que harán su mejor esfuerzo para llegar a un contrato; este acuerdo puede interpretarse como un acuerdo de negociar con buena fe, que, aunque no implica la obligación de hacer el contrato, como en la promesa de contratar, genera responsabilidad en caso de que por negligencia de alguna de las partes no se llegue a realizar el contrato.¹⁰⁷ Si no hay acuerdo, el *Restatement* no prevé b) que la mala fe en la negociación genera responsabilidad por los daños, pero algunas cortes han aceptado que se exija responsabilidad contractual, con base en la restitución de lo que se hubiera dado por causa de la negociación (*restitution interest*) o en los gastos que se hubieran hecho con motivo de la negociación (*reliance interest*),¹⁰⁸ aunque es mejor plantear la responsabilidad como extracontractual, derivada de la conducta culposa que causa daños (*torts*).¹⁰⁹ El negociar sin intención de contratar, c) puede considerarse como una conducta ilícita o *tort*.

D. Las reglas de los *Principios* sobre responsabilidad por la negociación de los contratos son desconocidas para el derecho contractual del *Código* y del *Restatement*, pero son semejantes a las relativas a la responsabilidad por actos ilícitos o por *torts*.

¹⁰⁵ Art. 1910.

¹⁰⁶ El artículo 205 contempla el deber de actuar y negociar con buena fe, pero no contempla responsabilidad por la mera negociación con mala fe. Actuar con mala fe durante negociaciones que dan lugar a un contrato, se remedia, igual que en el *Código*, por las reglas relativas a la invalidez de los contratos.

¹⁰⁷ Véase A. Farnsworth, *op. cit.*, pp. 205-206.

¹⁰⁸ Art. 344(b) y (c).

¹⁰⁹ El artículo 205 *comment c*, indica que esa responsabilidad puede exigirse conforme al derecho de *torts* o *restitution*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------|
| a) Negociar no implica obligación de contratar | Igual | Igual |
| b) Responsabilidad por negociar con mala fe | Semejante | Semejante |
| c) Negociar sin intención de contratar es de mala fe | Semejante | Semejante |

2.16 DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor.

A. Este artículo también contiene un supuesto de responsabilidad extracontractual, que se genera durante el curso de las negociaciones. La regla es: a) que la información confidencial no debe revelarse, ni b) aprovecharse indebidamente. Como regla complementaria, se dice que c) para cuantificar en dinero esa responsabilidad, se tendrá en cuenta, entre otros criterios, el valor del beneficio recibido por el transgresor.

B. Respecto a la responsabilidad por a) revelar la información confidencial, me parece que la fuente de esta responsabilidad, salvo que hubiera una ley que tipificara el acto como falta o delito, o una promesa de no divulgarla, no es la mera divulgación de información, sino el causar un daño con esa divulgación; así planteada, conforme a la doctrina del *Código* es un caso de la responsabilidad derivada de la comisión de un acto ilícito o contrario a las buenas costumbres.¹¹⁰ El caso b) de quien se aprovecha de la información confidencial, puede plantearse, de acuerdo con las reglas del *Código*, como responsabilidad derivada del enriquecimiento ilegítimo,¹¹¹ que dice que si uno, sin tener causa que lo justifique, se enriquece en detrimento de otro, debe indemnizar al otro en la medida del provecho que haya obtenido. Pero quizá este planteamiento presente la dificultad de probar que la parte cuya información se ha divulgado, ha sufrido un detrimento

¹¹⁰ Art. 1910.

¹¹¹ Art. 1882.

patrimonial proporcional al beneficio alcanzado por la otra. El *Código* admite expresamente¹¹² que: c) la medida de la responsabilidad se hará con base en el beneficio recibido.

C. En el *Restatement* tampoco se prevé responsabilidad contractual por divulgar o por aprovechar información confidencial, pero ambas situaciones pueden plantearse como casos de responsabilidad extracontractual. Como un caso de *tort*: a) el divulgar la información, o como un caso de *restitution*, b) el aprovecharse indebidamente de ella. Esta última se contempla en el *Restatement of Restitution*¹¹³ en los mismos términos que el enriquecimiento ilegítimo en el *Código*. La regla c) de que la medida de la restitución se hará con base en el valor del beneficio conferido, está reconocida expresamente.¹¹⁴

D. Las reglas de los *Principios* son ajenas al derecho contractual de ambos países, pero reconocidas en sus regímenes sobre responsabilidad extracontractual por daños o por enriquecimiento indebido. La responsabilidad por el hecho de divulgar la información, como parece proponerlo el artículo de los *Principios*, se desconoce en ambos derechos, que requieren que la divulgación cause un daño.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Responsabilidad por divulgar información confidencial durante las negociaciones | Semejante | Semejante |
| b) Responsabilidad por aprovechar información confidencial conocida durante las negociaciones | Semejante | Semejante |
| c) La responsabilidad se mide por el valor del beneficio | Semejante | Semejante |

2.17 CLÁUSULAS DE RESTRICCIÓN PROBATORIA

Todo contrato escrito que contenga una cláusula indicativa de que lo allí contenido expresa todo lo acordado, no puede ser contradicho o comple-

¹¹² Art. 1882.

¹¹³ *Restatement of Restitution*, art. 1: a "person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution".

¹¹⁴ Art. 344(c).

mentado mediante prueba de declaraciones o acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

A. La regla señala la validez de las cláusulas (*merger clauses*) que, con objeto de dar seguridad a las partes, indican que todo el contenido del contrato es lo que está manifestado por escrito. Señala que el efecto de esta cláusula es que: a) el contrato no puede ser contradicho mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores, b) ni puede ser complementado de esa manera. Pero añade que: c) las declaraciones o acuerdos previos al contrato pueden usarse como medio para interpretar su contenido.

B. En el *Código* no se regula expresamente esta cláusula a) y b), pero nada hay en él que impida que se convenga¹¹⁵ y tenga efecto. Si el contrato es claro y no requiere interpretación, la cláusula surte efecto como lo dispusieron las partes; pero, si el contrato resultara oscuro y requiriera interpretación, entonces se aplicaría la regla general de interpretación contractual, que dice¹¹⁶ que si “las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. En aplicación de esta regla se podría concluir: c) que los acuerdos y declaraciones de las partes previas al perfeccionamiento del contrato pueden utilizarse como pruebas de la intención de las partes, no obstante la cláusula que diga que no vale otro documento fuera del que contiene el contrato.

C. En el derecho del *Restatement* se reconoce que cuando las partes han convenido una cláusula de este tipo (*merger clause*), el contrato queda integrado (*integrated*), es decir, reducido todo su contenido a lo que expresa el documento. Respecto de un contrato integrado opera la regla denominada *parol evidence rule*,¹¹⁷ que extingue los efectos jurídicos de todos los acuerdos previos, orales o escritos que contradijeran el contrato integrado.¹¹⁸ Pero se distingue el grado de integración del contrato:¹¹⁹ si la inten-

¹¹⁵ El artículo 1839 del *Código* admite que las partes pueden convenir cualquier cláusula.

¹¹⁶ Art. 1851.

¹¹⁷ Ésta no es una regla procesal, como podría sugerir su nombre, sino de carácter sustantivo (art. 213, *comment a*), que extingue los efectos jurídicos de los acuerdos previos y, como consecuencia, tiene un efecto procesal: limitar el valor probatorio que puedan tener dichos acuerdos.

¹¹⁸ Art. 213(1).

¹¹⁹ Art. 210. El párrafo primero define el contrato totalmente integrado; el segundo, el contrato parcialmente integrado; el tercero dice que corresponde a los jueces determinar en qué categoría queda cada contrato en particular.

ción de las partes fue que el escrito contuviera la expresión final de todo el acuerdo, el contrato queda totalmente integrado (*completely integrated*); si la intención de las partes fue que el contrato sea la expresión final de su acuerdo, pero no la expresión completa del mismo, el contrato queda parcialmente integrado (*partially integrated*). El contrato totalmente integrado excluye no sólo los acuerdos previos que lo contradijeran, sino además los que pudieran ser congruentes con él.¹²⁰ El contrato parcialmente integrado no excluye los acuerdos previos que fueran congruentes con él.¹²¹

Como consecuencia del efecto extintivo del contrato integrado sobre los acuerdos previos *a)*, se excluye que las negociaciones y acuerdos previos al contrato puedan valer como pruebas para demostrar un contenido del mismo que contradice alguna de sus cláusulas escritas.¹²² Sin embargo, si el contrato está parcialmente integrado *b)*, los acuerdos previos que no lo contradicen siguen en vigor y son complementarios del mismo. En todo caso *c)*, los acuerdos y las negociaciones previas pueden servir para interpretar el contenido del contrato integrado parcial o totalmente.¹²³

D. El *Código* no regula expresamente las cláusulas integradoras (*merger clauses*), pero no se opone a ellas, de modo que pueden producir el efecto que se proponen. El *Restatement* tiene las mismas reglas, pero más elaboradas; con la distinción entre contratos parcial y totalmente integrados, admite que los acuerdos previos tengan efecto en relación a contratos parcialmente integrados.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|--|---------------|--------------------------|
| a) No se puede contradecir un contrato integrado por acuerdos previos | Igual | Igual |
| b) No se puede complementar un contrato integrado por acuerdos previos | Igual | Diferente ¹²⁴ |
| c) Los acuerdos previos sirven como medios de interpretación | Igual | Igual |

¹²⁰ Art. 213(2).

¹²¹ Art. 216.

¹²² Art. 215.

¹²³ Art. 215, *comment a*. También pueden ser usados como medios de prueba para decidir si el contrato está integrado o no, o total o parcialmente integrado.

¹²⁴ Diferente respecto de un contrato parcialmente integrado.

2.18 CLÁUSULAS QUE EXIGEN QUE LA MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DEL CONTRATO SEA POR ESCRITO

Todo contrato escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido, sino por ese medio. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte hubiere actuado confiando en dicha conducta.

A. El artículo anterior permite que las partes aseguren el contenido del contrato en un único documento. Este artículo se refiere a otra posibilidad, complementaria de aquélla, que las partes aseguren que su contrato no será modificado si no es por medio de un escrito firmado por ambas partes. La primera frase de este artículo da la regla de que *a)* se respeta la voluntad de las partes que acuerdan que toda modificación o extinción del contrato tiene que hacerse por escrito. La segunda se refiere al caso en que, no obstante la cláusula, las partes, como de hecho sucede, verbalmente convinieron algo que hizo que una de ellas se comportara de determinada manera, por ejemplo, cambiando la ruta de entrega de las mercancías; la regla que da el artículo es que *b)* ese acuerdo verbal es válido, en la medida en que ha causado un comportamiento de alguna de las partes. El artículo coincide con otro de la CCIM.¹²⁵

B. El *Código* reconoce la libertad de las partes respecto a la forma del contrato, salvo los casos en que la ley exige la forma escrita;¹²⁶ de modo que: *a)* libremente pueden convenir que toda modificación o extinción del contrato deba hacerse por escrito. Pero *b)* no hay una disposición expresa referente al caso en que las partes, a pesar de la cláusula, hacen un acuerdo modificadorio verbal; más bien la hay en sentido contrario: si las partes han convenido que su voluntad deba manifestarse expresamente, no se puede inferir su voluntad de los hechos.¹²⁷ La única posibilidad aparente para cubrir dicho supuesto, sería la de considerar que existe una contradicción entre el escrito y la intención real de las partes, por lo que deberá prevalecer esta última, de acuerdo a la regla que dice que prevalece la intención de las partes respecto de sus palabras.¹²⁸

¹²⁵ Art. 29(2).

¹²⁶ Art. 1832.

¹²⁷ Art. 1803.

¹²⁸ Art. 1851.

C. Tradicionalmente, en el derecho contractual de Estados Unidos, la cláusula que exige que toda modificación del contrato sea por escrito puede superarse por un acuerdo verbal posterior, de modo que dicha cláusula no asegura que el contrato tendrá que modificarse necesariamente por escrito.¹²⁹

La regla se ha ido modificando por medio de leyes locales y por medio del *Uniform Commercial Code*, que señala,¹³⁰ en palabras muy semejantes a los *Principios*, que si hay un acuerdo de que el contrato no puede modificarse o extinguirse por escrito, el contrato no puede modificarse ni extinguirse de otra manera; pero añade¹³¹ que una modificación o resolución verbal del contrato puede valer como una renuncia (*waiver*).

En el *Restatement* se contempla una situación semejante: cuando la ley¹³² exige que el contrato y cualquier modificación sea por escrito. En principio, todo acuerdo posterior tiene que cumplir el requisito de ser escrito, pero admite¹³³ que la modificación verbal surta efecto si ha causado que alguna de las partes actúe confiando en ella (*reliance*), de modo que sería injusto exigirle el cumplimiento del contrato en los términos originales.

De acuerdo con las reglas del ucc puede afirmarse que: *a*) vale la cláusula que exige que toda modificación o resolución contractual sea por escrito; pero esto no está previsto expresamente en el *Restatement*. Éste afirma que: *b*) vale la modificación oral, aun cuando el contrato requiera por la ley la forma escrita, si hubo una conducta derivada de la confianza (*reliance*) en que la modificación tuvo efectos.

D. Aunque ambos ordenamientos pueden coincidir implícitamente con los *Principios*, tienen perspectivas diferentes que los pueden llevar a interpretaciones divergentes. El *Código* tiende a dar validez ilimitada a la cláusula que previene que cualquier modificación o resolución del contrato sea por escrito, mientras que el *Restatement* tiende a dar validez a cualquier modificación posterior.

¹²⁹ A. Farnsworth, *op. cit.*, p. 492.

¹³⁰ Art. 2-209(2).

¹³¹ Art. 2-209(4).

¹³² La ley que originalmente exigía la forma escrita fue una ley inglesa conocida como *Statute of Frauds*; esta ley ha sido sustituida por leyes locales de contenido semejante, a las que se sigue llamando genéricamente *Statute of Frauds*.

¹³³ Art. 150.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Validez de la cláusula que requiere modificación o resolución del contrato por escrito | Igual | Igual |
| b) Validez excepcional del acuerdo verbal no obstante la cláusula | Igual | Igual |

2.19 CONTRATACIÓN CON CLÁUSULAS ESTÁNDAR

- 1) Cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar para celebrar un contrato, se aplicarán las normas generales que se refieren a la formación del contrato, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.20 al 2.22.
- 2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con anticipación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte.

A. Éste y los siguientes artículos constituyen una novedad en relación al régimen de formación del contrato que tiene la CCIM. Son una respuesta al uso común de cláusulas estándar en la contratación internacional. El primer párrafo sólo menciona que estas cláusulas, sujetas en principio a las reglas sobre formación del contrato a) tienen un régimen especial que se desarrolla en los siguientes artículos. El párrafo segundo hace b) una descripción de lo que son estas cláusulas y menciona dos características suyas: i) que hayan sido preparadas con anticipación para su uso general y repetido, y ii) que no hayan sido negociadas con la otra parte.

B. No hay en el Código ni en el Código de Comercio mexicanos, disposiciones especiales que definan o rijan este tipo de cláusulas. Sin embargo, la Ley Federal de Protección al Consumidor tiene: a) un régimen específico, no sobre cláusulas estándar, pero sobre los contratos de adhesión¹³⁴ b) que los describe en términos parecidos a los Principios, señalando como características distintivas el ser elaborados unilateralmente y constar en formatos uniformes, lo que implica que son para uso generalizado.

C. El Restatement¹³⁵ contiene: a) una regla relativa, no a cláusulas, sino a contratos estándar, pero que puede aplicarse a ellas. Ahí b) se describe el contrato estándar como uno regularmente usado en situaciones semejan-

¹³⁴ Cap. X, arts. 85 a 90.

¹³⁵ Art. 211.

tes; en lo que coincide con parte de la descripción de los *Principios*; pero no requiere que sea impuesto por una parte a la otra sin posibilidad de negociación.

D. Ni el *Código* ni el *Restatement* tienen reglas específicas para las cláusulas estándar, pero se les puede aplicar lo previsto para los contratos de adhesión. El régimen de la ley mexicana de protección al consumidor es aplicable exclusivamente a contratos entre un proveedor (comerciante) y un consumidor (persona física o moral), pero no a contratos entre dos comerciantes.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Régimen especial para cláusulas estándar | Semejante | Semejante |
| b) Definición de cláusulas estándar | Semejante | Semejante |

2.20 ESTIPULACIONES SORPRESIVAS

- 1) *Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente.*
- 2) *Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.*

A. Esta regla constituye un primer remedio en favor de la parte perjudicada por el contenido de cláusulas estándar. El supuesto que prevé es el de una parte que acepta un contrato estándar sin leerlo y luego, cuando surge algún problema, la otra parte le muestra una cláusula del contrato que dice, por ejemplo, que el vendedor no es responsable por la calidad de las mercancías, sino sólo por entregar la cantidad completa.

El primer párrafo hace: *a)* una descripción de la cláusula sorpresiva, como aquella cuyo contenido no es “razonablemente previsible”; señala la regla: *b)* que esa cláusula es nula, salvo que: *c)* se acepte expresamente. El segundo párrafo proporciona: *d)* criterios adicionales (contenido, lenguaje y presentación) para determinar la existencia de una cláusula sorpresiva.

B. El *Código*, como ya se mencionó, no tiene disposiciones expresas sobre cláusulas estándar, ni menos sobre cláusulas sorpresivas *a)* y *d)*, pero *b)* la

nulidad de una cláusula de este tipo podría establecerse recurriendo a la protección contra la conducta dolosa. El consentimiento para un contrato no es válido cuando ha sido “sorprendido por dolo”,¹³⁶ y el dolo comprende además del engaño, la mala fe, que es la disimulación, por uno de los contratantes, del error en que ha incurrido el otro.¹³⁷ Si la parte que conoce el contrato no advierte del contenido de la cláusula a la otra que lo acepta sin leerlo, actúa de mala fe en tanto que disimula el error en que incurre la otra parte al firmar sin leer, y el contrato o la cláusula es anulable; claro que c) si la parte afectada aceptó expresamente la cláusula, la cláusula vale sin ningún reparo.

La *Ley Federal de Protección al Consumidor* tiene un sistema diferente: en vez de definir cláusulas sorpresivas y admitir que puedan valer si se aceptan expresamente, señala contenidos específicos que por ningún motivo pueden ser pactados,¹³⁸ como permitir que el proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato, o liberar al mismo de su responsabilidad contractual.

C. El *Restatement* se refiere a la cláusula sorpresiva, como a) aquella que es parte de un contrato estándar y que el autor del contrato podría pensar que la otra parte no la aceptaría si la hubiera conocido.¹³⁹ La regla es que b) esa cláusula no vale. Pero si se acepta expresamente c) puede valer como un acuerdo específico.¹⁴⁰ Por otra parte, la validez de una cláusula sorpresiva también puede impugnarse, considerando su contenido, por causa de engaño u oposición al orden público.

La indicación del párrafo segundo del artículo de los *Principios*, de que se considerará el contenido, lenguaje y presentación de la cláusula para determinar si puede impugnarse su eficacia por esta causa, coincide con las disposiciones de varias leyes comerciales en los Estados Unidos, comenzando con el *Uniform Commercial Code*, que exigen que ciertas cláusulas sean presentadas de modo que resalten en el documento.¹⁴¹ La presentación de una cláusula de éstas en la forma ordinaria puede ser un signo claro de ser una cláusula sorpresiva.

¹³⁶ Art. 1812.

¹³⁷ Art. 1815.

¹³⁸ Art. 90.

¹³⁹ Art. 211(3).

¹⁴⁰ Art. 203(d).

¹⁴¹ ucc, 2-316(2), el cual dispone que ciertas cláusulas sean *conspicuous*, es decir, que se noten en el contrato, por ejemplo, con otro tipo de letra o alguna indicación marginal.

D. El *Código* no tiene protección contra cláusulas sorprendidas, sino contra la conducta dolosa que puede implicarse en una cláusula de este tipo. La ley mexicana de protección al consumidor reprime no la forma de la cláusula (el ser sorprendente) sino su contenido. El *Restatement*, refiriéndose a contratos estándar y no a cláusulas aisladas, tiene una protección semejante a la que disponen los *Principios*, pero no habla de “cláusulas sorprendidas”, sino de cláusulas que una parte no conoció, pero que de haberlas conocido no las hubiera aceptado.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|--------------------------|--------------------------|
| a) Definición de cláusula sorprendente | Desconocida | Semejante |
| b) Nulidad de cláusula sorprendente | Semejante | Igual |
| c) Validez excepcional de cláusula sorprendente aceptada expresamente | Semejante ¹⁴² | Igual |
| d) Criterios adicionales para determinar una cláusula sorprendente | Desconocida | Semejante ¹⁴³ |

2.21 CONFLICTO ENTRE CLÁUSULAS ESTÁNDAR Y NO ESTÁNDAR

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

A. La regla de que: a) prevalece la cláusula no estándar respecto de la cláusula estándar se justifica, debido a que la cláusula no estándar fue indudablemente negociada y consentida por las partes.

B. Aunque el *Código* a) no contiene una disposición expresa semejante, el resultado previsto en la regla de los *Principios* puede conseguirse por aplicación del principio interpretativo de que la cláusula especial prevalece respecto a la general.¹⁴⁴

¹⁴² Contradice el régimen de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* en cuanto señala cláusulas que son nulas sin posibilidad de convalidarlas.

¹⁴³ Semejante al *Uniform Commercial Code*.

¹⁴⁴ Este principio, comúnmente aceptado, puede considerarse como uno de los “principios generales del derecho” que se aplican a falta de ley expresa, de acuerdo con el artículo 19 del mismo *Código*.

C. El *Restatement* tiene: a) una regla específica de idéntico contenido, que dice que las cláusulas negociadas por separado o añadidas a un contrato prevalecen respecto de las cláusulas estándar.¹⁴⁵

D. La regla de los *Principios* está implícita en el *Código* y reconocida expresamente en el *Restatement*.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Prevalencia de cláusula no estándar respecto a cláusula estándar | Semejante | Igual |

2.22 CONFLICTO ENTRE FORMULARIOS

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

A. La disposición se refiere al conocido conflicto denominado “guerra de papeles” (*battle of forms*), es decir, el conflicto sobre qué formulario ha de prevalecer cuando las dos partes emitieron su voluntad de celebrar un contrato enviando un documento impreso que contiene una serie de condiciones favorables a quien lo envía. De acuerdo con las categorías de oferta y aceptación, quizá en la mayor parte de los casos habría que concluir que no hay un contrato, debido a que los términos de la oferta contenidos en el documento impreso (por ejemplo, un catálogo y forma de pedido) no se aceptan plenamente en el documento de aceptación (por ejemplo, una orden de compra), sino que contienen adiciones sustanciales. Este artículo pretende disipar las dudas que pueden surgir por esta práctica común.

El artículo describe primero el siguiente supuesto: que las dos partes han usado documentos estándar en sus comunicaciones de oferta y acepta-

¹⁴⁵ Art. 203(d).

ción de un contrato y que han llegado a un acuerdo en lo esencial, pero con divergencias en cuanto a que los formularios se contradicen entre sí. La regla es: *a*) que el contrato es válido, y *b*) que contiene las disposiciones comunes a ambos formularios, excepto si *c*) una de las partes había dicho con antelación que no quedaría vinculada por el contrato de no haber un acuerdo total, o *d*) si cualquiera de las partes, después de perfeccionado el contrato conforme a la regla *a*), indica sin demora a la otra que no queda vinculada por ese contrato.

El supuesto previsto en esta regla es análogo al de la aceptación con modificaciones, pero hay diferencias en cuanto al tratamiento de uno y otro. En la aceptación con modificaciones se dice que el contrato es válido, salvo si el oferente había requerido una aceptación total, y se discute si las modificaciones son o no parte del contrato; se excluye que lo sean las que alteran sustancialmente la oferta y las que el oferente objeta sin demora. En el supuesto de intercambio de formularios se dice igualmente que el contrato es válido, pero sólo con las disposiciones comunes a ambos formularios, sin considerar que las disposiciones peculiares del último formulario (lo que podría equivaler a las “modificaciones” de la aceptación) sean parte del contrato, y luego se señalan los casos en que se impide el perfeccionamiento del contrato: cuando el oferente requirió una aceptación plena o cuando cualquiera de las partes lo objeta sin demora.

B. El *Código* no prevé expresamente este supuesto de intercambio de formularios, por lo que se aplican las reglas relativas a la aceptación en general. De acuerdo con el principio¹⁴⁶ de que la aceptación de la oferta ha de ser plena y que la aceptación con modificaciones es una contraoferta, se concluye que en el supuesto previsto en esta regla de los *Principios* conduciría a la conclusión (*a, b, c*) de que no ha habido realmente un contrato.

C. El *Restatement* tampoco contempla expresamente el supuesto de intercambio de formularios, pero aplicando sus reglas sobre la aceptación con modificaciones,¹⁴⁷ puede *a*) admitir la existencia del contrato, no obstante las diferencias de formularios, si se interpreta que el formulario que contiene la aceptación no supedita la aceptación a la conformidad con las modificaciones. Esta interpretación no podría hacerse si con antelación, o en la misma aceptación, el aceptante indica que no quedará vinculado si no se aceptan sus modificaciones, tal como lo dispone la excepción *b*) de los *Principios*. No dispone *c*) que se impide el perfeccionamiento del contrato si alguna de las partes lo objeta sin demora.

¹⁴⁶ Art. 1810.

¹⁴⁷ Véase el comentario al artículo 2.11 de los *Principios*.

D. El supuesto de intercambio de formularios no está previsto expresamente ni en el *Código* ni en el *Restatement*, por lo que en estos ordenamientos debe resolverse conforme a las reglas de la aceptación con modificaciones. Las reglas correspondientes del *Código* son opuestas a las de los *Principios*, y las del *Restatement* son diferentes.

| <i>Principios</i> | <i>Código</i> | <i>Restatement</i> |
|---|---------------|--------------------|
| a) Validez del contrato formado por intercambio de formularios de diferente contenido | Opuesta | Igual |
| b) El contenido del contrato son las disposiciones comunes | Desconocida | Semejante |
| c) El contrato no se forma si el oferente requirió aceptación plena | Igual | Igual |
| d) El contrato no se forma si cualquiera de las partes lo objeta | Desconocida | Desconocida |