

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE UNIDROIT

Julio César TREVIÑO AZCUÉ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Criterios rectores de los principios para la formación del contrato*. III. *Aspectos innovadores y labor integradora de los “Principios”*. IV. *Criterios que fortalecen el “principio de la libre voluntad de las partes”*. V. *El problema de la forma*. VI. *Disposiciones indirectamente relativas a la formación del contrato*. VII. *Conclusión*. VIII. *Cuadro comparativo*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos ocuparemos del capítulo 2 de los Principios sobre los Contratos Internacionales de UNIDROIT,² en adelante los “principios”³ referente a la formación del contrato, tema de gran interés e importancia por la variedad de circunstancias que se vienen presentado en la práctica al respecto.

Una vez más, la UNIDROIT⁴ con un afán de seguir trabajando en *pro* de una mayor unificación del derecho en el ámbito internacional, ha

1 Profesor de derecho conflictual, Universidad Iberoamericana, México D. F.; miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, París.

2 International Institute for the Unification of Private Law o su nombre en español Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

3 En el desarrollo del presente trabajo utilizaré la palabra “principios” para referirme de manera general a los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales” de UNIDROIT. Cuando me refiera a los “Comentarios” a los mismos principios utilizaré la palabra “comentarios”, y de igual manera cuando me refiera a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 1980) utilizaré sus siglas en inglés: “CISG”.

4 Sólo a manera de ejemplo podemos mencionar: “UNIDROIT Draft Uniform Law on the Formation of International Contracts by Correspondence”, de 1936; y “UNIDROIT Draft Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods”, de 1963.

presentado como resultado de varios años de dedicación, una serie de principios aplicables a los contratos internacionales que pretende servir no únicamente como instrumento para los comerciantes internacionales, sino como una carta de presentación para los legisladores nacionales de lo que hoy en día son normas modernas de la contratación.

Tomando como base el trabajo realizado por Michael J. Bonnell,⁵ la división del capítulo que nos ocupa en esta ocasión es presentado en el documento final de la UNIDROIT de la siguiente manera: El contenido de los artículos que van del 2.1 al 2.12 establece los típicos principios generales de la formación del contrato, coincidiendo de manera general con las disposiciones ubicadas en el capítulo referente a la formación del contrato de la CISG, aunque con las tonalidades propias, mismas que serán tratadas en el presente trabajo. Posteriormente encontramos los artículos 2.13, 2.17 y 2.18 que se refieren a las disposiciones que, impuestas por las partes, exigen determinada forma o limitan a la misma a un solo documento en forma; el artículo 2.14 en el que se trata también sobre disposiciones impuestas por las partes pero referentes a estipulaciones que deliberadamente se dejan pendientes sin afectar la validez del contrato; los artículos 2.15 y 2.16 que tratan sobre la “mala fe” y “el deber de confidencialidad”, respectivamente, y que no interfieren de manera directa en la formación del contrato pero que en el plano temporal se dan al mismo tiempo; y, finalmente, los artículos 2.19 al 2.22 que dan una serie de respuestas al problema de la “Batalla de las Formas” y enfocan principalmente el tratamiento que debe darse a la inclusión de cláusulas estándar dentro de los contratos internacionales.

Sólo a manera de repaso, y aceptando que el tema de la aplicabilidad de los principios es tan extenso que merecería un estudio por separado, mencionaré que como un elemento que se debe tener siempre presente para aquellos que se dediquen al estudio o a la aplicación práctica de los “principios” está el hecho de que, dada la naturaleza jurídica de los mismos, éstos en principio únicamente se aplicarán cuando las partes en ejercicio de su libertad los seleccionen para tal efecto, ante lo cual y

5 Bonnell, M. J., “A ‘Restatement of Principles for International Commercial Contracts’ an Academic Exercise or a practical Need?”, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

dependiendo del órgano encargado de su aplicación, deberán sortear otros muchos obstáculos de no poca importancia.

Una posibilidad para que los “principios” tengan aplicabilidad, que incluso se puede entender como una de las múltiples finalidades de los mismos, es la probabilidad de que sean señalados como referencia por la legislación interna de un país como criterios de interpretación de los contratos internacionales, o de características internacionales de contratos domésticos.

Finalmente, y para poder dar paso al estudio de los “principios”, falta señalar que el desarrollo, la correcta aplicación y la validez de la selección de cuerpos normativos internacionales unificadores del derecho, representan un paso adelante en la determinación del derecho aplicable al contrato, *ab initio*, aminorando de esta manera la problemática de la determinación de la ley aplicable al contrato por medio de las normas de conflicto de leyes y la subsecuente inseguridad que tal circunstancia daba al intercambio comercial transfronterizo.⁶ En otras palabras, que las partes en un contrato internacional o con implicaciones internacionales, se sometan expresamente a los “principios” como derecho aplicable a la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato y las consecuencias que se deriven de tales hipótesis.

II. CRITERIOS RECTORES DE LOS PRINCIPIOS PARA LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

1. *Teoría de la Recepción*

La teoría sobre la formación de los contratos que domina sobre los “principios” dictados por la UNIDROIT es la de la recepción. El artículo 1.9 (2) marca esta tendencia señalando de manera general que las comunicaciones surtirán efectos *cuando lleguen* a las personas a quienes vayan dirigidas, tendencia que se repite en los siguientes artículos: 2.3 en sus dos incisos, al fijar el momento en que la oferta surte sus efectos cuando ésta llega al destinatario y negándole efectos al retiro de la oferta que llega después de recibida ésta; 2.5, al reconocer el efecto de extinción

⁶ Una excelente exposición de la problemática de selección del derecho aplicable al contrato la podemos encontrar en Libling, D. F., “Formation of International Contracts”, *Modern Law Review Limited*, Londres, v. 42, n. 2, marzo, 1979.

de la oferta hasta que el rechazo llegue al oferente; 2.6, al señalar que la aceptación de la oferta produce sus efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente y así también en los artículos 2.8 (1) y 2.10.

No obstante lo anterior, los “principios” reconocen efectos a la teoría de la expedición cuando al momento en que el destinatario manda su aceptación se imposibilita la revocación de la oferta, y cuando se considera aceptada la oferta en el momento en que el destinatario, basado en prácticas establecidas entre él y el oferente, realiza un acto que implique aceptación teniendo como efecto el que la oferta no pueda ser revocada, desde el mismo momento en el que se da el acto.⁷ En ambos casos se protege al destinatario: En el supuesto marcado en el artículo 2.4 (1) se protege la expectativa del destinatario sobre la realización del contrato, toda vez que el ya lo aceptó y los elementos con los que cuenta le indican que el contrato se llevará a cabo; y, en el supuesto previsto en el artículo 2.6 (3) en que se tutela no simplemente una expectativa sino además un acto concreto basado en una seguridad del destinatario, por las prácticas que ha establecido con anterioridad con el oferente, o por los usos particulares del comercio que rigen el tipo de contrato de que se trate.

A manera comparativa es menester señalar las teorías que aplican en nuestro país. En lo que se refiere a operaciones civiles, es aceptada la misma teoría de la *recepción*,⁸ mientras que para las operaciones mercantiles el artículo 80 del Código de Comercio en su primer párrafo marca la aplicación de la teoría de la *emisión*, mientras en el ámbito de aplicación de la CISG, la solución se da en el sentido de establecer como regla general la teoría de la *recepción* en los artículos 15, 16 (1) y 17. Adicionalmente y coincidiendo con los “principios”, en el artículo 18 (2) de la CISG, se reconocen efectos a los actos que, basados en las prácticas establecidas entre las partes, signifiquen asentimiento, con lo que se reconoce con carácter de excepción que el contrato se tenga por

7 Principios de UNIDROIT, artículo 2.4 (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”. Artículo 2.6 (3) “Si en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, la aceptación producirá efectos cuando dicho acto fuere ejecutado”.

8 Código Civil para el Distrito Federal, artículos 1807 y 1808.

celebrado cuando el destinatario realice un acto que implique que ha aceptado la oferta.

2. Principio favorecedor a la formación del contrato

Como una tendencia propia de los “principios” encontramos que éstos buscan por medio de sus disposiciones y “comentarios”, el favorecimiento de la “formación” del contrato, es decir, que se eximen de formalidades especiales, acuerdos específicos y demás trabas a la formación del contrato. Esta tendencia se establece tanto en el sentido de dar libertad a las partes para contratar, como en el sentido de considerar celebrado el contrato, aun cuando una de las partes participantes quiera eximirse de su cumplimiento argumentando que su negociación carece de elementos no considerados como esenciales.

Lo mencionado con anterioridad queda ilustrado desde el artículo 1.2 que da libertad de forma al contrato y específicamente dentro del capítulo referente a la “formación” del contrato encontramos disposiciones que pretenden favorecer la formación del contrato y así, siguiendo con una línea internacional de pensamiento, establece que para celebrarse un contrato sólo se necesita la aceptación de una oferta o la conducta de las partes que indique asentimiento.⁹

Esta tendencia también se relaciona con la defensa que se establece en el artículo 2.6(3) sobre la expectativa de que el contrato se llevará a cabo, y que por lo tanto se considera como irrevocable una oferta, una vez que el destinatario contesta al oferente aceptando la oferta, con lo que se favorece la formación del contrato.

De igual manera en el artículo 2.9 se protege la expectativa del receptor, que habiendo enviado su aceptación a tiempo, tiene el derecho de que el contrato se tenga por formado, a menos que el oferente le comunique que para él la oferta ya había caducado.

Quizá el artículo que mejor ilustra la tendencia de los “principios” a favorecer la formación de los contratos es el 2.14, al dejar fuera de la formación del contrato los puntos sujetos a negociaciones ulteriores y no permitiendo que estos interfieran con la celebración del contrato.

9 Principios de UNIDROIT, artículo 2.1.

Como se menciona en el “comentario” relativo al artículo 2.14, una o varias cuestiones suelen ser pasadas por alto durante las negociaciones por varias razones: i) la omisión puede resultar de un simple olvido; ii) cuando las partes no han podido llegar a un acuerdo sobre tales circunstancias; iii) cuando no han querido deliberadamente llegar a un acuerdo sobre ciertos elementos de la negociación, dejando su discusión para un momento posterior; y, iv) porque dejan la determinación de la cuestión a un tercero. En todos los casos mencionados anteriormente, existe la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo o la cuestión sea determinada por el tercero señalado para tal efecto. En caso de que la cuestión que se dejó pendiente no se pudiera determinar, en los tres primeros casos (i, ii y iii) la falta de determinación del elemento podrá ser resuelta conforme a los artículos 4.8 y 5.2 que establecen las reglas relativas a la integración del contrato y a las obligaciones implícitas respectivamente. La facilidad o dificultad para resolver el problema radicará en la importancia del elemento sobre el que no se ha logrado el acuerdo.

En el último caso mencionado (iv), si existe un método para determinar lo que no haya determinado el tercero, la formación no se verá afectada, dejando los “principios” abierta la posibilidad de que el contrato no se forme sólo ante un obstáculo que no se pueda superar, es decir, que sea imposible suplantar al tercero señalado para determinar la cuestión pendiente.

En comparación con la disposición legal contenida en el artículo 1,809 del Código Civil para el Distrito Federal, los “principios” nada nos dicen de la formación del contrato ante la muerte del oferente (dejando una brecha con respecto a la validez de la oferta), sin embargo, esta cuestión se dejó de contemplar desde la novena sesión preparatoria del grupo de trabajo de la CISG en 1977, por considerarla como de menor importancia: “[...] it was stated that questions of death or physical incapacity of the parties were of minor importance in comparison with problems of bankruptcy and corporate personality [...]”.¹⁰

10 “[...] se estableció que las cuestiones de muerte o incapacidad física de las partes eran de menor importancia en comparación con los problemas de quiebra y personalidad de persona moral [...]” (traducción del autor) Honnold, J., *Documentary History on the Uniform Law for International Sales*, E. U. A., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

III. ASPECTOS INNOVADORES Y LABOR INTEGRADORA DE LOS “PRINCIPIOS”

Una de las principales cualidades de los “principios” de la UNIDROIT radica en que dan respuesta a una serie de cuestionamientos que los doctrinarios han planteado como resultado de la práctica mercantil, y de las sutilezas que van surgiendo conforme aumenta la complejidad de las negociaciones comerciales internacionales, y que cada vez más se va haciendo necesario contemplar para dar un mayor marco de referencia a los comerciantes, sin perder nunca de vista que no se les debe de coartar su libertad de negociación.

1. *Aceptación con modificación*

En este apartado de los “principios” rige el principio de esencialidad, respondiendo así a una necesidad de darle flexibilidad a la formación del contrato. Esta flexibilidad opera igualmente para la interpretación de las que se debe considerar como “estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren substancialmente las de la oferta”, es decir, la substancialidad de los cambios dependerá en lo concreto de cada operación de que se trate sin que se pueda fijar un criterio rígido.¹¹

Un problema que surgió de la práctica, y que ya había sido reconocido por Adame Goddard¹² (en referencia a las normas de formación del contrato de la CISG), y que está íntimamente ligado con la aceptación con modificación, es el que resulta de la práctica del intercambio de comunicaciones por medio de formas impresas con cláusulas favorables al emisor (por lo general cláusulas estándar en formularios de uso general y repetido.)¹³ Existe una laguna al respecto, que si bien puede ser cubierta por la interpretación judicial, arbitral o doctrinaria, no ofrece una completa seguridad a los comerciantes internacionales.

A este aspecto del comercio, que ha dado lugar a lo que se llama “batalla de las formas”, se ha tratado de dar solución por medio de la

11 Boggiano, A., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 102 y ss.

12 Adame Goddard, J., *El contrato de compraventa internacional*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1994, p. 92.

13 Principios de UNIDROIT, artículo 2.19 (2), p. 59.

incursión, dentro del capítulo 2, “formación”, de los artículos 2.19 al 2.22 los cuales contienen una serie de disposiciones para realizar la discriminación de las diferentes posibilidades que se pueden presentar en la práctica, y que serán motivo de una más amplia reflexión durante el desarrollo del presente trabajo.

2. *Oferta a una o varias personas indeterminadas*

Otro de los aspectos innovadores de los “principios” de UNIDROIT, lo encontramos en el tratamiento que se da a la oferta o invitación de ofertas. Mientras que en la CISG, artículo 14(2), se establece un criterio fijo para determinar si una propuesta es una invitación a hacer ofertas, o una oferta en sí, en los “principios” se deja a la posibilidad de interpretación sobre si se trata de una oferta o una invitación a realizar ofertas tomando en cuenta la naturaleza del contrato para cada caso en concreto.

Así encontramos que en los “comentarios”¹⁴ se ilustra este criterio de interpretación, según la naturaleza del contrato, con la posible licitación pública que pudiera realizar una agencia del Estado, ejemplo que bajo circunstancias diferentes podría constituir una oferta o una invitación a realizar ofertas : i) que se trate de una invitación a realizar ofertas por medio de un anuncio y; ii) que se trate de una propuesta que por contener los detalles técnicos del proyecto, estableciendo al mismo tiempo los criterios de adjudicación, constituiría una oferta pues daría al destinatario la certeza (a menos que se indique de manera expresa lo contrario) de que se trata de tal.

3. *Revocación y retiro de la oferta*

Un ejemplo de los matices que surgen en las prácticas internacionales y que conviene aclarar para allanar los criterios, es la diferencia que existe entre la revocación y el retiro de la oferta, que la doctrina ya se había encargado de señalar y que los “principios” recoge en sus artículos 2.3 y 2.4, señalando que el retiro es aquella comunicación que indica que la oferta no tiene validez y que para surtir sus efectos tiene que llegar al mismo tiempo o antes que la oferta. La revocación será la co-

¹⁴ *Idem*, pp. 29 y ss.

municación que a partir del momento en que es recibida por el destinatario cancela una oferta realizada con anterioridad. Para que sea válida una revocación es necesario que la oferta que pretende revocar no tenga el carácter de irrevocable o el receptor no hubiese enviado ya el aviso o comprobante de aceptación, o realizado un acto que significara aceptación.

Relacionado también con la revocación y el retiro de la oferta, encuentro dentro de los “principios” un comentario cuya interpretación errónea pudiera ser motivo de disputas innecesarias. El artículo 2.4.(2a) marca que la oferta no podrá revocarse “[...] si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable [...]”. Esta disposición es casi idéntica a la establecida en la CISG, artículo 16 (2) (a). Existe, no obstante, una pequeña pero importante diferencia en cuanto a la interpretación. Mientras que la CISG la interpretamos ayudándonos del contexto histórico en el que se desarrolla,¹⁵ los “principios” proporcionan en sus “comentarios”, la guía de interpretación que forma parte íntegra de los mismos. Así encontramos que para la interpretación de las disposiciones de la CISG se debe atender a los usos y las prácticas¹⁶ de el caso concreto, mientras que a los “principios” se les da una interpretación específica cuando se establece que por lo general “[...] Si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al señalar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo [...]” y viceversa.

Tal parecería que se prescinden de las circunstancias del caso concreto y de los usos y costumbres internacionales para únicamente tomar en cuenta la circunstancia geográfica del lugar de operación del oferente, lo que tendría como consecuencia lógica que los “principios” se aplicarían diferentemente a las personas por el lugar de su establecimiento aun cuando se trate de una operación de tipo internacional, situación en la cual precisamente lo que debe buscarse es la existencia de normas comunes a las partes en las que el criterio subjetivo de la nacionalidad o sujeción a determinado sistema jurídico tengan poca o nula relevancia una vez que se han sometido a una normatividad de tipo internacional.

15 Honnold J., *op. cit.*

16 CISG, artículo 8.

La problemática descrita tiene, sin embargo, una posible explicación: La cuestión de ubicación territorial expuesta con anterioridad en el contexto general del comentario que la contiene, parece ser más una premonición de “lo que puede pasar” que de “lo que debe pasar” toda vez que en el mismo párrafo y con anterioridad se señala que “[...] El señalamiento de un plazo fijo para la aceptación puede, aunque no necesariamente considerarse en sí mismo como una indicación implícita de que la oferta es irrevocable [...]” añadiendo inmediatamente después que los elementos de cada caso se interpretarán conforme a los criterios establecidos en el capítulo 4 de los mismos “principios”. En nuestra opinión es este criterio, el de la interpretación para cada caso en concreto, el que debe regir para determinar si el establecimiento de un plazo es indicio o no de irrevocabilidad de la oferta.

En nuestra legislación, el Código Civil,¹⁷ en su artículo 1,806, nos marca que la persona que fija un plazo para la aceptación de la oferta, queda ligado por ella hasta la expiración del plazo, siguiendo así con la tradición civilista.

4. La “batalla de las formas”

La flexibilidad deseada en la Contratación internacional y la mecanización derivada de la vida moderna, ha dado lugar a nuevos problemas en el intercambio comercial. Íntimamente relacionado a estos problemas, se encuentra la cuestión de la voluntad ya sea en su concepción civilista (*Le consentement est un accord de deux volontés*)¹⁸ o de acuerdo con la *will theory*. Concretando las dos ideas anteriores, se presenta la utilización de contratos estándar en donde la voluntad no representa siempre un acuerdo total entre dos voluntades, sino un acuerdo respecto a aspectos esenciales del contrato. La línea que divide aquellos aspectos sobre los que hay acuerdo y los que no, no está claramente definida y, por las variadas circunstancias que concurren en la contratación internacional, únicamente se pueden establecer criterios de alta flexibilidad para determinar esa línea en cada caso en concreto. Los “principios” logran

17 Código Civil para el Distrito Federal, artículo 1,806.

18 Flour, C. F., J. Aubert, J. L.; “Les obligations”, *L'acte juridique*, París, 1975, t. I, p. 91.

establecer criterios que buscan encontrar una solución al problema de la “batalla de las formas” o *Battle of the Forms*.¹⁹

Este problema es tratado por John Honnold²⁰ en sus “comentarios” sobre la CISG, artículo 19, que tiene su correlativo en el artículo 2.12 de los “principios”. Sin embargo, el problema de la “batalla de las formas” es abordado ampliamente en los “principios” y de manera directa en los “comentarios” a los artículos 2.19 al 2.22 que no tienen correlativo en la CISG.

La regla general sobre los términos que regirán el contrato, queda establecida desde la CISG tal y como lo comenta Honnold en relación a un ejemplo que utiliza, en el cual, el destinatario de la oferta acepta ésta por medio del envío de una “orden de compra” (*Purchase order*) con estipulaciones diferentes a las expuestas en la oferta, que no constituían una variación substancial. Posteriormente las partes entran en conflicto y es necesario determinar cuáles son los términos que rigen el contrato. En virtud de la regla establecida en el artículo 19 de la CISG se tiene que concluir que “[...] the parties were bound by a contract consisting of ‘the terms of the offer’ with the modifications contained in the acceptance [...]”.²¹

En los “principios”, la cuestión de la batalla de las formas se aborda de una forma más directa para evitar los problemas que ya había reconocido la doctrina con anterioridad, pero que, a falta de disposiciones expresas que las regularan, quedaban de cierta manera sujetas a interpretación de una amplia variedad de circunstancias y prácticas.²²

Entre otras cosas, la doctrina reconoce el gran problema que representan las negociaciones que conllevan el intercambio de las cláusulas estándar. Los “principios” dan su atención a este problema por medio del establecimiento de excepciones a la regla general establecida en el artículo 2.12 y que quedan incluidas en los artículos del 2.19 al 2.22

19 El artículo de Takats, P., “The Formation and the Interpretation of Standard Contracts”, *Acta Jurídica, Academiae Scientiarum Hungariae*, Budapest, 1983, t. XXV, Fasc. 1-2, pp. 163-184, es una excelente exposición de este problema pues aborda una amplia gama de problemas que se presentan en la práctica internacional, considerando tanto la tradición civilista como el *common law*.

20 Honnold J., *Uniform Law for International Sales*, E. U. A., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, pp. 166 y ss.

21 Las partes quedarán obligadas por un contrato que tiene como contenido “los términos de la oferta” con las modificaciones contenidas en la aceptación.

22 Honnold J., *op. cit.*, pp. 166 y ss.

“[...] que tratan de la situación especial donde una o ambas partes utilizan cláusulas estándar [...]”²³ y que definen las cláusulas estándar como “[...] aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas de hecho, sin ser negociadas con la otra parte [...]”.

Relativa al contenido de las cláusulas estándar encontramos una disposición contenida en el artículo 2.20 que niega eficacia a “[...] 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 [...]”. Un buen criterio para establecer cuándo una cláusula tiene un contenido no razonablemente previsible, puede ser el que se utiliza cuando se pretende interpretar los actos de una parte “[...] conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte [...]”,²⁴ mismo criterio que se establece en los “comentarios” a los “principios”.

En resumen, las estipulaciones contenidas en las cláusulas estándar pueden carecer de valor por tres razones: por ser inesperadas en virtud del contenido, por su terminología o por su presentación formal, sin embargo no se descarta la posibilidad que la parte adherente, ya sea por que así lo quiere o porque la parte oferente así lo ha solicitado, reconozca el contenido de la cláusula estándar y ésta tenga plena validez.

En nuestra legislación encontramos disposiciones relativas a esta problemática en la Ley de Protección al Consumidor, dentro del capítulo X (artículos del 85 al 90), referente a los contratos de adhesión, en el cual se establece una tutoría por parte de la Procuraduría Federal del Consumidor en la que se pretende proteger al consumidor nacional de las disposiciones que le pudieran ser impuestas en una relación comercial en la que se encuentre en desventaja para la negociación de los términos de su contrato. La protección se da por medio del establecimiento de manera expresa del tipo de cláusulas que por salirse de lo equitativo y por no poder ser previstas por el consumidor, se tienen por no puestas en los contratos.²⁵ Este tipo de cláusula se puede comparar, en el ámbito

23 Principios de UNIDROIT, p. 59.

24 CISG, artículo 8.

25 Ley Federal de Protección al Consumidor, artículo 90.

internacional, con el artículo 2.20 de los “principios” al considerar a las estipulaciones sorprendentes como carentes de eficacia.

En cuanto a la presentación de las cláusulas, la ley nacional mencionada también establece en el artículo 85, que en los contratos de adhesión celebrados en territorio nacional “[...] para su validez, deberán estar escrito(s) en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista”,²⁶ disposición con la cual también se está tomando en cuenta la presentación formal del contenido de las cláusulas.

Otra regla de los “principios” que busca dirimir las posibles controversias que pudieran surgir entre las cláusulas estándar y las cláusulas no estándar, dándole preferencia a estas últimas, queda establecida en el artículo 2.21. A todas luces y como los mismos “comentarios” lo mencionan, tal disposición se deriva de que las cláusulas no estándar reflejan más claramente la intención de las partes, precisamente porque implican las negociaciones, conocimiento y aceptación de ambas partes. Será conveniente para las partes, y por lo tanto labor de sus asesores legales, el que las negociaciones sobre aspectos importantes de su contrato consten por escrito para que de esta manera se facilite la prueba de la existencia de acuerdo entre las partes sobre algún elemento que esté en contradicción con las cláusulas estándar.

Como una respuesta al problema planteado con anterioridad sobre negociaciones en las que media intercambio de formas con cláusulas estándar, los “principios” presentan una posible solución en su artículo 2.22 en el cual se establece que si las partes no llegan a el acuerdo con respecto a las cláusulas estándar, el contrato no perderá su validez y será considerado como válido si las partes llegaron a un acuerdo general (doctrina del *knock-out* o del “último disparo”). Para evitar que tal doctrina aplique a un contrato en que las partes han adoptado como regidores del mismo a los “principios”, y por lo tanto sólo se considerarían como válidos los aspectos del contrato sobre los que sí hay acuerdo expreso de las partes; sería necesario que la parte que así lo quiera exprese su voluntad de que el contrato se sujete a sus propias cláusulas estándar, no bastando para ello que lo haga en el contenido general de sus cláusulas estándar, aunque en nuestra opinión bastaría que se encontrará dentro de los formularios lo suficientemente claro y visible (v. gr. con negrillas, subrayado o con leras de mayor tamaño) de manera que fuera

26 *Idem*, artículo 85.

normal y de esperarse que no pasaran por alto para el receptor, y fuera evidente que se buscaba llamar la atención del receptor específicamente sobre esa cláusula, por encima de las demás.

En resumen, los criterios establecidos por los “principios” siguen la línea de unificación al integrar medidas de solución que implican figuras de la tradición civilista, como el principio de integración *in ambiguis contra stipulatorem*, y del *common law*, el *Judicial control of contractual lawmaking*, en los que encontramos que por falta de legislación que rijan las negociaciones que implican cláusulas o contratos estándar, se otorga al juez la posibilidad de que interprete el contrato y determine su contenido en una forma equitativa.²⁷

IV. CRITERIOS QUE FORTALECEN EL “PRINCIPIO DE LA LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES”

Encontramos en los “principios” cuatro artículos que se refieren en especial a actos o declaraciones de la voluntad de las partes que de alguna manera determinan, establecen requisitos adicionales o limitan en contenido la forma de los contratos.

El artículo 2.12 habla de la confirmación del contrato por escrito que una parte quisiera hacer dentro de un plazo razonable (según las circunstancias del caso concreto) posterior a la celebración del contrato. Se incluye dentro del capítulo de formación del contrato, pues se prevé la posibilidad de que el escrito de confirmación contenga disposiciones o modificaciones no contempladas durante el curso de las negociaciones, las cuales formarán parte del contrato “[...] a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete tales discrepancias [...]”.

Como lo mencionan los mismos “comentarios a los principios” podrían darse confusiones con el artículo 2.11 del mismo ordenamiento, pues en éste también se contemplan los cambios que alteran substancialmente el contenido. La diferencia entre estos dos artículos es que en el

27 Morrello, A. M. y Stiglitz, D. S., “El contrato por adhesión a condiciones generales”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Buenos Aires, 1981, pp. 53-77, y Slawson W. D., “Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power”, *Harvard Law Review*, Harvard, v. 84, núm. 3, enero de 1971. En ambos artículos se presentan soluciones que se dan a los problemas de los contratos estándar, en dos diferentes sistemas jurídicos, y de la lectura de ambos se puede deducir el carácter unificador de los principios.

2.11 se contempla la contestación a una oferta que constituye una contraoferta, puesto que contienen elementos que modifican substancialmente la propuesta inicial, mientras que en el artículo 2.12 se contempla una situación en la que ya existiendo un contrato, una parte pretende realizar una confirmación por escrito que contiene cambios substanciales y que por esta razón, o por ser rechazadas expresamente cualquier tipo de estipulaciones por parte del oferente, carecerían de valor y no constituirían parte del contrato de no ser aceptadas por el receptor, por lo que las partes seguirían rigiéndose en su relación contractual por los términos acordados con anterioridad.

El siguiente artículo que en el presente apartado trataremos es el 2.13 que contempla dos diferentes situaciones. i) “Que alguna [...] de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas [...]” y ii) Que alguna “[...] de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que [...] se celebre bajo una forma determinada [...]”. En ambos casos se tiene la consecuencia de que hasta que no se cumpla con lo que han establecido las partes el contrato no se tendrá por celebrado.

En el primer caso (i), nos encontramos ante una regla de formación del contrato constituyente de una excepción al principio de modo de formación del contrato por la aceptación de la oferta o por el acto que indique aceptación, establecido en el artículo 2.1²⁸ del mismo ordenamiento, que se hace posible en virtud de la autonomía de las partes y que fija el momento en que se tiene como formado válidamente el contrato hasta que las partes lleguen al acuerdo sobre las cuestiones específicas que hayan determinado, sin que éstas tengan que darse en una forma específica (si no la han pactado las partes o exigido alguna de ellas).

En el segundo caso (ii), nos encontramos con la imposición de una forma determinada requerida o impuesta por alguna de las partes con lo que se establece una excepción al principio de la consensualidad contenido en el artículo 1.2,²⁹ difiriendo el momento de la formación del con-

28 Principios de UNIDROIT, artículo 2.1: “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”.

29 Principios de UNIDROIT, artículo 1.2: “Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

trato hasta que se de a éste la forma impuesta o requerida por alguna de las partes.

Para el caso que nos ocupa, esta disposición de los “principios” puede ser de gran importancia, toda vez que la práctica ha dejado como experiencia que un gran número de ocasiones nos encontramos con que dos partes han firmado documentos que reciben una gama de diferentes nombres tales como “contrato preliminar”, “Memorándum de entendimiento”, “carta de intención”, etcétera, que, mientras para una de las partes significan el perfeccionamiento del contrato, para la otra únicamente un antecedente. Estableciendo un criterio para lograr uniformidad encontramos en los “comentarios” la interpretación que nos indica que para que la forma impuesta por alguna de las partes sea considerada como elemento necesario para la formación del contrato “[...] es necesario que dicha intención sea inequívoca [...]”.³⁰

La cláusula de restricción probatoria está contenida en el artículo 2.17 y se refiere a la posible eventualidad en que encontremos dentro del contenido de un contrato una disposición que indique “... que lo allí contenido expresa todo lo acordado [...]”, circunstancia ante la cual los documentos o declaraciones anteriores pierden su validez en cuanto contravengan lo establecido en ese contrato, no obstante, pueden ser utilizadas para interpretar el contrato en cuestión. Esta cláusula es también una excepción del artículo 1.2 del que podemos desprender que si falta una cláusula de fusión³¹ (*verbi gratia* “Este contrato incorpora en forma completa lo acordado por las partes”), todo documento que contradiga al contrato podría ser utilizado por las partes.

En referencia a lo expresado en el párrafo anterior, nuestro pronunciamiento es en el sentido de que la última parte del artículo puede ser motivo de graves problemas toda vez que deja muy abierta la posibilidad de que se desvirtúe el contenido del contrato que se pretende tener como documento final.

Así podemos tener el caso hipotético en que en dos partes hayan realizado negociaciones, anteriores a la firma de lo que ellos consideran será el contrato final, que contienen disposiciones contradictorias a éste. Posteriormente, las partes entran en conflicto y cualquiera de ellas tiene la posibilidad, en virtud de la última parte del artículo 2.17, de utilizar

30 Principios de UNIDROIT en “comentario”, p. 49.

31 Léase “Cláusula de restricción probatoria”.

como prueba para la interpretación del contrato final precisamente los documentos de contenido contradictorio que las partes lograron superar para llegar a un documento final. Lo anterior en nuestra opinión resta seguridad jurídica a la cláusula de restricción probatoria.

El último artículo a tratar en el desarrollo del presente apartado es el 2.18 que dispone que por establecimiento de las partes se puede establecer la forma escrita como requisito para modificar o extinguir una relación contractual.

Desde nuestro particular punto de vista, la importancia del artículo radica esencialmente en la segunda parte que indica que “[...] No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos [...]” y que sin ser muy aventurados podemos decir que, en virtud del principio por el cual se presupone que las partes actúan de “buena fe” y que queda establecido de tal manera en el artículo 1.7 de los “principios”, la disposición que vincula a las partes a sus propios actos puede ser aplicada a los tres artículos ya mencionados en el presente apartado, es decir, que no obstante las partes o una de ellas hayan establecido una forma especial o una disposición como las mencionadas en este apartado, si ellos mismos no la respetan, quedarán vinculados por sus actos sin poder hacer valer como excepción a su favor la cláusula que ellas mismas no respetaron. Lo mismo podemos deducir del artículo 78 de nuestro Código de Comercio que a la letra dice “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse [...]”, por lo que entendemos que también los actos sirven para interpretar la voluntad de quien actúa y los términos en que las partes están real y efectivamente negociando.

V. EL PROBLEMA DE LA FORMA

El objeto material sobre el cual tienen aplicación los “principios” de UNIDROIT, una vez que las partes han decidido adoptarlas como el derecho aplicable a su contrato, pueden ser todos los contratos comerciales internacionales. Entendido este objeto material tan amplio, es normal y de esperarse que no se establecieran disposiciones particulares a cada tipo de contrato que pudieran resolver las intrincadas diferencias que se dan con respecto a la forma.

Expuesto lo anterior y como un problema que entra dentro del aspecto de formación de los contratos, existe la posibilidad de que se presente

un problema derivado de la exigencia de formalidades especiales impuestas por legislaciones nacionales, incluso para contratos que tengan el carácter de internacional.

Un ejemplo de la problemática que presentan cierto tipo de disposiciones nacionales que tienen el carácter de “orden público”, es ilustrado por Adame Goddard³² y versa sobre la posibilidad de los países de realizar la reserva que impide la aplicación del principio de consensualidad contemplado por el artículo 96 en relación con los artículos 11, 14 a 24 y 29 de la CISG.

La problemática se presenta cuando un país establece una norma de “orden público” en la cual exige determinada forma para un contrato (incluso si este tiene la característica de ser internacional), bajo la sanción de no considerarse válido si no tiene la forma exigida.

Quizá por tratarse de una serie de “principios” que aplican sobre una amplia gama de contratos y sobre todo por tratarse de una normatividad que para hacerse efectiva tiene que ser adoptada voluntariamente por las partes sin intervención del Estado en donde ejercen sus actividades, no se haya establecido un sistema detallado que pueda resolver la cuestión y únicamente se diera un criterio de jerarquización de leyes con el cual se neutraliza el problema, como veremos más adelante. No obstante, habría que definir en dónde y cuándo se da el problema.

En primer lugar, el mismo Adame Goddard³³ en sus análisis de la CISG, establece que para que se de el problema es necesario que la disposición que establezca una forma específica, recaiga sobre “[...] todos o la mayoría de los contratos [...]” (en el caso de los “principios”, se tendrá que tratar del tipo de contrato de que se trate), de donde se pudiera deducir de manera tácita o expresa que incluye los contratos de tipo internacional.

En segundo lugar, tenemos la posibilidad de que las partes que se sometan a los “principios”, pueden renunciar a las disposiciones de la nación que impone requerimientos de forma, y entonces tenemos tres posibilidades: i) Que las partes hayan sometido sus posibles controversias y la interpretación de su contrato al arbitraje, en cuyo caso el árbitro podría considerar válidamente formado el contrato con su forma consensual; ii) Que las partes libremente escogieran, o que conforme a las nor-

32 Adame Goddard, J., *op. cit.*, p. 92.

33 *Ibidem.*

mas de conflicto de leyes se determinara como competentes, a los tribunales de un país en donde no hay requerimientos especiales y de “orden público” para la forma de los contratos internacionales de cierto tipo y, por lo tanto, también se considerara el contrato como válidamente formado de manera consensual, y iii) Que las partes libremente escogieran, o que conforme a las normas de conflicto de leyes se determinara como competente, a los tribunales de un país en donde se exige determinada forma para cierto tipo de contratos, en cuyo caso y si la norma es de “orden público”, se sancionaría el contrato por falta de forma. Incluso hay que tomar en consideración que si cualquiera de las resoluciones que pudieran surgir de los incisos i) y ii) de este mismo párrafo, se tuvieran que ejecutar en un país que establece requisitos especiales de forma, se podría argumentar que la resolución que se pretende hacer valer es violatoria de una disposición de “orden público”, si tal es el caso, y por lo tanto se imposibilitaría la ejecución de la resolución dada.

Una posible solución la presenta el mismo artículo 2.18 ya tratado con anterioridad al establecer que “[...] 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 hubiese actuado confiando en dicha conducta”, disposición que debe de ser aplicada por el juez, árbitro o panel arbitral con una mentalidad de apertura, en el entendido que si bien subsiste el problema de confrontamiento con una norma de “orden público”, la parte que aprovechándose de tal situación pretende desligarse de una obligación aun y cuando su conducta indicó que se obligaba a cumplir, debe y merece ser sancionada ya sea por su incumplimiento o por su mala fe según sea resuelto. No obstante, hasta aquí no se ha resuelto el problema de la validez del contrato.

Aunque la cuestión tratada con anterioridad no carece de importancia debemos, haciendo honor a la realidad, restarle importancia por lo difícil que nos parece que se actualice el caso en que las partes no tengan ningún tipo de medio escrito mediante el cual se pueda demostrar que se llevaron a cabo negociaciones y que, de la unión e integración de este y sus análogos se pudiera deducir que se ha formalizado un contrato con constancias por escrito. Aun así, no podemos descartar toda posibilidad de que dada la dinámica que vive el comercio internacional en nuestros días, se lleven a cabo negociaciones de tipo puramente consensual, sin ninguna constancia por escrito.

Como lo mencionamos con anterioridad, los “principios” dan una solución general al problema de la forma y en general a contradicciones entre “principios” y disposiciones nacionales o internacionales de aplicación obligatoria, por medio del establecimiento del criterio de las “reglas imperativas”³⁴ que se interpretan en el sentido de que la selección de los “principios” como normatividad aplicable a un contrato no excluye las disposiciones del derecho o los derechos aplicables, no renunciables por voluntad de las partes. Para ampliar el criterio finalmente se sujeta la *lex contractus* a las reglas de derecho internacional privado aplicables a cada caso en concreto.

En el ámbito de arbitraje internacional, encontramos jurisprudencia internacional de la CCI³⁵ respecto a un asunto que implicaba a dos empresas yugoslavas y una suiza en la que se presentaba, entre otros, el problema de la nulidad del contrato y la violación al “orden público” (*public policy*) aunque no por un problema derivado de la forma. No obstante lo anterior el panel arbitral concluyó: “In general all agreements contrary to mandatory provisions of law or public policy, to morality and bonos mores are null and void [...] It is an element of generally accepted contract law in the international field”.³⁶

En nuestro país, el artículo 2,316 del Código Civil, dentro del capítulo referente a la forma del contrato de compraventa, especifica que en el caso de la compraventa “[...] no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble [...]” por lo que al menos en este tipo de contrato, las transacciones que se llevan a cabo entre personas mexicanas y personas extranjeras, en donde no se exigieran formalidades especiales para la compraventa, la celebración consensual de un contrato que fuera sometido a los “principios”, sería válido.

34 Principios de UNIDROIT, artículo 1.4 “Estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables a las normas pertinentes de derecho internacional privado.”

35 “International Chamber of Commerce”, en español “Cámara Internacional de Comercio”.

36 “En general todos los contratos contrarios a disposiciones legales de cumplimiento forzoso u orden público, a la moral o a las buenas costumbres, están afectadas de nulidad [...]. Este es un elemento de aceptación general en el ámbito normativo de la contratación internacional” (traducción del autor), Jarvin S. y Y. Derains, *Collection for ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Laudo de 1982, núm. 2930, pp. 118 y ss.

No obstante lo anterior, tendríamos que considerar como objeto de estudio los llamados por Arce Gargollo³⁷ “contratos de forma impuesta” que son aquellos contratos que por su propia naturaleza o por disposición de la ley, se salen de la regla general establecida por el artículo 78 del Código de Comercio y que según el listado del autor recién citado, entre otros son las siguientes:

I. la comisión mercantil debe constar o ratificarse por escrito (artículo 274 del C. de c.);

II. el contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte (artículos 581 a 587 del C. de c.);

III. el contrato de sociedad requiere de escritura pública (artículo 5 de la LSM);

IV. el contrato de asociación en participación debe constar por escrito (artículo 254 de la LSM);

V. las relaciones y actos jurídicos que tengan vinculación con títulos de crédito (emisión, endoso, aval, etcétera) deben constar en el documento (artículo 5o LTOC);

VI. algunas operaciones de crédito que regula la LTOC (reporto, cartas de crédito, descuento de créditos en libros, crédito confirmado, créditos de habilitación o avío y refaccionario, prenda irregular), deben constar por escrito.³⁸

De cualquier manera, Arce Gargollo señala los anteriores contratos sujetos a forma impuesta dentro del contexto de la contratación nacional, y de ellos y los demás que contemplen las leyes sería necesario llevar a cabo una minuciosa revisión para determinar cuáles de ellos requieren de una forma especial: i) por su naturaleza y, por lo tanto, también la forma sería necesaria en el ámbito internacional; ii) por disposición de la ley, sin que tal disposición se tratara de una norma de “orden público” y por lo tanto no sería necesaria tal forma en la práctica internacional, y iii) por disposición de la ley con carácter de “orden público” y por lo tanto sería necesario que en un contrato que se pretende hacer valer en México contara con la forma impuesta por la normatividad imperante.

Finalmente, queda en manos de las partes y de sus abogados el realizar las debidas consultas para asegurarse que en un futuro las negociaciones

³⁷ Arce Gargollo, J., *Contratos mercantiles atípicos*, 2a. ed., México, Trillas, 1991, pp. 25 y ss.

³⁸ *Ibidem*.

que establezcan no queden entorpecidas por cuestiones que dada su complejidad una vez que se actualizan quedan fuera del alcance de sus manos, como es el caso de formalidades especiales requeridas por legislaciones a ellos extrañas.

VI. DISPOSICIONES INDIRECTAMENTE RELATIVAS A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Dentro de los “principios” encontramos disposiciones que si bien no interfieren en la formación del contrato, las situaciones en ellas contempladas se dan paralelamente en tiempo a ésta. Me refiero a las disposiciones contenidas en los artículos 2.15 y 2.16.

1. *Negociaciones con mala fe*

El artículo 2.15 también plantea una cuestión cuyo contenido no sólo no forma parte de la formación del contrato, sino que además presupone una conducta que tiende a obstaculizar la formación de un contrato implicando el engaño de una de las partes. Sin embargo, esta conducta es paralela al tiempo en que se llevan a cabo las negociaciones inherentes a la formación del contrato.

En el artículo que nos ocupa se establece al mismo tiempo el derecho a entablar negociaciones libremente, y al mismo tiempo la limitación de este derecho con base en el artículo 1.7, relativo a la “buena fe”.

Presenta dos supuestos a saber: i) la realización de negociaciones sin “mala fe” de ninguna de las partes que no culminen en la celebración de un acuerdo, en este caso ninguna de las partes incurre en responsabilidad, y ii) que una de las partes haya entablado la negociación o la ha interrumpido con mala fe, situación de la cual se desprendería una responsabilidad por daños y perjuicios a su cargo, cuantificables tanto en los gastos erogados en virtud de las negociaciones, como en el interés negativo o *reliance* que consiste en la compensación por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato.

La tercera parte del artículo se refiere especialmente como mala fe al “[...] entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo [...] ”, con lo que se deja una puerta abierta a que se consideren según las circunstancias especiales de cada caso, cuando se considera que una parte ha incurrido en mala fe.

La importancia de este artículo es más bien de tipo doctrinario toda vez que será difícil que la parte que actúa de mala fe, quiera someterse a ningún tipo de normatividad y mucho menos lo hará a alguna que le implique de manera expresa responsabilidad. El campo de aplicación de esta norma podrá estar entonces ubicado en el uso que de ella se de como parte de la *lex mercatoria* cuando un árbitro al que se someta una controversia, en que exista una situación como la descrita en el artículo 2.15, decida aplicar los “principios”, situación que será en su caso más una excepción que una regla.

2. *Deber de confidencialidad*

Si bien es cierto que este es un tema que podría haber sido tratado fuera del capítulo de la “formación” del contrato, es usual que las partes en cuidado de sus propios intereses lleguen a un acuerdo en el manejo de información confidencial que entre ellos tengan que intercambiar con motivo de sus negociaciones, no es menos cierto que al momento de iniciar las negociaciones para llegar a formar el contrato, es necesario en ocasiones, intercambiar información que puede o no tener el carácter de confidencialidad.

Para evitar digresiones y posibles conflictos, los “principios” establecen, en primer lugar, los lineamientos para el manejo de la información que pudiera ser intercambiada con motivo de las negociaciones y, en segundo lugar, se hace la distinción del tipo de información que es confidencial y aquella que cualquiera de las partes puede utilizar para poder tener una mejor posición en la negociación con otras personas.

Se marca el principio de que, dado que no es obligatoria la transferencia de información confidencial durante la negociación del contrato, la información que se transmitan las partes durante ese período, no debe considerarse como confidencial. Será confidencial la información que en tal carácter se señale de manera expresa debiéndose considerar que la parte receptora de la información acepta tácitamente el carácter de confidencialidad. No obstante, no podemos concluir que los “principios” establezcan que se necesita la declaración expresa de que determinada información es confidencial para que se considere como tal, dejando a la interpretación de cada caso en concreto si la información es o no confidencial.

Para los daños y perjuicios, se establece un criterio que tiene como parámetro: primero si las partes pactaron expresamente la confidencialidad de la información, y si ésta ha sido revelada en todo o en parte. Si la parte perjudicada no hubiere sufrido menoscabo en su patrimonio, aun así podría solicitar se le dieran los beneficios obtenidos por la otra parte derivados de la revelación de la información, tal y como lo marca el artículo 2.16 en su última parte.³⁹

VII. CONCLUSIÓN

En general, las disposiciones de los “principios” sobre la formación del contrato siguen claramente la línea que se dio a la CISG de 1980, respetando la regla general de aplicación de la teoría de la *recepción* y dando efectos a la teoría de la *emisión*, así como reforzando el “Principio favorecedor de la formación del contrato”. No obstante, se establecen algunos cambios e innovaciones que atienden a nuevas circunstancias que se han derivado de la práctica. Así, tenemos que se establece un criterio para diferenciar lo que es una oferta de una invitación a hacer ofertas. Igualmente, los “principios” se encargan de regular lo relativo al “deber de confidencialidad” y la “mala fe” en las negociaciones, como circunstancias que se pueden presentar al mismo tiempo que se forma el contrato.

Quizá los aspectos que han resultado más novedosos son los relativos a la regulación sobre las exigencias de forma que pueden establecer las partes tales como: requerir una forma determinada para que se tenga por formado válidamente el contrato o para que se modifiquen los términos del contrato, siempre sujetando tales circunstancias a la voluntad expresa de las partes; o la disposición referente a las estipulaciones que las partes pueden dejar deliberadamente fuera del contrato sin que tal circunstancia afecte a su formación. Igualmente novedosas resultan las disposiciones que establecen criterios para resolver las controversias que resulten del intercambio de cláusulas o contratos estándar durante las negociaciones,

³⁹ El artículo 2.16 de los “principios” en su parte final dice a la letra “[...] la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor”.

las cuales pueden resultar de gran utilidad para resolver los problemas derivados de la “batalla de las formas”.⁴⁰

Finalmente diremos que, en términos generales, los “principios” han seguido atinadamente la tradición internacional que consiste en dar a las partes una amplia libertad para que lleven a cabo sus negociaciones.⁴¹

40 A este trabajo se agrega un cuadro comparativo entre las disposiciones de los “principios DE UNIDROIT”, la Convención de Viena (1980) y diversas disposiciones de carácter mercantil y civil de nuestra legislación nacional.

41 El autor agradece a su colaborador Íñigo Ruiz B. su valioso apoyo para la elaboración de este documento.

VIII. CUADRO COMPARATIVO

<i>Disposición</i>	<i>Principios de UNIDROIT</i>	<i>Convención de Viena (1980)</i>	<i>Código Civil para el D.F.</i>	<i>Legislación mercantil</i>
Formación del contrato y definición de oferta	Art. 2.1. Todo contrato podrá celebrarse mediante aceptación de oferta o por la conducta de las partes [...] relevante para demostrar su existencia.	Art. 14. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas constituye oferta si es lo suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación...	Art. 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes. Art. 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse...	Art. 78. Co.Co. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.
Momento en que surte efectos la oferta y la aceptación	La oferta surte efectos desde el momento en que llega al destinatario. La aceptación surte efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente. La aceptación puede ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación o simultáneamente a ella PRINCIPIOS 2.10 CISG. 16 (1) (2)			Art. 80 Co.Co. Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.
Retiro y revocación de la oferta	Aun siendo irrevocable, la oferta puede ser retirada, si el comunicado en tal sentido llega antes que la oferta. La oferta puede revocarse en cualquier momento siempre y cuando no sea irrevocable o exista un comunicado o acto que indiquen aceptación. PRINCIPIOS 2.3 (2) 2.4 (1,2) CISG. 16 (1) (2)		Art. 1808. La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación Art. 1804. La proposición de un contrato con fijación de plazo obliga al oferente a respetar éste.	
Rechazo de la oferta	La oferta se extingue cuando la comunicación de su rechazo llega al oferente.			
Modo de aceptación	Constituye aceptación cualquier acto o declaración que manifieste asentimiento a una oferta, considerando las prácticas entre las partes. El silencio por sí solo no significa aceptación. PRINCIPIOS 2.6 (1,2,3), CIGS 15 (1), 18 (2).		Art. 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito... El tácito resultará de hechos o de actos que lo presuman... Art. 1811. La propuesta y aceptación por telégrafo son válidos si así fueron establecidos y si contienen firmas y signos convencionales...	Art. 80 Co.Co. 2p. La correspondencia telegráfica es válida cuando previamente se admita y debe de contar con los signos convencionales establecidos previamente por los contratantes, si así lo hubiesen pactado.

<i>Disposición</i>	<i>Principios de UNIDROIT</i>	<i>Convención de Viena (1980)</i>	<i>Código Civil para el D.F.</i>	<i>Legislación mercantil</i>
Aceptación dentro de un plazo fijo, o entre presentes	La oferta verbal debe de ser aceptada inmediatamente a menos que la práctica indique otra cosa. El plazo de aceptación comienza a correr desde el momento de la entrega del telegrama o la fecha indicada en la carta, en su defecto la fecha que figure en el sobre. Por medios de comunicación inmediata, desde que llega al destinatario. PRINCIPIOS. Los días feriados se computan. CISG. Los días feriados no se computan. PRINCIPIOS 2.8 CISG (20).		Art. 1805. Entre presentes la aceptación debe ser al mismo momento. Art. 1806. Sin fijación de plazo en 3 días ida y vuelta del correo público, o del necesario según las comunicaciones. Art. 1804. El que fija plazo queda ligado a éste.	Art. 83. Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código serán exigibles a los diez días después de contraídas...
Aceptación tardía	La aceptación tardía produce efectos si el oferente sin demora injustificada así lo comunica al destinatario. Si en la carta de aceptación consta que fue mandada en tiempo surte efectos a menos que el oferente comunique en sentido contrario sin demora injustificada. PRINCIPIOS 2.9 CISG 21.			
Aceptación modificativa de la oferta	Adiciones o modificaciones a la oferta constituyen contraoferta. Si las modificaciones no son substanciales constituyen parte del contrato a menos que medie objeción del oferente. PRINCIPIOS 2.11 CISG 19. ¹		Art. 1810. El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta no sea una aceptación lisa y llana... la respuesta se considerará como una nueva proposición.	

¹ En el artículo 19 (3) de la CISG se establece una serie de modificaciones que se considerarían como sustanciales, los "principios" dejan la calificación de sustancialidad en las modificaciones para la interpretación del caso en concreto.

diferentes expresiones lingüísticas, formas y tradiciones jurídicas	mismos términos que corresponden a todo ciudadano Futura distribución administrativa: articulación de municipios pertenecientes a una misma etnia con el fin de configurar una subregión cultural	Disolución de las PAC por atentar contra la libertad de organización de expresión y locomoción de los pueblos indígenas afectados	No existencia del reclutamiento forzoso Reintegración de las poblaciones indígenas desplazadas y refugiadas Derechos jurídicos: Reforma constitucional de acuerdo con estas demandas	Continuar con el anteproyecto de ley de comunidades indígenas que desarrollará la disposición programática contenida en el artículo 70 de la Constitución
C) <i>Derechos económicos</i> Restitución de tierras y de los medios para subsistir Igualdad de derechos y oportunidades económicas Iguales condiciones de retribución salarial Implementar programas prioritarios de desarrollo económico, concebidos y administrados por los pueblos indígenas	C) <i>Derechos económicos</i> Protección (artículos 67 y 68 de la Constitución) de tierras que históricamente pertenecen a las comunidades Procurar terrenos y servicios técnicos y financieros	C) <i>Derechos económicos</i> Resolución de los litigios de tierra, dando preeminencia a los derechos de las comunidades indígenas Dotación de tierras estatales a las comunidades que carecen de ellas Garantizar las mejores condiciones de salud, vivienda, seguridad social y salarios justos	C) <i>Derechos económicos</i> Derecho al trabajo y a un mejor trato laboral Acceso a la tierra Reconocimiento de la capacidad de incorporar una propuesta de desarrollo económico y social que se adapte a la identidad cultural Prestación de los servicios básicos (salud, educación, vivienda...)	C) <i>Derechos económicos</i> Derechos territoriales Luchar contra el analfabetismo, la desnutrición, morbilidad, mortalidad, alcoholismo, etcétera, que aqueja a las poblaciones indígenas De manera especial, atender a aquellas poblaciones afectadas directamente por la guerra interna, particularmente a los desplazados y refugiados

FUENTES: URNG, "Guatemala: una paz justa y democrática: contenido de las negociaciones", Publicaciones URNG, abril, 1992; Gobierno de la República de Guatemala, "En respuesta al planteamiento global de la URNG", mayo, 1992; COCIPAZ (Coordinadora Civil por la Paz), "Nuestro aporte al proceso de paz", mayo, 1992; Comisión Coordinadora de los Sectores Civiles, "Documento de consenso de los sectores civiles sobre el tema de los derechos humanos", mayo, 1992; Informe de Derechos Humanos del experto en materia de Naciones Unidas, enero, 1992.

Entrevistas a representantes del sector maya.