

**XXVI SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y
COMPARADO
“Prof. Friedrich K. Juenger”**

**Universidad Iberoamericana Tijuana
Tijuana, Baja California, México**

PONENCIA

**LA BATALLA DE LOS FORMULARIOS EN EL CAMPO DE BATALLA
ELECTRONICO**

Mtro. Alejandro Osuna González

LA BATALLA DE LOS FORMULARIOS EN EL CAMPO DE BATALLA ELECTRONICO

Por Alejandro Osuna González, LLM*

Introducción

En ocasiones las partes en un contrato intercambian formas pre-impresas, que contienen cláusulas que sus respectivos abogados han redactado para mejor proteger los intereses de sus clientes. El comprador enviará una orden de compra, seguida por una confirmación por parte del vendedor, pero ninguno de los dos leyó los formularios que contenían las cláusulas, algunas de ellas compatibles, pero otras discrepantes. Aún así, el vendedor despacha las mercaderías mientras que el vendedor paga el precio mediante el método convenido, es decir, que no obstante no hubo un acuerdo en cuanto al contenido del contrato las partes actuaron como si estuvieran en perfecto acuerdo. Las siguientes preguntas nos surgen: ¿cuál es el contenido de esa relación contractual?; ¿tuvieron alguna consecuencia los formularios intercambiados? A este problema se le llama en la doctrina contractual de los EE.UU. la *batalla de los formularios*.¹

A. La Batalla de los Formularios

Como lo dice el Profesor MURRAY, las partes que celebran contratos en base a formularios rara vez leerán lo que tan minuciosamente han redactado sus abogados, incluso, aún si leyeran los formularios, pocos lograrían entender la terminología jurídica utilizada en ellos.² No será hasta cuando entre las partes surja una disputa cuando mandarán a sus abogados a releer los formularios que han elaborado con tanto esmero, así como los de la otra parte, para discernir bajo que condiciones se han obligado a un contrato, si es que el mismo se ha formado no obstante la disparidad de los contenidos.

* Licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana, Plantel Tijuana (1995), Maestro en Derecho, LLM, University of Pittsburgh (1998). Ha sido Profesor de Derecho Mercantil Internacional, Régimen Jurídico de la Inversión Extranjera y de Derecho de la Compraventa Internacional en la Universidad Iberoamericana, Plantel Tijuana. Profesor visitante en la Universidad de Puerto Rico. Para comentarios sobre este trabajo escriba a <alexosuna@tij.uia.mx>.

¹ Dice el Blacks Law Dictionary:

“In commercial law, the conflict between the terms of standard forms exchanged between a buyer and seller during contract negotiations [...]”

² MURRAY, JOHN EDWARD, CONTRACTS; CASES AND MATERIALS, Fourth Edition, The Michie Company Law Publishers (1991). Págs. 176-78.

Esta “batalla de los formularios” de papel puede trasladarse al mundo de la contratación internacional por los medios virtuales sustituyendo los formularios tangibles por correos electrónicos o sitios de Internet, mismos que pueden incluir archivos adjuntos, “descargables” o hiperenlaces (mensajes incorporados por remisión, o MIRS), y que son intercambiados o “visitados” por las partes.

Esta presentación pretende abordar el tema de la *batalla de las formas*³ en la contratación internacional por medios electrónicos desde la perspectiva de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG),⁴ y de la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico (LMCE).⁵

B. Análisis Comparativo del Problema de La Batalla de las Formas

1. Solución a la Batalla de los Formularios Conforme al Derecho Mexicano

Según definiciones tradicionales de contrato, este es un acuerdo de las voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es decir, dos mentes

³ “*Battle of the Forms.*” En el derecho contractual de los EE.UU., se refiere al problema que se suscita cuando las partes en un contrato utilizan pro formas (machotes) durante el proceso de negociación de su contrato. El Código Uniforme de Comercio abandona la regla del *common law* llamada *mirror image rule* por virtud de la cual la aceptación tiene que ser un fiel reflejo de la oferta, y que por lo tanto una aceptación con términos diferentes adicionales o diferentes será válida, aunque el problema consistirá en determinar las cláusulas de un contrato formado de esa manera.

⁴ La Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés), aplica para una parte Mexicana desde el 1ro de Enero de 1989, y cuenta en la actualidad con poco más de sesenta Estados Contratantes. Aplica como regla general en los contratos de compraventa de mercaderías “tangibles” cuando las partes tengan su establecimiento en Estados Contratantes, y cuando la misma resulte aplicable por las normas del derecho internacional privado, ya sea por que las partes optaron que su contrato se rigiera por la CISG expresamente, o cuando resulte aplicable el derecho de un Estado Contratante. CISG Art. 1. Las partes pueden optar por su exclusión total o parcial, o modificar el alcance de cualquier de sus disposiciones. CISG Art. 6. La CISG no aplica para compraventas de mercaderías de uso personal o doméstico, por lo que excluya las ventas internacionales hechas por Internet al consumidor, o ventas “B2C” (business to consumer). (CISG Art. 2 (a)).

La Convención regula los aspectos relacionas a la formación del contrato internacional de mercaderías, y los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. CISG Art. 4to. Se excluyen de su ámbito de aplicación cuestiones relativas a la validez del contrato.

⁵ Documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la base del informe de la Sexta Comisión elaborado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Documento A/51/628.

habrán de concordar en su totalidad —oferta seguida por una aceptación⁶— para que exista el contrato. Sin embargo esta definición legal tradicional, se aparta de la realidad: las partes podrán intercambiar formularios, o correos electrónicos con archivos adjuntos cuyos contenidos discrepen, y no obstante actuarán reconociendo la existencia de un contrato.

Conforme a nuestro derecho,⁷ para que una aceptación surta efectos como tal debe ser lisa y llana, es decir, reflejar los términos de la oferta inicial, caso contrario se estará ante un rechazo de la oferta original, y la supuesta "aceptación" será una contraoferta y por lo tanto aún no se habrá formado un contrato.⁸ Por lo tanto si A envía un formulario a B, y B responde con otro formulario y las cláusulas de uno y otro documento son discrepantes, sin importar si las cláusulas son principales o accesorias, no se habrá formado un contrato.⁹ Ahora bien, si después de que B responde con su formulario (contraoferta), A realiza un acto que signifique aceptación, entonces A estaría aceptando la contraoferta de manera tácita y el contenido en cuanto al clausulado del contrato será el formulario de B.¹⁰ En esta caso, la solución que ofrece el derecho mexicano es el llamado *last*

⁶ El Código Civil Federal no define la oferta, pero nos dice en su artículo 1804 que “[t]oda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.” Compárese con el artículo 14 de la CISG.

⁷ Las reglas mexicanas en cuanto a la formación del contrato mercantil se encuentran en el Código de Comercio y de manera supletoria en el Código Civil.

⁸ Véase Código Civil Federal, Art. 1810.

⁹ **CONTRATOS MERCANTILES CELEBRADOS POR CORRESPONDENCIA. SU PERFECCIONAMIENTO.** Los contratos mercantiles celebrados por correspondencia, sólo se perfeccionan a partir del momento en que se contestan aceptando la propuesta y las condiciones de la proposición inicial, o bien las modificaciones a la propuesta que sugiera la otra parte contratante. Por lo tanto, si las pruebas allegadas al juicio demuestran que la correspondencia cruzada entre los comerciantes no implica una absoluta aceptación de la propuesta y condiciones iniciales, ni tampoco de las modificaciones apuntadas sobre aquella propuesta, es obvio que el contrato debe considerarse como no perfeccionado, en atención a lo dispuesto por el artículo 80 del Código de Comercio.

Amparo directo 4405/68. Industrias Químicas Básicas de México, S.A. 4 de marzo de 1974. Cinco votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Séptima Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: 63 Cuarta Parte; Página: 18.

¹⁰ El artículo 1803 del Código Civil Federal establece que:

“El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los caso en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

shot rule, o del último disparo, por haber sido el último formulario el que se impuso respecto al contenido del contrato.

2. El Artículo 2 del Código Uniforme de Comercio (UCC) §2-207 de los Estados Unidos

En el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos,¹¹ la regla de que la aceptación debe ser el fiel reflejo de la oferta ha sido abandonada en los contratos de bienes muebles por una postura más pragmática. El problema no es si la respuesta a una oferta es o no una aceptación, pues en la mayor parte de los casos lo será y por lo tanto habrá contrato, sino cual es el contenido obligacional del contrato formado.¹² Como regla general cualquier aceptación a una oferta será

En este sentido, véase la siguiente tesis:

“COMPRAVENTA MERCANTIL, CONSENTIMIENTO TACITO EN EL CONTRATO DE. El hecho de que un dependiente de la compañía demandada, haya retirado de la estación del ferrocarril, la mercancía del actor, sin que aquélla la hubiere devuelto al remitente, es bastante para presumir el consentimiento tácito de la propia demandada en la celebración del contrato de compraventa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicable supletoriamente en materia mercantil.

Quinta Epoca; Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: CIV; Página: 863

Amparo civil directo 7628/44. "Manufacturas Solana", S. A. 24 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Roque Estrada no intervino en la votación de este asunto por las razones que constan en el acta del día. Relator: Hilario Medina.

¹¹ El Uniform Commercial Code fue elaborado por el American Law Institute (ALI) y The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL). La mayor parte de los Estados de los EE.UU. han adoptado versiones más o menos similares del mismo, e incluso han incorporado los comentarios oficiales. Se divide como sigue: Article 1—General Provisions; Article 2—Sales; Article 2A—Leases; Article 3—Negotiable Instruments; Article 4—Bank Deposits; Article 4A—Funds Transfers; Article 5—Letters of Credit; Article 6—Bulk Sales; Article 7—Warehouse Receipts; Article 8—Investment Securities; Article 9—Secured Transactions.

¹² La Sección 2-207 del Código Uniforme establece:

§ 2-207. Términos Adicionales en Aceptación o Confirmación

(1) Una expresión de aceptación definitiva y oportuna de aceptación o una confirmación escrita que sea enviada dentro de un plazo razonable opera como una aceptación aun y cuando incluya términos adicionales o diferentes a aquellos ofrecidos o acordados, a menos que la aceptación se condicione en el asentimiento a los términos adicionales o diferentes.

(2) Los términos adicionales serán interpretados como propuestas para adicionarse al contrato. Entre comerciantes dichos términos se vuelven parte del contrato, a menos que:

efectiva aún y cuando contenga términos adicionales o diferentes, a menos que la aceptación se hubiese hecho condicionada a que el oferente original acepte dichas modificaciones. ¿Qué sucede con los términos adicionales o diferentes de la aceptación? Dichos términos adicionales o diferentes serán considerados como propuestas para adicionarse al contrato. Entre comerciantes, dichos términos adicionales formarán parte del contrato a menos que: (a) la oferta expresamente limite la aceptación a los términos de la oferta; (b) alteren materialmente los términos de la oferta;¹³ (c) la notificación del rechazo se hubiese hecho con antelación, o se haga dentro de un término razonable después de que se tenga conocimiento de ellos. Entonces, un intercambio de formularios entre A y B arrojaría un contrato válidamente formado cuyas cláusulas serán las de la oferta inicial junto con las cláusulas que no alteren materialmente los términos de la oferta. Los términos adicionales o diferentes que *si* alteren los de la oferta no serán incluidos. No se requeriría por lo tanto la realización de un acto que signifique aceptación tácita del último formulario como acontecería en el Derecho Mexicano. De acuerdo con un caso frecuentemente comentado en los Estados Unidos, la regla a la que se apega la §2-207 del Código Uniforme de Comercio sería la regla del *first shot* o del primer disparo, es decir, que prevalecerá el primero formulario.¹⁴

3. La Batalla de las Formas se Internacionaliza; La Teoría del Último Disparo en la CISG

- (a) La oferta expresamente limite la aceptación a los términos de la oferta;
 - (b) La modifican materialmente; o
 - (c) La notificación de la objeción a ellos ya se hubiera realizado se dé dentro de un plazo razonable después de que el aviso de los mismos sea recibido.
- (3) La conducta de ambas partes que reconozcan la existencia de un contrato es suficiente para establecer un contrato de compraventa aunque los escritos de las partes de otra manera no establezcan el contrato. En tal caso el contrato particular consiste de aquellos términos en los que los escritos de las partes coinciden, junto con cualesquier otro término suplementario incorporado bajo cualquiera de las provisiones de este código.

¹³ De acuerdo con el Comentario oficial a la Sección 2-207(2)(a), cláusulas que significan una alteración material son aquellas que son sorpresivas o causarían una carga onerosa si se incorporaran sin el conocimiento expreso de la otra parte, como una que limite las garantías implícitas de calidad o garantías de cumplimiento; cláusulas que permitan a una sola de las partes la cancelación unilateral del contrato; una cláusula que requiera que las notificaciones se hagan en plazo sustancialmente más breves que los acostumbrados o de lo razonable.

¹⁴ Véase *Phillips Petroleum Co. v. Bucyrus-Erie Co.*, *Wisconsin Court of Appeals*, 125 Wis. 2d 418, 373 N.W.2d 65 (1985). Citado en MURRAY, pag. 199.

Como debe ser conocido por ustedes, la CISG aplica aproximadamente en dos de cada tres operaciones comerciales que se realizan en el mundo y que caen dentro del ámbito de su aplicación,¹⁵ que son precisamente la compraventa internacional de mercaderías cuando las partes tengan su establecimiento en diferentes Estados que sean contratantes,¹⁶ o cuando las normas del derecho internacional privado lleven a su aplicación,¹⁷ y siempre que las partes tengan conocimiento de que contratan con una parte establecida en otro Estado.¹⁸

El artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁹ —o Convención de Viena de 1980— adopta la postura de que habrá un contrato formado siempre que la aceptación *no incluya* términos adicionales o diferentes que modifique los términos de la oferta de manera sustancial.²⁰ En todo caso, los términos adicionales o diferentes *no sustanciales* serán considerados como una propuesta de adiciones a la oferta que podrán ser rechazados por el oferente incluso de manera verbal. En caso de no hacerlo así, el contenido del contrato serán los términos de la oferta mas los términos adicionales o diferentes que *no alteren sustancialmente* los de la oferta.

¹⁵ Puede consultarse el sitio de Internet de UNCITRAL, <<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>>. Resulta ilustrativa la gráfica publicada por la Universidad de Ottawa, que muestra los Estados Contratantes de la CISG <<http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/Carte-Vienne.html>>.

¹⁶ CISG Art. 1(1)(a).

¹⁷ Id. Art. 1(1)(b).

¹⁸ Id. Art. 1(b). Cuando una o ambas partes tengan mas de un establecimiento, el Art. 10 de la CISG deja en claro que aplicará respecto del establecimiento que guarde la relación mas estrecha entre el contrato y su cumplimiento.

¹⁹ El Artículo 19 de la Convención dice:

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

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

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

²⁰ CISG, art. 19(2).

Cuando la supuesta aceptación incluye términos que *si alteran sustancialmente* la oferta, estaremos ante una contraoferta y por lo tanto aún no habrá contrato formado.²¹ Supongamos que el comprador A despacha las mercaderías después de que el vendedor B envía su confirmación que *si incluye* términos adicionales o diferentes, y después el comprador A, realiza un acto tendiente a mostrar su aceptación del contrato, como puede ser pagar el precio de las mercaderías, o recibirlas. En este caso tendríamos un contrato formado tácitamente conforme al artículo 18 de la CISG, es decir, tenemos un contrato formado de acuerdo con la teoría del último disparo o *last shot rule*, tal y como acontece en el Derecho Mexicano.

4. La Batalla de los Formularios en los Principios UNIDROIT²²

De acuerdo con los Principios de UNIDROIT, artículo 2.22, en aquellos casos en que las partes intercambien formularios con cláusulas estandarizadas y llegan un acuerdo excepto a lo que se refiere a las cláusulas de dichos formularios, el contrato se entenderá por celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándares que sean sustancialmente comunes.²³ Ello ocurrirá a menos que una de las partes en el contrato hubiera manifestado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado el contrato, y sin demora, hubiese comunicado a la otra parte que no tiene intención de quedar obligada por dicho contrato. La regla seguida por los Principios UNIDROIT es conocida como la regla del *knock-out*, donde las cláusulas coincidentes subsisten mientras las divergentes se cancelan mutuamente.²⁴

²¹ El Código Civil Federal no hace distinción entre términos sustanciales y no sustanciales.

²² Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por la UNIDROIT, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una compilación de principios generales del derecho de los contratos elaborados a manera de un *restatement* internacional. (¶ 3 Introducción de los Principios UNIDROIT). El objetivo de los Principios UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicadas. (¶ 9 Introducción de los Principios UNIDROIT).

²³ Principios UNIDROIT, Artículo 2.22 dice:

“Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a 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 comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato.”

Pueden consultarse en línea en <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/04-contents.pdf>>.

²⁴ Véase Comentario 3, al artículo citado.

B. La Batalla de las Formas En los Medios Electrónicos y los Mensajes Incorporados por Remisión; Una Perspectiva desde la CISG

1. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico

De acuerdo con la LMCE, la premisa fundamental sobre la que descansa el comercio electrónico es la no-discriminación vis-à-vis las formas de contratación tradicionales sustentadas en papel.²⁵ En aquellos casos en que la ley requiera que la información conste por escrito, la LMCE establece que dicho requisito queda satisfecho con un mensaje de datos si este es accesible para su ulterior consulta.²⁶ No obstante este principio de no-discriminación del medio, resulta importante resaltar que de manera general,²⁷ la CISG no requiere de la forma escrita para la celebración del contrato,²⁸ ni para la modificación de un contrato existente,²⁹ salvo que en este último caso las partes acuerden lo contrario.³⁰ Sin embargo, es necesario resaltar que la cuestión de que si el MIR será vinculante puede entrañar una cuestión de validez fuera del ámbito de aplicación de la CISG, no precisamente por la forma, sino por el contenido,³¹ por lo que la validez y eficacia

²⁵ LMCE Art. 5.

²⁶ Id. Art. 6.

²⁷ Decimos de manera general, ya habrán casos en que una de las partes tenga su establecimiento en un Estado que ha hecho la reserva permitida en el artículo 96, que tiene como consecuencia la exclusión de los artículos 11, 29 y de la Parte II de la CISG, como es el caso de Argentina y Chile, entre otros.

²⁸ CISG Art. 11.

²⁹ CISG Art. 29(1).

³⁰ Id. Art. 29(2). Aun en el caso de que las partes incluyeran una cláusula previendo la modificación de un contrato por escrito, una parte puede resultar obligada por sus propios actos en la medida en que una parte actúa fiándose en una modificación oral del contrato

³¹ CISG Art. 4to de la CISG, excluye de su ámbito las cuestiones de la validez. Véase el caso *S.a.r.l. Pelliculest/S.A. Rhin et Moseille v. Morton International GmbH/Société Zurich Assurances S.A.*, ante la Cour d' Appel de Colmar, 24-10-2000, en UNILEX Database. En este caso el tribunal se negó a validar el contenido en un contrato pro forma donde al reverso se establecía una cláusula de prórroga de jurisdicción en caracteres pequeños y en el idioma Alemán, mientras que la carátula de la órdenes de entrega así como otros documentos contractuales venían redactados en francés. En el caso del 21-05-1996, Alemania, 22 U 4/96 Oberlandesgericht Köln, UNILEX Database, un vendedor italiano y un comprador alemán, ambos comerciantes de automóviles, concluyeron un contrato para la compraventa de un automóvil usado. Los documentos del carro indicaban que el carro había sido autorizado para circular en 1992. Mas aun, al momento de concluir el contrato el odómetro indicaba un millaje muy bajo. El comprador revendió el automóvil a un tercero que después descubrió que el carro había sido autorizado para circular en 1990 y que el millaje real era mas elevado que el indicado en el odómetro. El comerciante alemán pagó indemnización a su cliente y comenzó una acción en contra del vendedor italiano reclamando la misma suma como daños. El vendedor objetó aduciendo que el contrato contenía una cláusula que excluía su responsabilidad por la falta de conformidad. La corte sostuvo que aún y cuando las partes pueden derogar la aplicación de la Convención conforme al Art. 6 de la CISG, la cuestión relativa a la validez de la cláusula excluyendo su responsabilidad caen fuera del ámbito de la CISG

de la incorporación podrían ser cuestiones del derecho doméstico que pudiese resultar aplicable por las normas del derecho internacional privado.³²

Por lo que hace los mensajes incorporados por remisión, en el año de 1998 a la LMCE le fue agregado el artículo 5bis que se refiere a los MIRS, estableciendo que:

“No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.”

De esta manera UNCITRAL pretendió dejar en claro que a los archivos adjuntos o hiperenlaces no se les negará fuerza vinculante por ese solo hecho, lo que deja abierta la posibilidad de que su valor vinculante si pueda ser negado. Proponemos que aquellos casos donde se les puede negar el efecto vinculante podrán ser cuando la incorporación no sea considerada efectiva por no haberse hecho de manera que se hiciera patente el ánimo del remitente en incorporar el mensaje de datos al contrato, o por alguna razón de validez que dependerá de cada legislación doméstica que en un determinado momento pudiese resultar aplicable.

Por lo que hace la incorporación de la LMCE en México, se optó por no adoptar la LMCE en la forma sistematizada en que fue elaborada, sino que fue desmembrada e incluida de manera desarticulada en el Código Civil Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor.³³ Como consecuencia de la forma en que se adoptó la LMCE se excluyeron disposiciones relativas al principio de interpretación uniforme tomando en cuenta el origen internacional de la LMCE,³⁴ así como la incorporación del artículo 5bis por lo que resulta incierto el alcance de los mensajes incorporados por remisión en la contratación electrónica,³⁵ aunque

y debe por lo tanto resolverse de conformidad con la legislación que rige al contrato, que en el presente caso, era el derecho alemán conforme a las normas alemanas del derecho internacional privado. La corte por lo tanto concluyó que dicha cláusula no era válida conforme al Derecho Alemán.

³² CISG, Art. 7(2).

³³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo del 2000.

³⁴ Véase LMCE Art. 3.

³⁵ En una iniciativa propuesta por un diputado del PRD, se propone la siguiente redacción del artículo 5bis, que toma:

“Se reconoce la validez jurídica a la información no contenida directamente en un mensaje de datos, siempre que figure en el mismo en forma de remisión o de anexo

en la práctica la incorporación por referencia es práctica común en México, por ejemplo en los contratos de seguros.³⁶ Como se comenta a continuación en el caso hipotético, el problema estribará en la manera en que se haya sido plasmada la intención de integrar los términos al mensaje de datos, o si se hizo alguna comunicación verbal haciendo patente dicha intención.

2. El Caso Hipotético de Nafta Autoparts y Armadora Mexicana de Automóviles.

El hipotético implica un fabricante de automóviles establecido en la frontera norte de México, Armadora Mexicana de Automóviles, S.A. (AMASA) que recibe un correo electrónico de un proveedor de autopartes de los EE.UU. que se identifica como Nafta-Autoparts. El intercambio de correos acontece como sigue:

Figura 1

De: jlopez@nafta-autoparts.com	Fecha:	2 de Septiembre, 2002
Para: brivera@amasa.com.mx Armadora Nacional de Automóviles, S.A. de C.V.	Documento Adjunto: productlist.doc 40.5kb	
Cc:		
Asunto: Precios de Autopartes		

accesible mediante un enlace electrónico directo y su contenido sea *conocido y aceptado expresamente* por las partes.”

La propuesta del Diputado Barbosa impondría una carga muy elevada para incorporar por remisión los MIRS, pues se requiere que el destinatario “conozca y acepte expresamente” el mensaje así incorporado. Surgen dudas en cuanto a que se debe entender por que el contenido “sea conocido”, sobre la forma en que habrá de darse la “aceptación expresa,” y por que se excluyó la posibilidad de la aceptación tácita mediante conductas inequívocas que presuman aceptación (despacho de mercaderías, pago del precio de las mismas, etc.). De acuerdo a dicha iniciativa, los mensajes de datos serán incorporados cuando el destinatario conozca la información ahí contenida y acepte expresamente su incorporación, situación que nos parece impone una carga excesiva y tornaría inoperante a los MIRS. Según la Guía para la incorporación de la LMCE al artículo 5 bis se debe evitar que los requisitos que regulen la incorporación por remisión en el comercio electrónico sean más restrictivos que los ya existentes para el comercio con soporte de papel, situación que acontecería de aprobarse en la su forma actual. Además, este trato sería discriminatorio comparado con los contratos en papel, ya que no conocemos de ninguna otra legislación interna que requiera que el contratante acepte expresamente las incorporaciones por referencia. Por tratarse de una cuestión de validez, una disposición como la anterior podría tener como consecuencia la invalidación total o parcial de los contratos celebrados por los medios electrónicos incluyendo los celebrados en el ámbito de la CISG.. (Véase Guía para la Incorporación de la LMCE, ¶46-6 preparada por UNCITRAL).

³⁶ Por ejemplo, en los contratos de seguros se utilizan expresiones en las pólizas que dicen: ‘Se incorporan por referencia las condiciones generales del contrato de seguro que se han entregado al asegurado’, y que se le hacen llegar al asegurado en un folleto.

Estimado Sr. Alberto Rivera
 Jefe de Adquisiciones

Sr. Rivera:
 Ofrecemos suministrarles balatas para frenos serie XJB333 compatibles con los modelos que ustedes fabrican. Los precios de nuestras piezas son de \$4.00 Dlls por unidad.
 Todas las piezas son nuevas, no reconstruidas y las pondremos en su fábrica a partir de la fecha que ustedes nos indiquen.

Queda a sus órdenes,
 J. López

AVISO IMPORTANTE: SI USTED CONTRATA CON NOSOTROS DEBE VISITAR NUESTRO SITIO
www.nafta-autoparts.com

Dos días después el jefe de compras de Armadora Mexicana de Automóviles, S.A. (AMASA) envía un correo electrónico en los siguientes términos:

Figura 2

De: brivera@amasa.com.mx	Fecha:	4 de Septiembre, 2002
Para: jlopez@nafta-parts.com		
Cc:		
Asunto: Aceptación de su oferta		
<p>Estimado Sr. J. López:</p> <p>Hemos leído con gran interés su e-mail del 2 de septiembre así como su lista de precios y nos interesa contratar con ustedes.</p> <p>Nosotros damos el contrato por hecho, solo si pueden empezar a realizar el primer envío de 20,000 piezas para el 14 de Septiembre del 2002. Le recordamos que debido nuestro sistema de producción "justo a tiempo", la puntualidad en la entrega es de una importancia esencial.</p> <p>Saludos cordiales, Bruno Rivera</p> <p style="text-align: right;">www.amasa.com.mx</p>		

Hasta este momento en que las partes solo han intercambiado correos electrónicos (Figura 1, y 2) nos surgen las siguientes interrogantes ¿Se ha formado un contrato? En caso de que el contrato si se hubiera formado ¿vinculan los MIRS incluidos en los correos electrónicos a las partes?

A simple vista, si las partes se han puesto de acuerdo en cuanto al precio y las mercaderías,³⁷ podemos suponer que se ha formado el contrato de manera válida, aunque otra situación podría desprenderse de un análisis de los hipervínculos y/o de los archivos adjuntos, es decir de los mensajes incorporados por remisión (“MIRS”).

Para el análisis del caso hipotético debemos considerar a los MIRS como plasmados en el texto mismo del e-mail solo si el destinatario conoce la “intención subjetiva de la incorporación”, o si un destinatario en la misma situación que el destinatario hubiese entendido el hiperenlace por incorporado dadas las circunstancias del caso.³⁸ Para ello deberán tomarse en las negociaciones, prácticas que las partes hubieren establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.³⁹

3. Análisis de los Correos Intercambiados y de la Conducta Ulterior de las Partes

El E-mail de Nafta Autoparts parece ser lo suficientemente preciso para considerarse una oferta, ya que indica elementos como el precio, mercaderías y la intención de resultar obligado en el caso de aceptación.⁴⁰ Por lo que hace la incorporación del hiperenlace al contrato el e-mail de Nafta-Autoparts (fig.1) hace una invitación clara al destinatario a que consulte su sitio, **AVISO IMPORTANTE: SI USTED CONTRATA CON NOSOTROS DEBE VISITAR NUESTRO SITIO**. En el caso de AMASA (fig.2), simplemente se limitó a incluir el domicilio del sitio de Internet www.amasa.com.mx sin ninguna manifestación en cuanto al ánimo de incorporar por referencia el contenido de su Website. Podríamos concluir, con base en estos datos, que el mensaje de Nafta Autoparts incorporó por referencia su hiperenlace de manera mas efectiva que AMASA.⁴¹

Supongamos ahora que el mismo 4 de Septiembre del 2002, al momento en que el Sr. Rivera de AMASA envió su e-mail a NAFTA Autoparts, el Sr. Rivera llama por teléfono al Sr. López y le deja un mensaje en su contestadora telefónica:

³⁷ Aunque véase artículos 55 y 65 de la CISG.

³⁸ Véase artículo 8 de la CISG.

³⁹ Id. Arts. 8(3) y 9.

⁴⁰ Id. Art. 14.

⁴¹ Otra situación sería, si por ejemplo, AMASA hubiese posteriormente informado de cualquier manera a Nafta Autoparts que le interesaba que se vincularan a la información contenida en su website. Casos en los que se ha discutido el tema

“necesito que leas el correo electrónico que recién te envié y que estés enterado de la información descrita en el hiperenlace por que incluye nuestras políticas de compras de la empresa y solo contratamos con base en ellas.”

En este caso resulta evidente que AMASA ha dado a conocer su intención subjetiva de incorporar las políticas de compras de AMASA y que desea celebrar el contrato solo sobre esas bases. Dependerá del contenido de la información contenida en los hiperenlaces para determinar si los actos del envío del correo y de la llamada telefónica de AMASA constituirán una aceptación de la oferta de Nafta Autoparts.

4. El Contenido Discrepante de los Hiperenlaces

Imaginemos que los hiperenlaces de ambas empresas son coincidentes con la salvedad de que AMASA requiere que sus proveedores no revelen información del contrato a otras empresas competidoras. Conforme al artículo 19 de la CISG, cuando la comunicación que pretende ser una aceptación incluye términos adicionales o diferentes, estaremos ante una contraoferta, al menos que los términos adicionales o diferentes no alteren los términos de la oferta de manera sustancial. En este caso, Nafta AUtoparts podría objetar los términos adicionales con la finalidad de que estos no resulten incorporados al contrato, pero en este caso existiría un contrato válidamente formado, cuyo contenido se integraría por las cláusulas coincidentes más la cláusula de confidencialidad no objetada.

Supongamos de nueva cuenta que todas las cláusulas son coincidentes, salvo que el hiperenlace de Nafta Autoparts dice que esperan el pago cada 90 días. El hiperenlace de que AMASA dice que ellos pagan cada 60 días a sus proveedores. Aun y cuando podría suponerse que este término diferente relativo al plazo de pago podría constituir una modificación sustancial, un tribunal ya estimó que si el término es mas favorable al oferente no necesariamente habrá de considerarse una contraoferta sino que podría ser considerada como aceptación de la oferta, solución que nos parece apropiada,⁴² sobre todo si la otra parte beneficiada quisiera argumentar la discrepancia para salirse de cumplir con el contrato, lo que iría en contra del espíritu de la buena fe como regla interpretativa.⁴³ En este caso, existiría un contrato válidamente formado.

Imaginemos que las cláusulas son coincidentes en todos sus aspectos, salvo lo siguiente: La oferta de Nafta Autoparts incluye una cláusula estándar de la Asociación Americana de Arbitraje, previendo arbitraje en San Diego,

⁴² Véase caso Austria, 20-03-1997, 2 Ob 58/97m, Oberster Gerichtshof, UNILEX Database.

⁴³ Véase CISG, Art. 7(1).

California, EE.UU.⁴⁴ Por su parte, la respuesta de AMASA establece que cualquier controversia será resuelta ante los tribunales en Mexicali, Baja California, México. De acuerdo con el artículo 19(2) y (3) de la CISG, la inclusión de esta cláusula constituiría una contraoferta, pues el tema de la solución de controversias se considera que altera sustancialmente los términos de la oferta, y por lo tanto constituye una contraoferta. En este caso no habría contrato formado mediante el intercambio de formularios.

5. Aceptación mediante Conducta que Expresa Aceptación de la Oferta

Los contratos típicamente inician con una oferta⁴⁵ seguida por una aceptación.⁴⁶ De acuerdo con el artículo 18 de la Convención, la aceptación puede

⁴⁴ Otra cuestión importante que surge del hipotético es si de un problema de batallas de las formas puede surgir un acuerdo de arbitraje, pues el Artículo II(a) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Comerciales (CNY58) requiere que se satisfaga el requisito “por escrito”, y “firmado” por las partes, o por lo menos de un intercambio de comunicaciones que se refieran al arbitraje. En este caso hipotético si ambos Estados han incorporado los principios de la LMCE se satisface el requisito por escrito por virtud del artículo 5, y de la incorporación por el 5bis. Lo interesante es saber si de los e-mails se puede desprender el requisito “firmado”, y si sería suficiente para determinar la existencia de un acuerdo arbitral. Hay un caso de la CISG que se refiere a la incorporación por referencia de términos de otro contrato –no de formularios ni de hiperenlaces— *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.* U.S. District Court, S.D., New York, 91 Civ. 3253 (CLB), sentencia del 14-04-1992, UNILEX Database. En ese caso resulto determinante la conducta ulterior de las partes para dar por entendido que se incorporaba el contenido de un contrato principal a una operación derivada.

⁴⁵ CISG Art. 14.

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

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

No obstante el artículo anterior, el artículo 55 de la Convención permite la formación de contratos re “precio abierto,” bajo la presunción de que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en semejantes, en el tráfico mercantil del que se trate.

⁴⁶ Decimos que típicamente por que en ocasiones el proceso de negociación puede ser continuo, y más complejo que un simple ir y venir de oferta y aceptación. Este ejemplo nos lo pone de manifiesto el Profesor Schlechtreim, quien explica un caso hipotético de una compraventa de unos motores para unos cruceros. En su ejemplo, los ingenieros del comprador y del vendedor negociaron las especificaciones técnicas del contrato, mientras que personal administrativo negoció aspectos relativos a la forma de pago, etc., de la misma operación y de manera

presentarse ya sea expresa o implícita mediante un acto que de a entender que el contrato ha sido aceptado.⁴⁷ Supongamos que después de que el Sr. Rivera envía su correo electrónico y hace su llamada del 4 de Septiembre del 2002, el Nafta-Autoparts inicia el suministro de balatas para frenos en la fecha convenida sin hacer manifestación alguna respecto del correo electrónico ni del hiperenlace que AMASA pretendió incorporar. Aún y cuando el silencio por si solo no constituye aceptación de la contraoferta que significó el correo electrónico de AMASA que incluyo la discrepancia sustancial, Nafta Autoparts realizó conductas que constituyen asentimiento, y por lo tanto, el contrato se tendría aceptado por conducta en los términos del artículo 18 de la CISG.

Conclusión

La contratación internacional mediante el comercio electrónico llegó para quedarse, y presentará situaciones como las descritas en el hipotético de Nafta Autoparts y AMASA, donde las partes pretenderán incorporar sus condiciones estandarizadas mediante hiperenlaces o archivos adjuntos.

Si bien la utilización de los MIRS puede abreviar la redacción de los contratos especial cuidado se deberá prestar en manifestar con claridad la intención de que los MIRS forman parte del contrato para evitar confusiones o interpretaciones contrarias la intención de las partes. Como se comentó, la

simultáneamente, por lo que no se llevó a cabo el contrato mediante la fórmula “oferta-aceptación”, típica.

⁴⁷ El Artículo 18 de la CISG dice:

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

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

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

importancia no es solo académica, ya que están de por medio los derechos y obligaciones de quienes celebran contratos tanto en el ámbito doméstico como en el internacional, y conocer con claridad cuales son éstos, evitará resultados sorpresivos a las partes en un contrato.