

## CAPÍTULO 2

# FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

## SECCIÓN 1: FORMACIÓN

### ARTÍCULO 2.1.1 (*Modo de perfección*)

**El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.**

#### COMENTARIO

##### 1. Oferta y aceptación

Una idea fundamental en los Principios es que el acuerdo de las partes es en sí mismo suficiente para perfeccionar el contrato (véase el Artículo 3.1.2). Los conceptos de oferta y aceptación han sido tradicionalmente utilizados para determinar si las partes han llegado a un acuerdo y también para determinar el momento en que este se ha verificado. Este artículo y Capítulo dejan en claro que los Principios conservan estos conceptos como herramientas esenciales para el análisis de la formación del contrato.

##### 2. La conducta de las partes basta para demostrar el acuerdo

En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo. Conforme con este artículo, un contrato se podría considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento, siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo. Con el fin de determinar si existen

suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en los Artículos 4.1 y siguientes.

#### Ejemplo

1. “A” y “B” inician negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (joint venture) para el desarrollo de un nuevo producto. Después de prolongadas negociaciones sin ninguna oferta formal o aceptación y quedando algunos puntos de menor importancia por acordar, ambas partes comienzan a cumplir sus obligaciones. Cuando posteriormente las partes no llegan a un acuerdo sobre esos puntos de menor importancia, un juez o un tribunal arbitral puede llegar a la conclusión de que se ha celebrado un contrato, puesto que las partes habían comenzado a cumplir sus obligaciones, demostrando de esta forma su intención de quedar obligadas por un contrato.

### 3. Contratación automatizada

El texto de este artículo es lo suficientemente amplio como para incluir también los casos de la llamada contratación automatizada, es decir, cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electrónicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervención de una persona física para perfeccionar un contrato.

#### Ejemplo

2. “A”, una planta automotriz, y “B”, un proveedor de repuestos, predisponen un sistema de intercambio electrónico de datos gracias al cual, en el momento en que los inventarios de “A” caen bajo un cierto nivel, el programa automáticamente genera la orden del repuesto faltante y envía la solicitud al proveedor. El hecho que “A” y “B” hayan acordado la implementación de dicho sistema hace que las partes queden obligadas por las órdenes y las prestaciones automatizadas, a pesar de ser generadas sin la intervención personal de “A” y de “B”.

## ARTÍCULO 2.1.2

*(Definición de la oferta)*

**Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.**

### **COMENTARIO**

Para definir la oferta y distinguirla de las otras comunicaciones que las partes podrían establecer entre ellas con miras a perfeccionar un contrato, este artículo exige dos requisitos: la propuesta debe (i) ser suficientemente precisa para permitir el perfeccionamiento del contrato mediante su simple aceptación, (ii) indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

#### **1. Precisión de la oferta**

Dado que un contrato se perfecciona con la mera aceptación de una oferta, las cláusulas del futuro contrato deben ser indicadas en la oferta con suficiente precisión. No es posible determinar de manera abstracta si una propuesta cumple con estos requisitos. Aún términos esenciales, tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregadas o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa. Todo depende de si el oferente al proponer la oferta y el destinatario al aceptarla tienen la intención de quedar vinculados por el contrato, como así también de que los términos indeterminados dejen de serlo mediante una interpretación del significado de los términos utilizadas en el contrato conforme a los Artículos 4.1 y siguientes, o mediante su integración conforme al Artículo 4.8 o 5.1.2. La imprecisión también puede cubrirse mediante las prácticas comerciales establecidas entre las partes o por los usos (véase el Artículo 1.9), o en base a disposiciones específicas que se encuentran en los Principios (v.gr. Artículos 5.1.6 (determinación de la calidad de la prestación), 5.1.7 (determinación del precio), 6.1.1 (momento del cumplimiento), 6.1.6 (lugar del cumplimiento) y 6.1.10 (moneda que no ha sido especificada)).

## Ejemplo

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

## 2. Intención de quedar obligado

El segundo criterio para determinar si una parte ha realizado una oferta con el fin de celebrar un contrato, o simplemente con el propósito de iniciar negociaciones, consiste en determinar si dicha parte ha tenido la intención de quedar obligada en caso de aceptación. Dado que dicha intención raramente es declarada en forma expresa, frecuentemente debe inferirse de las circunstancias del caso concreto. La manera en que el proponente presente su propuesta (*v.gr.* definiéndola expresamente como “oferta” o simplemente como una “declaración de voluntad”, proporciona una primera, aunque no definitiva, indicación de una posible intención. El contenido y la determinación de los destinatarios de la propuesta revisten mayor importancia. En términos generales, se podría decir que cuanto más detallada y precisa sea la propuesta, más probable resulta que constituya una oferta. Si la propuesta es dirigida a una o más personas concretas, es más probable que sea considerada una oferta que si dicha propuesta es dirigida al público en general.

## Ejemplos

2. Después de prolongadas negociaciones, los directores ejecutivos de dos compañías, “A” y “B”, acuerdan las bases sobre las cuales “B” adquirirá el 51% de las acciones de la compañía “C”, cuya titularidad absoluta y exclusiva pertenece a “A”. El “memorandum” del acuerdo (*memorandum of agreement*), firmado por las partes negociadoras, incluye una cláusula final estableciendo que el acuerdo no será vinculante hasta ser aprobado por la Junta Directiva de “A”. En este supuesto no existe un contrato hasta que dicha aprobación sea concedida.

3. “A”, una agencia del Estado, anuncia una licitación pública para la colocación de una nueva red telefónica. Dicho anuncio constituye simplemente una invitación para recibir ofertas, las cuales pueden o

no ser aceptadas por “A”. Empero, si el anuncio incluyera los detalles de las especificaciones técnicas del proyecto, estableciendo que el contrato se celebrará con quien ofrezca la postura más baja conforme a las especificaciones, dicho anuncio podría ser considerado como una oferta, considerándose perfeccionado el contrato al identificarse al mejor postor.

Una propuesta puede incluir todos los términos esenciales del contrato y sin embargo no obligar al proponente en caso de aceptación, si su perfeccionamiento ha sido condicionado a lograr un acuerdo sobre cuestiones de menor importancia que han sido dejado pendientes en la propuesta (véase el Artículo 2.1.13).

### **ARTÍCULO 2.1.3** (*Retiro de la oferta*)

**(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.**

**(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.**

#### **COMENTARIO**

##### **1. Cuándo la oferta surte efectos**

El párrafo (1) de este artículo, que ha sido literalmente adoptado del Artículo 15 de CISG, dispone que una oferta surte efectos cuando llegue al destinatario (véase el Artículo 1.10(2)). En cuanto a la definición de “llega”, véase el Artículo 1.10(3). El momento en el cual una oferta surte efectos es de suma importancia, pues indica el momento exacto a partir del cual el destinatario puede aceptar la oferta, obligando definitivamente al oferente a cumplir con el contrato propuesto.

##### **2. Retiro de la oferta**

Hay otras razones por las cuales, en la práctica, es importante determinar el momento en el cual surte efectos la oferta. Hasta ese

momento, el oferente es libre de cambiar de opinión y decidir no celebrar el contrato, o bien remplazar su oferta original por otra nueva oferta, independientemente de si la oferta original fue extendida con el propósito de ser irrevocable. La única condición es que el destinatario tome conocimiento del cambio de voluntad del oferente antes o al mismo tiempo de tomar conocimiento de la oferta original. Al establecer este mecanismo en forma expresa, el párrafo (2) de este artículo deja en claro la distinción entre “retiro” y “revocación” de una oferta: Una oferta siempre puede ser retirada antes de que surta efectos, mientras que la cuestión de si puede ser revocada (véase el Artículo 2.1.4) sólo surge después que la oferta ha surtido efectos.

#### **ARTÍCULO 2.1.4** (*Revocación de la oferta*)

**(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.**

**(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:**

**(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o**

**(b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.**

#### **COMENTARIO**

El problema de si una oferta es revocable ha sido tradicionalmente uno de los puntos más controvertidos en el tema de la formación de los contratos. Como no es posible conciliar las posturas de los diversos sistemas jurídicos (esto es, la postura mantenida por los países del *common law*, conforme a la cual una oferta siempre es revocable, y la postura opuesta de casi todos los sistemas de tradición jurídica románistica), la única alternativa es elegir una de las dos posturas como regla e introducir a la otra por vía de excepción.

## 1. La oferta, en principio, puede ser revocada

El párrafo (1) de este artículo, que ha sido tomado literalmente del Artículo 16 de CISG, establece que, en principio, una oferta puede ser revocada hasta que se celebra el contrato. El mismo párrafo, sin embargo, limita la revocación de la oferta a la condición de que llegue al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación. Por lo tanto, el derecho del oferente a revocar su oferta hasta el perfeccionamiento del contrato sólo tiene vigencia en el supuesto de que el destinatario acepte la oferta oralmente, o cuando el destinatario indique su consentimiento ejecutando un hecho sin comunicárselo al oferente (véase el Artículo 2.1.6(3)). Sin embargo, cuando la oferta es aceptada por escrito, en cuyo caso el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al oferente (véase el Artículo 2.1.6(2)), el derecho del oferente a revocar la oferta termina antes, esto es, cuando el destinatario envía su aceptación. Esta solución puede ocasionar algún inconveniente al oferente, ya que no siempre estará en condiciones de conocer si todavía tiene la posibilidad de revocar su oferta. Sin embargo, esta solución se justifica cuando se considera el interés legítimo del destinatario a que se reduzca el plazo durante el cual sea posible la revocación.

En lo que se refiere a la determinación de la fecha de expedición, véase el Artículo 2.1.8 y el Comentario pertinente.

## 2. Ofertas irrevocables

El párrafo (2) prevé dos excepciones importantes a la norma general de la revocabilidad de la oferta: (i) Cuando la oferta indica que es irrevocable y (ii) cuando el destinatario, teniendo otras razones justificadas para considerar la oferta como irrevocable, actúa en función de dicha oferta.

### a. *La indicación de irrevocabilidad contenida en la oferta*

La indicación de que la oferta es irrevocable puede hacerse de diversas maneras. La manera más clara y directa de todas es aquella en la que el oferente lo manifiesta expresamente (v.gr. “Esta es una oferta en firme”; “Nosotros mantendremos nuestra oferta hasta recibir su contestación”). Sin embargo, el carácter irrevocable de la oferta puede inferirse simplemente de otras declaraciones o comportamiento del oferente. 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. La respuesta a esta cuestión debe encontrarse en cada caso a través de una adecuada interpretación de los términos de la oferta, conforme a los diversos criterios

establecidos en el Capítulo 4 sobre interpretación del contrato. 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. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por lo general no se atribuirá al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo.

### Ejemplos

1. “A”, una agencia de viajes, informa mediante un folleto a sus clientes acerca de un crucero para las próximas fiestas de Año Nuevo. En dicho folleto se apremia a los clientes para que hagan sus reservas dentro los tres días siguientes, añadiendo que probablemente después de ese tiempo ya no habrá lugares disponibles. Este anuncio, por sí mismo, no indica que “A” haya realizado una oferta irrevocable durante los tres primeros días.
2. “A” propone a “B” redactar una oferta por escrito con los términos en que estaría dispuesto a construir un edificio. “B” presenta una oferta precisa que expresa lo siguiente: “El precio y demás condiciones no serán válidas después del 10 de septiembre”. Si “A” y “B” operan dentro de un sistema jurídico donde dicha declaración es considerada como una oferta irrevocable hasta esa fecha, “B” puede esperar que su oferta será considerada como una oferta irrevocable. Esta expectativa no podría presentarse en el supuesto que “A” opere dentro de un sistema jurídico donde la declaración de “B” no se considere suficiente para indicar que la oferta es irrevocable.

#### b. Confianza del destinatario de que se trataba de una oferta irrevocable

La segunda excepción a la norma general que ataña a la revocabilidad de la oferta contempla el supuesto en el que “el destinatario podía considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha actuado en función de dicha oferta”. Se trata de la aplicación del principio general del Artículo 1.8 que prohíbe el comportamiento contradictorio. La razonable confianza del destinatario puede haber sido inducida por la conducta del oferente, o por la naturaleza de la oferta misma. Este sería el caso de una oferta cuya aceptación requiere de una investigación extensa y costosa por parte del destinatario o una oferta realizada con el propósito de permitir al destinatario transmitir la oferta a terceros. Los actos que el destinatario debe cumplir confiando en la

oferta pueden consistir en preparación de la producción, compra o arrendamiento de material o equipo, incluyendo los gastos que ello importe, etc., siempre que dicha actividad pueda considerarse una actividad regular para el tipo de operación de que se trate, o bien consista en actos que deberían haber sido previstos o conocidos por el oferente.

### Ejemplos

3. “A”, un comerciante de antigüedades, solicita a “B” la restauración de diez pinturas, bajo la condición de que dicho trabajo sea realizado en tres meses y que el precio no exceda de cierta cantidad. “B” informa a “A” que, con el fin de saber si acepta la oferta, necesita comenzar a trabajar en una de las pinturas y que dentro de cinco días le dará la respuesta. “A” acepta dicha propuesta. En base a la oferta de “A”, “B” debe comenzar a trabajar inmediatamente. “A” no puede revocar su oferta dentro de esos cinco días.

4. “A” solicita una oferta a “B” para que “A” pueda completar algunos datos de una petición de licitación a ser asignada dentro de un plazo determinado. “B” le hace una oferta a “A”, en la cual se basa este último para calcular el precio a presentar en la petición de licitación. Antes de la expiración del plazo, pero después que “A” ha presentado su propuesta en la licitación, “B” informa a “A” que no desea mantener su oferta. En este supuesto, “B” no puede revocar su oferta, que es irrevocable hasta el vencimiento del plazo para asignar la licitación, puesto que la propuesta de “A” en dicha licitación se basa en los datos que le proporcionó “B”.

## ARTÍCULO 2.1.5

*(Rechazo de la oferta)*

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

### COMENTARIO

#### 1. El rechazo puede ser expreso o tácito

Una oferta puede ser rechazada expresa o tácitamente. Un caso frecuente de rechazo tácito consiste en contestar a la oferta mediante una respuesta que parece ser una aceptación pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones (véase el Artículo 2.1.11(1)).

En ausencia de un rechazo expreso, la manifestación o conducta del destinatario debe ser tal que justifique la creencia del oferente que el destinatario no tiene intención de aceptar la oferta. Una contestación por parte del destinatario que simplemente pregunte si existe otra alternativa posible (*v.gr.* “¿Existe alguna posibilidad de que el precio sea rebajado?” o “¿Podría entregar las mercaderías un par de días antes?”) no sería suficiente para concluir que el destinatario ha rechazado la oferta.

Debe subrayarse que el rechazo tiene el efecto de extinguir cualquier tipo de oferta, independientemente de su carácter revocable o irrevocable bajo el Artículo 2.1.4.

### Ejemplo

“A” recibe una oferta de “B” en la que establece que la oferta se mantendrá en firme durante dos semanas. “A” contesta a vuelta de correo, incluyendo condiciones en parte diferentes a las establecidas en la oferta de “B”, condiciones que no son aceptadas por “B”. “A” no puede aceptar la oferta original luego de dicha contestación, aún cuando todavía resten varios días para que se extinga el plazo de dos semanas. Al hacer una contraoferta, “A” ha rechazado implícitamente la oferta original.

## 2. El rechazo como una de las causas que extingue una oferta

El rechazo por parte del destinatario es sólo una de las causas que extinguen una oferta. Otras causas son tratadas en los Artículos 2.1.4(1) y 2.1.7.

### ARTÍCULO 2.1.6 (*Modo de aceptación*)

**(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.**

**(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente. (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.**

## **COMENTARIO**

### **1. Indicación de asentimiento a una oferta**

Para que exista aceptación el destinatario debe indicar su “asentimiento” de una manera u otra. No basta el mero acuse de recibo de la oferta, o una manifestación en el sentido de estar interesado en ella. Más aún, el asentimiento debe ser liso y llano, no pudiendo ser condicionado a otro acto del oferente (*v.gr.* “Nuestra aceptación queda sujeta a vuestra aprobación”) ni tampoco a un acto del mismo destinatario (*v.gr.* “Nosotros, por este medio, aceptamos las cláusulas del contrato establecidos en su memorándum y lo enviaremos a nuestra Junta de Administración para su aprobación dentro de las próximas dos semanas”). Por último, la aceptación no debe contener modificaciones a los términos de la oferta, o por lo menos no debe incluir modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta (véase el Artículo 2.1.11).

### **2. Aceptación mediante el comportamiento del aceptante**

A menos que la oferta imponga un modo especial de aceptación, el asentimiento puede indicarse expresamente o inferirse del comportamiento del destinatario. El párrafo (1) de este artículo no especifica la forma en que dicho comportamiento deba verificarse. Generalmente, tales actos se relacionan con el cumplimiento del contrato, como lo son el pago de un anticipo del precio, el embarque de las mercaderías, el inicio de los trabajos en el establecimiento, etc.

### **3. Silencio o conducta omisiva**

Al establecer que ni “el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican una aceptación”, el párrafo (1) deja en claro que del simple silencio o inacción del destinatario no se puede inferir el asentimiento de la oferta. El supuesto sería diferente si las partes acordaran que el

silencio se considerará aceptación, o en el supuesto de que existan negociaciones previas o usos. Sin embargo, en ningún caso el oferente podrá establecer unilateralmente que la oferta se considerará aceptada en ausencia de contestación del destinatario. Dado que el oferente es quien toma la iniciativa de proponer la celebración del contrato, el destinatario es libre no sólo de aceptar la oferta, sino también de hacer sencillamente caso omiso de ella.

### Ejemplos

1. “A” le solicita a “B” que establezca las condiciones para la renovación de un contrato anterior para el abastecimiento de vino, contrato que expira el 31 de diciembre. En su oferta, “B” incluye una disposición que expresa: “Si no hemos recibido noticias suyas a más tardar a finales de noviembre, entenderemos que usted ha consentido en renovar el contrato bajo las condiciones establecidas en las cláusulas precedentes”. “A” considera totalmente inaceptable la propuesta de “B” y no contesta. En este supuesto, el contrato anterior expira en el plazo fijado sin que haya sido renovado, en vista de la falta de acuerdo entre las partes.
2. En un contrato a largo plazo para el abastecimiento de vino, “B” suele proveer a “A” de sus pedidos sin confirmar la aceptación de los pedidos que hace “A”. El 15 de noviembre, “A” solicita una gran cantidad de vino para el Año Nuevo. “B” no contesta ni entrega a tiempo la mercancía solicitada. En este supuesto, “B” ha incumplido con su obligación, ya que de acuerdo a las prácticas establecidas entre las partes, el silencio de “B” a los pedidos de “A” se considera una aceptación de la oferta.

### 4. Momento en que surte efectos la aceptación

De acuerdo al párrafo (2), la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente (véase el Artículo 1.10(2)). En cuanto a la definición de “llegar”, véase el Artículo 1.10(3). El motivo para adoptar el principio de la “recepción” en lugar del de la “expedición” obedece a que resulta más sensato localizar el riesgo de la transmisión de la notificación de aceptación en el aceptante que en el oferente, puesto que el aceptante es el que escoge el medio de comunicación, el que mejor conoce cuáles medios de comunicación son especialmente arriesgados o tardíos, y quien, en consecuencia, se encuentra mejor capacitado para tomar las medidas necesarias para asegurarse que la aceptación llegue a su destino.

En principio, la aceptación que surge del comportamiento del aceptante también surtirá efectos sólo cuando llegue al oferente la

notificación de dicha aceptación. Cabe destacar, sin embargo, que será necesario que el destinatario o aceptante comunique su aceptación sólo en aquellos casos en que la conducta del aceptante no comunique por sí misma la aceptación dentro de un plazo razonable. En los demás casos (*v.gr.* cuando la conducta consista en el pago del precio o el embarque de mercaderías por vía aérea o por otro medio de transporte rápido) bien se podría lograr el mismo efecto si el banco o el porteador informan al oferente de la transferencia de fondos o la consignación de las mercaderías.

En los supuestos previstos en el párrafo (3) se encuentra una excepción a la regla general establecida en el párrafo (2). Esto es, “si en virtud de la oferta, 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”. En este supuesto la aceptación surte efectos en el momento en que el acto es ejecutado, independientemente de si el oferente es oportunamente informado al respecto.

### Ejemplos

3. “A” solicita a “B” que diseñe programa especial para establecer un banco de datos. Sin comunicar su aceptación, “B” comienza a diseñar el programa y, una vez terminado, reclama el pago de acuerdo a lo establecido en la oferta de “A”. “B” no está facultado para reclamar el pago, puesto que la supuesta aceptación a la oferta de “A” nunca surtió efectos en razón de que “B” nunca se lo notificó a “A”.

4. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 3, pero aquí en su oferta “A” expresa que estará ausente durante las dos semanas siguientes, pidiendo a “B” que, si desea aceptar la oferta, comience a diseñar el programa inmediatamente para ganar tiempo. En este supuesto el contrato se perfecciona en cuanto “B” comience a cumplir, aún cuando “B” no comunique su aceptación inmediatamente o con posterioridad.

Este artículo se corresponde con los párrafos (1), (2) primera parte y (3) del Artículo 18 de CISG.

## ARTÍCULO 2.1.7

*(Plazo para la aceptación)*

**La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.**

### **COMENTARIO**

En cuanto al momento en que la aceptación debe ser aceptada, este artículo, que se corresponde con la segunda parte del párrafo (2) del Artículo 18 de CISG, distingue entre ofertas verbales y escritas.

En lo que se refiere a las ofertas escritas, todo depende del hecho que el proponente haya o no indicado un término cierto para la aceptación: en el primer caso, la oferta debe ser aceptada dentro de este término, mientras que en todas las otras hipótesis la indicación de la aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo “razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente.”

### **Ejemplos**

1. “A” envía a “B” una oferta el lunes indicando que si “B” pretende aceptar debe hacerlo a más tardar el viernes. La aceptación de “B” llega a “A” el lunes de la semana siguiente. “A” puede rechazar la aceptación de “B” por tardía.
2. “A” envía a “B” una oferta el lunes en la mañana vía e-mail, solicitando a “B” responder “a la brevedad posible”. Aunque en ocasiones precedentes “A” y “B” se habían comunicado vía e-mail, “B” acepta la oferta de “A” mediante una carta, que llega a “A” el jueves. La aceptación de “B” es tardía porque, en las circunstancias, una aceptación realizada mediante carta que llega a “A” tres días después de su e-mail no ha sido llevada a cabo “a la brevedad posible”.

Las ofertas orales deben ser aceptadas inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte lo contrario. Una oferta se considera verbal no solo cuando se realiza en presencia del destinatario, sino en los casos en que éste puede responder inmediatamente. Este es el caso de la oferta realizada por teléfono o comunicada electrónicamente en tiempo real.

Cabe destacar que las reglas establecidas en este artículo también se aplican a situaciones donde, de acuerdo con el Artículo 2.1.6(3), el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin comunicarlo al oferente. En estos casos el acto de ejecución debe realizarse dentro del plazo respectivo.

Para la determinación del momento preciso en que comienza a correr el plazo otorgado por el oferente y a partir del cual comienza a transcurrir el término establecido, véase el Artículo 2.1.8. Para el cálculo de los días festivos que están incluidos en este período, véase el Artículo 1.12; para la hipótesis de la aceptación tardía y el retardo en la transmisión, véase el Artículo 2.1.9.

## **ARTÍCULO 2.1.8**

*(Aceptación dentro de un plazo fijo)*

**El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.**

### **COMENTARIO**

Cada vez que el oferente fija un plazo dentro del cual el destinatario debe aceptar la oferta surge el problema de cuándo dicho plazo empieza a correr. De acuerdo con este artículo, el plazo empieza a correr desde el momento en que la oferta se expide, es decir, cuando la oferta ya no se encuentra bajo la esfera de control del oferente. Por lo que respecta a cuándo la oferta ha sido enviada, se establece la presunción de que fue en la fecha indicada en la oferta. Por ejemplo, en el caso de una carta, la fecha de envío será la que se expresa en la carta; en el caso de un mensaje de correo electrónico, será el momento indicado como momento de envío por el servidor del oferente; etc. Sin embargo, la presunción admite prueba en contrario si en un determinado caso las circunstancias indicaran lo contrario. Por lo tanto, si la fecha que se muestra en la carta es anterior

a la que deja impresa la máquina de fax, prevalecerá esta última. De la misma manera, si la fecha que se muestra en la carta es posterior a la entrega de la carta, quedará claro que la fecha de la carta fue escrita por error y por lo tanto no se deberá tomar en consideración.

## **ARTÍCULO 2.1.9**

*(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)*

**(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.**

**(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.**

### **COMENTARIO**

#### **1. La aceptación tardía normalmente no surte efectos**

De acuerdo al principio establecido en el Artículo 2.1.7, para que una aceptación surta efectos debe llegar al oferente dentro del plazo fijado por éste, o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable. Esto significa que, en principio, una aceptación que llegue al oferente con posterioridad no surtirá efectos, pudiendo ser ignorada por el oferente.

#### **2. Sin embargo, el oferente puede “aceptar” una aceptación tardía**

El párrafo (1) de este artículo, que se corresponde con el Artículo 21 de CISG, establece que el oferente puede considerar una aceptación tardía como si hubiera sido recibida a tiempo y así surtir efecto, siempre y cuando el oferente, sin demora injustificada, “informa” de ello al destinatario o le envíe una notificación en tal sentido. Si el oferente aprovecha esta posibilidad, el contrato se considera perfeccionado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando el oferente informa al destinatario su intención de considerar válida la aceptación tardía.

## Ejemplo

1. “A” fija el 31 de marzo como plazo para que su oferta sea aceptada. La aceptación de “B” llega el 3 de abril. “A”, quien sigue interesado en el contrato, desea “aceptar” la aceptación tardía de “B” e inmediatamente se lo informa. Aunque la notificación le llega a “B” el 5 de abril, el contrato queda perfeccionado el 3 de abril.

### 3. Aceptación tardía debida a un retraso en la transmisión

Si la aceptación llega tarde aunque sea porque el destinatario no la envió a tiempo, es natural considerar que no surte efectos a menos que el oferente expresamente indique otra cosa. La situación es diferente cuando el destinatario ha enviado su aceptación a tiempo, pero ésta llega tarde al oferente debido a un retraso inesperado en la transmisión. En tal caso, la confianza depositada por el destinatario en que la aceptación ha llegado a tiempo merece protección, por lo que en este supuesto la aceptación tardía surtirá efectos a menos que el oferente informe sin demora injustificada al destinatario que considera su oferta caducada. La única condición que exige el párrafo (2) es que la comunicación que contenga la aceptación tardía, indique que ha sido enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado al oferente en el plazo debido.

## Ejemplos

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí “B”, sabiendo que el tiempo normal para la transmisión de cartas al país de “A” es de tres días, envía su carta de aceptación el 25 de marzo. Debido a una huelga del servicio postal en el país de “A”, la carta cuya fecha de expedición figura en el sobre, recién llega el 3 de abril. La aceptación de “B”, no obstante ser tardía, se considera efectiva, a menos que “A” se oponga sin demora injustificada.
3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí “B”, después de haber recibido la oferta de “A”, la acepta el 30 de marzo vía e-mail. A causa de problemas técnicos en el servidor de “A”, el e-mail le llega a “A” solo el 1 de abril. La aceptación de “B”, aunque tardía, es sin embargo eficaz a menos que “A” la objete sin demora injustificada.

## **ARTÍCULO 2.1.10**

*(Retiro de la aceptación)*

**La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.**

### **COMENTARIO**

Con respecto al retiro de la aceptación, este artículo establece el mismo principio que el contemplado en el Artículo 2.1.3, que trata del retiro de la oferta: El destinatario puede cambiar de opinión y retirar su aceptación, siempre y cuando dicho retiro llegue al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación.

Cabe destacar que el oferente queda obligado por su oferta y ya no podrá cambiar de opinión una vez que el destinatario ha enviado su aceptación (véase el Artículo 2.1.4(1)), mientras que el destinatario no pierde su libertad de cambiar de opinión sino en una etapa posterior, esto es, cuando la notificación de aceptación llega al oferente.

Este artículo se corresponde con el Artículo 22 de CISG.

## **ARTÍCULO 2.1.11**

*(Aceptación modificada)*

**(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.**

**(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.**

## COMENTARIO

### 1. Una aceptación con modificaciones normalmente se considera una contraoferta

Es frecuente en las negociaciones comerciales que el destinatario, no obstante manifestar al oferente su intención de aceptar la oferta (“acuse de recibo de una orden de pedido”), incluye en su respuesta términos adicionales o diferentes a los de la oferta. El párrafo (1) de este artículo dispone que, en principio, dicha respuesta se considera como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta, que el oferente puede o no aceptar, ya sea de forma expresa o tácita (como por ejemplo realizando un acto que indique cumplimiento).

### 2. Modificaciones que no alteren la naturaleza de la aceptación

El principio según el cual la aceptación debe ser un reflejo preciso de la oferta implica que aún diferencias insignificantes entre oferta y aceptación permitirían a cada parte cuestionar la existencia del contrato con posterioridad. Con el fin de eliminar este resultado, que una parte podría perseguir simplemente en razón de un cambio desfavorable en las condiciones del mercado, el párrafo (2) incorpora una excepción al principio general establecido en el párrafo (1). Conforme a esta excepción, si los términos adicionales o diferentes incluidos en la aceptación no alteran “sustancialmente” los términos de la oferta, el contrato se considera perfeccionado con tales modificaciones, a menos que el oferente se oponga sin demora injustificada.

No se puede determinar en abstracto lo que se considera una modificación “sustancial”, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Normalmente, aunque no necesariamente, constituirán modificaciones substanciales a la oferta aquellos términos adicionales o diferentes que se refieran al precio o forma de pago, al lugar y tiempo de cumplimiento de una obligación no dineraria, al ámbito de la responsabilidad de una parte respecto a la otra o a la solución de controversias. Un factor importante que debe tomarse en consideración es si los términos adicionales o diferentes son regularmente utilizados en la rama comercial de que se trate y que por tanto no podrían causar sorpresa al oferente.

## Ejemplos

1. “A” solicita a “B” una máquina y le pide que sea previamente probada. Al acusar recibo del pedido, “B” declara que acepta los términos de la oferta de “A”, pero añade que desea estar presente cuando la máquina sea probada. Este término adicional no constituye una modificación “sustancial” a la oferta y por lo tanto formará parte del contrato a menos que “A”, sin demora injustificada, lo objete.
2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí al acusar recibo de la orden de pedido “B” añade una cláusula arbitral. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, dicha cláusula se considera una modificación “sustancial” a los términos de la oferta, por lo que la supuesta aceptación de “B” constituye una contraoferta.
3. “A” solicita una determinada cantidad de trigo a “B”, quien añade una cláusula arbitral al acusar recibo del pedido, lo que constituye una práctica corriente en esa rama del comercio. Como dicha cláusula no es inesperada para “A”, tal modificación no se considera “sustancial”, por lo que formará parte del contrato a menos que “A” lo objete sin demora injustificada.

### **ARTÍCULO 2.1.12** (*Confirmación por escrito*)

**Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.**

## **COMENTARIO**

### **1. Confirmación por escrito**

Este artículo trata la situación en la cual un contrato ya se ha perfeccionado, bien sea verbalmente o por intercambio de comunicaciones escritas que se limitan a especificar los términos esenciales del contrato, y posteriormente una parte envía un documento a la otra con el mero propósito de confirmar lo ya acordado, aunque en realidad contiene términos adicionales o diferentes a los previamente convenidos. En teoría, esta situación se diferencia claramente de la prevista

en el Artículo 2.1.11 en que el contrato aún no ha sido perfeccionado y los términos que son modificados se encuentran en la pretendida aceptación del destinatario. Sin embargo, dado que en la práctica puede resultar muy difícil, si no imposible, distinguir entre estas dos situaciones, este artículo adopta con respecto a los términos modificados que se incluyen en una confirmación por escrito, el mismo criterio que el adoptado en el Artículo 2.1.11. En otras palabras, de la misma forma que si las modificaciones hubieran sido incluidas en un acuse de la orden de pedido, se dispone que los términos adicionales o diferentes a los previamente convenidos que se incluyan en una confirmación por escrito serán considerados como parte del contrato, a menos que alteren “sustancialmente” el contrato o que el destinatario, objete la discrepancia sin demora injustificada.

Huelga decir que también en el contexto de las confirmaciones por escrito surge la cuestión de cuál de los nuevos términos altera “sustancialmente” los términos previamente convenidos, a lo que sólo se puede dar una respuesta satisfactoria a la luz de la circunstancias de cada caso concreto. Por otra parte, este artículo sin duda no se aplica cuando la parte que envía la confirmación por escrito invita expresamente a la otra parte a devolver el documento debidamente contra-firmado en señal de aceptación. En este supuesto es irrelevante si el escrito contiene modificaciones y si tales modificaciones son “sustanciales”, puesto que para que exista un contrato el documento debe ser aceptado expresamente por el destinatario en cada caso.

### Ejemplos

1. “A” solicita telefónicamente a “B” una máquina. “B” acepta el pedido. El día siguiente “A” recibe una carta de “B” en la que confirma los términos del acuerdo verbal, pero “B” añade que desea estar presente en la prueba de la máquina, que tendrá lugar en el establecimiento de “A”. Este término adicional no constituye una modificación “sustancial” de aquellos que fueron previamente acordados entre las partes, por lo que se considera parte del contrato, a menos que “A” lo objete sin demora injustificada.
2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí la modificación contenida en el escrito de confirmación de “B” consiste en la inclusión de un convenio de arbitraje. A menos que de las circunstancias resalte otra cosa, dicho convenio se considera una modificación “sustancial” de los términos previamente acordados entre las partes, por lo que no constituyen parte del contrato.
3. “A” envía un pedido por e-mail a “B” solicitándole una determinada cantidad de trigo, oferta que “B” acepta inmediatamente también por e-mail. Ese mismo día “B” envía una carta a “A”

confirmando los términos del contrato, pero añadiendo un convenio de arbitraje, lo que constituye una práctica usual en ese ramo del comercio. Dado que “A” no puede ser sorprendido por la inclusión de tal cláusula, ésta no es considerada una modificación “esencial” de los términos previamente acordados y, a menos que “A” lo objete sin demora injustificada, la cláusula arbitral constituye parte del contrato.

## **2. La confirmación por escrito deberá enviarse dentro de un período razonable después del perfeccionamiento del contrato**

La regla conforme a la cual el silencio de la parte que recibe un escrito de confirmación es equiparado a su aceptación del contenido en el escrito, incluyendo cualquier modificación no sustancial de los términos previamente acordados, presupone que dicho escrito de conformación es enviado “dentro de un plazo razonable con posterioridad” al perfeccionamiento del contrato. Todo documento de este tipo enviado después del plazo que, de acuerdo a las circunstancias, resulte no razonable, carece de valor y el silencio de la parte que recibe no puede ser interpretado en un futuro como aceptación de su contenido.

## **3. Facturas**

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

### **ARTÍCULO 2.1.13**

*(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)*

**Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.**

## COMENTARIO

### 1. Perfeccionamiento del contrato condicionado a un acuerdo sobre cuestiones específicas

En principio, un contrato queda perfeccionado cuando las partes llegan a un acuerdo sobre los términos esenciales para el tipo de negocio de que se trate, mientras que aquellos aspectos de menor importancia sobre los cuales las partes no llegaron a un acuerdo pueden ser posteriormente integrados implícitamente, ya sea en base a elementos fácticos o jurídicos (véase el Comentario 1 al Artículo 2.1.2 y también los Artículos 4.8 y 5.1.2).

#### Ejemplo

1. “A” acuerda con “B” sobre todos los términos esenciales de un contrato de distribución de las mercaderías de “A”. Posteriormente surge la cuestión acerca de quién debe absorber los costos de publicidad. Ninguna de las partes puede alegar la inexistencia del contrato en razón del silencio del contrato sobre este punto, dado que dicha omisión no es esencial al tipo de operación de que se trata y puede ser integrado en base a los hechos o al derecho aplicable.

Sin embargo, en un determinado supuesto las partes pueden considerar que algunas cuestiones específicas son de importancia tal que no existe la intención de perfeccionar un contrato a menos que dichas cuestiones sean satisfactoriamente resueltas. Si las partes, o una sola de ellas, manifiesta expresamente dicha intención, no habrá contrato a menos que exista un acuerdo sobre dichas cuestiones. Al emplear el verbo “insistir”, este artículo deja claro que no basta con que una de las partes manifieste su intención a dicho efecto mediante una simple mención, sino que es necesario que dicha intención sea inequívoca.

#### Ejemplo

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí durante el curso de las negociaciones “B” manifiesta reiteradamente que la cuestión acerca de quién debe absorber los costos de la campaña publicitaria debe ser expresamente convenida. A pesar de llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales del contrato, no existirá en este supuesto un contrato entre “A” y “B”, puesto que “B” ha insistido en que el perfeccionamiento del contrato se condicione a llegar a un acuerdo sobre un aspecto en particular.

## 2. Perfeccionamiento del contrato condicionado a un acuerdo acerca de la adopción de una forma en particular

Es bastante frecuente en la práctica comercial, especialmente cuando se trata de operaciones de considerable complejidad, que después de prolongadas negociaciones las partes firmen un documento informal al que llamen “contrato preliminar”, “memorándum de entendimiento”, “carta de intención” o expresiones similares, que contienen los términos del contrato deseado pero al mismo tiempo se establece la intención de firmar otro documento formal en el futuro (v.gr. “sujeto a contrato”, “sigue contrato formal”). En algunos casos, las partes consideran que su contrato ya ha sido perfeccionado y que la firma del documento formal sólo constituye una confirmación de lo que ha sido totalmente acordado. Empero, si una o ambas partes dejan claro que no tienen el propósito de quedar obligadas a menos que se haya firmado el documento formal, no existirá contrato hasta dicho momento, aún cuando las partes hayan acordado sobre todos los aspectos relevantes de la operación.

### Ejemplos

3. Después de prolongadas negociaciones, “A” y “B” firman un “memorándum de entendimiento” que incluye todos los términos de un contrato de una asociación en participación (*joint venture*) para la exploración y explotación de la plataforma continental del país “X”. Las partes acuerdan que posteriormente redactarán el contrato en documentos formales, a ser firmados e intercambiados en una ceremonia oficial. Si el “memorándum” ya contiene todos los términos pertinentes al contrato y los siguientes documentos tienen la única finalidad de presentarlo al público en forma adecuada, podría considerarse que el contrato se perfeccionó cuando se firmó el primer documento.

4. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 3, pero aquí el “memorándum de entendimiento” contiene la cláusula: “No obligatorio hasta que se firme el contrato definitivo”, o alguna otra cláusula semejante. El contrato será vinculante a partir del momento en que se firmen e intercambien los documentos formales.

## ARTÍCULO 2.1.14

*(Contrato con términos “abiertos”)*

- (1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.**
- (2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:**
- (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o**
  - (b) que la parte encargada de determinarlo no lo determine, o**
  - (c) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Contrato con términos que las partes han dejado “abiertos” deliberadamente**

Un contrato puede omitir una o varias cuestiones porque las partes simplemente no pensaron en ellas durante las negociaciones. Si las partes han llegado a un acuerdo sobre los términos esenciales del tipo de operación de que se trate, el contrato queda perfeccionado y las cuestiones omitidas podrían considerarse implícitamente integradas al contrato en base a los Artículos 4.8 o 5.1.2 (véase el Comentario 1 al Artículo 2.1.2). El supuesto contemplado en este artículo es muy diferente, ya que trata de uno o más términos sobre los cuales las partes deliberadamente no han llegado a un acuerdo, ya sea porque no son capaces o no desean determinarlos al momento de celebrar el contrato, prefiriendo dejar su determinación a un momento posterior o bien delegando dicha determinación en una de las partes o en un tercero.

Esta última situación, que es bastante frecuente (aunque no exclusivamente) en contratos de larga duración, da origen fundamentalmente a dos problemas: primero, determinar si el hecho de que las partes hayan tenido la intención de dejar sin resolver algunos términos afecta a la existencia del contrato y, segundo, si ese no es el caso, qué sucede si las partes posteriormente no llegaran a un acuerdo o la parte o el tercero encargado de determinarlo no hiciera dicha determinación.

## **2. Los términos que se han dejado abiertos deliberadamente no empecen, por sí mismos, al perfeccionamiento válido del contrato**

El párrafo (1) establece que si las partes tuvieron la intención de celebrar un contrato, no empece a su validez el hecho de que hayan dejado intencionalmente algún término sujeto a negociaciones futuras o a la determinación de una de las partes o de un tercero.

Cuando la intención de celebrar el contrato no ha sido manifestada expresamente, dicha intención podría inferirse, a pesar de la existencia de términos que han quedado abiertos, de otras circunstancias, tales como el carácter no esencial de los términos en cuestión, el grado de precisión del contrato en su conjunto, el hecho de que los términos que han quedado abiertos se refieran a materias que, dada su naturaleza, sólo pueden ser determinadas con posterioridad, el hecho de que el contrato ya haya sido cumplido en parte, etc.

### Ejemplo

1. “A”, una compañía naviera, celebra un convenio detallado con “B”, un operador de estación para el uso de una terminal de contenedores. El contrato determina el volumen mínimo anual de contenedores para carga y descarga y las tarifas a pagar, dejándose pendiente la determinación de la tarifa a pagar por contenedores adicionales para una vez que se llegue al volumen mínimo estipulado. Dos meses más tarde, “A” se entera de que un competidor de “B” ofrece mejores condiciones y rehúsa cumplir, alegando que el acuerdo con “B” nunca llegó a ser vinculante porque la tarifa a pagar por los contenedores adicionales no había sido determinada. “A” es responsable por falta de cumplimiento del contrato, porque su carácter detallado y el hecho de que tanto “A” como “B” hayan comenzado a cumplir de inmediato con sus obligaciones reflejan claramente que su intención era la de celebrar un contrato obligatorio.

### **3. Fracaso de los mecanismos predispuestos para determinar los términos que han quedado abiertos**

Si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos que han quedado abiertos, o si la parte o el tercero encargado de determinarlos no los determinara, surge el problema de si se extingue el contrato. Conforme al párrafo (2) de este artículo, la existencia del contrato no se verá afectada “siempre y cuando haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes”. El modo para suplir el término omitido será, por lo general, recurriendo a las disposiciones para “colmar lagunas” de la Sección 1 del Capítulo 5 y la Sección 1 del Capítulo 6, por ejemplo, al determinar el precio conforme a lo establecido en el Artículo 5.1.7(1) o al fijar el momento de cumplimiento de conformidad con el Artículo 6.1.1, siempre y cuando estas disposiciones puedan suplir debidamente el término respectivo. Pueden presentarse situaciones, en especial en contratos de larga duración, en las que estas disposiciones no sean apropiadas, incluso cuando tratan la cuestión del término omitido. En estas situaciones, el término será suplido conforme a lo establecido por el Artículo 4.8 o el Artículo 5.1.2. Cuando las partes hayan diferido la determinación de un punto a la decisión de un tercero cuya designación queda en manos de una institución o persona, como el presidente de un tribunal o por la Cámara de Comercio, etc., si el tercero designado no determina el término, podrá designarse un nuevo tercero. Probablemente la necesidad de designar a un nuevo tercero no se presente con frecuencia en la práctica. Los problemas no serían de mayor entidad en la medida en que la indeterminación se refiera a términos de escasa importancia. Por el contrario, si se trata de términos que hacen a la esencia de un negocio en particular, es necesario que exista prueba fehaciente de la intención de las partes de convalidar el contrato. Entre otros factores a tomar en cuenta al respecto, deben computarse si los términos o cláusulas que han quedado abiertos cubren puntos que, por su naturaleza, sólo pueden ser definidos con posterioridad, o si el contrato ya ha sido cumplido en parte, etc.

#### **Ejemplo**

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí cuando se llega a cubrir el volumen mínimo de contenedores a ser cargados y descargados, las partes no llegan a un acuerdo sobre la tarifa a cobrar por los contenedores restantes. “A” deja de cumplir, alegando que el contrato ha llegado a su fin. En este supuesto, “A” es responsable por incumplimiento. El hecho de que las partes ya habían comenzado a cumplir sus obligaciones sin condicionar la continuación de sus

relaciones comerciales a un acuerdo respecto de la tarifa a percibir por los contenedores adicionales constituye una prueba suficiente de su intención de convalidar el contrato aún en ausencia de dicho acuerdo. Las tarifas a ser cobradas por los contenedores adicionales se determinarán por lo general conforme al Artículo 5.1.7.

#### **4. Términos abiertos en contratos de larga duración**

Como se ha mencionado, en particular en el caso de contratos de larga duración, las partes pueden dejar un término para que sea acordado ulteriormente siempre que dicho término sea aplicable a obligaciones que deban ser cumplidas en una etapa avanzada del contrato. Por ejemplo, las partes pueden acordar un precio que solo se va a aplicar durante el primer año del contrato, dejando abierto el precio que se aplicará en el segundo año o en los años siguientes. Así mismo, las partes pueden dejar abierta la fecha de entrega porque, por ejemplo, la entrega de una máquina cuya fecha de entrega dependa de la terminación de un edificio. En dichas circunstancias ni el término relativo al precio podría ser debidamente suplido mediante el Artículo 5.1.7, ni tampoco el tiempo de cumplimiento mediante el Artículo 6.1.1. En estos casos, el término apropiado se supliría conforme al Artículo 4.8 o al Artículo 5.1.2.

#### **Ejemplos**

3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí la tarifa a pagar por los contenedores adicionales ha sido fijada para el primer año, mientras que no hay ninguna disposición sobre la tarifa que se debe pagar durante el segundo año o los siguientes. En este caso, no sería apropiado determinar la tarifa de conformidad con el Artículo 5.1.7, que se remite al precio “al momento de celebrarse el contrato”. En cambio, puede resultar apropiado fijar una tarifa con referencia a la fecha al final del primer año. En este caso un término puede ser establecido de conformidad con el Artículo 4.8 o el Artículo 5.1.2.

4. “X” es una compañía eléctrica que decide construir una nueva central eléctrica, para lo cual contrata la compra de un generador a “Y”. El generador se instalará sobre los cimientos del edificio al que dicho generador ha sido destinado, una vez concluida la construcción del edificio. Dicho generador de energía eléctrica no puede ser entregado sino 3 años después de haber sido encargado. “X” no ha celebrado todavía el contrato de construcción para la planta de energía, pero el edificio del generador solo tardará 6 meses en ser terminado una vez iniciado el contrato de construcción. “X” celebra en el día de hoy un contrato para la compra del generador de manera que este estará listo a tiempo, pero no puede fijar todavía el momento

de la entrega. Las partes dejan la fecha de entrega “por acordarse”. Si no logran ponerse de acuerdo en una fecha de entrega, no sería apropiado determinarla, conforme lo dispone el Artículo 6.1.1, “en un plazo razonable después de la celebración del contrato” celebrado entre “X” e “Y. En este caso sería apropiado fijar la fecha de entrega del generador en relación con la terminación del edificio al que está destinado, fecha que podría fijarse de conformidad con el Artículo 4.8 o el Artículo 5.1.2.

### **ARTÍCULO 2.1.15** (*Negociaciones de mala fe*)

**(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.**

**(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.**

**(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.**

## **COMENTARIO**

### **1. Libertad de negociación**

Como regla general, las partes no sólo cuentan con amplia libertad para decidir cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a perfeccionar un contrato, sino también para decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos por llegar a un acuerdo. Esto se deduce del principio básico de libertad de contratación enunciado en el Artículo 1.1. Este es un principio esencial para garantizar la sana competencia entre comerciantes involucrados en el comercio internacional.

### **2. Responsabilidad por negociar de mala fe**

No obstante, el derecho a entablar negociaciones libremente y a decidir sobre los términos a negociar no es ilimitado, pues no debe

contravenir al principio de la buena fe y lealtad negocial establecido en el Artículo 1.7. Un supuesto especial de negociaciones de mala fe es el expresamente enunciado en el párrafo (3) de este artículo, en el que la parte que comienza o continúa con las negociaciones no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte. Otros ejemplos son aquellos en que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que, dada la naturaleza de las partes y/o del contrato, debieron haber sido revelados. En cuanto al deber de confidencialidad, véase el Artículo 2.1.16.

La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (párrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada “confiabilidad” (*reliance*) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo).

### Ejemplos

1. “A” se entera de la intención de “B” de vender su restaurante. “A” no tiene la intención de comprar dicho restaurante, pero entabla largas negociaciones con el único propósito de evitar que “B” le venda el restaurante a “C”, un competidor de “A”. “A” que se retira de las negociaciones tan pronto como “C” ha comprado otro restaurante, es responsable ante “B” por los perjuicios sufridos por “B”. Estos perjuicios pueden incluir la diferencia de precio y cualquier otro perjuicio que se pueda establecer..
2. “A”, quien se encuentra negociando con “B” la adquisición de equipo militar cuya venta es promovida por las fuerzas armadas del país de “B”, se entera de que las autoridades de este país no otorgarán la licencia de importación que es necesaria para que “B” pueda cobrar su comisión. “A” no revela este hecho a “B” y finalmente las partes celebran un contrato, que no podrá ejecutarse debido a la carencia de licencia. “A” es responsable frente a “B” “por los costos que éste ha incurrido después de que “A” se enteró de la imposibilidad de obtener la licencia requerida.
3. “A” celebra largas negociaciones con una sucursal bancaria de “B” para tramitar un préstamo. En el último momento la sucursal revela que no tiene facultades para firmar y que la oficina matriz ha decidido no aprobar el contrato preparatorio. “A”, quien podría haber

obtenido el préstamo de cualquier otro banco, tiene derecho a recuperar los gastos producidos por las negociaciones y las ganancias que hubiera obtenido durante la demora que supone el otorgamiento del préstamo por otro banco.

4. El contratista “A” y el proveedor “B” celebran un acuerdo preliminar en el que se comprometen a negociar de buena fe el suministro de material en caso de que “A” llegue a ser el contratante principal en un importante proyecto de construcción. “A” logra celebrar el contrato de construcción pero, tras algunos contactos preliminares con “B”, “A” se niega a continuar con las negociaciones. “B” puede solicitar la ejecución del deber de negociar de buena fe.

### **3. Acuerdo de negociar de buena fe**

Por el contrario, si se pactó expresamente el deber de negociar de buena fe, las partes podrán disponer de todos los recursos legales respecto al incumplimiento contractual, incluyendo el derecho al cumplimiento (por ejemplo, instruyendo a las partes a celebrar negociaciones) y otros recursos que reflejen el interés en la expectativa o interés positivo (en la medida en que se demuestren que concurren los requisitos previstos para dichos recursos).

Un compromiso de negociar de buena fe implica, al menos, un deber de negociar (o renegociar) seriamente con la intención de celebrar un contrato, pero no que dicho contrato deba ser celebrado. Por supuesto, este deber no sustituye otros deberes previstos en los Principios (por ejemplo, en los Artículos 1.8 y 2.1.16). En el caso de contratos de larga duración las partes que acordaron expresamente un deber de negociar de buena fe podrían considerar definir con mayor detalle este deber en vista de la naturaleza del contrato y su contexto comercial. Por ejemplo, podrían establecer estándares de confidencialidad, acordar un calendario para las negociaciones, etc.

### **4. Responsabilidad por retirarse de las negociaciones de mala fe**

El derecho a romper las negociaciones también se encuentra sujeto al principio de buena fe y lealtad en los negocios. Una vez que una oferta ha sido hecha, ésta puede ser revocada sólo dentro de los límites previstos en el Artículo 2.1.4. Aún antes de que esta etapa sea alcanzada, o dentro de un proceso de negociación que carece de una secuencia identificada en “oferta” y “aceptación”, una parte puede

perder el derecho a interrumpir las negociaciones abruptamente y sin justificación. En qué momento se llega al punto en que ya no es posible dar marcha atrás depende de las circunstancias del caso, especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones, como así también depende de la cantidad de puntos relacionados con el futuro contrato sobre los cuales las partes ya han llegado a un acuerdo.

### Ejemplo

5. “A” asegura a “B” el otorgamiento de una franquicia si “B” adopta medidas idóneas para obtener experiencia y estar dispuesto a invertir USD 150,000. Durante los dos años subsiguientes, “B” lleva a cabo importantes preparativos con miras a celebrar el contrato, siempre con la garantía de “A” que le otorgará la franquicia. Cuando todo se encuentra listo para la firma del contrato, “A” le informa a “B” que debe invertir una suma sustancialmente mayor, a lo que “B” se niega. “B” tiene derecho a recuperar de “A” los gastos en que haya incurrido con miras a la celebración del contrato.

## ARTÍCULO 2.1.16

*(Deber de confidencialidad)*

**Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.**

## COMENTARIO

### 1. Las partes por lo general no se encuentran obligadas al deber de confidencialidad

Precisamente porque no existe un deber general de revelar información, al comenzar las negociaciones para la celebración de un contrato las partes tampoco se encuentran obligadas en principio a mantener la confidencialidad de la información que se hayan intercambiado. Dado que una parte es normalmente libre de decidir cuáles son los hechos pertinentes en una operación y qué revelar durante la negociación, dicha información por lo general debe considerarse como no confidencial, esto es, como información que la otra parte puede revelar a terceros o usar para sus propios fines si el contrato no se perfecciona.

#### Ejemplo

1. “A” invita a “B” y “C”, fabricantes de sistemas de aire acondicionado, a proporcionar ofertas para la instalación de sus sistemas. En sus ofertas, “B” y “C” pueden proporcionar algunos datos técnicos referentes al funcionamiento de sus respectivos sistemas a fin de destacar sus méritos. “A” decide rechazar la oferta de “B” y continuar las negociaciones únicamente con “C”. “A” tiene plena libertad para usar la información proporcionada en la oferta de “B” con la finalidad de persuadir a “C” a proponer condiciones más favorables.

### 2. Información confidencial

Una parte puede tener interés en que cierta información no sea divulgada o usada para fines diferentes que los propuestos al ser proporcionada. En la medida que expresamente se declare que tal información debe ser considerada confidencial, queda claro que la otra parte tácitamente se obliga a tratarla como tal. El único problema que puede surgir es que si el período en que no se debe divulgar la información es demasiado largo, la prohibición de divulgarla podría contravenir las leyes que prohíben restricciones a las prácticas comerciales. Aún en ausencia de una manifestación expresa en este sentido, la parte que recibe la información puede encontrarse sujeta a un deber de confidencialidad. Podría presentarse esta situación cuando, en vista a la especial naturaleza de la información o las calificaciones profesionales de las partes, sería contrario al deber de buena fe y lealtad negocial revelar o utilizar dicha información en provecho de la parte que la recibe después de interrumpir las negociaciones.

## Ejemplos

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí “B” expresamente solicita a “A” no revelar ciertas especificaciones técnicas contenidas en su oferta. “A” no puede usar dicha información en sus negociaciones con “C”.
3. “A” tiene interés en celebrar un contrato de asociación en participación con “B” o “C”, dos líderes de la industria automotriz del país “X”. Durante las negociaciones con “B”, “A” recibe información detallada sobre los proyectos de “B” respecto a un nuevo diseño. Aunque “B” no haya solicitado expresamente que “A” trate dicha información como confidencial, “A” se encuentra obligado a no revelarla a “C”, tomando en consideración de que se trata de un nuevo diseño. En el supuesto que las negociaciones no culminen en el perfeccionamiento de un contrato, tampoco puede “A” utilizar los proyectos de “B” en su propio proceso de producción.

### 3. Indemnización de daños y perjuicios

La violación del deber de confidencialidad entraña en primer lugar responsabilidad por los daños y perjuicios. El monto del resarcimiento puede variar, dependiendo de si las partes pactaron expresamente no revelar la información a terceros. Aún si la parte agraviada no ha sufrido daño alguno, podría reclamar de la otra parte los beneficios que esta última obtuvo al revelar la información a terceros o al usarla para su propio beneficio. En el caso de ser necesario, por ejemplo, la parte perjudicada podría solicitar una medida de no innovar, si la información aún no ha sido revelada o sólo se la ha revelado en parte.

#### ARTÍCULO 2.1.17 (Cláusulas de integración)

**Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.**

## COMENTARIO

Si la celebración del contrato se encuentra precedida de negociaciones relativamente prolongadas, las partes pueden desear que su acuerdo conste por escrito y declarar que dicho documento constituye su convenio definitivo. Esto se puede lograr mediante la redacción de una cláusula de “ fusión” o “ integración” (v.gr. “ Este contrato incorpora en forma completa lo acordado por las partes”). Sin embargo, el efecto de dicha cláusula no es el de privar de toda significación a todas las declaraciones y los acuerdos previos, que podrían ser utilizados para interpretar lo escrito (véase también el Artículo 4.3(a)).

Una cláusula de fusión obviamente incluye las declaraciones y acuerdos previos, y no afecta los eventuales e informales acuerdos que las partes puedan concluir después de perfeccionado el contrato. Las partes, sin embargo son libres de poder acordar que la fórmula aceptada también se extienda a futuras modificaciones del contrato (véase el Artículo 2.1.18).

Este artículo confirma de modo indirecto el principio establecido en el Artículo 1.2 en el sentido de que, en ausencia de una cláusula fusión, cualquier clase de pruebas que integren o contradigan el contrato escrito pueden ser aceptadas.

### ARTÍCULO 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)

**Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.**

## COMENTARIO

Al celebrar un contrato por escrito, las partes pueden manifestar su deseo de que toda modificación o extinción del contrato también conste por escrito, o en alguna otra forma en particular, incorporando una cláusula especial a tal efecto (por ejemplo “toda modificación al presente contrato solamente se podrá realizar por escrito y mediante la

firma de las partes contratantes”; “toda alteración al cronograma que se indica en la parte superior deberá ser confirmada por escrito por el representante del ingeniero que se encuentre en el lugar”).

Este artículo establece la regla de que dicha cláusula convierte en ineficaz toda modificación o extinción del contrato que no se encuentre revestida de la forma en particular que se requiere.

### Ejemplo

1. Un constructor, “A”, celebra un contrato con el comprador “B” para la construcción de un edificio. El contrato expresa que toda modificación al cronograma de trabajo deberá hacerse por escrito y que el documento deberá ser firmado por ambas partes. Durante el curso de la construcción, “A” le envía un e-mail a “B” solicitándole su consentimiento para prorrogar un plazo en particular. “B” acepta retornando el e-mail. Esta modificación no es válida ya que no consta en ningún documento firmado por ambas partes.

Existe sin embargo una excepción a la regla general. Al aplicar el principio general relativo a la prohibición del comportamiento inconsistente (véase el Artículo 1.8), conforme a esta disposición, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar la cláusula que exige la forma escrita para modificar o extinguir el contrato cuando la otra parte hubiera actuado razonablemente sobre la base de dichos actos.

### Ejemplo

2. Un constructor, “A”, celebra con el consejo directivo de una escuela, “B”, un contrato para la construcción de un nuevo edificio escolar. En el contrato se prevé que el segundo piso del edificio deberá tener la suficiente capacidad de resistencia para albergar la biblioteca. No obstante que el contrato incorpora una cláusula que prohíbe la modificación verbal, las partes posteriormente acuerdan verbalmente que el segundo piso no debe poseer la capacidad de resistencia originalmente acordada. “A” finaliza la construcción del edificio conforme a la modificación verbal, y “B”, que ha observado toda la construcción sin ninguna objeción, al momento de la entrega se opone a la forma en que se ha construido el segundo piso. Un tribunal podría decidir que “B” no tiene derecho a valerse de la cláusula que prohíbe la modificación verbal, puesto que “A” pudo razonablemente confiar en la modificación verbal y por lo tanto no incurre en responsabilidad por incumplimiento.

## **ARTÍCULO 2.1.19**

*(Contratación con cláusulas estándar)*

**(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.**

**(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Contratación con cláusulas estándar**

Este es el primero de cuatro artículos (Artículos 2.1.19 – 2.1.22) que tratan de la situación especial donde una o ambas partes utilizan cláusulas estándar.

#### **2. Noción de cláusulas “estándar”**

Por cláusulas estándar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte (párrafo (2)). Lo que es decisivo no es su presentación formal (v.gr. si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo, utilizadas en formularios impresos o simplemente incorporadas en archivos electrónicos, etc.), ni quién las ha elaborado (la parte misma, una asociación profesional o comercial, etc.), ni su extensión (si consisten en un conjunto de disposiciones que incluyen casi todos los aspectos pertinentes del tipo de contrato del que se trate, o si solo se refiere a una o dos disposiciones, por ejemplo, a la exclusión de responsabilidad y al arbitraje). Lo que sí es decisivo es que hayan sido predispostas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra. Este último requisito se refiere solamente a las cláusulas estándar que la otra parte debe aceptar como un todo, por lo que no incluye a los otros términos del mismo contrato que pueden negociarse.

### 3. Aplicabilidad de las reglas generales a la formación del contrato

Las reglas generales sobre formación del contrato suelen ser aplicables independientemente de si una o ambas partes utilizan cláusulas estándar (párrafo (1)). De lo que se sigue que las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación, y que depende de las circunstancias del caso si es necesario que ambas partes se refieren a las cláusulas estándar expresamente o tácitamente. Por lo tanto, las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple firma del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento. Por otro lado, si una parte desea utilizar cláusulas estándar incorporadas a otro documento o archivo electrónico, deberán hacer una referencia expresa al mismo. La incorporación tácita de cláusulas estándar podrá ser aceptada únicamente sobre la base de las prácticas establecidas entre las partes o usos a tal efecto (véase el Artículo 1.9).

#### Ejemplos

1. “A” desea celebrar un contrato de seguro con “B” para cubrir los riesgos de responsabilidad por los accidentes sufridos en el trabajo por los trabajadores de “A”. Las partes firman un formulario contractual presentado por “B”, en el cual deben completarse los espacios en blanco que se refieren, entre otros puntos, a la prima y a la cobertura máxima asegurada. En virtud de su firma, “A” queda obligado no sólo por las cláusulas que ha negociado personalmente con “B”, sino también bajo las Condiciones Generales de Contratación de la Asociación Nacional de Aseguradores, que se encuentran impresas en el formulario.
2. “A” suele celebrar contratos con sus clientes en base a sus propias cláusulas estándar impresas en un documento independiente. Al hacerle una oferta a “B,” un nuevo cliente, “A” omite hacer referencia expresa a las cláusulas estándar. “B” acepta la oferta. Las cláusulas estándar no se consideran incorporadas al contrato a menos de que “A” pueda probar que “B” conocía o debía haber conocido la intención de “A” de celebrar el contrato únicamente en base a sus propias cláusulas estándar (*v.gr.* probando que dichas cláusulas estándar eran regularmente adoptadas en operaciones previas).

3. “A” tiene el propósito de comprar granos en el mercado de Londres. En un contrato que celebra con “B”, un corredor en dicho mercado, no se hace ninguna referencia a las cláusulas estándar que normalmente regulan la actividad del corredor en los contratos celebrados en dicho mercado. Sin embargo, las cláusulas estándar se consideran incorporadas al contrato porque su aplicación a este tipo de contratos equivalen a un uso comercial.

### **ARTÍCULO 2.1.20** (*Cláusulas sorpresivas*)

- (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.**
- (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.**

#### **COMENTARIO**

##### **1. Invalidez de estipulaciones sorpresivas en las cláusulas estándar**

Aquella parte que acepta las cláusulas estándar de la otra parte se encuentra, en principio, obligada por dichas cláusulas, independientemente de si realmente conocía su contenido en detalle o entendía todas sus implicaciones. Una excepción importante a esta regla general establecida en este artículo consiste en que no obstante la aceptación de tales cláusulas en su conjunto, la parte adherente no queda obligada por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha parte. El motivo de esta excepción es el de evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas. En cuanto a otros artículos de los Principios que tienen el propósito de proteger a una parte en virtud de su debilidad económica o inexperiencia, véase los Artículos 3.2.7 y 4.6.

## 2. Estipulaciones “sorpresivas” en virtud de su contenido

Lo sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula. Este sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate. Para determinar si una estipulación es inusual, debe tomarse en cuenta, por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por el otro lado, las negociaciones individuales entabladas entre las partes. Por ejemplo, para determinar si una estipulación destinada a excluir o limitar la responsabilidad contractual del proponente es o no “sorpresiva”, y por lo tanto carecer de efectos en un supuesto determinado, dependerá de si este tipo de estipulaciones son comunes en el ramo comercial de que se trate y si son coherentes con las negociaciones mantenidas por las partes.

### Ejemplo

1. “A”, un agente de viajes, ofrece planes de viajes con fines de negocios. Las estipulaciones incorporadas en los anuncios dan la impresión de que “A” actúa como agente de viajes que asume total responsabilidad por los diversos servicios comprendidos en el plan de viaje. “B” reserva un tour en base a cláusulas estándar de “A”. A pesar de que “A” aceptó las cláusulas en su conjunto, “A” no podría hacer valer una cláusula que expresa, con respecto a las comodidades de hostelería, que actúa simplemente como mandatario del hotel y, por lo tanto, no asume ninguna responsabilidad por dicho servicio.

## 3. Estipulaciones “sorpresivas” por su terminología o presentación

Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorpresiva para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños. Para determinar si este es el caso, debe tomarse en consideración no tanto la formulación y presentación comúnmente utilizada en este tipo de cláusulas estándar, sino sobre todo a la práctica profesional y la experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Así, una misma expresión puede resultar al mismo tiempo obscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar.

La terminología también es un factor que puede jugar un papel importante en el contexto de las operaciones internacionales. Si las cláusulas estándar son redactadas en un idioma extranjero, cabe contemplar que algunas de dichas cláusulas, aunque en sí mismas claras, pueden resultar sorpresivas para la parte adherente, de quien no podría razonablemente esperarse que aprecie todas sus implicaciones.

### Ejemplos

2. “A”, una compañía aseguradora que opera en el país “X”, es una filial de “B”, una compañía del país “Y”. Las cláusulas estándar de “A” incluyen 50 cláusulas impresas en carácter pequeño. Una de dichas cláusulas designa como ley aplicable a la ley del país “Y”. Dicha cláusula carece de efectos a menos que haya sido impresa en caracteres de mayor relieve o sea presentada de manera idónea para atraer la atención de la parte adherente, puesto que los clientes en el país “X” no podrían razonablemente esperar en las cláusulas estándar de una empresa que opera en su propio país que una estipulación sujeté el contrato a una ley extranjera.
3. “A”, un vendedor de mercaderías que opera en Hamburgo, utiliza para los contratos con sus clientes cláusulas estándar que establecen, entre otras disposiciones, lo siguiente: “Hamburg – Freundschaftliche Arbitrage”. En el ambiente de negocios del lugar, se entiende que dicha cláusula significa que toda eventual controversia deberá someterse a un arbitraje especial que se rige por normas procesales de origen local. Esta cláusula podría carecer de efectos en contratos con clientes extranjeros, a pesar de la aceptación de las cláusulas estándar en su conjunto, dado que no puede esperarse razonablemente que un cliente extranjero entienda todas sus implicaciones independientemente de si dicha cláusula ha sido traducida al idioma del cliente extranjero.

### 4. Aceptación expresa de estipulaciones “sorpresivas”

El riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas estipulaciones no se presenta si éstas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte. Tampoco existe dicho riesgo si, en el caso concreto, la parte que redactó dichas cláusulas llama la atención de la parte adherente acerca de cierto punto y ésta lo acepta. Este artículo, por lo tanto, expresa que una parte no podrá valerse de lo “sorpresivo” de una estipulación cuando la ha aceptado expresamente.

## **ARTÍCULO 2.1.21**

*(Conflictos entre cláusulas estándar  
y no-estándar)*

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

### **COMENTARIO**

Por lo general, las cláusulas estándar son preparadas con anticipación por una de las partes e incorporadas al contrato sin que su contenido sea objeto de discusión entre las partes (véase el Artículo 2.1.19(2)). Resulta lógico por lo tanto, que cuando las partes negocian específicamente algunas disposiciones del contrato, tales disposiciones prevalezcan por encima de aquellas cláusulas estándar que disponen otra cosa, ya que es más probable que las primeras reflejen la intención de las partes acerca del punto en cuestión.

Aquellas disposiciones que han sido negociadas individualmente podrían aparecer en el mismo documento que las cláusulas estándar, pero también podrían encontrarse en otro documento. En el primer supuesto sería fácil reconocerlas cuando se encuentren impresas de manera diferente que las cláusulas estándar. En el segundo supuesto puede ser más difícil distinguir entre cláusulas estándar y las que no lo son, como tampoco sería fácil determinar su posición precisa dentro de la jerarquía de los diversos documentos. A este efecto, las partes suelen incluir una disposición en el contrato, en la que especifican expresamente los documentos que forman parte del contrato y su valor relativo. Otros problemas podrían surgir cuando las modificaciones a las cláusulas estándar han sido convenidas verbalmente, sin que las disposiciones en conflicto incorporadas a las cláusulas estándar hayan sido eliminadas, y dichas cláusulas incluyan una disposición indicando el carácter exclusivo del documento firmado por las partes, o que todo añadido o modificación al contenido de dichas cláusulas debe hacerse por escrito. Para este tipo de supuestos, véase los Artículos 2.1.17 y 2.1.18.

## ARTÍCULO 2.1.22

*(Conflicto entre formularios)*

**Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Partes que utilizan cláusulas estándar que difieren entre sí**

Es bastante frecuente en las operaciones mercantiles, tanto cuando el oferente formula su oferta como cuando el destinatario la acepta, que cada uno se refiera a sus propias cláusulas estándar. Ante la falta de aceptación expresa por parte del oferente, de las cláusulas estándar que ha incorporado el destinatario, cabe determinar si se ha perfeccionado un contrato y, en caso afirmativo, cuál de ambos conjuntos de cláusulas estándar es el que debe prevalecer.

#### **2. “Intercambio de formularios” y las reglas generales sobre oferta y aceptación**

Si las reglas generales sobre oferta y aceptación fueran aplicadas, no existiría contrato ya que la supuesta aceptación del destinatario estaría sujeta a la excepción prevista en el Artículo 2.1.11(2). En este caso, esta supuesta aceptación equivale a una contraoferta, o si las dos partes han comenzado a cumplir sus obligaciones, sin refutarse mutuamente sus cláusulas estándar, podría considerarse que el contrato se ha perfeccionado conforme a las cláusulas del que las envió por última vez, o a las que se hizo referencia por última vez (el “último disparo”).

#### **3. La doctrina del “knock-out”**

La doctrina del “último disparo” puede resultar apropiada si las partes claramente indican que la adopción de sus cláusulas estándar es

una condición esencial para el perfeccionamiento del contrato. En cambio si las partes, como es bastante frecuente en la práctica, hacen referencia a sus cláusulas estándar de manera relativamente mecánica, como cuando intercambian órdenes de pedido y acuses de recibo impresos que incluyen sus respectivas cláusulas estándar al reverso, sin siquiera advertir el conflicto que existe entre dichas cláusulas, no hay razón para permitir que las partes posteriormente cuestionen la existencia del contrato, o, si han comenzado a cumplir sus obligaciones, para permitir que insistan en la aplicación de las cláusulas que fueron enviadas, o a las que se hizo referencia en último lugar.

Es por esta razón que, no obstante las reglas generales sobre oferta y aceptación, este artículo expresa que si las partes llegan a un acuerdo excepto con respecto a sus cláusulas estándar, el contrato se considera perfeccionado conforme a aquellos términos que han sido acordados y conforme a cualquier cláusula que sea sustancialmente común para ambas partes (doctrina “*knock-out*”)

### Ejemplo

1. “A” solicita una máquina a “B” indicando el modelo, precio y demás condiciones de pago, así como la fecha y lugar de entrega. “A” utiliza un formulario con sus “Condiciones Generales de Compra” impresas al reverso. “B” acepta enviándole un formulario en el que acusa recibo del pedido, en cuyo reverso aparecen sus propias “Condiciones Generales de Venta”. Posteriormente, “A” intenta retirarse del negocio alegando que no se ha perfeccionado ningún contrato, ya que no se llegó a un acuerdo acerca de las cláusulas estándar que deben aplicarse. Sin embargo, dado que las partes ya habían acordado sobre los términos esenciales del contrato, el contrato se considera perfeccionado en base a dichos términos y en base a las cláusulas estándar que son sustancialmente comunes para ambas partes.

Una parte siempre puede impedir la aplicación de la doctrina “*knock out*” si lo indica claramente y con anticipación, o si informa a la otra parte con posterioridad y sin demora injustificada, que no desea quedar obligada por un contrato que no se ha perfeccionado conforme a sus propias cláusulas estándar. No es posible anticipar de manera absoluta qué debe considerarse en la práctica por indicar “claramente” que no tiene el propósito de quedar obligada. Empero, generalmente no será suficiente incluir este tipo de cláusula dentro de las mismas cláusulas estándar, puesto que lo que se necesita es una manifestación específica de la parte a quien atañe su oferta o aceptación.

## Ejemplos

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí “A” aduce que el contrato se perfeccionó en base a sus propias cláusulas estándar, ya que ellas incluyen una disposición que expresa: “Toda desviación en las cláusulas estándar de la parte aceptante carece de validez a menos sea confirmada por escrito por nosotros”. El resultado es el mismo que en el ejemplo 1, ya que simplemente por incluir este tipo de estipulación en sus cláusulas estándar, “A” no indica con suficiente claridad su determinación de celebrar el contrato solamente bajo la condición de que sea bajo sus propias cláusulas.
3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí las cláusulas no-estándar de la oferta de “A” contienen una disposición en el sentido de que “A” tiene el propósito de celebrar el contrato únicamente conforme a sus propias cláusulas estándar. El simple hecho de que “B” adjunte sus propias cláusulas estándar a su aceptación no impide que el contrato se considere perfeccionado conforme a las cláusulas estándar proporcionadas por “A”.

## SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

### ARTÍCULO 2.2.1

(Ámbito de aplicación de esta Sección)

(1) Esta Sección regula la facultad de una persona (“el representante”) para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.

(2) Esta Sección sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.

(3) Esta Sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

### COMENTARIO

#### 1. Ámbito de aplicación de la Sección

La presente Sección regula el poder de un representante para afectar las relaciones jurídicas entre su representado y un tercero. En otras palabras, se trata de regular únicamente las llamadas “relaciones externas” entre el representado o representante por una parte, y el tercero por otra, sin ocuparse de las llamadas “relaciones internas” entre representado y representante. Aquellas disposiciones que se refieren a cuestiones que vinculan tanto las relaciones internas como externas (véase, v.gr., los Artículos 2.2.2 y 2.2.10 sobre la constitución y terminación del poder del representante, el Artículo 2.2.7 sobre el conflicto de intereses y el Artículo 2.2.8 sobre la substitución del representante), abordan dichos temas con el único objetivo de regular sus efectos con relación a terceros.

Los derechos y las obligaciones entre representante y representado se regulan por el contrato y el derecho aplicable, el cual puede incorporar reglas imperativas destinadas a proteger al representante en aquellos tipos específicos de representación que se conocen como “agencia comercial”.

## 2. Poder para celebrar un contrato

La presente Sección trata únicamente de los representantes que tienen poder para celebrar los contratos a nombre de su representado, por lo que quedan fuera de esta Sección: los intermediarios cuya tarea sea simplemente la de presentar a dos partes con el fin de que entre ellas celebren el contrato (*v.gr.*, agentes inmobiliarios) o de promover contratos en nombre de un representado, pero sin tener el poder de celebrarlos (como pudiera ser el caso de algunos agentes comerciales).

Por otra parte, la frase “la facultad [...] para afectar las relaciones jurídicas del [...] representado por o con respecto a un contrato con un tercero” utilizada en el párrafo (1) se debe entender en un sentido amplio con el fin de incluir todos los actos celebrados por el representante que estén relacionados con la perfección o cumplimiento del contrato, incluyendo las notificaciones que dirija a terceros o reciba de ellos.

## 3. Resulta irrelevante que el representante actúe en su propio nombre o en nombre del representado

Contrariamente a lo que sucede en numerosos sistemas jurídicos, la presente Sección no distingue entre “representación directa” y “representación indirecta” dependiendo de si el representante actúa en nombre del representado o en su propio nombre. En lo que respecta a la representación que se haya dado a conocer o no a la otra parte en el contrato (“*disclosed*” o “*undisclosed*”), véase los Artículos 2.2.3 y 2.2.4.

## 4. Naturaleza voluntaria de la relación de representación

Esta Sección se aplica solamente a los casos en que la relación de representación sea voluntaria. Quedan por fuera del ámbito de aplicación de la presente Sección aquellos casos para los cuales la ley confiere poder al representante (*v.gr.*, en materia de derecho familiar, propiedad matrimonial y sucesiones), o el poder resultara de una autorización de un tribunal judicial (por ejemplo el poder para actuar por un incapaz).

## 5. Los representantes de sociedades

Los poderes de representación de los órganos, gerentes o socios de una sociedad o de otro ente jurídico, con o sin personería jurídica, se regulan habitualmente por reglas especiales, algunas de ellas de carácter imperativo que, en virtud de su objeto específico necesariamente prevalecen sobre las reglas de carácter general respecto al poder de los

representantes como se establece en esta Sección. Así, por ejemplo, si en virtud de reglas especiales que regulan los poderes de los gerentes o de los órganos de una sociedad, esta sociedad no puede invocar una limitación de tales poderes frente a terceros, esta empresa no se podrá valer de lo establecido en el Artículo 2.2.5(1) para pretender, por no contar con el poder respectivo, que no le obligan los actos de sus órganos o de sus gerentes.

Por otra parte, y siempre que las reglas generales establecidas en esta Sección no entren en conflicto con las reglas especiales antes mencionadas sobre el poder de los órganos, gerentes o socios, tales reglas generales podrán ser aplicadas en lugar de las reglas especiales. Así, por ejemplo, un tercero que intente demostrar que el contrato celebrado con un gerente de la sociedad vincula a la sociedad, podrá invocar ya sea las reglas especiales relativas al poder de los órganos o gerentes de dicha empresa o, si fuera el caso, las reglas generales relativas al poder aparente previstas en el Artículo 2.2.5(2).

### Ejemplos

1. “A”, director general de la sociedad “B” constituida en el país “X”, goza conforme a los estatutos de la sociedad de poder para llevar a cabo todas las operaciones relativas al manejo de todos los días de los negocios de la sociedad. “A” celebra un contrato con “C” que claramente no es el objeto de los negocios a los que se dedica por lo general la sociedad “B”. En virtud del Artículo 35A de la ley en materia de sociedades, “[e]n beneficio de una persona que conduce negocios con una sociedad de buena fe, el poder del Consejo de Administración para vincular a la sociedad, o para otorgar a otros tales poderes, se considerará ilimitado en virtud del Estatuto de la sociedad” y “[...] una persona no será considerada que ha actuado de mala fe solamente porque haya actuado a sabiendas de que el acto estaba fuera de las facultades de los administradores en virtud de los estatutos de la sociedad” [...]. “B” se encuentra vinculado por el contrato entre “A” y “C”, aún cuando “C” supiera o debiera haber sabido de los límites al poder de “A”. “B” no podrá hacer valer lo previsto en el párrafo (1) del Artículo 2.2.5 a fin de argumentar lo contrario.

2. “A”, director general de la sociedad “B” constituida en el “país” X, ha recibido por parte del Consejo de Administración de dicha sociedad el poder para llevar a cabo todas las operaciones relativas a la conducción normal de los negocios de la sociedad, con excepción de la contratación y terminación de la relación laboral con los empleados. “A” contrata a “C” para la posición de contador en la sucursal de “B” en un país extranjero “Y”. “B” se opone a quedar obligado por los actos de “A” ya que éste no tenía poder para contratar empleados. “C” puede hacer valer frente a “B” el Artículo 35A de la ley de Sociedades del país “X”. Igualmente, “C”, que es un ciudadano extranjero en “Y”, y que podría no estar familiarizado con la disposición especial de la ley de sociedades del país “X”, puede hacer valer la regla general sobre los poderes aparentes prevista en el Artículo 2.2.5(2) y pretender que, dada la posición de “A” como director general de “B”, era razonable que “C” creyera que “A” tenía poder para contratar personal.

## ARTÍCULO 2.2.2

(Constitución y alcance de la facultad del representante)

**(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.**

**(2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.**

## COMENTARIO

### 1. Facultades expresas o tácitas del poder

El párrafo (1) establece claramente que las facultades otorgadas en el poder de representación no requiere que se satisfagan requisitos formales particulares y que el poder puede ser expreso o tácito.

El caso más habitual donde se otorga un poder expreso es el mandato, pero el representado puede también conferir el poder para ser representado mediante una declaración oral o una comunicación escrita, o en el caso de una sociedad, por una resolución del consejo de administración. El otorgamiento por escrito de un poder expreso goza de la ventaja de constituir una prueba clara de su existencia y del alcance del poder de representación para todas las partes interesadas (representado, representante y terceros).

Un poder tácito o implícito existe siempre que la intención del representado de conferir un poder al representante pueda ser inferida del comportamiento del representado (por ejemplo, la atribución de representación para una particular tarea) o de otras circunstancias del mismo tipo (por ejemplo, los términos de la autorización expresa, una manera de actuar particular entre las dos partes o un uso comercial general).

### Ejemplo

1. “B” nombra a “A” como administrador de un inmueble de “B.” “A” tiene el poder implícito de celebrar contratos de arrendamiento de corto plazo relativos a cada uno de los departamentos del edificio.

## 2. Alcance del poder

Cuento más amplio sea el mandato conferido al representante, más amplio será el alcance del poder otorgado. Así, el párrafo (2) establece claramente que el poder del representante no se limita a lo expresamente dispuesto, sino que se entiende otorgado para llevar a cabo todos los actos necesarios para el cumplimiento de la misión para la cual se otorgó dicho poder, tomando en cuenta las circunstancias, a menos que expresamente se hubiere limitado los alcances del poder cuando éste fue otorgado.

### Ejemplo

2. El propietario “B” consigna al capitán de la nave “A” un cargamento para ser transportado en 10 días al país “X”. Transcurridos tres días de los diez, el navío sufre daños y debe detenerse en el puerto más cercano para su reparación. “A” cuenta con un poder implícito para descargar la mercadería y entregarla a otro capitán para que la mercadería pueda llegar a destino en otro navío.

## ARTÍCULO 2.2.3

*(Representación aparente)*

**(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.**

**(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Representación “aparente”**

Por lo que se refiere a los efectos de los actos del representante, la presente Sección distingue dos hipótesis diferentes: en la primera, el representante actúa por cuenta del representado dentro de los límites de su poder y los terceros saben, o deberían saber, que el representante actúa en tal calidad. En la segunda, el representante actúa por cuenta del representado dentro de sus facultades, pero los terceros no saben, ni podrían saber, que el representante actúa en tal calidad. La primera hipótesis, que es la más normal, será denominada representación divulgada o “aparente” (“*disclosed*” agency), y es de la que trata este artículo.

#### **2. Los actos del representante vinculan directamente al representado y a los terceros**

En el caso de representación “aparente”, la regla es que los actos del representante afectan directamente la esfera jurídica del representado frente a los terceros (párrafo (1)). Así, un contrato celebrado por el representante vincula directamente al representado con los terceros. De la misma manera, toda comunicación de intención hecha por el representante a terceros o recibida de ellos, afecta la situación jurídica del representado como si este último la hubiera hecho o recibido.

## Ejemplos

1. “A”, responsable de ventas de un fabricante de ordenadores “B”, acepta el pedido efectuado por la Universidad “C” para la compra de cierto número de ordenadores. El contrato de venta vincula directamente a “B” y “C,” por lo que “B” y no “A” es quien se encuentra obligado a entregar las mercaderías a “C” y quien tiene derecho al pago de “C”.
2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí uno de los ordenadores entregados fue entregado con defectos. La notificación de dichos defectos que “C” realice a “A” vincula directamente a “B”.

### **3. No es necesario actuar en nombre del representado**

Para el establecimiento de una relación directa entre el representado y el tercero es suficiente que el representante actúe dentro del ámbito de su poder y que los terceros sepan o debieran haber sabido que este último actúa en representación de otra persona. En cambio, por lo general el representante no necesariamente debe actuar en nombre del representado (véase también el Art. 2.2.1(1)).

En la práctica, sin embargo, pueden existir casos donde sea en beneficio del propio representante indicar expresamente la identidad de la persona a nombre de quien actúa. Así, cada vez que el contrato exija la firma de las partes, se aconseja que el representante no firme simplemente en su nombre, sino que añada un texto tal como “por representación de” (y se añada el nombre del representado) con el fin de que no se le considere personalmente responsable del cumplimiento del contrato.

## Ejemplos

3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1. En el contrato de venta, “B” queda vinculado con “C” y resulta irrelevante si “A”, cuando aceptó por teléfono el pedido de “C”, manifestó expresamente que actuaba en nombre de “B”.
4. El centro de investigación “C” establece contacto con un especialista en informática, “A”, con miras a crear un programa de informática para una base de datos de jurisprudencia en temas de derecho internacional. “A”, cuando firma el contrato en su calidad de empleado de la Sociedad informática “B”, debe mencionar expresamente que actúa en nombre de “B”. Si “A” firma el contrato sin mencionar a “B”, “C” puede considerar personalmente responsable a “A” en virtud del contrato.

#### 4. El representante como parte en el contrato

Un representante, aunque actúe abiertamente a nombre de un representado, puede excepcionalmente llegar a ser parte del contrato con el tercero (párrafo (2)). Este es el caso, en particular, cuando un representado que desea permanecer en el anonimato, instruye a su representante para actuar en calidad de lo que se suele llamar “comisionista”, es decir, para negociar con terceros en su propio nombre sin establecer ninguna relación directa entre el representado y los terceros. Éste es también el caso cuando los terceros dejan claro que no pretenden contratar con alguien diverso del representante y éste, con el consentimiento del representado, acepta que solamente él, y no el representado, quedará vinculado por el contrato. En ambos casos se concluirá de los términos del acuerdo entre representante y representado que, una vez que el representante haya adquirido los derechos en virtud de contrato celebrado con el tercero, éstos serán cedidos al representado.

Totalmente diferente sería el caso cuando el representante intervenga y, en violación del acuerdo con el representado, decida celebrar el contrato con el tercero. Al actuar de esta manera, el representante no actuaría en calidad de representante y por lo tanto a esta situación no se aplicaría la presente Sección.

#### Ejemplos

5. El comerciante “B”, que espera un importante aumento en el precio del trigo, decide comprar una gran cantidad. “B”, deseando permanecer en el anonimato, encomienda a “A” la compra. Aun cuando el proveedor “C” sepa que “A” está comprando en representación de su representado, el contrato de compraventa vincula a “A” y “C”, y no afecta la situación jurídica de “B”.

6. “A”, actuando en nombre de un vendedor extranjero “B”, hace un pedido a “C” para comprar ciertas mercaderías. Dado que “C”, no conociendo a “B”, insiste en que “A” confirme la orden de “B”, “A” acepta ser responsable él mismo frente a “C”. Aun cuando “C” sabía que “A” estaba comprando las mercaderías en representación de “B”, el contrato de compraventa vincula a “A” y “C” y no afecta directamente la situación jurídica de “B”.

7. El comerciante “B” instruye a su representante “A” para que adquiera en su nombre una cierta cantidad de petróleo. Cuando “A” está a punto de celebrar el contrato con el proveedor “C”, se anuncia que los países productores de petróleo pretenden reducir substancialmente la producción. “A” en espera del aumento del precio del

petróleo, decide comprar el petróleo a su propio nombre y celebrar directamente con “C” el contrato. Al actuar de esta manera, “A” ha dejado de ser representante de su representado y las consecuencias de sus actos no se encuentran reguladas por la presente Sección.

## **ARTÍCULO 2.2.4** *(Representación oculta)*

**(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.**

**(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último los acciones que tenga en contra del representante.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Representación “oculta”**

El presente artículo trata de lo que podría llamarse representación no divulgada u “oculta”, es decir, la situación en que un representante actúa dentro del límite de sus poderes en nombre de un representante pero los terceros no sabían ni debieran haber sabido que el representante actuaba con tal calidad.

#### **2. Los actos del representante sólo vinculan directamente al representante y los terceros**

El párrafo (1) establece que en caso de una representación “oculta” los actos efectuados por el representante sólo vinculan a éste con el tercero y no directamente al representado con el tercero.

#### **Ejemplo**

1. El comerciante en arte “A” compra una pintura del artista “C”. Al celebrar el contrato, “A” no revela el hecho de que está actuando

en representación del cliente “B” y “C” no tiene razón alguna para creer que “A” no esté actuando en nombre propio. El contrato vincula a “A” y “C” únicamente, y no da lugar a ninguna relación directa entre “B” y “C”.

### **3. El derecho del tercero para actuar en contra del representado**

No obstante la regla establecida en el párrafo (1), los terceros pueden excepcionalmente tener un derecho de acción directa en contra del representado. Más precisamente, conforme al párrafo (2), si el tercero creía que trataba con el propietario de un negocio, cuando en realidad estaba tratando con el representante del dueño, dicho tercero puede, al descubrir al real propietario, ejercitar también contra él los derechos que tenga contra el representante.

#### **Ejemplo**

2. El fabricante “A”, después de transferir sus activos a una sociedad ”C”, recientemente constituida, continúa celebrando contratos en su propio nombre y sin divulgar al proveedor “B” que de hecho está actuando solamente como director general de la sociedad “C”. Cuando “B” descubre la existencia de “C”, “B” tiene derecho de actuar también en contra de la sociedad.

### **ARTÍCULO 2.2.5**

*(Representante actuando sin poder o excediéndolo)*

**(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.**

**(2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.**

## COMENTARIO

### 1. Ausencia de poder

El párrafo (1) precisa que cuando un representante actúe sin poder, sus actos no vincularán al representado frente al tercero. Lo mismo vale cuando el representante ha recibido un poder limitado, y actúa excediéndolo.

Por lo que respecta a la responsabilidad de un falso agente frente a terceros, véase el Art. 2.2.6.

#### Ejemplo

1. “B” autoriza a “A” para adquirir en su nombre una cantidad precisa de cereales pero dentro de un determinado precio. “A” celebra un contrato con el vendedor “C” por una cantidad mayor de granos y a un precio mayor que el autorizado por “B”. En razón de la falta de poder de “A”, el contrato entre “A” y “C” no vincula a “B” ni se puede hacer efectivo entre “A” y ”C”.

### 2. Representación aparente

Existen dos hipótesis en que el representante, aunque actúe sin contar con poderes o excediéndose en los otorgados, puede vincular al representado frente al tercero.

El primer supuesto sería el del representado que ratifique el acto del representante y este caso se encuentra tratado en el Artículo 2.2.9.

El segundo supuesto sería el del llamado “poder aparente” y de él se trata en el párrafo (2) del presente artículo. De acuerdo con esta disposición, el representado cuya conducta conduzca a que el tercero razonablemente crea que el representante tiene poder para actuar en su representación, no podrá invocar posteriormente frente al tercero la falta de poder del representante y por lo tanto se encontrará vinculado por los actos de este último.

La representación aparente, que constituye una aplicación del principio general de buena fe (véase el Artículo 1.7) y de la prohibición del comportamiento contradictorio (véase el Artículo 1.8) es particularmente importante cuando el representado no es una persona física sino un ente colectivo. Al tratarse de una sociedad o de cualquier otra persona jurídica, un tercero puede tener dificultad para determinar si las personas que actúan en la organización tienen poder real para actuar, de manera que podría preferir, cuando sea posible, confiar en el poder aparente. En estos casos, el tercero sólo tiene que demostrar que era razonable para él creer que la persona que pretendía representar a la

organización tenía poder para ello, y que esta creencia razonable se forjó en razón del comportamiento de quienes realmente contaban con los poderes para representar a la organización (consejo de administración, directores, socios, etc.). La cuestión de saber si esta creencia era razonable o no para el tercero dependerá de las circunstancias del caso (el lugar dentro de la jerarquía de la organización que tenía la persona que hizo la aparente representación, el tipo de operación, el consentimiento de los directores de la organización en el pasado, etc.).

### Ejemplos

2. “A”, director de una de las filiales de la sociedad “B”, no contando con los poderes respectivos, celebra con la sociedad “C”, especialista en construcciones, un contrato para la decoración de las instalaciones de la filial. En virtud del hecho de que un director de una filial normalmente cuenta con poderes para celebrar tales contratos, “B” se encuentra vinculado con el contrato con “C” ya que era razonable que “C” creyera que “A” contaba con poder real para celebrar tal contrato.
3. “A”, Director de Finanzas de la sociedad “B”, aunque no contaba con poder para ello pero sí con la aprobación del consejo de administración, celebró, en nombre de “B”, numerosas operaciones financieras con el banco “C”. Con ocasión de una nueva operación que resulta ser desventajosa para “B”, El Consejo de Administración de “B” presenta la objeción a “C” de que “A” no contaba con poder para llevar a cabo tal operación. “C” puede rechazar esta objeción invocando que “B” se encuentra ligado por los actos de “A” en virtud del poder aparente para celebrar operaciones financieras en nombre y representación de “B”.

## ARTÍCULO 2.2.6

*(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)*

**(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.**

**(2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.**

## **COMENTARIO**

### **1. Responsabilidad del falso representante**

Es generalmente reconocido que un representante que actúa sin poder o se excede en sus facultades, en ausencia de la ratificación por el representado, es responsable por los daños y perjuicios que se causen a terceros. El párrafo (1), al establecer que el falso representante será responsable de los daños y perjuicios que se originen a terceros y que tal compensación deberá ser tal que coloque al tercero en la misma posición que si el representante hubiera actuado con poder, deja en claro que la responsabilidad del falso representante no se limita al llamado “interés de confianza” o “interés negativo”, sino que se extiende a lo que se conoce como “expectativa” o “interés positivo”. En otras palabras, el tercero puede recuperar la ganancia que hubiera obtenido si el contrato celebrado con el falso representante hubiera sido válido.

#### **Ejemplo**

1. “A”, sin estar autorizado por “B”, celebra con “C” un contrato para la venta de un cargamento de petróleo propiedad de “B”. “B” no ratifica el contrato, “C” puede recuperar de “A” la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente de mercado.

### **2. Conocimiento por parte del tercero de la falta de poderes del representante**

El falso representante es responsable frente al tercero sólo en la medida que el tercero, al celebrar el contrato con el falso representante, no sabía o debiera haber sabido que este último estaba actuando sin poderes o excediéndose en sus facultades.

#### **Ejemplo**

2. “A”, un joven empleado de la sociedad “B”, sin contar con el poder de vincular a la sociedad “B”, celebra un contrato con la sociedad de construcción “C” para redecorar las instalaciones de “B”. “B” rehúsa a ratificar el contrato. Sin embargo, “C” no puede

exigir el pago de daños y perjuicios a “A” ya que “C” debería haber sabido que un empleado del rango de “A” habitualmente no cuenta con poderes para celebrar este tipo de contratos.

### **ARTÍCULO 2.2.7** (*Conflicto de intereses*)

- (1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.2.9 y 3.2.11 a 3.2.15.
- (2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato
- (a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o
- (b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste nada ha objetado en un plazo razonable.

#### **COMENTARIO**

##### **1. Conflicto de intereses entre el representante y representado**

Es inherente a la relación de representación que el representante ejecute su mandato en interés de su representado y no en el propio o en el de alguna otra persona si entra en conflicto con los intereses del representado.

Los casos más frecuentes de potenciales conflictos de intereses son aquellos donde el representante actúa para dos representados y aquellos en que el representante celebra el contrato con sí mismo o con una sociedad donde él tenga un interés. Sin embargo, en la práctica, aun en esos casos, el conflicto de intereses puede no existir. Por ejemplo, que el representante actúe para dos representados puede ser conforme a los usos en un sector de comercio relevante o el representado pudiera haberle otorgado al representante un mandato tan especial y limitado que no le deje margen de discrecionalidad.

## 2. El conflicto de intereses como motivo para anular el contrato

El párrafo (1) del presente artículo establece la regla que un contrato celebrado por un representante que actúa en situaciones de real conflicto de intereses puede ser anulado por el representado, a condición de que el tercero haya tenido conocimiento o hubiera debido tener conocimiento del conflicto de intereses.

El requisito del conocimiento efectivo o presunto del tercero mira a proteger los intereses del tercero inocente en preservar el contrato. Este requisito obviamente no es pertinente para los casos en que el representante celebre el contrato consigo mismo y por lo tanto sea al mismo tiempo representante y tercero.

### Ejemplos

1. El cliente extranjero “B” solicita al notario “A” que compre en su nombre un apartamento en la ciudad de “A”. “A” compra el apartamento que el cliente “C” le ha pedido que venda en su nombre. “B” puede anular el contrato si puede probar que “C” sabía o debería haber sabido que “A” se encontraba en un conflicto de intereses. De la misma manera “C” puede anular el contrato si puede probar que “B” sabía o debería haber sabido de que “A” se encontraba en un conflicto de intereses.
2. El comerciante minorista “B” solicita al agente de ventas “A” que le compre ciertas mercaderías de la compañía “C” en la que “A” es el accionista mayoritario. “B” puede anular el contrato si puede probar que “C” sabía o debería haber sabido el conflicto de intereses de “A”.
3. El cliente “B” instruye al banco “A” para comprar en su representación mil acciones de la compañía “C” al precio de cierre del día M en la bolsa de valores de la ciudad “Y”. Aun cuando “A” venda a “B” las acciones solicitadas de su propio portafolio, no existirá conflicto de intereses porque el mandato de “B” no le permite a “A” ningún margen de maniobra.
4. “A”, presidente y director general de la sociedad “B”, tiene poder para nombrar al abogado de la compañía en caso de entablarse un juicio por o en contra de “B”. “A” se nombra a sí mismo como abogado de “B”. “B” puede anular el contrato.

## 3. Procedimiento de anulación

Respecto al procedimiento de anulación se aplican las disposiciones de los Artículos 3.2.9 (*Confirmación*), 3.2.11 (*Notificación de anulación*), 3.2.12 (*Plazos*), 3.2.13 (*Anulación parcial*), 3.2.14 (*Efectos retroactivos*) y 3.2.15 (*Restitución*).

#### **4. Se excluye la anulación**

Conforme al párrafo (2), el representado pierde el derecho de anular el contrato si ha consentido que el representante actúe en una situación de conflicto de intereses, o si por alguna razón sabía o debería haber sabido que el representante lo haría. El derecho de anular se excluye de la misma manera si el representado hubiera sido informado por el representante del contrato que se celebró en una situación de conflicto de intereses y no presentó objeción.

#### Ejemplo

5. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí antes de celebrar el contrato “A” informó debidamente a “B” que también estaba actuando como representante de “C”. Si “B” no presentó objeción, pierde el derecho a anular el contrato. De la misma manera, si “A” informa debidamente a “C” que está actuando también como representante de “B” y “C” no presenta objeción, “C” pierde el derecho a anular el contrato.

#### **5. Cuestiones que no son cubiertas por el presente artículo**

De conformidad con el objeto de la presente Sección como se indica en el Artículo 2.2.1, el presente artículo trata solamente del impacto en las relaciones externas del conflicto de intereses por la intervención del representante. Cuestiones tales como la responsabilidad del representante frente al representado de revelarle la información, y el derecho del representado a exigir el pago de daños y perjuicios al representante pueden ser abordados sobre la base de otras disposiciones de los presentes Principios (véase los Artículos 1.7, 3.2.16, 7.4.1 y siguientes) o se encuentran regulados por el derecho aplicable a la relación interna entre el representado y el representante.

### **ARTÍCULO 2.2.8** (*Sub-representación*)

**Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta Sección se aplican a la sub-representación.**

## COMENTARIO

### 1. Papel del sustituto del representante

Al llevar a cabo el mandato conferido por el representado, el representante puede estimar no sólo oportuno, sino necesario, utilizar los servicios de otras personas. Éste es el caso, por ejemplo, cuando ciertas tareas deben llevarse a cabo en un lugar distinto al del establecimiento del representante o si para lograr una ejecución más eficiente del mandato se requiere una distribución del trabajo.

### 2. Poder implícito para designar representantes sustitutos

La cuestión de saber si el representante está o no autorizado a designar uno o más representantes sustitutos depende de los términos del poder que se le otorgó. Así, el representado puede excluir expresamente la designación de representantes sustitutos o someterla a la condición de su previa autorización. Si no se dice nada respecto a la posibilidad de designar representantes sustitutos y si los términos del poder otorgado no resultan incompatibles con tal posibilidad, el representante tiene el derecho, en virtud del presente artículo, de designar representantes sustitutos. La sola limitación es que el representante no puede encomendar al o los representantes sustitutos tareas que se entiendan que razonablemente debieran ser ejecutadas por el representante mismo. Es el caso en particular de actos que requieran la experiencia personal del representante.

#### Ejemplos

1. El museo chino “B” instruye a un comerciante en arte situado en Londres “A” para que compre una pieza particular de cerámica griega que se venderá en una subasta pública en Alemania. “A” tiene el poder implícito de nombrar a un representante sustituto “S” para que compre tal pieza de cerámica en la subasta de Alemania y se la mande a “B”.
2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, pero aquí “B” no precisa una pieza en particular de cerámica griega a ser adquirida en la subasta de Alemania y confía en la experiencia de “A” para elegir la más adecuada durante la subasta. Se espera que “A” lleve a cabo la compra él mismo, pero tan pronto como la haya comprado puede encomendar al representante sustituto “S” que se la mande a “B”.

### 3. Efecto de los actos efectuados por el representante sustituto

El presente artículo establece expresamente que las reglas de la presente Sección se aplican a la representación por substitución. En otras palabras, los actos llevados a cabo por un representante sustituto designado legítimamente por un representante vinculan al representado y a los terceros el uno frente al otro, a condición de que estos actos sean cumplidos dentro de los límites del poder del representante y del poder conferido al representante sustituto por el representante que puede ser más limitado.

#### Ejemplo

3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1. La compra de la pieza de cerámica griega por “S” vincula directamente a “B” si se actuó dentro de las facultades del poder otorgado a “A” y del poder que “A” le haya otorgado a “S”.

### ARTÍCULO 2.2.9 (Ratificación)

**(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.**

**(2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.**

**(3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.**

## COMENTARIO

### 1. Noción de ratificación

El presente artículo establece el principio generalmente aceptado según el cual el acto que no tendría efectos frente al representado porque fue realizado por quien no tenía poder, o por quien se excedió en sus facultades, puede ser vinculante para el representado si éste lo ratifica posteriormente. La autorización ulterior se conoce con el nombre de “ratificación”.

Así como la autorización original, la ratificación no está sujeta a particulares requisitos de forma. Como es una manifestación unilateral de voluntad, puede ser expresa o implícita a raíz de declaraciones o conducta. Aunque la ratificación se comunique habitualmente al representante o al tercero, o a ambos, no se requiere que sea comunicada a alguien en particular, siempre que se manifieste en alguna manera y pueda probarse.

#### Ejemplo

El representante “A” compra en nombre del representado “B” mercaderías de un tercero “C” a un precio más alto que el que “A” se encuentra autorizado a pagar. Al recibir la factura de “C”, “B” no la objeta y la paga mediante transferencia bancaria. El pago constituye ratificación del acto de “A” aun si “B” no declara expresamente su intención de ratificar ni informa a “A” y “C” del pago y sólo subsecuentemente “C” es informado del pago por su banco.

### 2. Efectos de la ratificación

Una vez ratificado, el acto del representante produce los mismos efectos que si se hubiera llevado a cabo contando con un poder desde el comienzo (párrafo (1)). Se sigue que el tercero puede rehusar la ratificación parcial de los actos del representante por parte del representado, porque sería equiparable a la propuesta del representado de modificar el contrato que el tercero concluyó con el representante. Por otra parte, la ratificación no puede ser revocada una vez efectuada y dada a conocer al tercero. De otra manera, el representado estaría en posición de retirarse unilateralmente del contrato celebrado con el tercero.

### 3. Momento de la ratificación

El representado puede, en principio, ratificar en todo momento. La razón es que normalmente el tercero no sabe que estaba contratando con un representante que no tenía poder o que se estaba excediendo en sus

facultades. Sin embargo, aun cuando el tercero se diera cuenta desde el principio, o más adelante, que el representante era un falso representante, el tercero tendría un interés legítimo en no quedarse con la duda indefinidamente sobre la suerte del contrato celebrado con el falso representante. Así, el párrafo (2) otorga al tercero el derecho de determinar un plazo razonable dentro del cual el representado debe ratificar si así fuera su intención. Sobra decir que en caso de que exista ratificación ésta debe ser notificada al tercero.

#### **4. Ratificación excluida por el tercero**

Un tercero que, al momento de tratar con el representante, no supiera ni debiera haber sabido que éste no contaba con poderes, puede excluir la ratificación mediante notificación al representado en este sentido en cualquier momento antes de la ratificación por parte de este último. El motivo para otorgar al tercero de buena fe tal derecho es el de impedir que el representado especule indebidamente y decida ratificar o no el acto en función de la evolución del mercado.

#### **5. Los derechos del tercero no resultan afectados**

El presente artículo trata únicamente de los efectos de la ratificación sobre los sujetos directamente implicados en la relación de representación, a saber el representado, el representante y el tercero. Conforme al objeto de la presente Sección como se define en el Artículo 2.2.1, los derechos de otros terceros no resultan afectados. Por ejemplo, si las mismas mercaderías son vendidas por un falso representante a “C” y subsiguientemente el representado las vende a otra persona “D”, el conflicto entre “C” y “D” que resulta de la ratificación sucesiva de la primera venta por el representado debe ser resuelta por el derecho aplicable.

### **ARTÍCULO 2.2.10** (*Extinción del poder*)

**(1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.**

**(2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.**

## COMENTARIO

### 1. Motivos para la extinción no cubiertos por el presente artículo

Existen varios motivos para dar por terminados los poderes del representante: la revocación por parte del representado, la renuncia del representante, la consumación del acto o actos para el cual o los cuales el poder fue otorgado, la pérdida de capacidad, la quiebra, la muerte o cesación de existencia del representante o del representado, etc. Qué puede fundar la extinción del poder y el modo en que opera dicha extinción entre el representante y el representado no entran en el campo de aplicación del presente artículo y deben ser determinados de acuerdo con el derecho aplicable (por ejemplo, el derecho que regule las relaciones internas entre el representado y el representante, el derecho que regule el estatus jurídico o la personalidad, el derecho que regule la quiebra, etc.) que puede variar considerablemente de un país a otro.

### 2. Efectos de la extinción frente a terceros

Cualquiera que sea el motivo de la terminación del poder del representante, dicha terminación no surtirá efectos ante un tercero a menos que el tercero supiera o debiera haber sabido de ella (párrafo (1)). En otras palabras, aun cuando el poder del representante haya sido terminado por una razón o por otra, los actos del representante continúan afectando la relación jurídica entre el representado y los terceros durante todo el tiempo que el tercero no sepa o no debiera haber sabido que el representante ya no tenía poder.

La situación es evidentemente clara cuando el representado o el representante notifican al tercero la terminación del poder. En ausencia de tal notificación, dependerá de las circunstancias del caso determinar si el tercero debería haber sabido de la terminación.

#### Ejemplos

1. La empresa “B” abre una filial en la ciudad “X”. Un anuncio publicitario publicado en el diario local indica que el Director general “A” cuenta con todos los poderes para actuar en nombre de “B”. Posteriormente cuando “B” revoca el poder a “A”, una notificación análoga en el mismo diario es suficiente para que la terminación del poder surta efectos entre los clientes de “B” en la ciudad “X”.
2. El comerciante minorista “C” en varias ocasiones ha adquirido mercaderías vendidas por el mayorista “B” a través de su representante “A”. “A” continúa aceptando órdenes de “C” aún después de la

extinción de su poder como consecuencia de la quiebra de “B”. El mero hecho de que exista un procedimiento de quiebra y éste haya tenido la publicidad requerida por el derecho aplicable no es suficiente para que la terminación del poder surta efectos frente a “C”.

### **3. Poder por necesidad**

Aún después de la terminación del poder del representante las circunstancias del caso pueden hacer necesario para el representante cumplir con otros actos para evitar que los intereses del representado pudieran ser afectados negativamente.

#### Ejemplo

3. El representante “A” tiene poder para comprar una cierta cantidad de mercaderías perecederas a nombre del representado “B”. Después de la compra de las mercaderías, “A” es informado de la muerte de “B”. No obstante la terminación de su poder. “A” continúa estando autorizado para revender las mercaderías o almacenarlas en una bodega apropiada.

### **4. La restricción al poder también se encuentra cubierta**

Las reglas del presente artículo se aplican no solamente a la extinción sino también, con las modificaciones necesarias, a las restricciones sucesivas en el poder del representante.