

Comisión n° 4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: Tratativas y pactos preliminares”

ACEPTACIÓN DE LA OFERTA Y LA REGLA DEL ART. 978 DEL CCYC

Autores: Leonardo F. Fernández* y Esther H. S. Ferrer de Fernández**

Resumen:

La presente ponencia aplica a los contratos discrecionales [paritarios] y no pretende extenderse a los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas ni a los contratos de consumo. La doctrina tradicional en materia de aceptación de la oferta requiere que exista una perfecta identidad entre una y otra manifestación de voluntad (consensus ad idem). De ello se deriva que si el destinatario de la oferta, al responder a la misma con el propósito de aceptarla, le introdujera alguna modificación, cualquiera fuere su importancia, semejante respuesta no será considerada aceptación, sino como una nueva oferta (contraoferta). En los países anglosajones, esta perspectiva se sintetiza en la llamada mirror-image rule [regla de la imagen del espejo], pues la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en un espejo: idéntica. Esta escuela tradicional, recogida en los artículos 1152 y concordantes del Código Civil derogado, ha suscitado críticas en el derecho comparado por ciertos resultados, a veces arbitrarios y a veces reñidos con la buena fe, a los que puede conducir, todo lo cual se ha manifestado en una tendencia de opinión hacia la flexibilización de la doctrina tradicional. Esa tendencia ha cristalizado, por ejemplo, en el artículo 19 de la Convención de Viena y en el artículo 2.11 de los Principios UNIDROIT, que disponen que, si bien como regla las modificaciones en la respuesta a la oferta no constituyen aceptación sino contraoferta [mirror-image rule], excepcionalmente esa respuesta sí concluye el contrato si las modificaciones no son substanciales y las mismas no son objetadas por el oferente sin demoras. Entre nosotros, por ejemplo, el Proyecto de 1987 y el Proyecto de 1998 se inscribieron en esta corriente flexibilizadora de los cánones tradicionales. El artículo 998 del CCyC se ubica, sin embargo, dentro de la escuela tradicional y no recoge las soluciones de la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT ni la orientación de los Proyectos de 1987 y 1998 en esta materia. Adoptada esta postura, la frase final del artículo 998 referido, en cuanto dispone que “las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”, carece de sentido y, en tal virtud, se propone su supresión en una próxima reforma”.

1. Doctrina tradicional en materia de aceptación de la oferta.

1. Si bien el CCyC trata de manera unificada a los contratos tradicionalmente clasificados como “civiles” y “comerciales”, por otra parte, distingue entre los contratos discrecionales [o paritarios], los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales

* Prof. Adjunto (Facultad de Derecho—UBA).

** Prof. Adjunta (Facultad de Derecho—UBA).

predispuestas¹ y los contratos de consumo². En materia de formación del contrato, esta última distinción reviste una importancia crítica, por es necesario tener en cuenta que esta ponencia se ciñe a los contratos civiles o comerciales discrecionales [o paritarios], sin pretender abarcar el régimen aplicable a las otras dos categorías identificadas.

2. De acuerdo con la postura tradicional en el derecho comparado, la formación del contrato a través del encuentro de la “oferta” y la “aceptación” requiere que exista una perfecta identidad entre una y otra manifestación de voluntad (*consensus ad idem*). De ello se deriva que si el destinatario de la oferta, al responder a la misma con el propósito de aceptarla, le introdujera alguna modificación [ya sea en la forma de términos adicionales o diferentes a los de la oferta, cualquiera fuera su importancia] semejante respuesta no será considerada aceptación, sino como una nueva oferta [así denominada, “contraoferta”].

3. En los países anglosajones, esta perspectiva se sintetiza en la llamada *mirror-image rule* [regla de la imagen del espejo], pues la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en un espejo: idéntica³. Derivación de la regla indicada es otra, llamada *last-shot rule* [regla de la última palabra] por la cual, cuando la oferta y la pretendida aceptación no coinciden exactamente, esta última no configura aceptación y deviene en “contraoferta”. Por consiguiente, el comienzo de ejecución por el oferente constituye una aceptación tácita de dicha “contraoferta”, cuyos términos y condiciones serán los que, en definitiva, regirán a la relación contractual. Esta última regla, determina que el control del contenido de la relación recae en quien propone en última instancia, de manera que, para evitar esa consecuencia, el oferente debería rechazar claramente los términos de la contraoferta.

4. Esta solución tradicional en materia de formación del consentimiento era la consagrada por el Código Civil derogado, que en su artículo 1152 disponía que “[c]ualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato”. En cuanto a la posibilidad de aceptación “tácita” de “la propuesta de un nuevo contrato” [*rectius*: contraoferta] por parte del oferente, la misma resultaba, sin dificultad, de la doctrina de los artículos 1145, 1146 y 914 a 920 del Código Civil.

5. Una cuestión acerca de la cual, sin embargo, entre nosotros, no se verificó unidad de criterios consistía en determinar la suerte que debía correr la oferta que se tenía por no aceptada, en razón de que la respuesta del destinatario había introducido modificaciones a la proposición original. Para SALVAT, por ejemplo, la aludida “no aceptación” equivalía a un rechazo [y consiguiente extinción] de la oferta⁴, mientras que otros autores, al no pronunciarse expresamente en tal sentido, permitían inferir que la modificación-no aceptación no equivalía a un “rechazo” [y extinción] de la oferta, con lo cual ésta quedaba subsistente de acuerdo con sus propios términos y

¹ Vid. artículos 984 y ss. del CCyC.

² Vid. artículos 1092 y ss. del CCyC.

³ Vid. Michael FURMSTON, Takao NORISADA y Jill POOLE, “Contract formation and letters of intent”, la edición, edit. John Wiley & Sons, Chichester-New York-Toronto, 1997, pp. 33 y ss.

⁴ Vid. Raymundo M. SALVAT, “Tratado de derecho civil argentino-Fuentes de las obligaciones”, 2ª edición, actualizada por Arturo ACUÑA ANZORENA, edit. TEA, Buenos Aires 1950, vol. I, §§ 58-59, pp. 71-2. En el derecho francés, esta solución ha sido sostenida por Paul ESMEIN, en Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, “Tratado teórico-práctico de derecho civil francés”, [trad. de Díaz Cruz], edit. Cultural S.A., La Habana, 1940, vol. VI, § 139, p. 188 y resulta del artículo 19 § (1) de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

condiciones ⁵. Esta cuestión podía revestir interés práctico en la situación en que el oferente rechazara la “contraoferta”: si se entendía que la oferta original subsistía, entonces podría ser retomada por el destinatario y aceptada pura y simplemente, con lo que el contrato se concluiría; mientras que si, por el contrario, se entendía que la oferta original había sido rechazada al introducirse modificaciones al responder a la misma, su ulterior aceptación no era posible ya, por no encontrarse ella vigente.

2. Tendencias flexibilizadoras de la escuela tradicional en materia de aceptación de la oferta.

6. La aplicación estricta de la escuela tradicional en materia de formación del contrato descrita en los §§ 2-4- *supra* permitió identificar dos órdenes de problemas básicos **(i)** que una de las partes --usualmente intentado eludir de mala fe las consecuencias de un cambio adverso en las condiciones prevalecientes en el mercado al cerrar el acuerdo-- dejara de cumplirlo pretextando que el contrato no se había perfeccionado sobre la base de identificar alguna diferencia menor, o aún insignificante, entre los términos de la oferta y su aceptación; y **(ii)** que el destinatario de la oferta, con intención de aceptarla, hubiera introducido, sin mayor advertencia a su contraparte, modificaciones a la misma que constituyan una “contraoferta”, la cual, finalmente, se quedara tácitamente aceptada por el proponente. Cumplido total o parcialmente el contrato, y generadas disputas entre las partes respecto a su contenido, los términos que terminaban rigiendo la relación jurídica eran los introducidos por el “contraoferente”, para sorpresa del inadvertido proponente. La aplicación de la doctrina tradicional conduciría a resolver los casos aludidos en el § (i) *supra* [a falta de actos de cumplimiento] en el sentido de que no había contrato y los casos aludidos en el § (ii) en el sentido de que el contenido del contrato [sobre cuya perfección no mediaban dudas] se regía por los términos y condiciones de la contraoferta, soluciones ambas que se entendían, por un lado, contrarias al principio de buena fe y el sentido de equidad y, por el otro, arbitrarias, dado que favorecía a quien, circunstancialmente, hablaba en último lugar [lo cual, a su vez, estimulaba un interminable intercambio de contraofertas (*ping-pong effect*)].

7. Estas situaciones sugirieron tendencias hacia la flexibilización de los presupuestos de la doctrina tradicional --*mirror image rule* y *last shot rule*--. Una evidencia extrema de estas tendencias resulta de lo dispuesto por el artículo 2-207 del Uniform Commercial Code. Una corriente más moderada resultó consagrada en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la Ley N° 22.765 de 1983 (la “Convención de Viena”) y el los Principios UNIDROIT.

8. El artículo 19 de la Convención de Viena quedó redactado de la siguiente manera:

“(1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones

⁵ *Vid.*, en el derecho italiano, *vid.* C. Massimo BIANCA, “Derecho civil-El contrato”, (trad. de Hinestrosa y Cortés), edit. Universidad de Externado, Colombia, 2007, § 104, p. 250.

u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

- “(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren substancialmente los de la oferta constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.
- “(3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de controversias alteran substancialmente los elementos de la oferta.”

Como puede apreciarse, este artículo en su § (1) refleja la regla tradicional según la cual la aceptación debe conformarse exactamente a los términos de la oferta, sin variación alguna y, de ocurrir, una alteración, la respuesta del destinatario se considerará como rechazo de la oferta y asumirá la calidad de contraoferta [*mirror-image rule*]⁶.

El § (2) del artículo 19 contiene una excepción al principio general contenido en el § (1) y, a su vez, una excepción a la primera, de todo lo cual resulta lo siguiente: Regla: toda respuesta que, pretendiendo aceptar, modifique la oferta, en cualquier forma, constituye un rechazo de la misma y una contraoferta, Excepción: si la modificación no altera substancialmente los términos de la oferta y el oferente no los objeta tempestivamente [o intempestivamente, aunque con justificación] la respuesta vale como aceptación y el contrato se forma con la integración de la modificación; Excepción a la excepción: si el oferente objeta tempestivamente [o intempestivamente, aunque con justificación] la modificación no substancial, el contrato no se forma⁷.

Finalmente, el § (3) procura aclarar un aspecto crítico del sistema de la Convención de Viena en esta materia: la determinación de cuándo una modificación a la oferta sería “substancial”. Esa aclaración se intenta no sobre la base de una definición conceptual al respecto sino incluyendo, a título enunciativo, un listado de materias sobre las cuales cualquier alteración será considerada “substancial”. Hay coincidencia en sostener que,

⁶ *Confr.* Alejandro M. GARRO y Alberto L. ZUPPI, “Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980”, 1ª edición, edit. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, p. 140; Bernard AUDIT, “La compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980” [trad. R. de Zavalía], edit. Zavalía, Buenos Aires, 1994, § 70, p. 83; Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en “La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena” [dir. y coord. Diez-Picazo y Ponce de León], edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 186 y ss..

⁷ *Vid.* GARRO y ZUPPI, op. loc. cit.; AUDIT, op. cit. § 70, p. 84; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. loc. cit.

dada la amplitud de la materias enunciadas, la gran mayoría de los casos quedará, probablemente, incluida en la regla tradicional del § (1) del artículo 19.

9. Los Principios UNIDROIT también han abordado la cuestión de la formación del contrato, principalmente en su artículo 2.11 que dispone lo siguiente:

- “(1) La respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

- “(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren substancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación”.

El primer apartado del artículo transcrito enuncia el principio tradicional que, como hemos visto, es aceptado en la mayoría de las legislaciones, conforme al cual para que el contrato se forme debe existir una exacta concordancia entre los términos de la oferta y de su aceptación (*mirror-image rule* y *last-shot rule*). El segundo apartado, viene a reconocer el proceso de flexibilización de aquel principio y recoge la solución de la Convención de Viena sobre la base de distinguir las respuestas a una oferta con el propósito de aceptarla en dos categorías: las que al hacerlo introducen modificaciones “substanciales” de la propuesta y aquellas otras que, por el contrario, no lo hacen. Solo estas últimas concluyen, en principio, el contrato. Sin embargo, los Principios UNIDROIT no incluyen una enumeración de las modificaciones que se entienden que alteran substancialmente los términos de la oferta, listado si previsto, como he señalado, en el artículo 19.3 de la Convención de Viena. Esta última omisión es comprensible, dado el más amplio ámbito de aplicación de los Principios UNIDROIT respecto al de la Convención de Viena [limitado a la compraventa de mercaderías], circunstancia que dificulta considerablemente la determinación, en abstracto, de lo que debe tenerse por una modificación “substancial” en cada tipo de contrato ⁸.

10. Sobre estas bases, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 (el “Proyecto de 1987”), se apartó del sistema tradicional y propuso un sistema próximo al de la Convención de Viena. La propuesta de redacción del artículo 1151 del Código Civil de acuerdo con dicho Proyecto era la siguiente: “[h]ay aceptación cuando el destinatario de una oferta manifiesta su asentimiento con ella. Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta.

⁸ El artículo 2.22 de los Principios UNIDROIT contempla el problema resultante de la existencia de contradicciones entre condiciones generales contenidas en formularios utilizados ambas partes para manifestar la oferta y la aceptación. La norma en cuestión sienta la regla conforme a la cual, pese a las discrepancias, el contrato, en principio, se concluye, aunque solo forman parte del mismo los términos coincidentes de los formularios, pero no aquellos sobre los cuales hay disenso. Los términos contradictorios se neutralizan entre sí y no forman parte del contrato (*knock-out rule*). La Convención de Viena no tiene una disposición análoga a la comentada.

Las otras modificaciones que el destinatario le introduzca se consideran admitidas por el oferente si no manifiesta sin demora su rechazo”.

11. Por su parte, el Proyecto de 1998 de la Comisión creada por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/1995 (el “Proyecto de 1998”) retomó la corriente expresada por el Proyecto de 1987. Su artículo 929 disponía que “[p]ara que haya aceptación expresa el aceptante debe realizar una manifestación que: a) Dé conformidad con la oferta. Las modificaciones substanciales que el aceptante introduce a la oferta importan su rechazo, pero las otras pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante [...]”.

3. El artículo 978 del CCyC. Conclusiones.

12. Sobre la base de estos antecedentes, podemos intentar desentrañar el sentido de la norma contenida en el artículo 978 del CCyC. Recordemos que esa disposición establece, bajo el título “**Aceptación**” que:

“[p]ara que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”.

13. La primera pregunta que cabe abordar es si la norma transcripta se ajusta a la doctrina tradicional en esta materia o, por el contrario, acoge [y en este último caso, en qué medida], alguna de las modernas tendencias en el sentido de la flexibilización de las consecuencias de la *mirror-image rule* o *last-shot rule*.

Creemos que no puede dudarse que el CCyC se mantiene dentro de los cánones de la doctrina tradicional, en sus dos aspectos clave (i) la aceptación debe expresar la “plena” conformidad con todos los términos y condiciones de la oferta, (ii) cualquier modificación introducida en el intento de aceptación, cualquiera fuera su importancia, “no vale como tal” [es decir, como aceptación] sino como contraoferta o, como lo decía textualmente el artículo 1152 del régimen legal derogado y reproduce al pie de la letra el CCyC: la “propuesta de un nuevo contrato”. Por lo tanto, el tenor del artículo 978 del CCyC no permite considerar separadamente la cuestión de la formación del contrato y el problema de la determinación de su contenido, aspectos que reciben, de una vez, una única y misma solución. Esta conclusión proyecta efectos de importancia sobre el alcance que debe atribuírsele a lo dispuesto por el artículo 982 del CCyC, en materia de los así denominados “**Acuerdos Parciales**”⁹.

14. La reciente reforma no aprovechó la ocasión para despejar, en algún sentido, la duda interpretativa esbozada más arriba, en cuanto a si la respuesta que modifica la oferta, además de “no aceptación” y contraoferta, importa un “rechazo” y consiguiente

⁹ Artículo 982: “**Acuerdo parcial.** Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto a alguno de los elementos o de todos ellos”.

extinción de la oferta [tal como resulta, por ejemplo del artículo 19 de la Convención de Viena] o por el contrario, tal extinción no se produce y la oferta se mantiene vigente de acuerdo con sus términos y susceptible aún de aceptación [en caso de falta de aceptación de la contraoferta].

15. La respuesta dada al primer interrogante [*vid.* § 13 *supra*], despierta, casi de inmediato, una segunda incógnita acerca del sentido que cabe asignar, en este contexto, a la frase final del artículo 978 del CCyC en cuando dispone: “pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”.

¿Cuál es la razón de ser de esta disposición en la economía general del artículo? Si la pretensa aceptación modificatoria no es aceptación, sino contrapropuesta ¿a qué se refiere el legislador cuando habla de que el proponente [cuya oferta por hipótesis no ha sido aceptada] puede “admitir” las modificaciones a una oferta que ya no es tal [al estar rechazada o, en el mejor de los casos, superada, al menos temporariamente, por una contraoferta vigente], siempre que lo comunique de inmediato a quien califica como aceptante [a pesar de que en la línea anterior había establecido que no era aceptante, dado que su pretensa aceptación “no vale como tal”]. ¿Ha querido el legislador disponer que las contraofertas solo pueden ser aceptadas “de inmediato”? Si de redacción de la norma logra inferirse esto último ¿cuál sería el sentido de semejante restricción? ¿Por qué las “contraofertas” –que no son otra cosa que ofertas-- deberían ser aceptadas de otro modo que las demás “ofertas”? No es sencillo develar estos enigmas desde la perspectiva interpretativa abordada.

Entendemos que la última parte del artículo 978 del CCyC es, en realidad, una rémora producto de haberse abrevado en alguno de los proyectos de reformas comentados [el Proyecto de 1987 o el Proyecto de 1998] donde el sistema general era distinto del adoptado por el CCyC.

En efecto, solo parece tener sentido que el legislador se ocupe de cómo deberían ser consentidas por el oferente las modificaciones a la oferta introducidas por su destinatario al pretender aceptar en un esquema de formación del consentimiento en el cual esas modificaciones *no* importen indefectiblemente el rechazo o no aceptación de la oferta [y, por ende, una contraoferta]. Tan solo en un sistema donde la aceptación, pese a modificar la oferta, sea idónea para, en ciertos casos, concluir el contrato, tiene sentido regular cuál será la suerte de las modificaciones en relación al contrato ya concluido. Caso contrario, cuando la formación del contrato y el contenido del mismo se resuelven a la vez y de modo unívoco, una referencia como contenida al final del artículo 978 del CCyC no encuentra sentido lógico.

16. Por consiguiente, entendemos que la frase que con que concluye el artículo 978 del CCyC sería producto de una inadvertencia, y debería, entonces, procurarse su supresión en una próxima reforma.