

Consejo Consultivo de la CISG¹ **Opinión Consultiva No. 13²**

La incorporación de cláusulas estándar bajo la CISG

Para ser citado como: Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (“CISG-AC”). Opinión Consultiva No. 13: La incorporación de cláusulas estándar bajo la CISG. Profesor Sieg Eiselen, Facultad de Derecho, Universidad de Sudáfrica, Pretoria, Sudáfrica. Adoptado por la CISG-AC siguiendo su reunión número 17 en Villanova, Pensilvania, Estados Unidos de América, el 20 de enero de 2013.

Traducción al español por el Licenciado Guillermo Coronado Aguilar y revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

La reproducción de ésta Declaración ha sido autorizada.

OPINIÓN

- 1. La inclusión de cláusulas estándar bajo la CISG se rige por las reglas de la CISG aplicables a la formación e interpretación del contrato.**
- 2. Las cláusulas estándar se consideran incorporadas al contrato cuando las partes han acordado incluirlas, expresa o implícitamente, al celebrar el contrato**

¹ La CISG-AC es una iniciativa privada respaldada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho en la Universidad Pace (Institute of International Commercial Law at Pace University School of Law) y el Centro de Estudios de Derecho Comercial Queen Mary, de la Universidad de Londres. (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London). El Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC) fue constituido con la finalidad de contribuir a la comprensión de la CISG, promover y colaborar en su interpretación uniforme.

En su reunión fundacional, que tuvo lugar en París en junio del año 2001, el Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AC por el término de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la Universidad de Londres (“Queen Mary”), fue electo Secretario. El Consejo Asesor de la CISG ha sido integrado por: Prof. Emérito Eric E. Bergsten, de la Universidad de Pace; Prof. Michael Joachim Bonell, de la Universidad de Roma, “La Sapienza”; Prof. E. Allan Farnsworth de la Universidad de Columbia; Prof. Alejandro M. Garro de la Universidad de Columbia; Prof. Sir Roy M. Goode, de la Universidad de Oxford; Prof. Sergei N. Lebedev de la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Prof. Jan Ramberg, de la Universidad de Estocolmo; Prof. Peter Schlechtriem, de la Universidad de Friburgo; Prof. Hiroo Sono, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hokkaido; Prof. Claude Witz, de la Universidad de Saarlandes y de la Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el mismo consejo.

En reuniones subsecuentes, el CISG-AC eligió como miembros adicionales a Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid; Prof. Ingeborg Schwenzer, de la Universidad de Basilea; Prof. John Y. Gotanda, de la Universidad de Villanova; y Prof. Michael G. Bridge, de la Escuela de Economía de Londres. El Prof. Jan Ramberg sirvió por un término de tres años como su segundo presidente de la CISG-AC. En su Onceava reunión en Wuhan, República Popular de China, el Prof. Eric E. Bergsten de la Universidad de Pace fue elegido como Presidente de la CISG-AC y el Prof. Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sudáfrica fue electo Secretario. En su catorceava reunión en Belgrado, Serbia, la Prof. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea fue electa Presidente de la CISG-AC.

² Las reglas 1-9 fueron adoptadas por unanimidad. La regla 10 fue aprobada por todo el Consejo, excepto por un voto disidente.

y la parte adherente tuvo una oportunidad razonable de conocer dichas cláusulas.

3. Se considera que la parte adherente ha tenido una oportunidad razonable de conocer las cláusulas estándar cuando, entre otras circunstancias:

3.1. Las cláusulas estándar se adjuntan a un documento empleado durante la celebración del contrato o si se encuentran impresas al reverso de dicho documento;

3.2. Dichas cláusulas se encuentran disponibles cuando las partes se encuentran frente a frente al tiempo de negociar el contrato;

3.3. En el supuesto de comunicaciones electrónicas, dichas cláusulas están al tiempo de celebrarse el contrato disponibles, accesibles y a disposición de la parte adherente por vía electrónica; 3.4. Las partes han acordado con anterioridad someterse a las mismas cláusulas estándar.

4. Las cláusulas estándar no pueden ser incorporadas con posterioridad a la celebración del contrato a menos que dicho contrato sea modificado por acuerdo de las partes.

5. Toda referencia a la incorporación de cláusulas estándar, como así también las cláusulas mismas, debe ser clara para una persona razonable del mismo tipo y bajo las mismas circunstancias que la otra parte.

6. Toda referencia a la incorporación de cláusulas estándar será considerada clara cuando:

6.1. Pueden ser leídas y comprendidas por una persona razonable; y

6.2. Pueden ser leídas en un idioma que cabe razonablemente esperar pueda ser comprendido por la parte adherente. Dicho idioma incluye el utilizado para la parte negociada del contrato, las negociaciones mismas o el idioma regularmente empleado por la parte adherente.

7. No forman parte del acuerdo las cláusulas estándar que sean tan sorprendidas o inusuales que una persona razonable del mismo tipo que la parte adherente no hubiera podido razonablemente esperar que dichas cláusulas formaran parte del acuerdo.

8. En caso de conflicto entre cláusulas negociadas y cláusulas estándar, las cláusulas negociadas prevalecen sobre las cláusulas estándar.

9. En caso de que el significado de una cláusula estándar sea ambiguo a pesar de un esfuerzo de interpretación, prevalecerá la interpretación que sea más favorable a la parte adherente.

10. En el caso de que ambas partes deseen incorporar cláusulas estándar y lleguen un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, se considera

que el contrato se ha perfeccionado en relación con las cláusulas negociadas y aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente objete con antelación, o más tarde pero sin demora injustificada, que el contrato sea celebrado sobre esas bases.

COMENTARIOS

En General

1. Es una característica común de los procesos económicos modernos sobre producción en masa que los contratos de manufactura, distribución y entrega de productos y servicios se rijan por términos y condiciones estándar preparados por una de las partes.³ Las cláusulas estándar son preparadas por adelantado por una de las partes para uso general y repetitivo, siendo utilizadas, de hecho, sin que hayan sido previamente negociadas con la otra parte.⁴ Así es como el contenido del contrato puede consistir no sólo en la parte que ha sido negociada y acordada por las partes, sino también en base a cláusulas estándar utilizadas por las partes, contratos marco, contratos estandarizados elaborados por la industria o una combinación de ellos.⁵
2. Uno de los problemas perennes con respecto a las cláusulas estándar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos consiste en determinar si los términos que normalmente no son objeto de una negociación específica deben considerarse como parte del acuerdo celebrado entre las partes.⁶
3. El Grupo de Trabajo de la CNUDMI discutió esta cuestión de la incorporación de cláusulas estándar, pero decidió que era suficiente contar con las disposiciones que se refieren a la interpretación del contenido del contrato.⁷ La mayoría de los comentaristas y fallos están

³ Raiser L *Das Recht der Allgemeine Geschäftsbedingungen* (Hamburg 1935) 26 ff; Wolf M, Horn N & Lindacher WF *AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* 4th ed (Frankfurt 1999) Einl para 1; Hondius EH *Standaardvoorwaarden* (Deventer 1978) 123; Kötz H "Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?" in *Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages (Band I) Gutachten* (Munich 1974) A23-24; Heinrichs H in Bassenge P et al (eds) *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* 71st ed (Munich 2012) AGB Gesetz par 1-3; Slawson WD "Standard form contracts and the democratic control of lawmaking power" 1971 *Harv LR* 529; Llewellyn K "The standardization of commercial contracts in English and continental law" 1939 *Harv LR* 701; Basedow J in Kruger (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil* 5th ed (Beck München 2007).

⁴ Definición similar se halla en los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, 2010 ("Principios UNIDROIT") Artículo 2.1.19(2). Schroeter U in Schwenger I (ed) *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 3rd ed (2010 OUP) Art 14 para 32.

⁵ Schroeter U en Schwenger (ed) *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 3rd ed (2010 OUP) Art 14 para 32.

⁶ Magnus U "Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG" en Andersen CM & Schroeter UG (eds), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (London 2008) 323; Schmidt-Kessel M in Schwenger I (ed) *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 3rd ed (2010 OUP) Art 8 paras 55-58.

⁷ Una propuesta específica sobre incorporación de cláusulas estándar en el Grupo de Trabajo de la CISG fue rechazada en la novena sesión de la CNUDMI – ver *Yearbook IX* (1978) p 81. Ver también Schroeter en

de acuerdo en que la incorporación de las cláusulas estándar queden sujetas a aquellas disposiciones que se refieren a la formación del contrato.⁸ Las reglas y disposiciones de derecho interno que regulan las cláusulas estándar podrán aplicarse solamente si se refieren a cuestiones de validez.⁹

4. No se presenta mayor problema cuando las partes han acordado expresamente incorporar cláusulas estándar, pero con frecuencia su incorporación tiene lugar a través de una mera referencia en una comunicación oral o escrita, sin que exista un acuerdo claro y expreso sobre dicha incorporación.¹⁰ Algunas veces el texto de las cláusulas estándar acompañan el contrato principal, por ejemplo al ser impresos en el reverso de un formulario ordenando ciertas mercaderías,¹¹ pero la mayoría de las veces el contrato contiene una mera cláusula de incorporación sin incluir el texto que le acompaña.¹² En este caso cabe determinar si tal modo de incorporación es válida.
5. La característica esencial de las cláusulas estándar es que no han sido negociadas de forma individual por las partes. No importa cómo dichas cláusulas sean presentadas, quién las redactó o su extensión. Las cláusulas estándar pueden haber sido redactadas especialmente por una de las partes o pueden ser redactadas por una organización empresarial para su uso general en el comercio o industria de que se trate.¹³
6. Aunque existen diferentes definiciones de las cláusulas estándar o términos no

Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 14 para 32; Magnus U J von *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz and Nebengesetze Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (2005 Sellier) Art 14 para 41; Ferrari F in Kröll S, Mistelis L & Perales Viscasillas P *UN Convention on Contracts for the Sale of Goods (CISG)* (2011 Beck) Art 14 para 38.

⁸ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 paras 32-33; Magnus *Kommentar* Art 14 para 41; Ferrari in *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 38; **Austria** 31 Agosto 2005 Suprema Corte (caso Tantalum powder) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>; **Austria** 31 Agosto 2005 Suprema Corte (caso Tantalum) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>; **Austria** 17 Diciembre 2003 Suprema Corte (caso Tantalum powder) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>; **Alemania** 31 Octubre 2001 Suprema Corte (caso Machinery) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>; **Alemania** 26 Junio 2006 Corte de Apelaciones de Frankfurt (caso Printed goods) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>; **Italia** 21 Noviembre 2007 Tribunal [Corte de Distrito] Rovereto (*Takap B.V. v. Europlay S.r.l.*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121i3.html>; **Holanda** 29 Mayo 2007 Gerechtshof [Corte de Apelaciones] - Hertogenbosch (caso Machine) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070529n1.html>; **Suiza** 11 Diciembre 2003 Corte de Distrito Zug (caso Plastic granulate) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031211s1.html>; **Estados Unidos de Norte América** *Travelers Property Casualty Company of America et al v Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd*, US Dist Ct (D Minn), 31 Enero 2007 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>.

⁹ Art 4(2)(a). Ver Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 34; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 42; **Alemania** 21 Abril 2004 Corte de Apelaciones Düsseldorf [15 U 30/03] (Yarn case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g1.html>; **Austria** 23 Marzo 2005 Oberlandesgericht [Corte de Apelaciones] Linz (caso Conveyor band) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050323a3.html>; **Alemania** 12 Junio 2008 Corte de Distrito Landshut (caso Metalic slabs) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080612g2.html>.

¹⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 37.

¹¹ Ver por ejemplo **Francia** 13 Diciembre 1995 *Cour d'appel* [Corte de Apelaciones] Paris (*ISEA Industrie v. Lu*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

¹² Magnus, *Festschrift Kritzer* 315; Schroeter in *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 37. Ver por ejemplo **Austria** 31 Agosto 2005 Suprema Corte (caso Tantalum) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>; **España** 27 Diciembre 2007 Corte de Apelaciones de Navarra (Caso involucrando maquinaria para la reparación de ladrillos) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>; **Alemania** 11 Junio 2007 Corte de Apelaciones de Dresden (caso de partes de Bolsa de Aire) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070611g1.html>; **Bélgica** 4 Noviembre 1998 Corte de Apelaciones Antwerp (*I.S. Trading v. Vadotex*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981104b1.html>; **Bélgica** 25 Abril 2001 Corte de Distrito Veurne (BV BA G-2 v. AS C.B.) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010425b1.html>.

¹³ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 32; Naudé *Commentary on PICC* Art 2.1.19 paras 3-4.

negociados,¹⁴ la definición contenida en el Artículo 2.1.19 de los Principios de la UNIDROIT para Contratos Comerciales Internacionales ("Principios UNIDROIT") provee un buen ejemplo de dicha definición.¹⁵ La característica clave de éstas cláusulas es el hecho de que no son negociadas entre las partes.

B Comentarios Específicos

Regla 1. La inclusión de cláusulas estándar bajo la CISG se rige por las reglas de la CISG aplicables a la formación e interpretación del contrato.

Principios básicos de la formación del contrato

- 1.1. La CISG no desarrolla expresamente los requisitos que requiere la inclusión de cláusulas estándar, por lo que los tribunales deben recurrir a aquellas disposiciones que se refieren a la formación e interpretación del contrato en general.¹⁶ El tema se rige fundamentalmente por el artículo 8(2) CISG, que dispone que si una parte no conoce cuál ha sido la intención de la otra parte acerca de un término en particular, dicho término debe interpretarse como lo hubiera entendido una persona razonable del mismo tipo y en las mismas circunstancias.¹⁷
- 1.2. La CISG trata sobre la formación del contrato en la Parte II, y de manera más específica para este propósito, en los artículos 14, 18, 19 y 23 CISG.¹⁸
- 1.3. También es necesario considerar los artículos 8 y 9 CISG, que se refieren a la interpretación de cualquier declaración realizada por las partes, ya que las declaraciones y conducta de las partes constituyen la plataforma de la oferta y la aceptación, como así también de los usos establecidos entre las partes.¹⁹

¹⁴ Ver por ejemplo § 305(1) del BGB Alemán; Artículo 2.1.19 de los Principios UNIDROIT; Art 2:209(3) de los Principios Europeos de Derecho Contractual. Ver Naudé T en Vogenauer S & Kleinheisterkamp J *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (OUP Oxford 2009) Art 2.1.19 paras 1-5. El Grupo de Trabajo de UNIDROIT encontró extremadamente difícil el acordar una definición – ver “*Documents Issued in connection with UNIDROIT’s Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts*” p 94. Ver también Basedow *Münchener Kommentar* § 305 paras 5-8.

¹⁵ Comentario número 2 al Art. 2.1.19 de los Principios UNIDROIT describe de forma correcta las cláusulas estándar como sigue:

“Cláusulas estándar” deben de ser entendidas como aquellas cláusulas contractuales que son preparadas por adelantado para su uso general y repetitivo por una de las partes y por las que son utilizadas sin haberse negociado con la otra parte (para. (2)). No es decisivo su presentación formal (ejemplo si se encuentran contenidas en un documento separado o en el documento contractual en sí mismo; si han sido impresas en formatos pre-impresos o solamente se encuentran en un documento electrónico, etc.), ni quien las preparó (el oferente en sí, una asociación profesional o comercial, etc.), ni su volumen (si consisten en un completo set de cláusulas que cubren casi todos los aspectos relevantes del contrato, o solo una o dos cláusulas con respecto, por ejemplo, la exclusión de responsabilidad y arbitraje). Lo que es decisivo es el hecho de que han sido redactadas por adelantado para su uso general y repetitivo, y que son efectivamente utilizadas en un caso en particular por una de las partes sin haber sido negociadas con la otra parte. Éste último requisito obviamente se relaciona solo con las cláusulas estándar como tal, las cuales la otra parte debe de aceptar como un todo, mientras que los otros términos del mismo contrato pueden encontrarse sujetos a negociación entre las partes.”

¹⁶ Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 55-56; *Magnus Kommentar* Art 14 para 40.

¹⁷ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 36; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para

¹⁸ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Intro Art 14-24 para 1-4; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Intro Art 14-24 para 4.

¹⁹ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 346.

- 1.4. La cuestión acerca de si dichos términos deben considerarse incluidos en el contrato cae de lleno dentro del ámbito aplicación de la CISG.²⁰
- 1.5. Las declaraciones y conducta de las partes que conducen a la conclusión misma del contrato deben interpretarse a la luz de los artículos 8 y 9 CISG. El artículo 8 CISG debe aplicarse a la interpretación de la oferta realizada por el oferente en los términos del artículo 14 CISG, así como también debe aplicarse a la aceptación de la oferta por el destinatario en los términos de los artículos 18 y 19 CISG, ya que las declaraciones y conducta de las partes subyacen a la oferta y la aceptación.²¹
- 1.6. Cuando el oferente ha comunicado claramente al destinatario su deseo de sujetar el acuerdo a sus cláusulas estándar, dichas cláusulas se aplican si son aceptadas por el adherente, a menos que éste indique que no acepta tal incorporación, siempre y cuando dicho adherente haya tenido una oportunidad razonable para enterarse del contenido de dichas cláusulas.²²
- 1.7. No debería haber problema alguno acerca de la incorporación de las cláusulas estándar en aquellos casos en que ha habido una referencia clara y precisa a su incorporación, en la medida en que la aceptación de dichas cláusulas por parte del adherente crea una impresión razonable en la mente del oferente de que su oferta ha sido aceptada sin ninguna modificación.²³
- 1.8. Si el adherente deja de leer la cláusula de incorporación, carecería de la intención subjetiva de aceptar dichas cláusulas, pero el oferente no puede ser responsabilizado por este hecho. La conducta del adherente crea la impresión objetiva de que la oferta ha sido aceptada. El artículo 8(2) CISG por tanto debería ser aplicado.²⁴

²⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 paras 32-33; Magnus *Kommentar* Art 14 para 41; Ferrari in *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 38; **Austria** 31 Agosto 2005 Suprema Corte (caso Tantalum) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>; **Austria** 31 Agosto 2005 Suprema Corte (caso Tantalum) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>; **Austria** 17 Diciembre 2003 Suprema Corte (caso Tantalum powder) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>; **Alemania** 31 Octubre 2001 Suprema Corte (caso Machinery) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>; **Alemania** 26 Junio 2006 Corte de Apelaciones Frankfurt (caso Printed goods) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>; **Italia** 21 Noviembre 2007 Tribunal [Corte de Distrito] Rovereto (*Takap B.V. v. Europlay S.r.l.*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121i3.html>; **Holanda** 29 Mayo 2007 Corte de Apelaciones - Hertogenbosch (caso Machine) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070529n1.html>; **Suiza** 11 Diciembre 2003 Corte de Distrito Zug (caso Plastic granulate) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031211s1.html>; **Estados Unidos de Norte América** *Travelers Property Casualty Company of America et al v Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd*, US Dist Ct (D Minn), 31 Enero 2007 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>. **Holanda** 17 Marzo 2004 Corte de Distrito Arnhem (caso *Soil for plants*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040317n1.html>. Para un caso previo que parece similar, **Holanda** 1 Marzo 1995 Corte de Distrito (caso *Textiles*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950301n2.html>. Sin embargo, ver **Holanda** 28 Enero 2005 Hoge Raad (caso de tomates *Gran Canaria*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050128n1.html>. Ver sin embargo Magnus *Kommentar* Art 14 para 42; Schwenzer & Hachem in *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 4 para 12.

²¹ Magnus *Kommentar* Art 14 para 41; Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 55; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 39.

²² Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 55; Schmidt-Kessel Case Commentary en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>.

²³ Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 55; Schmidt-Kessel Case Commentary en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>; Schroeter in *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 37; **Austria** 17 Diciembre 2003 Suprema Corte (caso *Tantalum powder*) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>]; **Estados Unidos de Norte América** *Filanto SpA v. Chilewich Intern Corp* 789 F Supp 1229, 1240 (SD NY 1992). Contra Magnus *Kommentar* Art 14 para 41 **Alemania** 31 Octubre 2001 Supreme Court (caso *Machinery*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>; **Holanda** 10 Febrero 2005 Netherlands Arbitration Institute (laudo parcial) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>; Magnus *Festschrift Kritzer* 314.

²⁴ Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 39; Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para.

- 1.9. Si la oferta por escrito contiene una clara cláusula de incorporación y ésta es aceptada sin ninguna cualificación por el destinatario, constituiría entonces una conducta objetivamente razonable por parte del oferente el confiar en tal aceptación sin objeciones en el sentido de que sus cláusulas estándar serán aplicables,²⁵ siempre que dichas cláusulas se hubieran encontrado razonablemente disponibles para la otra parte al momento de las negociaciones o de la celebración del contrato.²⁶ Esta es la deducción que haría una persona razonable del mismo tipo que el oferente bajo similares circunstancias.

Regla 2. Las cláusulas estándar se consideran incorporadas al contrato cuando las partes han acordado incluirlas, expresa o implícitamente, al celebrar el contrato y la parte adherente tuvo una oportunidad razonable de conocer dichas cláusulas.

2.1. Diferentes puntos de vista de la jurisprudencia

- 2.2. Como se verá a continuación, la jurisprudencia ha adoptado enfoques diferentes acerca de la inclusión de cláusulas estándar bajo la CISG.

(a) Prerequisito de poder acceder a las cláusulas estándar

- 2.3. Se ha sostenido en un buen número de fallos que las cláusulas estándar no han sido válidamente incorporadas en el contrato a menos que el oferente haya puesto las cláusulas estándar a disposición del destinatario de la oferta, de tal manera que dicho destinatario haya tenido una oportunidad razonable de acceder a ellas.²⁷ El caso líder es la sentencia de la Suprema Corte de Alemania en la llamada causa de la *Maquinaria*,²⁸ en donde el alto tribunal expresó:

“2. Por lo tanto, en base a una interpretación conforme al artículo 8 CISG, cabe determinar si los términos y condiciones generales forman parte de la oferta, lo que puede surgir de la negociación mantenida entre las partes, prácticas existentes entre ellas o la costumbre internacional (art. 8(3) CISG). En cuanto al resto, debe analizarse cómo habría entendido la oferta una “persona razonable del mismo tipo que la otra parte” (art. 8(2) CISG).

Suele exigirse que el adherente de una oferta supuestamente basada en términos y condiciones generales haya tenido la posibilidad razonable de conocer dichos términos o condiciones (Staudinger/Magnus, Art. 14 &p;41; Schlechtriem/Slechtriem, supra; Soergel/Lüderitz/Fenge, supra; Reithmann/Martiny, International Sales Law, 5th ed., ¶ 651). La incorporación efectiva de las condiciones y términos generales exige por lo tanto que la intención del oferente de incorporar sus términos y condiciones en el contrato haya sido conocida por el adherente. Además, tal como lo da correctamente por sentado la Corte de Apelaciones, la Ley Uniforme sobre Compraventas requiere al usuario de los términos y condiciones generales ransmitir su texto o ponerlo a disposición hacerlo disponible de alguna otra manera (ver también Piltz, Sales Law, §3 &pp;77 et seq.; Piltz, NJW, supra; Teklote, The Uniform Sales Law and the

²⁵ Schroeter en *Slechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 37; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 39.

²⁶ Ver la discusión sobre la Regla 3 abajo. **Alemania** 31 Octubre 2001 Suprema Corte (caso *Machinery*) pag. 7 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>]; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 39; Schroeter en *Slechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 40.

²⁷ Schroeter en *Slechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 40; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 39.

²⁸ **Alemania** 31 Octubre 2001 Suprema Corte (caso *Machinery*) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>]. Ver también **Holanda** 10 Febrero 2005 Netherlands Arbitration Institute (laudo parcial) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>. Ver Schmidt-Kessel Comentario en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>. Ver también **Alemania** 24 Julio 2009 Appellate Court Celle (*Broadcasters case*), **Alemania** 15 Octubre 2009 District Court Stuttgart (Printing machine case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091015g1.html>; **Holanda** 21 Enero 2009 District Court Utrecht (*Sesame seed case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090121n1.html>; Magnus *Festschrift Kritzer* 319-320.

German Law on General Terms and Conditions, 1994, pp. 112 et seq.; Hennemann, General Terms and Conditions Control and the CISG from the German and French Viewpoints, Ph.D. Thesis 2001, pp. 72 et seq.; del mismo modo, Staudinger/Magnus, supra, con referencia a la Suprema Corte de Austria, RdW 1996, 203, 204, con comentarios de Karollus RdW 1996, 197 et seq.; un punto de vista diferente, Holthausen, RIW 1989, 513, 517).

[énfasis del autor]

El análisis del tribunal y su interpretación del artículo 8(2) CISG impone requisitos más estrictos que los exigidos por el derecho interno alemán.²⁹ El criterio de la CISG resulta por lo tanto más acorde a la postura adoptada por otros ordenamientos jurídicos, estableciendo requisitos más exigentes que los impuestos por el derecho alemán y por el derecho interno de la mayoría de los países del common law.³⁰

2.3. Aunque el criterio del tribunal alemán en el caso de la *Maquinaria* no deja de ser controvertido,³¹ la opinión mayoritaria es que sería deseable que dichas cláusulas sean puestas a disposición de la contraparte al momento de celebrarse el contrato.³²

2.4. Éste es el **enfoque** que debe ser favorecido por encima de otros que se examinarán más adelante, ya que resulta más acorde a los principios subyacentes de la CISG y a los requisitos del comercio internacional.

2.5. La sentencia alemana en el caso de la *Maquinaria* ha sido interpretada por otros tribunales inferiores alemanes³³ y por tribunales holandeses³⁴ en el sentido de que dichos términos deben ser

²⁹ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 14* para 41; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG Art 14* para 40. Ver también **Alemania** 24 Julio 2009 Appellate Court Celle (*Broadcasters case*) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html>]. Este es un caso en el que la Corte estableció:

"Por lo tanto la incorporación efectiva de las cláusulas y condiciones estándar en el contrato – como en este caso en concreto – se rige por la CISG, conforme a sus disposiciones sobre formación del contrato (art. 14 y art. 18 CISG). De acuerdo con el art. 8 CISG, el adherente de una oferta contractual, supuestamente basada en cláusulas y condiciones estándar, debe de tener la posibilidad de conocerlas de una manera razonable (decisión de la Suprema Corte Federal Alemana (Bundesgerichtshof; BGH) en: BGHZ vol. 149 113, 116 et seq.). Dentro del ámbito de aplicación de la Convención, la inclusión efectiva de cláusulas y términos estándar no sólo exige que la intención del oferente de incluir las cláusulas y términos estándar sea conocida por el adherente. La CISG también requiere que el usuario de dichas cláusulas transmita su texto o lo haga disponible de alguna otra manera (ver la decisión de la Suprema Corte Federal Alemana) (Bundesgerichtshof; BGH) in: BGHZ, supra, with further references"

³⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 14* para 41.

³¹ EL hecho de que este punto de vista sea generalmente aceptado por académicos alemanes, como lo sostiene Magnus *Festschrift Kritzer* 320 y el Supremo Tribunal alemán, no implica que deje de ser una cuestión controvertida. Ver Magnus *Festschrift Kritzer* 320; Huber, "Standard Terms under the CISG," 13 (2009) *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 126-127; Eiselen S "The Requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contracts" 2011 *Potchefstroom Electronic Law Review* available at <http://dspace.nwu.ac.za/handle/10394/4494>; Schmidt-Kessel, M (2002), *Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter UN-Kaufrecht' 2002 Neue Juristische Wochenschrift* 3444; Schmidt- Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 8* § 55.

³² Magnus *Festschrift Kritzer* 320; Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 14* para 41; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG Art 14* para 340. Ver Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary Art 8* par 57-58.

³³ Ver por ejemplo **Alemania** 20 Diciembre 2007 Appellate Court Oldenburg (*Industrial tools case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>] donde el tribunal expresó:

*Para concluir, el tribunal da por sentado que [el Comprador] no puede confiar en una cláusula de elección del foro contenida en una cláusula estándar debido a que éstas cláusulas no fueron presentadas [al Vendedor] al momento de la celebración del contrato. Una mera referencia o posibilidad de la otra parte de obtener las cláusulas estándar no es suficiente para cumplir los requisitos exigidos para celebrar acuerdo de elección del foro válido conforme a la Regulación de Bruselas I en su art. 23(1). Ver también **Alemania** 3 Agosto 2005 District Court Neubrandenburg (*Pitted sour cherries case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050803g1.html>; **Alemania** 12 Junio 2008 District Court Landshut (*Metalic slabs case*)*

entregados o enviados al adherente al tiempo de la contratación. Este estándar es demasiado estricto.³⁵ La sentencia del Supremo Tribunal alemán deja espacio para poner las cláusulas estándar a disposición de la otra parte, de tal manera que le otorgue una oportunidad razonable para tomar nota de ello.³⁶ Esto contempla la posibilidad, por ejemplo, de hacer referencia a las cláusulas estándar en el sitio de internet del oferente, donde los términos se encuentren disponibles.³⁷

2.6. No es necesario que el oferente ponga dichos términos a disposición de la otra parte cuando las partes han realizado operaciones previas sometidas a dichas cláusulas estándar o cuando el adherente tiene conocimiento previo del contenido de dichas cláusulas.³⁸

(b) Suficiencia de la simple referencia

2.7. En el caso **austríaco** del *Propano*³⁹, el tribunal adoptó un enfoque más tradicional, a la manera de otros sistemas de derecho interno: *La CISG no contempla requisitos específicos para la incorporación de condiciones generales de negociación, tales como las condiciones generales de venta [del vendedor], en un contrato. Por lo tanto, los requisitos necesarios para tal inclusión deberán de ser desarrollados a partir del art. 14 et seq. CISG, el cual contiene los requisitos exclusivos para la conclusión de un contrato (cf. Piltz, Internationales Kaufrecht, Art. 5 n. 75). Por lo tanto, para que sean consideradas parte del contrato, las condiciones generales de venta tienen que ser parte de la oferta de acuerdo con la intención del oferente, de tal manera que el adherente no podría haber ignorado tal intención (art. 8(1) y (2) CISG). Dicha incorporación de las cláusulas a la oferta también pueda ser hecha implícitamente o ser inferida de las negociaciones entre las partes o de una práctica desarrollada por ellas.*

2.8. Este enfoque, como lo ha señalado Magnus, torna injusta la distribución de los riesgos en las operaciones internacionales.⁴⁰ No le incumbe al adherente pedir una copia de las cláusulas estándar a la otra parte cuando éste es quien persigue incorporarlas al contrato.⁴¹

(c) Cuando las cláusulas se encuentran adjuntas hay una clara referencia a su incorporación

2.9. El caso francés *Isea*⁴² presenta un escenario más problemático. En este caso el comprador envió los formularios de órdenes de compra al vendedor. Los formularios contenían las cláusulas estándar al reverso, pero carecían de una cláusula de incorporación al frente del documento. El tribunal razonó de la siguiente manera:

Conforme al artículo 18(2) de la [CISG], la compraventa en disputa se celebró en el momento en que el [Comprador] recibió de parte del [Vendedor] el formulario de orden firmado por su representante, esto es, el 5 Abril 1991.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080612g2.html>.

³⁴ Ver por ejemplo **Holanda** 21 Enero 2009 District Court Utrecht (Sesame seed case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090121n1.html>]; **Holanda** 25 Febrero 2009 District Court Rotterdam (*Fresh-Life International B.V. v. Cobana Fruchtring GmbH & Co., KG*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090225n1.html>]

³⁵ Ver sin embargo, Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* CISG Art 14 para 40.

³⁶ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 47.

³⁷ Ver la discusión abajo.

³⁸ Ver Regla 5.4 abajo. Ver también Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 par 56-57; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* CISG Art 14 para 40;

³⁹ Austria 6 Febrero 1996 Supreme Court (Propane case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

⁴⁰ Magnus *Festschrift Kritzer* 320.

⁴¹ Magnus *Festschrift Kritzer* 320-321.

⁴² **Francia** 13 Diciembre 1995 *Cour d'appel* [Appellate Court] Paris (*ISEA Industrie v. Lu*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html> [Ver también **España** 27 December 2007 Appellate Court Navarra (Caso sobre máquina rectificadora de ladrillos) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>]

Tomando en cuenta que en el frente del formulario no se hacía referencia alguna a los términos generales de venta que se encontraban en el reverso, no puede considerarse que el [Vendedor] haya aceptado dichos términos. La confirmación de la orden de 23 Abril 1991, que contiene las condiciones generales de venta, siendo posteriores a la fecha de la formación del contrato, no puede considerarse como una contra-oferta en el sentido del artículo 19(1)CISG, lo que despoja de toda relevancia al silencio del Comprador.

2.10. El tribunal no examinó si lo escrito en la parte posterior del formulario de orden era notorio o si una persona razonable en la posición del vendedor podría haber notado dichos términos en la parte posterior del documento. Adoptando un criterio estricto, el tribunal simplemente decidió que la falta de incorporación de una cláusula estándar en la parte frontal del documento era suficiente para privar de toda relevancia jurídica a dichas cláusulas.

2.11. Cabe contrastar este caso con el decidido por los tribunales estadounidenses en *Golden Valley Grape Juice*⁴³ en donde la oferta fue enviada adjunta a un correo electrónico. El correo electrónico también adjuntaba un documento estableciendo una garantía y otro documento con cláusulas estándar. La oferta no se refería específicamente a la incorporación de las cláusulas estándar, pero el tribunal decidió que la intención clara del oferente era de que todos los documentos adjuntos fueran relevantes para el convenio previamente negociado. El comprador no podía simplemente escoger cualquier documento. El tribunal expresó:

Aquí, sin embargo, las Condiciones Generales acompañaron a la oferta de venta. Las Condiciones Generales fueron adjuntas, al mismo tiempo, a la oferta de venta, junto con otra información de la venta, tal como información acerca de la garantía e información bancaria, también incluidas en el mensaje electrónico. A diferencia de Chateau y Solae, no se perseguía imponer las Condiciones Generales después haberse celebrado el contrato. Las Condiciones Generales eran parte de la oferta. De hecho, no cabe duda alguna que Centrisys revisó al menos algún otro documento adjunto en el mismo correo electrónico – la garantía.....

La prueba producida establece que al tiempo de que STS envió su oferta de venta a Centrisys, al mismo tiempo envió sus Condiciones Generales como parte de los documentos adjuntos. Mediante la aceptación de los términos de venta, Centrisys aceptó los términos de la oferta por el centrifugador, incluyendo las Condiciones Generales. Por tanto, Centrisys aceptó las Condiciones Generales.

2.12. La utilización de cláusulas estándar en todas las compraventas, domésticas e internacionales es un fenómeno bien conocido. La sentencia en *Golden Valley Grape Juice* adopta un enfoque comercialmente razonable en los casos en donde la oferta por escrito no se refiere a la incorporación de cláusulas estándar, pero éstas encuentran adjuntas o al reverso. Si los términos adjuntos son conspicuos, la otra parte no puede ignorarlos, ya sea que hayan sido enviados en un documento por separado o se encuentren impresos al reverso del documento.

(d) Aceptación implícita de las cláusulas estándar

2.13. La mayoría de las veces la aceptación de las cláusulas estándar surge de la conducta del adherente indicando en forma objetiva la aceptación de los cláusulas estándar. Esto será el caso en donde hay una clara referencia a la incorporación de los cláusulas estándar en la oferta, cláusulas que se encontraban razonablemente disponibles al momento de las negociaciones o a la conclusión del contrato, y la otra parte comienza a ejecutar el contrato sin objeción alguna a la inclusión de los cláusulas estándar. El hecho es que la parte implícitamente aceptó las cláusulas

⁴³ **Estados Unidos de Norte América** *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd Estados Unidos de Norte América* 21 Enero 2010 Federal District Court [California] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>].

estándar conjuntamente con los términos negociados al momento de su conducta.⁴⁴

Regla 3. Se considera que la parte adherente ha tenido una oportunidad razonable de conocer las cláusulas estándar cuando, entre otras circunstancias:

3.1 Las cláusulas estándar se adjuntan a un documento empleado durante la celebración del contrato o si se encuentran impresas al reverso de dicho documento;

3.2 Dichas cláusulas se encuentran disponibles cuando las partes se encuentran frente a frente al tiempo de negociar el contrato;

3.3 En el supuesto de comunicaciones electrónicas, dichas cláusulas están al tiempo de celebrarse el contrato disponibles, accesibles y a disposición de la parte adherente por vía electrónica;

3.4 Las partes han acordado con anterioridad someterse a las mismas cláusulas estándar.

(a) En General

3.1. Los ejemplos sobre cuándo debe entenderse que una parte ha tenido una oportunidad razonable para tener conocimiento de las cláusulas estándar surge de ejemplos encontrados en la jurisprudencia y mencionados por varios autores que favorecen este enfoque. Esta lista incluye las situaciones más comúnmente encontradas en la práctica pero sin ser exhaustiva. Cada situación fáctica debe ser evaluada a la luz del principio de disponibilidad razonable de las cláusulas estándar.

(b) Cláusulas adjuntas al documento utilizado en conexión a la formación del contrato o impresas en su parte posterior

3.2. En la mayoría de los casos en donde las cláusulas estándar se encuentran adjuntas a la oferta u otro documento utilizado en conexión con la formación del contrato, o impresas al reverso de dicho documento, debe entenderse que la otra parte tuvo una oportunidad razonable para percatarse de la existencia de dichas cláusulas.⁴⁵ El análisis adoptado en el caso francés *Isea*⁴⁶ debe ser la excepción en vez de la regla, dependiendo de los hechos particulares. Un análisis comercialmente aceptable es el adoptado en el caso estadounidense *Golden Valley Grape Juice*,⁴⁷ que fuera examinado con anterioridad, donde no había cláusula de incorporación en la oferta pero sí constaban en otros documentos adjuntos al correo electrónico.

(c) Cláusulas disponibles en presencia de las partes

3.3. Cuando las partes han negociado cara a cara y las cláusulas son referidas durante las

⁴⁴ Ver **Estados Unidos de Norte América** *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd* 21 Enero 2010 Federal District Court [California] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>]; **Holanda** 10 Febrero 2005 Netherlands Arbitration Institute (interim award) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>] Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 par 55-57.

⁴⁵ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 44. Ver **Estados Unidos de Norte América** *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd* 21 Enero 2010 Federal District Court [California] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>.

⁴⁶ **Francia** 13 Diciembre 1995 *Cour d'appel* [Appellate Court] Paris (*ISEA Industrie v. Lu*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

⁴⁷ **Estados Unidos de Norte América** *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd* 21 Enero 2010 Federal District Court [California] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>].

negociaciones o por medio de una cláusula de incorporación, encontrándose dichas cláusulas disponibles en el lugar de la negociación, se considera que cualquier parte tiene una oportunidad razonable de obtener conocimiento de las cláusulas estándar.⁴⁸

(d) Términos disponibles y recuperables electrónicamente

3.4. Hoy en día es moneda corriente que las partes cuenten con internet informando acerca de sus actividades. La mayoría de las veces en dichos sitios pueden encontrarse cláusulas estándar utilizadas por las partes en su contratación. Cuando durante las negociaciones una parte se refiere a la inclusión de cláusulas estándar, o existe una cláusula de incorporación en la oferta refiriéndose al sitio de internet, la otra parte cuenta con una oportunidad razonable para acceder a dichos términos, siempre que se encuentren accesibles por internet al momento de la contratación. Esto se aplica en particular cuando el contrato es concluido vía internet. Cuando el contrato ha sido concluido por otros medios, como un correo electrónico o en persona, una referencia al documento a un sitio de internet debe ser suficiente si el acceso a la página de internet se encontraba razonablemente disponible para la otra parte en dicho momento. Sin embargo, no podría sostenerse que dichas cláusulas se encontraban razonablemente disponibles en el supuesto de existir un conjunto de cláusulas estándar, sin que resulte claro cuál aplicar. No cabe dejar al arbitrio de la otra parte adivinar o preguntar cuál conjunto de cláusulas estándar son las que se aplican a una operación en particular. Dichas cláusulas deben ser susceptibles de ser recuperadas y almacenadas para una referencia futura.⁴⁹

3.5. Cuando las partes se encuentran negociando por correo electrónico u otros medios electrónicos, se considera suficiente que las cláusulas estándar se encuentren en un documento adjunto al correo electrónico o bien que pueda accederse a ellas mediante un clic sobre un enlace electrónico que redirija a las cláusulas estándar aplicables.⁵⁰ Determinar la disponibilidad resulta un poco más problemático si las negociaciones son realizadas cara a cara o por teléfono. Deviene un tema esencialmente fáctico determinar si las cláusulas estándar se encontraban razonablemente disponibles para la otra parte al momento de celebrarse el contrato.⁵¹

(e) Cláusulas utilizadas en acuerdos previos

3.6. Es razonable asumir la inclusión de cláusulas estándar cuando han sido utilizadas por las partes en negociaciones previas, encontrándose disponibles para con la otra parte al momento de las negociaciones o del contrato.⁵² Esto puede ser dado por sentado solamente cuando las cláusulas estándar han sido previa y válidamente incorporadas en los contratos celebrados entre las partes. Cuando los términos fueron incluidos en otros documentos, tales como facturas, luego de haberse concluido el contrato, no puede asumirse que hayan sido válidamente incorporadas para contratos futuros.⁵³

Regla 4. Las cláusulas estándar no pueden ser incorporadas con posterioridad a la celebración del contrato a menos que dicho contrato sea modificado por acuerdo de las partes.

4.1. Ha sido aceptado el enfoque utilizado en dos fallos de tribunales estadounidenses respecto a

⁴⁸ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 48; Staudinger/Magnus Art 14 para 41b. 49 Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para

⁴⁹ Ver sin embargo, Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 14 para 40; *Staudinger/Magnus Kommentar* Art 14 para 41.

⁵⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 50.

⁵¹ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 50.

⁵² Holanda 10 Febrero 2005 Netherlands Arbitration Institute (interim award)

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>; Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 51

⁵³ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 51; **Alemania** 3 Agosto 2005 District Court Neubrandenburg (Pitted sour cherries case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050803g1.html>]

la inclusión de cláusulas estándar con posterioridad a la celebración del contrato:⁵⁴ la referencia a y la disponibilidad frente a las cláusulas estándar debe ocurrir antes o al mismo tiempo de la celebración del contrato.⁵⁵ Una referencia o la inclusión de cláusulas estándar en una factura o un documento similar no pueden, por sí mismas, modificar las cláusulas de un contrato pre-existente.⁵⁶

4.2. Contrariamente a estos dos fallos que adoptaron un enfoque estricto pero razonable con respecto a la incorporación de cláusulas estándar, encontramos otro fallo estadounidense adoptando un enfoque inaceptablemente laxo. En *Barbara Berry* el tribunal decidió:⁵⁷

Finalmente, la cláusula de exclusión fue impresa en color rojo brillante en la parte de arriba de cada una de las 63 cajas de la plantas de frambuesa, y no existe duda de que el demandante recibió y abrió tales cajas. Aún cuando éste hubiera sido el único aviso de la cláusula de exclusión, similar al caso de Mortenson, la cláusula era conocida y válida.

*Aunque se aplique la CISG, cabe convalidar la cláusula de exclusión debido a que el demandante pagó el precio de las mercaderías y abrió los paquetes que exhibían arriba de todo, de manera prominente y en rojo, la cláusula de exclusión (el artículo 18(3) CISG, haciendo referencia al "asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio..."; artículo 18(1) CISG: una cláusula adicional puede ser aceptada por medio de un "acto del destinatario que indique asentimiento.") También, bajo el artículo 9(2) CISG, "salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate." Al parecer es frecuente hacer pedidos de mercaderías en forma oral, órdenes de compra que son seguidas de facturas con cláusulas de venta, y aunque cada una de las cláusulas no es usualmente parte de la discusión oral, su confirmación subsecuente por escrito torna exigibles las cláusulas adicionales, a menos que exista una objeción a tiempo. Ver por ejemplo, *W.T. GmbH v. P. AG*, No. P4 1991/238 (ZG Basel, Switz. Dic. 21, 1992).*

4.3. Una parte no puede agregar unilateralmente cláusulas al contrato después de que éste ha sido celebrado. Constituiría un incumplimiento del contrato si una de las partes se negara a cumplir los términos originalmente acordados. El comprador en este caso tenía derecho, bajo las disposiciones de la CISG, a ignorar los términos que el vendedor pretendió imponer unilateralmente luego de concluido el contrato. La inclusión de cláusulas estándar después de la conclusión del contrato no puede tener la virtualidad de modificar el contrato original aunque el adherente guarde silencio o ejecute su parte del contrato.⁵⁸

4.4. Cabe distinguir esta situación de los casos en donde una de las partes envía una carta de confirmación inmediatamente después de la formación del contrato, incluyendo cláusulas

⁵⁴ **Estados Unidos de Norte América** *Berry v Ken M Spooner Farms Inc* 59 UCC Rep Serv 2d 443 (WD Wash 2006); **Estados Unidos de Norte América** *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd* Estados Unidos de Norte América 21 Enero 2010 Federal District Court [California] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>; Magnus *Festschrift Kritzer* 32. Ver también **Estados Unidos de Norte América** *Solae, LLC v. Hershey Canada, Inc.*, 557 F. Supp. 2d 452 (D. Del. 2008).

⁵⁵ Sobre tiempos ver Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 59.

⁵⁶ **Estados Unidos de Norte América** *Berry v Ken M Spooner Farms Inc* 59 UCC Rep Serv 2d 443 (WD Wash 2006); Magnus *Festschrift Kritzer* 320.

⁵⁷ **Estados Unidos de Norte América** *Berry v Ken M Spooner Farms Inc* 59 UCC Rep Serv 2d 443 (WD Wash 2006); Magnus *Festschrift Kritzer* 320.

⁵⁸ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 60.

estándar.⁵⁹ Ésta opinión no se ocupa del impacto jurídico de las cartas comerciales de confirmación, que presentan una situación distinta y podría ser estudiada en una futura opinión.

Regla 5. Toda referencia a la incorporación de cláusulas estándar, como así también las cláusulas mismas, debe ser clara para una persona razonable del mismo tipo y bajo las mismas circunstancias que la otra parte.

5.1. La referencia a la incorporación de cláusulas estándar no debe encontrarse escondida o impresa de tal manera que sea fácil ignorarla. El artículo 8(2) CISG requiere, para que el asentimiento sea adecuado, que una parte no haya podido ignorar la intención de la otra parte. El requisito para que sea clara la inclusión de cláusulas estándar se encuentra en línea con esta disposición. Debe de haber un intento razonable para que la otra parte conozca dicha incorporación.⁶⁰ Aunque las cláusulas estándar suelen ser utilizadas en el comercio internacional, una parte no debe encontrarse en la obligación de perseguir la referencia a su inclusión. La obligación debe pesar sobre aquél que confía en dichas cláusulas, debiendo asegurarse que han sido establecidas de tal manera y en un lugar donde la otra parte pueda razonablemente encontrarlas.

5.2. También es necesario que las cláusulas sean claras para una persona razonable, del mismo tipo y bajo las mismas circunstancias que la parte adherente. Un ejemplo claro de falta de claridad son cláusulas redactadas en un idioma extranjero que no puede esperarse sea conocido por la parte adherente.⁶¹

Regla 6. Toda referencia a la incorporación de cláusulas estándar será considerada clara cuando:

6.1 Pueden ser leídas y comprendidas por una persona razonable; y

6.2 Pueden ser leídas en un idioma que cabe razonablemente esperar pueda ser comprendido por la parte adherente. Dicho idioma incluye el utilizado para la parte negociada del contrato, las negociaciones mismas o el idioma regularmente empleado por la parte adherente.

6.1. No existe, conforme a la CISG, un requisito particular en cuanto a los requisitos de forma, diseño o tamaño del texto de las cláusulas estándar o cualquier otra cláusula. Sólo se requiere, conforme al artículo 8(2) CISG, que una persona razonable del mismo tipo sea capaz de comprender el contenido de las cláusulas estándar, tal como se encuentran presentadas. No deben considerarse incorporadas, por ejemplo, aquellas cláusulas cuyo texto no puede ser leído.⁶² También deben considerarse ilegibles, por ejemplo, aquellas cuyo tamaño de impresión es tan pequeño que no puede ser leído con una lupa, o cuando lo impreso en el frente del documento no permite la lectura al reverso.

6.2. También suele ocurrir que un contrato se refiera a cláusulas estándar redactadas en un lenguaje diferente al usado en el contrato, o en un lenguaje que no es comprensible por la otra parte contractual. Surge la cuestión en ese caso si dicha inclusión debe ser válida y vinculante.

⁵⁹ Ver Schmidt-Kessel *Schlechtriem/Schwenzer* Art 9 para 22-24; Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14-24 para 17-37.

⁶⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 paras 56-57; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Peralas Viscasillas CISG* Art 14 para 39.

⁶¹ Ver parágrafo 6 abajo. Ver también Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 56-57.

⁶² Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 56-57. Ver también **Bélgica** 18 Enero 2002 District Court Mechelen (Tomatoes case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020118b1.html>; **Francia** 24 Octubre 2000 Appellate Court Colmar (*Pelliculest v. Morton International*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001024f1.html>

6.3. En el caso alemán *Knitware* el tribunal expresó:⁶³ *Si el [vendedor] envió las Cláusulas Generales al [comprador], no puede asumirse de que las Cláusulas de Compra del [comprador] formen parte del contrato. Por una parte, el [vendedor] niega haber recibido las Cláusulas Generales de Negociación del [comprador]; por la otra parte, el [comprador] no dijo haber enviado una traducción al italiano de las Cláusulas de Compra. Como el idioma del contrato en el presente caso no es el alemán, las Cláusulas Generales de Negociación escritas en alemán no forman parte del contrato.* (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, Artículo 14 n.16).

6.4. En el caso estadounidense *MCC-Marble Ceramic*,⁶⁴ el tribunal también examinó los riesgos que comporta el uso de un idioma extranjero, pero tomando un punto de vista diferente al colocar el riesgo en la parte que acepta la comunicación en un lenguaje diferente sin haber hecho alguna otra averiguación:

No encontramos más que increíble que un individuo, supuestamente experimentado en cuestiones de comercio, haya firmado un contrato en un idioma extranjero y tenga la expectativa de no quedar vinculado simplemente porque no pudo comprender las cláusulas. No encontramos nada en la CISG que aconseje este tipo de comportamiento irresponsable, ni tampoco nada que sugiera apartarse del principio de que las partes quedan vinculadas por el contrato que firman independientemente de que lo hayan leído o comprendido.

6.5. En la misma línea del principio general de que las cláusulas estándar deben encontrarse disponibles para la otra parte, se requiere hayan sido redactadas en un lenguaje que pueda esperarse de manera razonable sea comprensible por el adherente.⁶⁵ Las cláusulas estándar un idioma diferente no serán accesibles para la otra parte a menos que se encuentran en un lenguaje que pueda esperarse razonablemente la otra pueda comprender, tal como el lenguaje utilizado en el contrato, el empleado en las negociaciones o el que ha sido utilizado en las comunicaciones entre las partes.⁶⁶ También cabe considerar aceptable el idioma comúnmente usado en el lugar donde la otra parte tiene su establecimiento de negocios. Las cláusulas estándar deben ser desechadas a menos se encuentren en un lenguaje que quepa razonablemente esperar sea comprensible para la otra parte.⁶⁷

6.6. No se debe dar preferencia a los llamados 'idiomas del mundo', como lo han hecho algunos fallos austríacos.⁶⁸ No hay necesidad alguna para otorgar un trato preferencial a idioma alguno, más allá del principio general contenido en esta regla. También está muy claro en qué consiste un "idioma mundial". Es el contexto de una operación en particular lo que determina qué lenguaje debe ser considerado como suficientemente conocido para las partes.⁶⁹

Regla 7: No forman parte del acuerdo las cláusulas estándar que sean tan sorprendidas o

⁶³ **Alemania** 6 Octubre 1995 Lower Court Kehl (*Knitware case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>. Ver también **Alemania** 21 Abril 2004 Appellate Court Düsseldorf [15 U 88/03] (móviles para coches) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g3.html>]; **Alemania** 6 Diciembre 2005 Appellate Court Hamm (partes de recambio de coches usados) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051206g1.html>.

⁶⁴ **Estados Unidos de Norte América** *MCC-Marble Ceramic Center Inc v Ceramica Nuova d'Agostino SpA*, 144 F3d 1384, 1389 (11th Cir 1998).

⁶⁵ Magnus *Festschrift Kritzer* 320-321; Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer* Art 8 par 60; Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 61; **Alemania** 21 Abril 2004 Appellate Court Düsseldorf [15 U 88/03] (caso de los teléfonos móviles o celulares en los vehículos automotores) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g3.html>.

⁶⁶ Magnus *Festschrift Kritzer* 320-321.

⁶⁷ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 paras 62-64.

⁶⁸ **Austria** 17 Diciembre 2003 Supreme Court (*Tantalum powder case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>]; **Austria** 1 Febrero 2005 Appellate Court Innsbruck (*Powdered tantalum case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050201a3.html>.

⁶⁹ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 66.

inusuales que una persona razonable del mismo tipo que la parte adherente no hubiera podido razonablemente esperar que dichas cláusulas formaran parte del acuerdo.

7.1. Cuando las cláusulas estándar han sido exitosamente incorporadas en el contrato de acuerdo con las reglas establecidas más arriba, la otra parte se encuentra obligada por dichas cláusulas independientemente de si las ha leído o es consciente de su contenido. Las cláusulas estándar suelen cubrir terreno familiar, siendo ésta una de las razones por la que muchos no se molestan en leerlas al momento de las negociaciones, a pesar de tener conciencia de la inclusión de dichas cláusulas.

7.2. Sin embargo, cuando las cláusulas son de tal naturaleza que la otra parte no podía razonablemente esperarlas, tales cláusulas sorpresivas no deben formar parte del acuerdo entre las partes. Este no es un tema de validez sino un tema de formación del contrato, por lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la CISG.⁷⁰ No se trata simplemente un riesgo que puede ser adjudicado a una de las partes en dichas circunstancias. Si la parte que usa las cláusulas estándar desea incluirlas, necesita informar específicamente a la parte adherente de su existencia e inclusión. En los principios UNIDROIT se establece que una parte no se encuentra obligada por términos que, en virtud de su contenido, lenguaje o presentación, no cabía razonablemente esperar que fueran incluidos en las cláusulas estándar.⁷¹

Regla 8. En caso de conflicto entre cláusulas negociadas y cláusulas estándar, las cláusulas negociadas prevalecen sobre las cláusulas estándar.

8.1. Esta es una regla familiar de interpretación contractual, presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Se basa en la premisa de que las intenciones reales de las partes deben tener prioridad sobre las intenciones presumidas.⁷²

8.2. Las cláusulas estándar son, por definición, preparadas por adelantado, por una de las partes o un tercero, e incorporadas en un contrato en lo individual sin haber sido discutido su contenido por las partes. Es lógico, por lo tanto, que cada vez que las partes negocien acerca de una cláusula en particular del contrato, dicha cláusula deba prevalecer sobre aquellas contenidas en cláusulas estándar que entren en conflicto con la primera, ya que las cláusulas que han sido negociadas reflejan la intención de las partes para un caso en particular.⁷³

Regla 9. En caso de que el significado de una cláusula estándar sea ambiguo a pesar de un esfuerzo de interpretación, prevalecerá la interpretación que sea más favorable a la parte adherente.

9.1. La regla 9 refleja la regla *contra proferentem*. Esta es una regla internacional de interpretación bien conocida, que también se aplica, según algunos autores, a los contratos regidos por la CISG.⁷⁴ Honnold explica que "el artículo 8(2) CISG impone la carga sobre quien preparó una comunicación o redacta un contrato de comunicar claramente a una persona razonable en la misma posición que la otra parte."⁷⁵ Esto es particularmente importante en operaciones internacionales con partes provenientes de diferentes orígenes culturales, lingüísticos y

⁷⁰ Ver Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 35 para ejemplos de tales casos en la jurisprudencia.

⁷¹ Comentario 1 del Art 2.1.20. Ver también Schmidt-Kessel *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 par 63; **Alemania** 21 Abril 2004 Appellate Court Düsseldorf [15 U 88/03] (móviles para coches) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g3.html>.

⁷² Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer* Art 8 par 64. Ver también the UNIDROIT Principles Art 2.1.21

⁷³ Comentario 1 al Art 2.1.21 of PICC.

⁷⁴ Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed 1999) para 107.1; Staudinger/Magnus Art 8 para 18; Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 14 para 49.

⁷⁵ Honnold *Uniform Law* para 107.1; Staudinger/Magnus Art 8 para. 18; Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 49.

comerciales. El artículo 8(2) CISG fija la carga en la parte que redactó el acuerdo o realizó una declaración.⁷⁶

9.2. La regla *contra proferentem* fue aplicada en el arbitraje chino *Cysteine*, en donde el tribunal arbitral sostuvo:⁷⁷ *Ambas interpretaciones de las partes sobre la cláusula 5 del contrato tienen sentido en cierto contexto. El tribunal no puede fijar una guía de la CISG – que ambas partes acordaron que fuera el derecho aplicable – para resolver el problema. Sin embargo, conforme al principio básico de interpretación -- contra proferentem – si las cláusulas contractuales proveídas por una parte son ambiguas, debe adoptarse una interpretación en contrario.*

9.3. Todos los términos del contrato deben ser interpretados de acuerdo a la regla general de interpretación de la CISG contenida en el artículo 8.⁷⁸ En éste contexto, resulta particularmente importante el art. 8(3) CISG, que requiere una interpretación a la luz de todas las circunstancias relevantes, incluyendo las negociaciones entre las partes. Por ejemplo, si las partes han negociado sobre cuestiones cubiertas en una cláusula estándar ambigua, tales negociaciones deben ser tomadas en cuenta.⁷⁹

Regla 10. En el caso de que ambas partes deseen incorporar cláusulas estándar y lleguen un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, se considera que el contrato se ha perfeccionado en relación con las cláusulas negociadas y aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente objete con antelación, o más tarde pero sin demora injustificada, que el contrato sea celebrado sobre esas bases.

10.1. Esta regla trata sobre la llamada “batalla de formularios”. Pueden suscitarse diferencias entre la oferta y la aceptación en donde ambas partes insisten en el uso de cláusulas estándar redactadas con anterioridad a la celebración del contrato, no quedando claro cuáles son las cláusulas estándar que deben prevalecer. En la mayoría de los casos las partes se ponen de acuerdo sobre las cláusulas negociadas, pero los dos juegos de cláusulas estándar estarán invariablemente en conflicto en puntos tales como jurisdicción, ley aplicable, límites de tiempo, notificaciones y límites de responsabilidad, favoreciendo a la parte que las propuso.⁸⁰

10.2. Tal cuestión ha dado paso a una literatura abundante⁸¹ que excede la relativa importancia del

⁷⁶ Honnold *Uniform Law* para 107.1.

⁷⁷ **China** 7 Enero 2000 CIETAC procedimiento arbitral (*Cysteine case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000107c1.html> Ver también **Alemania** 31 Marzo 2008 Appellate Court Stuttgart (caso del Automóvil) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080331g1.html>;

⁷⁸ Ver Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 paras 1-2; Zuppi en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 8 para 1-2; Staudinger/Magnus Art 8 para 1-2.

⁷⁹ Schmidt-Kessel en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 8 para 49.

⁸⁰ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 par 31; *Staudinger/Magnus* Art 19 para 20; Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 19 para 14.

⁸¹ Ver por ejemplo Blodgett PC "The U.N. Convention on the Sale of Goods and the 'Battle of the Forms' 18 Colorado Lawyer (1989) 423-430; Fejös A *Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC* (Thesis, Central European University, Budapest 2006); Magnus U "Last Shot vs. Knock Out -- Still Battle over the Battle of Forms Under the CISG" in Cranston R, Ramberg J & Ziegel J (eds) *Commercial Law Challenges in the 21st Century: Jan Hellner in memorium* (Stockholm Centre for Commercial Law: Juridiska institutionen 2007) 185-200; Murray JE "The Definitive 'Battle of the Forms': Chaos Revisited" 20 *Journal of Law and Commerce* (Fall 2000) 1-48; Perales Viscasillas P "The 'Battle of the Forms' Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" 10 *Pace International Law Review* (1998) 97-155; Perales Viscasillas P "Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 Enero 2002" 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2002) 217-228; Schlechtriem P "Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht", in: Thume (ed), *Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag*, (Neuwied Luchterhand 1999) 36-49; Eiselen S & Bergenthal S "The Battle of Forms: A Comparative Analysis" 2006 *CILSA* 214-240.

tema en discusión.⁸² La vasta literatura existente probablemente oscurece la importancia práctica del problema,⁸³ raramente discutido por la jurisprudencia.⁸⁴

10.3. El caso alemán de la leche en polvo, *Milk Powder*⁸⁵, brinda un ejemplo clásico de este tipo de problema en donde ambas partes se refieren a sus propias cláusulas estándar durante la fase de negociaciones del contrato. Era claro que se había celebrado un contrato, pero no era posible determinar cuáles de las cláusulas estándar había sido las acordadas en realidad. El tribunal se enfrentó a un dilema difícil de resolver sobre la base de los principios generales de la CISG.

10.4. La cuestión de la batalla de formularios cae bajo el ámbito de aplicación de la CISG y no debe de resolverse con referencia al derecho interno, ya que trata del proceso de formación del contrato cubierto en los artículos 14-24 CISG.⁸⁶

10.5. El problema sobre batalla de formularios fue discutido durante el proceso de redacción de la CISG, pero no pudo resolverse.⁸⁷ Un número de soluciones diferentes ha sido ofrecido para resolver el problema.⁸⁸ Los dos principales enfoques son:

(a) La doctrina del “Último Disparo” (“*Last Shot*”). Este enfoque simplemente concluye que la parte vencedora en emitir la última palabra sin que la otra parte objete conseguirá imponer la inclusión de sus cláusulas estándar.⁸⁹ Esta doctrina se basa la “Regla del Espejo” (*Mirror Image Rule*), que

⁸² Ver Schroeter en Schlechtriem/Schwenzer Art 19 paras 31 ff; Honnold JO *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (2nd ed) para 170.4. Ver sin embargo, Ferrari en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG Art 19 para 14. La cuestión surgió en los siguientes casos: **Estados Unidos de Norte América** 25 Julio 2008 Federal District Court [Pennsylvania] (*Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc.*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>; **Alemania** 4 Octubre 2002 Appellate Court Koblenz (Concrete slabs case) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>]; **Alemania** 11 Marzo 1998 Appellate Court München (Cashmere sweaters case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>; **Alemania** 24 Mayo 2006 Appellate Court Köln (Shock-cushioning seat case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>; **Alemania** 6 Octubre 1995 Lower Court Kehl (Knitware case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>; **Francia** 16 Julio 1998 Supreme Court (*Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>; **Alemania** 9 Enero 2002 Supreme Court (Powdered milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>; **Alemania** 25 Julio 2003 Appellate Court Düsseldorf (Rubber sealing parts case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>; **Alemania** 26 Junio 2006 Appellate Court Frankfurt (Printed goods case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>;

⁸³ Ver Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* 2nd ed 1999 par 170.4; Schroeter in Schlechtriem/Schwenzer Art 19 para 34.

⁸⁴ Ver por ejemplo **Alemania** 6 Octubre 1995 Lower Court Kehl (Knitware case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>; **Francia** 16 Julio 1998 Supreme Court (*Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>; **Alemania** 9 Enero 2002 Supreme Court (Powdered Milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>; **Alemania** 25 Julio 2003 Appellate Court Düsseldorf (Rubber sealing parts case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>; **Alemania** 26 Junio 2006 Appellate Court Frankfurt (Printed goods case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>.

⁸⁵ **Alemania** 9 Enero 2002 Supreme Court (Powdered milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>; Austria 13 Septiembre 2001 Supreme Court (Toiletary kits and attaché cases case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010913a3.html>.

⁸⁶ Schroeter en *Slechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 par 31; Eiselen & Bergenthal 2006 CILSA 219-220; Staudinger/Magnus Art 19 para 20.

⁸⁷ Ferrari en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG Art 19 para 14; Schroeter en *Slechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 par 33; Staudinger/Magnus Art 19 paras 5 & 20; Eiselen & Bergenthal 2006 CILSA.

⁸⁸ Eiselen & Bergenthal 2006 CILSA 216.

⁸⁹ Kelso JC ‘The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: contract formation and the battle of forms’ 21 (1982/83) *Columbia Journal of Transnational Law* 529–556 at IV, available online at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>; Herber R & Czerwenka GB *Internationales Kaufrecht* (1991) art 19 para 18; Perales Viscasillas “‘Battle of the Forms’ under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparison with section 2–207 UCC and the UNIDROIT Principles’ 10 (1998) *Pace International Law Review* Heading II.

exige que la aceptación sea un reflejo exacto de la oferta.⁹⁰

(b) La doctrina de la “Expulsión” (*Knock-out*). Este enfoque propone considerar que las partes están de acuerdo en cuanto a las cláusulas más importantes y aquellas que no están en conflicto. Las cláusulas en conflicto son excluidas y reemplazadas por aquellas disposiciones o reglas supletorias que determine el derecho aplicable.⁹¹

10.6. Podría parecer que la regla de la Expulsión es favorecida por la mayoría de los autores⁹² y la jurisprudencia,⁹³ pero también se encuentra apoyo para la doctrina del Último Disparo.⁹⁴ El enfoque de la Expulsión también ha sido adoptado por los Principios de UNIDROIT.⁹⁵ La regla de la Expulsión tiene la ventaja de que se encuentra en conformidad con lo que suele ser la típica intención de las partes en las operaciones comerciales internacionales, conduciendo a resultados aceptables en el tráfico fronterizo.⁹⁶ La regla evita una elección arbitraria entre dos juegos de cláusulas estándar en conflicto, apoyándose en aquellos elementos comunes a ambos juegos. Esto se encuentra de acuerdo con la intención real de las partes. Aunque la regla de Último Disparo pareciera conformarse a una interpretación literalmente estricta del artículo 19 CISG, conduce sin embargo a resultados aleatorios, casuísticos, injustos y muy difíciles de prever.⁹⁷

10.7. En el caso alemán *Powdered Milke* el tribunal justificó la aplicación de la regla de la Expulsión de la siguiente manera:⁹⁸

El tribunal de apelaciones dio correctamente por sentado que la contradicción parcial entre las cláusulas y condiciones generales del [comprador 1] y el [vendedor 1] no desembocaron en el fracaso del contrato en los términos del art.19(1) y (3) CISG por falta de consentimiento (disentimiento). La conclusión de que al ejecutar el contrato las partes no consideraron que la falta de acuerdo acerca de las condiciones no revestía una relevancia esencial en el sentido del art.19 CISG, no puede ser legalmente contestado y es expresamente aceptado en el escrito de

⁹⁰ Eiselen & Bergenthal 2006 *CILSA* 217-218.

⁹¹ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 para 35 y las autoridades citadas en fn 118.

⁹² Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 para 36-38 y las autoridades citadas en fn 121. Ver sin embargo: Ferrari en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 19 para 15.

⁹³ **Alemania** 9 Enero 2002 Supreme Court (Powdered milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>; **Alemania** 6 Octubre 1995 Lower Court Kehl (Knitware case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>; **Francia** 16 Julio 1998 Supreme Court (*Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>; **Alemania** 25 Julio 2003 Appellate Court Düsseldorf (Rubber sealing parts case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>; **Alemania** 26 Junio 2006 Appellate Court Frankfurt (Printed goods case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>;

⁹⁴ Ver Perales Viscasillas 10 (1998) *Pace International Law Review* VI(3); Farnsworth in Bianca & Bonell *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè Milan 1987); Kelso JC ‘The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: contract formation and the battle of forms’ 21 (1982/83) *Columbia Journal of Transnational Law* 529–556 at IV, disponible en la web en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>; Herber R & Czerwenka *GB Internationales Kaufrecht* (1991) art 19 para 18; Piltz B *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung* 2nd ed (Beck München 2008) para 3-108 ff. Ver también **Estados Unidos de Norte América** 25 Julio 2008 Federal District Court [Pennsylvania] (*Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc.*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>; **Alemania** 4 Octubre 2002 Appellate Court Koblenz (Concrete slabs case) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>]; **Alemania** 11 Marzo 1998 Appellate Court München (Cashmere sweaters case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>; **Alemania** 24 Mayo 2006 Appellate Court Köln (Shock-cushioning seat case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>]

⁹⁵ Ver Art 2.1.22. es también el punto de vista adoptado por el UCC de Estados Unidos de Norte América – Ver § 2–207(3).

⁹⁶ Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 para 38.

⁹⁷ Honnold *Uniform Law* §170.3 Schroeter en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* Art 19 para 35.

⁹⁸ **Alemania** 9 Enero 2002 Supreme Court (Powdered milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>.

apelación.

*La doctrina ha respondido de diferentes maneras a la cuestión de si cláusulas generales en conflicto pueden considerarse una parte integral del contrato regido por la CISG. De acuerdo con la opinión (probablemente) prevalente, las cláusulas generales divergentes de forma parcial se vuelven parte integral del contrato (solamente) en la medida en que no se contradicen entre sí; aplicándose al resto del contrato las disposiciones supletorias del derecho interno que se aplican por omisión (la llamada “teoría de validez por omisión”; e.g., Achilles, *Komm. zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* [Comentario a la CISG], Art. 19 ¶ 5; Schlechtriem/Slechtriem, *CISG* (3d ed.), Art. 19 ¶ 20, esp. p. 226; Staudinger/Magnus, *CISG* (1999), Art. 19 ¶ 23). Si realmente existe una contradicción que impide integrar el contrato mediante dichas cláusulas, esto no se puede determinar solamente por una interpretación de las palabras de forma individual, sino que se requiere una apreciación más completa de las cláusulas relevantes.*

10.8. La doctrina de la Exclusión se aplica a la situación de la Batalla de Formularios a menos que una parte haya explícitamente excluido dicha regla, indicando de manera explícita por adelantado que no se considerará vinculado a cláusulas estándar que no sean las que ha propuesto. Pero no será suficiente la mera inclusión de tal cláusula en las cláusulas estándar.⁹⁹

10.9. La CISG cumple su función de cubrir cuestiones por omisión, en el sentido de que solo aplica en la medida en que las partes no han alcanzado un acuerdo. El acuerdo de las partes adquiere relevancia por encima de la CISG, conforme a los términos del artículo 6 CISG.¹⁰⁰ Igualmente, cuando las partes se ponen de acuerdo acerca de términos comunes en sus cláusulas estándar, indicando su deseo de incorporarlos al contrato, dichos términos prevalecen sobre las disposiciones de la CISG. Para determinar qué términos son comunes y cuales se encuentran en conflicto, un tribunal debe considerar las cláusulas estándar como un todo y no de forma aislada.¹⁰¹ Por ejemplo, si el contrato contiene una cláusula arbitral que es común a ambos juegos de cláusulas estándar (por ejemplo, arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París) se aplica la cláusula de arbitraje, excluyendo el litigio ante los tribunales ordinarios.

⁹⁹ Ver Comentario 3 al Art 2.1.22 de los Principios UNIDROIT.

¹⁰⁰ Ver Schwenger/Hachem, en *Slechtriem/Schwenger Commentary* Art 6 paras 2-6; Mistelis en *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG* Art 6 paras 8-10.

¹⁰¹ Schroeter en *Slechtriem/Schwenger Commentary* Art 19 para 50.