

**Voces:** CONTRATO ~ CELEBRACION DEL CONTRATO ~ FORMACION DEL CONSENTIMIENTO ~ OFERTA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ ACEPTACION DE OFERTA ~ ACUERDO PARCIAL

**Título:** La formación progresiva del contrato: modificaciones a la oferta, contraoferta y acuerdo parcial en el nuevo derecho privado argentino

**Autor:** Valicenti, Ezequiel

**Publicado en:** DJ09/09/2015, 1

**Cita Online:** AR/DOC/1527/2015

**Sumario:** I. Entre el "sí" y el "no": la respuesta del destinatario y la formación progresiva del consentimiento contractual.— II. Las respuestas a la oferta.— III. Sistemas posibles para regular los casos. Los antecedentes del Código Civil y Comercial.— IV. La formación progresiva del contrato en el nuevo Código Civil y Comercial.— V. Los interrogantes particulares de las nuevas reglas.— VI. Las modificaciones a la oferta: entre la contraoferta y el acuerdo parcial.

**I. Entre el "sí" y el "no": la respuesta del destinatario y la formación progresiva del consentimiento contractual**

La formación progresiva del contrato puede ser estudiada reuniendo en conjunto las cuestiones vinculadas a la contraoferta, las modificaciones a la oferta y la celebración de acuerdos parciales. Su tratamiento conjunto permite además desentrañar el sentido de las normas del nuevo Código Civil y Comercial (CCC). En definitiva se trata de situaciones con un denominador común: todas exigen indagar los efectos de la aceptación.

Intentaremos entonces analizar los efectos jurídicos de las diferentes actitudes que puede asumir el destinatario de una oferta.

En los extremos, aparecen dos respuestas posibles: el mero "sí" incondicionado que perfecciona el contrato, y el "no" absoluto que obsta, lógicamente, a la existencia de un acuerdo de voluntades.

No obstante, existen situaciones en que el destinatario al responder a la propuesta realiza modificaciones, adiciones o supresiones. Tal es lo que suele ocurrir cuando a la celebración del contrato precede un proceso formativo del futuro vínculo, que se extiende durante un período de tiempo, y en el que las partes van realizando mutuas propuestas y contrapropuestas con las que se acercan al contenido definitivo del contrato. En otras palabras, es lo que se conoce como formación progresiva del contrato (1).

La regulación del Código Civil de Vélez Sarsfield dejaba poco margen para la tutela de este fenómeno negocial. En general, se aplicaba la norma del artículo 1152, de acuerdo al cual cualquier modificación que se hiciera a la oferta "al aceptarla", debía ser juzgada como "la propuesta de un nuevo contrato", es decir como una nueva oferta —siempre que reuniera los requisitos para ello— (2). Tal sistema supone un profundo hermetismo para el proceso de negociación progresiva y entorpece las tratativas, desde que cualquier modificación —sea sobre un elemento típico o sobre un elemento accidental— debe ser considerada una nueva oferta, impidiendo que las partes puedan producir acuerdos parciales y escalonados.

No obstante, la doctrina ha ido permeando este sistema con diferentes opiniones, que pretenden acercar la regulación jurídica a la práctica negocial de estos tiempos. Así, al analizar los requisitos de la oferta, se ha dicho que basta que aquella contenga los "elementos esenciales" del contrato propuesto para que pueda ser considerada completa y autosuficiente (3). De este modo, una aceptación coincidente en estos puntos bastaría para configurar el contrato, sin perjuicio de lo cual las partes puedan luego ponerse de acuerdo sobre los elementos no esenciales o, en su defecto, las lagunas puedan ser llenadas por vía de interpretación e integración del contrato (4).

Creemos que este tipo de posturas, que pule la dureza de los postulados tradicionales, permite, aunque de manera hartamente imperfecta, un juego más dinámico entre la emisión de ofertas, contra-ofertas y aceptaciones (5).

Como fuere, lo cierto es que las reglas contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial suponen un importante cambio en el tratamiento de este tipo de situaciones, por lo que cabe adentrarse en su estudio.

## **II. Las respuestas a la oferta**

Si a los efectos de poner en orden a las diferentes hipótesis planteadas, tratamos de pensar cuáles son las posibles respuestas que puede dar el destinatario de una determinada oferta, podemos encontrar al menos cuatro grandes escenarios:

a) aceptación con plena conformidad: de acuerdo al artículo 978, primera parte del CCC, es la respuesta que perfecciona el contrato, siendo que "toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación" (art. 979).

b) rechazo total de la oferta: por oposición, el simple rechazo de la oferta basta para impedir la formación del contrato. Sin embargo, el rechazo de la oferta no supone el apartamiento de las tratativas contractuales (6), las que podrán continuar, o si hubieren sido intempestivamente abandonadas, generar responsabilidad por los daños causados a la contraparte.

c) silencio frente a la propuesta: en cuyo caso, para poder deducir de ello una eventual manifestación de voluntad conclusiva del contrato, habrá que aplicar las reglas del art. 979 en su segunda parte del CCC. Como regla general, el silencio implicará el rechazo a la oferta recibida.

d) aceptación con modificaciones a la oferta propuesta: la respuesta del destinatario puede ser dada con modificaciones en la propuesta originalmente emitida por el oferente. Preliminarmente advertimos que las modificaciones pueden corresponder a elementos esenciales, a elementos accidentales —o no esenciales—, e inclusive a elementos naturales del contrato. Por otra parte, en cuanto a los términos en que puede ser emitida, la respuesta puede ser dada como una simple contra-oferta, o como una contra-oferta y una aceptación subsidiaria. Asimismo, incluimos aquí el caso de la aceptación tardía de la oferta, pues, en definitiva, la hipótesis implica una modificación del tiempo útil fijado por el oferente para la aceptación.

En definitiva, nos detendremos aquí en el último grupo de hipótesis posibles. Como dijimos, la mayoría de estos casos se desarrollan en el marco de un iter formativo del contrato en el que las partes van negociando puntualmente diferentes cláusulas del futuro contrato, sobre las cuales se van produciendo consensos parciales que hacen avanzar la negociación.

Estos casos nos ponen frente a dos interrogantes: por un lado indagar, en qué medida y desde qué momento estos acuerdos parciales habilitan a tener por perfeccionado el contrato; y por el otro, de existir un contrato, determinar cuál es el contenido de dicho acuerdo, sobre todo, en relación a los aspectos sobre los que las partes no han formado consentimiento. Tales son los interrogantes que de corriente se estudian al analizar la formación progresiva del contrato.

Pero además, creemos que cabe estudiar en conjunto con estos supuestos, aquellas situaciones en que la respuesta a la oferta incluye modificaciones a cualquiera de los elementos del contrato propuesto o, inclusive, siendo coincidente con la oferta, es recibida fuera del plazo de vigencia de aquella. Ello así pues se tratan, estas como aquellas, de situaciones que habrá que resolver por el juego armónico de los arts. 978 y 982 del CCC.

### III. Sistemas posibles para regular los casos. Los antecedentes del Código Civil y Comercial

Los interrogantes que plantea la formación progresiva del contrato y, en general, las situaciones en que la aceptación no se corresponde totalmente con los términos de la oferta, han sido abordados con diferentes métodos en legislaciones de derecho comparado, en tratados internacionales y en diferentes instrumentos que programan los "nuevos modelos jurídicos" (7). Interesa aquí analizar dichos antecedentes, cuanto más no sea resumidamente, pues son los que, a la postre, nos permitirán no solo comprender las nuevas reglas del CCC, sino también efectuar una valoración crítica de las soluciones que el nuevo cuerpo normativo propone.

Enseña Aparicio que a la pregunta acerca de si cabe o no otorgar eficacia a los acuerdos a los que parcial y progresivamente van arribando las partes, hay en general, dos respuestas posibles. La del Código suizo de las Obligaciones, cuyo art. 2 establece que cuando las partes han arribado a un acuerdo sobre "todos los puntos esenciales", el contrato se tendrá por concluido, mientras que la determinación de los "puntos secundarios", a falta de acuerdo de las partes, será determinada por el juez, "teniendo en cuenta la naturaleza del negocio" (8). La solución opuesta se encuentra en el BGB alemán, al disponer que la conformidad sobre puntos aislados, que no alcanza a lograr el acuerdo sobre "todos los puntos del contrato", implica la falta de consentimiento contractual. Y agrega la legislación germana, como norma de cierre, que "en la duda, no se reputa concluido el contrato" (9).

En el derecho anglosajón, este tipo de situaciones han sido tratadas tradicionalmente mediante el funcionamiento de dos reglas generales. De acuerdo a la mirror image rule ("la regla del imagen en el espejo"), la aceptación que no coincida completamente con la oferta es considerada un rechazo de aquella y, asimismo, una nueva propuesta. Esta contraoferta opera por virtud de la last shot rule ("regla del último disparo"), según la cual, quién pronuncia la "última palabra" es quién fija los términos del futuro contrato. De acuerdo a Durany Pich, la mirror image rule en conexión con la last shot rule han regido de manera tradicional en Inglaterra y en los Estados Unidos —y en este caso, se encuentra expresada en el artículo 2 del Uniform Commercial Code (10)—.

Sin embargo, las exigencias del tráfico comercial y la evidencia cada vez más notoria de los trastornos que provocaba la aplicación de estas clásicas reglas, han forzado la producción de cambios en el contract law norteamericano. Las innovaciones fueron incorporadas en el artículo 2207 del mencionado Uniform Commercial Code, de acuerdo al cual, la respuesta del destinatario deberá ser considerada una aceptación que perfecciona el contrato, siempre que sea "una definitiva y tempestiva expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada en un tiempo razonable", aún si incluye modificaciones o adiciones a la oferta, con la sola excepción de que dichos elementos hayan quedado condicionados expresamente al asentimiento del oferente.

Pero además, para el caso en que los tratantes sean comerciantes, las modificaciones serán tenidas como adiciones al contrato —incorporadas a él—, a menos que concurra alguna de las tres excepciones previstas: a) que la oferta limite expresamente la aceptación de todos sus elementos; b) que las adiciones modifiquen sustancialmente la oferta; c) que haya sido comunicada la objeción por el oferente "en un tiempo razonable una vez se haya recibido noticia de ellos" (11).

En el ámbito del derecho global, la señera Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), trata la cuestión en su art. 19. En su primer inciso, el artículo reitera la conocida regla general: cualquier modificación o adición como respuesta, se considera un rechazo a la oferta y la propuesta de una contraoferta. Sin embargo, en su inciso 2 se introduce una excepción, de acuerdo al cual "la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación" y contenga elementos adicionales o diferentes "que no alteren sustancialmente los de la oferta", constituirá, como regla, una aceptación conclusiva del contrato.

Comentando la regulación, Díez Picazo señala que el supuesto de hecho que prevé la norma ("respuesta que pretenda ser una aceptación") debe entenderse referida a la existencia de una voluntad de vinculación, una voluntad de obligarse contractualmente, lo que deja fuera aquellas respuestas que meramente pretenden continuar con el período de negociación. Tratándose entonces de una respuesta que pretende ser una aceptación, deberá concurrir además el segundo requisito: no tratarse de una modificación o adición que altere la esencia de la oferta. Como se intuye, existen grandes dificultades para determinar cuáles elementos componen la esencia de una oferta. Pero este será tema que abordaremos más adelante (12).

Más adelante, el artículo 19 comentado prevé una contra-excepción. Esto es, cuando se remite una respuesta que pretende ser una aceptación y sus adiciones no alteran sustancialmente los términos de la oferta, el oferente podrá, no obstante, evitar la formación del consentimiento siempre que "sin demora justificada", objeto verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. La cuestión de si existe o no demora y si ella es o no justificada, es asunto del caso concreto y difícilmente pueda ser definida a priori. Sin embargo, como señala Durany Pich, la pauta debe ser interpretada en sentido restrictivo, lo que se justifica en atención al principio de conservación del contrato y en el principio de buena fe que se deben los tratantes (13). Otros antecedentes del derecho global, que de corriente son estudiados y tenidos en cuenta, abordan igualmente la cuestión. En el caso de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales del año 2004, el artículo 2.1.11 trata sobre la "aceptación modificada". En su inciso 1, en términos similares a la Convención analizada, reitera el principio general según el cual la respuesta "que pretende ser una aceptación" pero que contiene "adiciones, limitaciones u otras modificaciones" será tenida como un rechazo a la oferta y la propuesta de una contraoferta. A renglón seguido, en el inciso 2, se reitera la excepción y la contra-excepción que legisla el artículo 19 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías que hemos comentado (14).

Interesa resaltar que ambos textos recogen, además, la regla del último disparo al indicar que, si el oferente no se opone "sin demora justificada" a las modificaciones introducidas por el aceptante, "los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación" (art. 2.1.11, b) in fine, Principios Unidroit; art. 19. 2, in fine, Convención sobre compraventa internacional de mercaderías).

Por último, el Código Europeo de los Contratos elaborado en su primera parte en el año 2002 por la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavía, dispone normas con un espíritu general similar al relatado, aunque con una redacción diferente. El artículo 16.6, reitera una vez más la regla según la cual "una aceptación no conforme a la oferta equivale a un rechazo y constituye una nueva oferta", a excepción de que las modificaciones introducidas por el pretenso aceptante, no aporten "modificación sustancial a la oferta en la medida en que se refieran a aspectos marginales de la relación" (art. 16.7, primera parte). Y, sobre el final, al decir de Vattier Fuenzalida (15), se recepta la regla del último disparo, al disponer que "si el autor de la oferta no comunica con prontitud su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera concluido en el sentido más conforme a la aceptación".

En definitiva, la tendencia en el derecho global se compone de las siguientes reglas: a) en principio, las modificaciones introducidas en la aceptación implican un rechazo a la oferta y una nueva oferta; b) sin embargo, como excepción, cuando las modificaciones se refieran a elementos no sustanciales de la oferta propuesta, existirá consentimiento contractual sobre los puntos esenciales del contrato; c) el oferente podrá oponerse a las modificaciones introducidas, siempre que lo comunique sin demora justificada; d) si no hay tal comunicación o ella es intempestiva, el contenido del contrato se juzga de acuerdo a los términos de la aceptación.

El antecedente directo del nuevo Código Civil y Comercial, el Proyecto del año 1998 contemplaba la cuestión de los "acuerdos parciales" en su artículo 916 en una redacción casi idéntica a la que ahora se ha adoptado en el artículo 982 (16).

Por otra parte, al tratar la aceptación en el artículo 929, su inciso a) refería a las posibles modificaciones de la oferta efectuadas por el aceptante al realizar su manifestación, aclarando que "las modificaciones sustanciales que el aceptante introduce a la oferta importan su rechazo, pero las otras modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante". Nuevamente, el artículo 978 del nuevo Código Civil y Comercial ha seguido —aunque con alguna diferencia— esta redacción en el artículo 978.

#### **IV. La formación progresiva del contrato en el nuevo Código Civil y Comercial**

Como hemos adelantado, la cuestión que abordamos aparece tratada en los artículos 978 y 982 del Código Civil y Comercial. Ahora bien, ¿cuáles son las reglas que cimentan el tratamiento jurídico en este nuevo derecho privado nacional? ¿En qué medida el régimen se hace eco o sigue las tendencias y los nuevos modelos

jurídicos del derecho global? (17).

En primer lugar, el artículo 978 reitera la regla general según la cual "cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato". Se conserva de esta manera la solución contenida en el artículo 1152 del Código Civil. Hasta aquí la solución no presenta dificultades. Sólo observamos que el supuesto de hecho de aplicación de esta norma requiere que, en primer lugar, se trate de una aceptación —es decir, una manifestación de voluntad con intención de concluir el contrato— y luego, que esta contenga adiciones, supresiones o alteraciones a la oferta. Ello descarta los casos en que, sin emitir una aceptación, el destinatario de la oferta envía al oferente una propuesta sobre la base de la que ha recibido, avanzando de este modo en el proceso de negociación contractual.

Ahora bien, como novedad la legislación incorpora el tratamiento de los casos en que las partes logran acuerdo sobre alguno de los puntos del contrato, como así también las posibles modificaciones a la oferta introducidas en la aceptación. Estas situaciones quedan abarcadas por los artículos 982 y 978, no sin ciertas dificultades para su lectura conjunta. Veamos.

Las modificaciones a la oferta

Dispone la última parte del artículo 978 que las modificaciones contenidas en la contra-oferta —que recordemos, suponen un rechazo a la oferta—, podrán no obstante "ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante". Ante ello, surge el interrogante: si se ha existido un rechazo de la oferta, ¿cuál es el sentido de exigir que la venia del oferente sea comunicada de inmediato? ¿No podría acaso aceptar la contraoferta en cualquier momento, de acuerdo a las reglas generales de formación del consentimiento?

En principio, pareciera más conveniente no limitar las posibilidades y dejar que en cualquier tiempo el oferente acepte las modificaciones propuestas, teniendo en cuenta que hasta que ello no ocurra tendrá plena vigencia la regla según la cual no hay aceptación sino rechazo de la oferta.

La formación progresiva.

Por otra parte, el artículo 982 ("acuerdo parcial") parece ser propiamente la norma destinada la formación progresiva del contrato. Identificamos allí tres reglas.

La primera de ellas expresa la regla general sobre la validez de los acuerdos parciales, determinando que "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".

Tal vez una primera lectura nos haga pensar en que esta norma ha querido a dar ingreso a la excepción a la regla de la imagen en el espejo, atemperando el clásico criterio que exige coincidencia sobre todos los puntos constitutivos de la oferta. Sin embargo, observemos que la norma no se hace referencia a la aceptación con modificaciones, sino que simplemente regula el caso general en el que las partes, sea cual fuere la manera en que se llevó adelante la negociación, logran acuerdos sobre ciertos elementos del contrato.

No obstante, es claro que deberán ser juzgadas por esta regla general aquellas situaciones en que la aceptación incluye modificaciones. Para ello habrá que distinguir las alteraciones que afectan los "elementos esenciales particulares" y las que actúan sobre los elementos accidentales, sin afectar el núcleo del contrato.

La siguiente regla determina que, en la duda acerca de si existe o no consentimiento expresado sobre los elementos esenciales particulares, "el contrato se tiene por no concluido".

Y por último, la tercera regla determina que "no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos".

Detengámonos en una curiosidad, que con anterioridad ya ha sido advertida por Aparicio (18): mientras la primera de las reglas del artículo 982 se enrola en una postura más próxima al Código suizo de las Obligaciones y, en consecuencia, se opone al BGB alemán —que, como vimos, niega valor a la aceptación que no abarca "todos los puntos del contrato"—, el segundo de los principios recoge la cláusula de cierre del Código Civil germano, y entonces, en caso de duda, deberá estarse a la no formación del contrato. ¿Es compatible un sistema así pensado?

Los casos del artículo 978 y los del artículo 982.

Más allá de esta advertencia, las mayores dificultades se nos presentan al intentar la lectura conjunta del artículo 982 y la última parte del artículo 978.

Nos explicamos: de acuerdo a la última parte del artículo 978 cualquier modificación podría ser admitida por el oferente si lo comunica de inmediato. Si tal comunicación no se produce, deberán tenerse por no aceptadas las modificaciones —reiteramos, sean del tipo que fueren— y, a lo sumo, habrá una contraoferta.

Sin embargo, otra cosa parece decirnos el artículo 982: si las modificaciones son sobre elementos no esenciales —es decir, se conserva el núcleo de elementos esenciales particulares—, se tendrá por perfeccionado el consentimiento. La solución parece contradecir entonces la regla del artículo 978, para el que ante cualquier modificación habrá un rechazo de la oferta —salvo que luego, el oferente acepte las modificaciones sobre

dichos elementos—. En cambio, si seguimos el artículo 982, no cabrá más que concluir que al no afectarse la esencia del negocio propuesto, se habrá perfeccionado el contrato, con base en este núcleo de elementos esenciales particulares, y la integración "conforme a las reglas del capítulo 1".

Para conjugar en una interpretación armónica ambas hipótesis se nos ocurren dos caminos posibles (19).

Primer interpretación posible.

Decíamos que repasar los antecedentes en el derecho comparado y global iba a permitirnos desentrañar el sentido de las nuevas normas; ahora lo comprobaremos.

Una primera interpretación posible consiste en limitar la última parte del artículo 978 únicamente a la aceptación tardía —es decir, la que, en un contrato entre presentes, no es manifestada en el instante, y siendo un contrato entre ausentes, es recibida por el proponente luego del plazo de vigencia (art. 980, CCC)—.

La limitación no es arbitraria sino que surge de observar los antecedentes: invariablemente las regulaciones tratan, con una redacción similar, la posibilidad de que la aceptación tardía sea tenida por válida si el oferente lo comunica de inmediato a la contraparte. Así lo leemos en el artículo 21.1. de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (20), artículo 2.1.9, de los Principios de Unidroit (21), artículo 16.5, del Código Europeo de los Contratos (22). E inclusive en legislaciones nacionales de derecho comparado, como el artículo 1376 del Código Civil Peruano.

En estos casos, suele disponerse que, pese a que la aceptación no es dada en el tiempo útil fijado en la oferta, el proponente puede anunciar su voluntad de tenerla por válida, lo que deberá ser comunicado inmediatamente, a fin de evitar especulaciones por parte del oferente y dejar al pretenseo aceptante sujeto a la inseguridad de saber si su aceptación será o no considerada válida (23).

Es decir, la regla comúnmente aceptada indica que el oferente puede subsanar el defecto en el tiempo de la aceptación —o en las versiones más recientes, la forma o la modalidad—, comunicándolo inmediatamente. Pero esta solución no se extiende a cualquier modificación como lo establece el artículo 978 in fine del CCC.

Ante ello, podemos pensar: o bien que se ha realizado una imperfecta incorporación de la solución tradicionalmente aceptada en el derecho global, o bien se ha tenido la deliberada voluntad de extender a otros supuestos la regla que de corriente se limita a la aceptación tardía.

La primera posibilidad deja en paz la convivencia entre el artículo 978 y el 982 (24); la segunda, mantiene inalterada la duda planteada más arriba.

Segunda interpretación posible.

Si entendemos que la verdadera intención ha sido extender a cualquier modificación la solución, habrá que esforzarse y conjugar la solución con la hipótesis de acuerdo parcial reglada en el artículo 982.

Consideramos, en primer lugar, que la "comunicación" el artículo 978 no constituye una nueva aceptación de la contra-oferta emitida por el aceptante, sino tan solo un asentimiento que dota de efectividad la manifestación del aceptante (25). Ello tiene importancia para determinar el momento a partir del cual comienzan a producirse los efectos proyectados en el contrato (26).

Así calificada la comunicación a la que alude el artículo 978, se explica además la razón de porque ella debe ser efectuada de inmediato. Si así no fuera, el oferente podría especular con la posibilidad o no de dar efectividad a la aceptación y dejaría al aceptante inmerso en la más absoluta inseguridad jurídica. Por ello, si no hay comunicación inmediata, la aceptación que incluye modificaciones seguirá siendo lo que ya es: una mera contra-oferta (27).

Ahora bien, por virtud del artículo 982, a partir de ahora habrá que analizar si esa contra-oferta tratada en el artículo 978 implica, asimismo, una aceptación de los elementos esenciales particulares, y por lo tanto un contrato plenamente eficaz. Dicho con otras palabras: si la aceptación incluye modificaciones, pero ellas no se refieren a los elementos esenciales particulares, no deberá calificarse como una contra-oferta, sino como una aceptación parcial.

Sólo si se afectan los elementos esenciales particulares será de aplicación la regla del artículo 978 y habrá una contra-oferta (28).

Resta definir, cómo opera la comunicación del artículo 978 cuando existe un acuerdo parcial. Puede ocurrir que, habiendo acuerdo sobre los elementos esenciales, las modificaciones versen sobre otros elementos que el oferente podrá admitir si lo comunica de inmediato al aceptante (29). Si no lo hace, las modificaciones no integran el contrato, y deberá procederse a la integración del vínculo, según lo indica el mismo artículo 982.

Con las digresiones realizadas hemos intentado echar un poco de luz a los interrogantes planteados y encontrar una lectura armónica entre los dos artículos analizados. El tiempo y la evolución jurisprudencial seguramente acabarán por fijar la adecuada interpretación a estos preceptos.

## V. Los interrogantes particulares de las nuevas reglas

Analizaremos a continuación algunos interrogantes específicos que surgen de las nuevas reglas del Código

Civil y Comercial que venimos analizando.

### 1. Sobre la cuestión de los elementos esenciales particulares.

Según la primera de las reglas del artículo 982, habrá contrato únicamente si el consentimiento expresado abarca los "elementos esenciales particulares", independientemente de que exista falta de acuerdo, o incluso desacuerdo, sobre el resto del contenido del negocio jurídico. Ahora bien, ¿cómo determinar cuáles son los elementos esenciales particulares? Se trata del centro de gravedad del sistema. La respuesta puede ser elaborada con base a tres criterios diferentes: el subjetivo, el objetivo y el intermedio o mixto (30).

De acuerdo con el criterio subjetivo, los elementos esenciales de cada caso en particular se delimitarán con referencia a la voluntad de las partes, sea que lo determinen de manera expresa o implícita. En cambio, el criterio objetivo indica que será la finalidad típica de cada contrato, su reglamentación típica (31), o la trascendencia en relación con la economía del contrato y con la onerosidad (32), la que fije el núcleo de elementos esenciales del contrato (33). Y por último, es posible pensar en un criterio intermedio que conjugue ambas directrices (34).

Por lo demás, desde la ciencia jurídica ha sido tradicional distinguir entre los presupuestos y los elementos del contrato, y en este último caso, entre los elementos esenciales —generales, comunes al tipo general, y especiales, correspondientes a cada tipo contractual en particular—, los naturales —aquellos que derivan de la naturaleza jurídica de cada especie contractual— y los accidentales —aquellos incorporados por virtud de la autonomía privada de los contratantes— (35). Sin dudas, estas disquisiciones pasarán ahora del mero plano teórico y pedagógico al concreto plano práctico.

Con relación a la cuestión, y puestos desde la perspectiva del aceptante, podemos preguntarnos: ¿qué elementos puede modificar o adicionar el aceptante en su respuesta sin que ello suponga una frustración en el perfeccionamiento del contrato?

Para ordenar el análisis quizás sea útil tener en cuenta que las modificaciones pueden producirse en tres órdenes: en los elementos esenciales, en los naturales y en los accidentales.

Sin dudas, las modificaciones introducidas en alguno de los elementos esenciales del contrato propuesto —sea porque el oferente así lo indicó en la oferta, o porque corresponden a elementos típicos de la figura—, impedirán la formación del consentimiento y, a lo sumo, podrán suponer una contra-oferta, según el artículo 978 (36).

En cuanto a los elementos "naturales" —aquellos que, dispuestos supletoriamente por la ley, conforman el "modelo de razonabilidad" de cada especie contractual (37)—, entiendo que si se adicionan elementos que de ordinario prevén las leyes, se trataría de una modificación que no afectaría la formación del consentimiento. La razón es que se trata de efectos que, de todos modos, se producirían en la relación contractual. Tal solución es la que rige en además el derecho norteamericano (38).

Cuestión diferente es si el aceptante en su respuesta intenta modificar los efectos que naturalmente se producirían. Entendemos que ello implicaría una modificación esencial en el contenido del contrato y por lo afectaría la formación del consentimiento.

Por otra parte, los elementos accidentes —plazo, condición, cargo, señal, etc.— pueden devenir en elementos esenciales particulares si así lo ha dispuesto el oferente en su propuesta, ante lo cual el destinatario no tendría más que expresar el consentimiento. Ello así por aplicación del criterio subjetivo arriba descripto.

Como se ve, la cuestión dista de ser sencilla y definible a priori. Por el contrario, habrá que analizar el caso en concreto para determinar cuáles son los elementos esenciales particulares y si sobre todos ellos existe acuerdo que permita tener por perfeccionado el contrato en los términos del artículo 982.

Pensamos que para el caso argentino será de gran utilidad atender a las reglas de interpretación que incorpora el Código Civil y Comercial en los artículos 1061 y siguientes, y en particular las fuentes de interpretación enumeradas en el artículo 1065 (39).

### 2. La integración del contrato.

Superado el primer interrogante, dirigido a saber en qué casos los acuerdos parciales son suficientes para celebrar el contrato, habrá que adentrarse a la determinación del contenido del contrato. En palabras de Mosset Iturraspe, este es el problema del "después" (40), de cómo se completan los puntos secundarios que exceden el núcleo sustancial del contrato sobre el que existe acuerdo.

En modelo del Código Suizo, el que integra el contrato es el juez, "teniendo en cuenta la naturaleza del negocio". En el nuevo derecho privado argentino, el artículo 982 que analizamos establece que "el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1". Aunque no se lo diga expresamente, entendemos que en primer lugar serán las partes las que puedan continuar la negociación de los puntos pendientes. Y luego, en su defecto, aunque es probable que en la mayoría de las hipótesis, deberá intervenir un tercero —sea un juez o, en su caso, un árbitro— que, siguiendo las pautas generales dispuestas en el artículo 964, deberá integrar el contrato en todo aquello sobre lo que las partes no han logrado acuerdo (41).

Dicho artículo da concretas pautas para la tarea integradora, la que deberá cumplirse recurriendo a las normas indisponibles, a las normas supletorias, y a los usos y prácticas del lugar de celebración —si fueron declarados aplicables por las partes, o resultan ampliamente conocidos y regularmente observados—. Por lo demás, la tarea no podrá prescindir de la función integradora del principio de buena fe (42), consagrado no sólo como principio general del derecho de los contratos (art. 961, CCC), sino incluso como principio de todo el ordenamiento del derecho privado (art. 9, CCC).

Como lo señala, una vez más, Mosset Iturraspe, bajo este tipo de soluciones subyace una especial confianza en la labor integradora de los jueces (43). Recordemos que la tarea de integrar el contrato demanda una auténtica labor de "construcción" de efectos jurídicos que demanda un coraje especial para llenar el vacío (44).

Por ello, nos atrevemos a pensar que quizás hubiese sido más adecuado a los efectos del tráfico económico y a la previsibilidad de las partes, incorporar una regla como la del "último disparo", de acuerdo a la cual el contenido del contrato queda conformado por la "versión" fijada por el aceptante al emitir su aceptación, salvo que el oferente se oponga "haciéndolo saber de inmediato". Como vimos al comienzo, este es el sistema adoptado reiteradamente en los nuevos modelos jurídicos como los Principios de Unidroit o el Código Europeo de los Contratos (arts. 2.1.11 b) y 16.7, respectivamente). Sólo en última instancia, y para el caso en que realmente las partes nada hayan previsto, tendrá lugar la labor integradora del juez.

### 3. Las manifestaciones tácitas, los comportamientos conclusivos y la cláusula de cierre.

Por último, sin dudas la cláusula de cierre del sistema previsto por el artículo 982 posee la virtud de arrojar certezas sobre las posibles conductas de las partes. De acuerdo a la norma, en caso de duda sobre si existe o no "aceptación" de los elementos esenciales particulares, se tendrá por no concluido el contrato.

No obstante, es evidente que una cláusula de este tipo resta fuerzas al sistema que, a la vez que favorece la celebración del contrato, le quita versatilidad al disponer la liberación de los tratantes en que caso de duda (45). Y lo mismo puede decirse de la disposición final del artículo 982, que al restarle fuerza a las minutas o los borradores —documentos mediante los que comúnmente se lleva adelante el proceso formativo del contrato—, limita en los hechos la aplicación de la regla con que inicia dicho artículo.

Más allá de eso, la claridad dogmática no será de fácil traslado a la práctica. En particular, las dificultades se presentarán en los casos en que las partes más que decir, hacen, y adoptan conductas sobre las que podrá interpretarse "conformidad con la oferta" (art. 979) o, como mínimo, conformidad con los "elementos esenciales particulares" (art. 982).

## VI. Las modificaciones a la oferta: entre la contra oferta y el acuerdo parcial

Para concluir con el análisis propuesto, podemos analizar el modo en que las reglas de los artículos 978 y 982 concurren para resolver las diferentes hipótesis en que el destinatario de la oferta realiza modificaciones a la propuesta original. De manera que, podemos organizar las soluciones de acuerdo a cada escenario posible:

a) modificaciones en los elementos esenciales del contrato: frente una pretendida aceptación que altera uno de los elementos esenciales del contrato, sea que se realice de modo expreso o mediante un comportamiento —por ejemplo, el comprador de mercaderías efectúa un depósito por un importe menor al que había fijado el vendedor—, sin dudas no habrá operado un acuerdo parcial reglado por el artículo 982, sino que podrá constituir una "contra-oferta" en los términos del artículo 978.

b) adiciones que no afectan los elementos esenciales: si el aceptante incorpora adiciones que no afectan el núcleo esencial del contrato, habrá que concluir, en primer lugar, que se ha perfeccionado el contrato, aunque con un contenido limitado a estos elementos esenciales (art. 982).

En cuanto a las adiciones, no serán parte del contrato, a excepción que el oferente las acepte y lo "comunique de inmediato" —si adherimos a la interpretación literal del artículo 978—. Pero si las adiciones consistieran únicamente en incorporar al corpus del contrato elementos naturales fijados por ley, sin variar sus efectos, deberán considerarse incluidas en el vínculo (46).

Más arriba hemos sostenido que la comunicación del aceptante no constituye una aceptación de la "contra oferta", sino simplemente un asentimiento que dota de efectividad la manifestación del aceptante.

c) modificaciones o supresiones sobre elementos los elementos no esenciales: en esta hipótesis, si se mantienen inalterables los elementos esenciales particulares —por ejemplo, en una compraventa se modifica el lugar de entrega—, la resolución será similar a la dada en el caso anterior: habrá acuerdo parcial regido por el artículo 982, y las modificaciones o supresiones podrá ser o no aceptadas por el oferente (art. 978).

d) modificaciones, supresiones o alteraciones y aceptación subsidiaria de los términos originales: en ocasiones el aceptante puede incluir modificaciones a cualquiera de los elementos de la oferta —sean esenciales o accidentales—, pero asimismo disponer que, para el caso en que el oferente no acepte los cambios, tendrá por aceptada la propuesta original.

En consecuencia en estos casos no cabrá considerar la propuesta del aceptante como una "contraoferta", sino que existirá un contrato perfeccionado, sea que se corresponda a la versión del aceptante —por asentimiento del

oferente—, sea que se trate de los términos originarios de la propuesta —en caso que el proponente no acepte las modificaciones—.

e) la aceptación tardía de la oferta: como vimos, la aceptación que resulta fuera del momento fijado para su manifestación —de acuerdo a las reglas que emanan del artículo 980—, puede ser tratada bajo las reglas de la "modificación" de la oferta. En este sentido, es de aplicación la regla del artículo 978, y entonces el oferente podrá tener por válida la aceptación extemporánea si lo comunica de inmediato al aceptante.

Como ya advertimos la parte final del mencionado artículo 978 parece haber sido tomada de las soluciones de los nuevos modelos jurídicos (Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, Principios Unidroit, Código Europeo de los contratos), que regulan justamente este único supuesto de aceptación tardía y que el nuevo Código Civil y Comercial parece extender a cualquier modificación.

Destacamos nuevamente, la comunicación del aceptante es un acto que simplemente da eficacia a la aceptación del destinatario. Ello es de importancia, en este caso, para determinar el momento en que se ha producido el perfeccionamiento del contrato y ha comenzado a producir efectos.

(1) NICOLAU, Noemí L. - "Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva", en La Ley, 2005-A, p. 479.

(2) Colorario de esta norma es el art. 1153 del mismo Código Civil, según el cual si la oferta hubiese sido por dos (o más) cosas que no pueden separarse, "la aceptación de sólo una de ellas importará la propuesta de un nuevo contrato".

(3) De acuerdo con Aparicio, la oferta debe tener, como contenido mínimo, los *essentialia negotii*, esto es, "los elementos esenciales del contrato propuesto" (APARICIO, Juan M. - Contratos/1. Parte general - Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 234.

(4) Sostiene Nicolau: "En el curso de la formación progresiva del contrato, cuando la oferta aceptada presenta lagunas en los elementos no esenciales, las partes deben continuar negociando para colmarlas y, si nada acuerdan al respecto, será el juez quien deberá integrar en definitiva las cláusulas contractuales" (en "Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo...", cit.). En aduno a su postura, cita la opinión de Aparicio y Spota y, en la doctrina extranjera, a Ghestin. Lorenzetti identifica además diversos supuestos en el Código Civil en el cual "se admite la omisión de algunos elementos que son esenciales", como la determinación del precio en la compraventa cuando la cosa es entregada (art. 1354, Cód. Civ. y art. 458, Cód. Com.), o en el caso de la locación (art. 1506, Cód. Civ.) (LORENZETTI, Ricardo L. - Tratado de los Contratos Parte General - Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 258).

(5) Tribunal Arbitral, ad hoc - B.A.N.A. c/ T.S.A., del 28/11/2002, en La Ley 2005-A, p. 482. El tribunal estaba integrado por los Dres. Atilio Alterini, Jaime Anaya y Julio Rivera.

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge - Código Civil Comentado. Contratos. Parte General - Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 13.

(7) "(...) estos nuevos modelos brindan un panorama más actualizado del estado del pensamiento jurídico, permiten descubrir las líneas de tendencia, y brindan soluciones para los casos litigiosos que, en ocasiones, no se encuentran en el derecho interno" (NICOLAU, Noemí L. - Fundamentos del derecho contractual - La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 1, p. 17.)

(8) APARICIO, Juan M. - Contratos/1. Parte general cit., p. 273.

(9) APARICIO, Juan M. - Contratos/1. Parte general cit., p. 273. Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha atemperado dichas reglas por vía de interpretación, y permitiendo tener por perfeccionado el contrato aún cuando existieran desacuerdos sobre algunos puntos de su contenido (Conf. DURANY PICH, Salvador - "Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto", en Anuario de derecho civil, Ministerio de Justicia de España, 1992, vol. 45, n° 3, p. 1020)

(10) Que en rigor no es un código federal como nuestro Código Civil y Comercial, sino un agrupación de reglas provenientes del "derecho judicial" que, sistematizadas, han sido aprobadas por cada uno de los estados que componen EEUU (ver DURANY PICH, Salvador - "Sobre la necesidad de que la aceptación... cit., p. 1034).

(11) Aclara Durany Pich que esta normativa se aplica a aquellos casos en que, al menos una de las partes, utiliza formularios en la negociación, lo cual supone una marcada reducción de su ámbito de aplicación (DURANY PICH, Salvador - "Sobre la necesidad de que la aceptación... cit.).

(12) En el caso puntual de la Convención, el artículo 19.3 incluye una enunciación de cuáles son los elementos que, siendo un contrato de compraventa internacional de mercaderías, serán considerados esenciales.

(13) DURANY PICH, Salvador - "Sobre la necesidad de que la aceptación... cit., p. 1086.

(14) La regulación en los Principios Unidroit continúa con el tratamiento de diferentes hipótesis, en los artículos 2.1.12 ("confirmación por escrito") y 2.1.13 ("Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular").

(15) VATTIER FUENZALIDA, Carlos - "El derecho europeo de los contratos y el anteproyecto de Pavía", en Anuario de derecho civil, Ministerio de Justicia de España, 2008, Vol. 61, n°4, p. 1853.

(16) Art. 916, Proyecto del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998: "Acuerdos parciales. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulta de la aplicación del artículo 904. 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 de alguno de esos elementos, o de todos ellos".

(17) Aunque vale aclarar que apartarse de los nuevos modelos jurídicos no constituye a priori un desacierto (Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge - "Regulación sobre contratos. Principios de Unidroit en países en vías de desarrollo y en la Argentina" en La Ley, 2001-F, p. 1425).

(18) APARICIO, Juan M. - "Contratos en general. Observaciones al Proyecto de Código", en La Ley, 2012-F, p. 1213; e igualmente en "La formación del contrato", ponencia presentada por el autor en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 2013).

(19) Este desfase entre las normas no se producía en el tratamiento dado en el Proyecto de Código del año 1998, del que, como vimos, se han tomado las formulas de los artículos 978 in fine y 982. En aquel proyecto se establecía que "las modificaciones sustanciales que el aceptante introduce a la oferta importan su rechazo, pero las otras modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante" (art. 929, inc.a), el subrayado nos pertenece), de manera que su redacción armonizaba con la norma del artículo 976 —similar a la del art. 982 del nuevo CCC—. Entonces, si las modificaciones son sustanciales no hay posibilidad de que exista contrato; mas si las modificaciones no son de ese calibre, habrá contrato y el oferente podrá admitir las alteraciones secundarias.

(20) Art. 21.1, Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: "La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido".

(21) Art. 2.1.9., Principios Unidroit: "(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido".

(22) Art. 16.5, Código Europeo de los Contratos: "El autor de la oferta, si da una confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar como concluido el contrato que sea objeto de una aceptación de la que él tiene conocimiento en una fecha ulterior al plazo previsto por el artículo 15, párrafo tercero, o de una aceptación no adecuada a la forma o a las modalidades fijadas por la oferta". Como se ve, se presentan diferentes hipótesis en los que existen defectos en cuanto al tiempo, la forma y las modalidades.

(23) Conf. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis - "La formación del contrato", en Anuario de Derecho Civil, Ministerio de Justicia de España, 1995, Vol. 48, n°1, p. 28).

(24) Tal solución es la que sugiere Aparicio (APARICIO, Juan M. - "Contratos en general. Observaciones al Proyecto de Código" cit.).

(25) Así lo explica Diez Picazo comentando el caso de la "aceptación tardía" (en "La formación del contrato", cit. p. 30).

(26) Si seguimos el artículo 980, el contrato se habrá perfeccionado en el mismo instante en que se comunicó la aceptación —si se tratase de una negociación entre presentes— o en el momento en que el oferente recibió la comunicación —si hubiere distancia comunicacional entre los tratantes—.

(27) Que por supuesto, el oferente podrá aceptar en cualquier momento válido.

(28) Esta interpretación coincide con la que se desprende de las normas —casi idénticas— del Proyecto de Código de 1998 (ver nota 19).

(29) Nótese que la regla es la inversa a la consagrada en el derecho global: allí, como reseñamos en el punto III de este trabajo, las únicas modificaciones posibles son las que inciden sobre el elementos no esenciales, en

cuyo caso se consideran incluidas, salvo que el oferente las rechace comunicándolo de inmediato ("sin demora justificada").

(30) DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis - "La formación del contrato" cit., p. 27.

(31) SANTARELLI, Fulvio G. - "La formación del consentimiento contractual, la oferta y la aceptación" en La Ley. Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, del 25/02/2005, p. 83. Comentando el art. 982 sostiene el autor que los elementos esenciales "o bien surgen de la reglamentación típica de cada figura; o bien de la convención que las partes efectúen al encarar las negociaciones".

(32) DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis - "La formación del contrato" cit., p. 27.

(33) Es interesante observar que adoptar un criterio de tipo objetivo supone en gran medida privilegiar una noción objetiva del contrato, no ya con vinculación al acuerdo de voluntades, sino en función del intercambio de prestaciones y, en particular, las conductas que, en el plano de la realidad despliegan las partes (dimensión sociológica del derecho).

(34) Tal es el que, al decir de Diez Picazo, habría adoptado la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías en su art. 19 (DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis - "La formación del contrato" cit., p. 27).

(35) NICOLAU, Noemí L. - Fundamentos del derecho contractual cit., p. 48; APARICIO, Juan M. - Contratos/1. Parte general cit., p. 64.

(36) Salvo que, el oferente comunique la aceptación de los cambios de manera inmediata (art. 978, in fine). No obstante, también podrá aceptar la nueva contraoferta de acuerdo a las reglas comunes de la formación del consentimiento (art. 980, 978 y 979).

(37) Sobre el derecho dispositivo como "modelo de razonabilidad", ver MOSSET ITURRASPE, Jorge - "Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)", en Revista de Derecho Comparado, N° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 21.

(38) Durani Pich lo expone en el estudio que seguimos: en el derecho norteamericano una aceptación será tenida por válida si "el aceptante, por precaución, inserta en su declaración una condición que únicamente expresa lo que de todas maneras se entiende implícito con base en los hechos, los usos o la ley". Y da un ejemplo: "sería válida la aceptación de una oferta de venta de lana condicionada a la validez del título de propiedad, pues se entiende implícito en la negociación que el oferente es el verdadero propietario" (DURANY PICH, Salvador - "Sobre la necesidad de que la aceptación... cit., p. 1086).

(39) LORENZETTI, Ricardo L. - "La interpretación de los contratos", en La Ley. Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, del 25/02/2005, p. 191.

(40) MOSSET ITURRASPE, Jorge - Código Civil Comentado. Contratos. Parte General cit., p. 132.

(41) Así en el Proyecto de Código del 1998, en cuyo art. 916 se disponía que "el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulta de la aplicación del artículo 904".

(42) REZZÓNICO, Juan C. - "La buena fe como norma abierta para la interpretación de los contratos y límites de la interpretación", en La Ley, 1983-C, p. 270.

(43) MOSSET ITURRASPE, Jorge - Código Civil Comentado. Contratos. Parte General cit., p. 133. El maestro asegura que ello "no es una cuestión sencilla y no todos los jueces, estamos convencidos, podrán cumplir satisfactoriamente este quehacer".

(44) NICOLAU, Noemí L. - Fundamentos del derecho contractual cit., p. 297.

(45) Esto se explica por la reunión en un mismo régimen de reglas que, en el derecho comparado, obedecen a sistemas diferentes.

(46) Por lo demás, si el juez integrara el contrato para el caso del silencio de las partes, debería igualmente incorporar estos efectos naturales previsto en el derecho positivo (art. 964, CCC).