

La batalla de los formularios en la contratación internacional

The battle of the forms in international contracts

MIGUEL SENLLE CARIDE

*Abogado y asesor de comercio internacional en la Oficina Económica y Comercial del
Consulado de España en Hong Kong y Macao*

Recibido: 08.06.2022 / Aceptado: 28.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7206

Resumen: La especial naturaleza de la batalla de los formularios ha provocado que, pese a los esfuerzos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales; no exista aún teoría alguna capaz de ofrecer una solución plenamente satisfactoria. El presente trabajo aborda, de forma comparativa, el estado de la cuestión, y como la inseguridad jurídica producida por la carencia de homogeneidad en las soluciones ofrecidas afecta a la contratación internacional. Finalmente, se ofrece una visión crítica del rol que el abogado puede desempeñar para paliar tales efectos, poniendo especial atención en la correcta redacción y administración contractual.

Palabras clave: Batalla de los formularios, Convención de Viena, Contratos Internacionales, Condiciones Generales de la Contratación, Comercio Exterior.

Abstract: Despite the doctrinal, legislative and jurisprudence efforts, the special nature of the battle of the forms has made it complicated to find a satisfactory solution to the problem. The present work analyses, from a comparative perspective, the current status quo and how the legal uncertainty produced by the lack of homogeneity affects international contracts. The work concludes with a critical approach to the role that lawyers could play to minimize the negative effects caused by the battle of the forms, emphasizing the importance of contract drafting and contract due diligence.

Keywords: Battle of the forms, CISG, International Contracts, General Terms and Conditions, Foreign Trade.

Sumario: I. Introducción. II. La batalla de los formularios. 1. Teorías para la resolución de la batalla de los formularios. A) La teoría del espejo. B) La teoría del último disparo. C) La teoría del noqueo. D) La teoría del mejor disparo. E) La teoría del disparo razonable. F) La teoría del primer disparo. 2. La batalla de los formularios en el Derecho comparado. A) Estados Unidos. B) Inglaterra. C) Canadá. D) Alemania. E) Francia. F) China. 3. La batalla de los formularios en los principios UNIDROIT (UPICC). 4. La batalla de los formularios en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). 5. La batalla de los formularios en la Convención de Viena. III. Visión crítica respecto de la batalla de los formularios y sus implicaciones. 1. Desde un punto de vista doctrinal. 2. Desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial. 3. Desde un punto de vista práctico. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La utilización de las condiciones generales de la contratación de forma masiva por parte de los operadores de comercio exterior¹ provoca situaciones conflictivas. Así, enviándose ambas partes sus sets de condiciones generales no coincidentes, es necesario decidir si, en primer lugar, existe un contrato y en el caso de ser así, determinar cuál es el contenido obligacional de dicho negocio jurídico. Es en este escenario donde surge en esencia la batalla de los formularios.

2. El presente trabajo trata de abordar esta cuestión, llevando a cabo un análisis en tres frentes principales: doctrinal, legislativo y jurisprudencial. Se observa el tratamiento en sede doctrinal, exponiéndose las principales teorías elaboradas para su solución. Asimismo, se realiza un estudio de Derecho comparado, analizando la regulación que se da a la batalla de los formularios en diversas jurisdicciones. Posteriormente, el prisma se posa sobre la solución ofrecida en las principales normas internacionales; Principios UNIDROIT, PECL y la Convención de Viena (en adelante, la Convención), haciendo hincapié en esta última.

Asimismo, se aporta una visión crítica desde un punto de vista doctrinal, legislativo, jurisprudencial y práctico, donde se exponen las principales deficiencias del panorama actual. También se enfatizan aquellos aspectos más prometedores para poder avanzar cara la solución de la batalla de los formularios o, al menos, para paliar sus efectos negativos derivados de la inseguridad jurídica que ésta produce. Finalmente, se presta atención a las implicaciones que la incertidumbre de la batalla de los formularios produce en el comercio internacional y como los operadores de este sector pueden tratar de optimizar su posición desarrollando una estrategia legal, para así tratar de vencer la batalla de los formularios.

II. La batalla de los formularios

3. La batalla de los formularios es una de las controversias más complejas en el ámbito del Derecho contractual internacional. El término anglosajón “*battle of the forms*”, del que trae causa su homólogo castellano, apareció por primera vez en el año 1979 en Inglaterra². La batalla de los formularios se da en aquellos casos en los que las partes involucradas en una negociación tendente a la formalización de un contrato se envían mutuamente sus condiciones generales de la contratación. Si estas condiciones generales no se excluyen mutuamente y son conformes unas con las otras, no existirá problema alguno. Ahora bien, en la mayoría de los casos los términos contenidos en las condiciones generales de una y otra parte serán, en mayor o menor medida divergentes, planteándose así una serie de interrogantes de serio calado.

Pensemos en el siguiente supuesto; Un comprador envía a un vendedor una orden de compra en la cual realiza un pedido e indica que sus condiciones generales serán de aplicación. El vendedor destinatario de esta orden de compra le envía al comprador un documento de confirmación de pedido o compra, en el cual indica que sus condiciones generales serán de aplicación.

4. En puridad, no es necesario que las partes utilicen condiciones generales de la contratación para que se produzca esta disyuntiva. En esencia, basta con que la aceptación a la oferta contenga nuevos términos o términos disconformes respecto de la oferta a la que da respuesta, con independencia de que ello se haga a través de formularios predispuestos o elaborados caso por caso. No obstante, la batalla de los formularios debe su nombre a que la mayor parte de estos conflictos surgen debido al uso de formularios predispuestos por las partes, quienes tratan de imponer sus propias condiciones generales³.

¹ D. SLAWSON, “Standard Form Contracts and Democratic Control of Law-Making Power”, *Harvard Law Review*, n° 529, 1971, p. 596.

² M. RODRÍGUEZ, “Soluciones a la batalla de los formularios según el Derecho Internacional”, *Univ. Estud. Bogotá*, n° 15, 2017, pp. 121-130.

³ M. RODRÍGUEZ, *op.cit.*, nota 2.

5. En el caso de que las condiciones sean contradictorias entre sí, se plantean una serie de cuestiones nada menores. Por un lado, cabe preguntarse si el contrato efectivamente se ha perfeccionado. Por otro lado, en caso de que el contrato se haya perfeccionado, habrá que determinar su contenido obligacional. La respuesta a estos interrogantes no es una cuestión para nada pacífica ni baladí, existiendo al respecto diversas teorías que tratan de ofrecer una solución al conflicto. Primeramente, se analizarán las principales teorías elaboradas al respecto. A continuación, se procederá a realizar un estudio comparativo de la respuesta que se da a esta problemática en el Derecho comparado y finalmente, se abordará en sede internacional, a la luz de los Principios UNIDROIT, PECL y, por último, en el marco de la Convención.

1. Teorías para la resolución de la batalla de los formularios

6. No es de sorprender que siendo la batalla de los formularios una de las cuestiones más complejas del Derecho contractual internacional, se hayan elaborado diversas teorías que tratan de aportar una solución al conflicto. Existen seis teorías principales; La teoría de la regla del espejo (*mirror-image rule*), la teoría de la regla del último disparo (*last-shot rule*), la teoría del noqueo (*knock-out rule*), la teoría del mejor disparo (*best-shot rule*), la teoría del disparo razonable (*reasonable-shot rule*) y la teoría de la regla del primer disparo (*first-shot rule*). Conforme a una de estas seis teorías, en especial en base a las tres primeras, se han venido construyendo las diferentes soluciones legales dadas tanto en sede internacional como nacional. Ninguna de estas teorías está exenta de críticas, y se puede decir que ninguna ha logrado superar plenamente los problemas y dificultades que la batalla de los formularios plantea en la contratación internacional. A continuación, se analizan cada una de estas seis teorías.

A) La teoría del espejo (*mirror-image rule*)

7. Según la teoría del espejo, los términos de la oferta y de la aceptación han de ser totalmente coincidentes, como si del reflejo de un espejo se tratase. De esta forma, cualquier modificación que se produzca en la aceptación respecto de los términos de la oferta, será considerado como un rechazo a la oferta, constituyendo simultáneamente una contraoferta. La teoría del espejo no es una teoría creada a propósito para resolver la controversia de la batalla de los formularios, sino que conforma una regla clásica del *common law* respecto de la formación del contrato. En este sentido, parte del concepto clásico de que el requisito esencial para la formación del contrato es el consentimiento, como acuerdo en todos y cada uno de los términos del contrato, puesto de manifiesto a través de la oferta y la aceptación⁴, con las implicaciones ya puestas de manifiesto respecto de cualquier divergencia en los términos.

Si bien es cierto que esta teoría permite mayores dosis de seguridad y certidumbre, dado que el contenido obligacional será exclusivamente aquel consentido por las partes, entraña una serie de inconvenientes relevantes. Por un lado, no es una teoría que se adecue bien a las condiciones del tráfico comercial moderno basado en el empleo masivo y sistemático de condiciones generales de la contratación⁵. Por otro lado, parte de un postulado que ya no es el mayoritario en la actualidad, la formación del contrato en base a una negociación en la que las partes diseñan el contenido obligacional del contrato conjuntamente. De hecho, algunos autores, ya en los años ochenta, consideraban que la regla del espejo solamente existía en los libros de texto⁶. Por tanto, es, en cierto modo, inadecuada para aportar una solución a las exigencias de hoy en día. Por último, genera incentivos a que las partes actúen de mala fe, abogando por el no perfeccionamiento del contrato, incluso en aquellos supuestos en los que ya se han llevado a cabo actos de ejecución del contrato⁷.

⁴ A. FEJOS, *Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of the Battle of the Forms under the CISG and UCC*, Thesis, Central European University, Budapest, 2006.

⁵ D. SLAWSON, op.cit., nota 1.

⁶ D. BAIRD/R. WEISBERG, "Rules, Standards and the Battle of the Forms: A Reassessment of 2-207", *Virginia Law Review*, nº 68, 1982.

⁷ S. LOIZOU, "CISG: The Battle of the Forms", (*IICL*) – *Jams Global Training Series U.S.*, 2015 p.4.

B) La teoría del último disparo (*last-shot rule*)

8. La teoría del último disparo da prevalencia a los últimos términos contractuales puestos de manifiesto. Bajo este esquema, en la mayor parte de las veces el vendedor tendrá la última palabra⁸, dado que con su contestación a la oferta delimitará los términos contractuales en caso de conflicto. Pensemos en el siguiente supuesto; un comprador envía a un vendedor una orden de compra junto con sus términos y condiciones, el vendedor envía su orden de venta con sus propios términos y condiciones no coincidentes con los del comprador. En principio, el contenido obligacional del contrato quedará conformado por lo dispuesto en las condiciones generales del vendedor, en detrimento de las del comprador.

Esta doctrina ha sido criticada en base a diversos motivos⁹. Por un lado, es considerada una solución arbitraria que favorece generalmente al vendedor sin justificación alguna al respecto¹⁰. Por otro lado, favorece el “*efecto ping-pong*”, si los últimos términos contractuales puestos de manifiesto van a ser los que se apliquen, las partes tratarán de que sus respectivas condiciones generales sean las últimas, lo cual genera un incentivo a que las partes por el mero hecho de beneficiarse de lo dispuesto en la teoría del último disparo se intercambien de forma continua sus formularios, generando con ello una situación claramente antieconómica.

C) La teoría del noqueo (*knock-out rule*)

9. La teoría del noqueo trata de ofrecer una solución neutra respecto de la secuencia temporal de las negociaciones. De este modo, el hecho de que el comprador o el vendedor haya sido el último en manifestar sus condiciones generales de la contratación es irrelevante. Por el contrario, esta doctrina focaliza en la sustancia, en el contenido material de ambos sets de condiciones generales. Bajo esta teoría, los términos coincidentes de ambos formularios formarán parte del contrato, mientras que aquellos aspectos en los que no haya conformidad no se incorporarán al mismo, debiendo, en principio, suplirse estos “vacíos contractuales” con la ley aplicable al contrato.

A primera vista, pudiere parecer que la teoría del noqueo es la más adecuada para una situación en que las partes no se ponen plenamente de acuerdo respecto de todos los aspectos del contrato. Al fin y al cabo, la aplicación de la ley positiva supletoria sería, en primer lugar, la solución en el caso de que no se hubieran cruzado condiciones generales de la contratación entre las partes. Sin embargo, la aplicación estricta e inflexible de la regla del noqueo puede llevar a soluciones contrarias a la intención de las partes. A modo ilustrativo, pensemos en aquellos casos en los que las partes tienen una clara intención de someter sus eventuales controversias al arbitraje. Para ello, incluyen en cada formulario su propia cláusula de sumisión al arbitraje. No obstante, no existe acuerdo respecto de que corte arbitral será la competente. Si la teoría del noqueo fuera aplicada de forma inflexible, ninguna de las cláusulas arbitrales formaría parte del clausulado contractual, dado que no son coincidentes, con la consecuencia de que la jurisdicción ordinaria sería competente¹¹. De este ejemplo, se puede observar que la aplicación estricta de la teoría del noqueo tiene efectos perversos, limitando, en cierto modo, la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, algunos autores¹² abogan por un papel más protagonista del juez, quién en base a los postulados de la buena fe vaya más allá de una aplicación rígida de esta teoría, para así salvaguardar la autonomía de las partes.

⁸ S. LOIZOU, op.cit., nota 7, p.4.

⁹ M.P. 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”, *Pace International Law Review*, n° 10/1, 1998.

¹⁰ J. A. ÁGUILA REAL, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p.278.

¹¹ Caso “Lea Tai Textile Co. v. Manning Fabrics” U.S. District Court for the Southern District of New York 1975. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/411/1404/1643604/> (última consulta 1 de junio de 2022).

¹² Entre otros; PERALES VISCASILLAS/ MARTÍN RODRÍGUEZ, SOTERIOS LOIZOU.

D) La teoría del mejor disparo (*best-shot rule*)¹³

10. La consideración de esta teoría y de la teoría del disparo razonable como teorías independientes no es una cuestión del todo pacífica. Así, parte de la doctrina¹⁴ las encuadran como variantes de la teoría del noqueo, mientras que otra parte de la doctrina¹⁵ considera que pueden ser independientes. En base a la teoría del mejor disparo, el juez ha de elegir el set más justo de condiciones generales, entendido como aquel que genere el mejor equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. El juez, por tanto, a la vista de las condiciones generales introducidas por las partes, deberá decidir cuál de ambas es la más justa. En puridad, el juez ceñirá su decisión a la elección de uno u otro de los sets, sin poder, en principio, integrar el contenido de ambos sets de condiciones generales en el clausulado contractual.

No obstante, esta teoría adolece de dos claros inconvenientes. Por un lado, el juez tendrá que realizar su selección según el concepto de justicia o de lo que es justo, lo cual implica traer a colación un concepto jurídico indeterminado de muy difícil integración. Por otro lado, la teoría del mejor disparo encuentra un inconveniente práctico. Si el juez ha de decidir seleccionar, en bloque, las condiciones generales de la contratación que sean más equilibradas para las partes, que sucederá en aquellos casos en los que los términos de los formularios de las partes sean diametralmente opuestos. En estos casos, la necesidad de remitirse en bloque a uno u otro set de condiciones generales supone un obstáculo de muy difícil superación, dado que será casi imposible alcanzar el propósito de justicia, como equilibrio entre las partes, fundamento de esta teoría.

Cabe destacar que esta teoría fue modelada por la profesora GIESELA RÜHL¹⁶, introduciendo la teoría del disparo eficiente (“*efficiency based best-shot rule*”). Esta variante se diferencia de la teoría elaborada por GOLDBERG, en que el criterio de lo justo se sustituye por el criterio de eficiencia¹⁷. De este modo, el objetivo no se encuentra en la búsqueda de un equilibrio de los derechos y las obligaciones de las partes, sino que, se busca que el resultado sea lo más eficiente posible. Pese a que quepa considerar que la utilización del criterio de eficiencia como elemento modulador es superior al uso de un concepto indeterminado y abstracto como es el principio de justicia, esta teoría adolece del mismo defecto fundamental, la necesidad de remitirse en bloque a uno de los dos sets de condiciones generales.

E) La teoría del disparo razonable (*reasonable-shot rule*)

11. La teoría del disparo razonable, junto con la teoría del mejor disparo, es el producto de la búsqueda de nuevas alternativas de solución a la batalla de los formularios. Esta teoría debe su existencia al profesor OMRI BEN-SHAHAR¹⁸, quien la construye en base al criterio de razonabilidad. Bajo los postulados de esta teoría, se deberá desgranar cuestión por cuestión cada uno de los términos en conflicto, eligiendo aquellos de los dos sets de condiciones generales que sean más razonables. Ello implica que no todos y cada uno de los términos que finalmente triunfen han de proceder necesariamente de uno de los sets de condiciones generales, sino que, por el contrario, podrán proceder de ambos sets indistintamente. Esto otorga mucha más flexibilidad al juez a la hora de determinar los términos del contrato que en aquellos casos en los que tiene que elegir en bloque entre uno u otro set.

En lo tocante a la pieza central de la teoría, la razonabilidad, se configura desde dos vertientes. Por un lado, respecto de criterios tales como la sorpresividad del término, la conexión con el supuesto o lo que es habitual en el mercado correspondiente. Por otro lado, en relación con criterios económicos de

¹³ Esta teoría fue elaborada por V. GOLDBERG en su obra “The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, nº 155, 1997.

¹⁴ S. LOIZOU.

¹⁵ Entre otros; O. BEN-SHAHAR, V. GOLDBERG, G. RÜHL.

¹⁶ G. RÜHL, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, *24 U.P.A. J. INT’L ECON. L.*, nº 189, 2003, p.221.

¹⁷ La profesora G. RÜHL emplea el concepto de eficiencia Kaldor-Hicks. El cual implica que una situación será eficiente cuando un cambio en las condiciones provoque que la pérdida acumulada sea mayor que el beneficio acumulado.

¹⁸ O. BEN-SHAHAR, “An EX-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing the Parties to Draft Reasonable Terms”, *Law & Economics Working Papers University of Michigan Law School*, 2004.

eficiencia. Respecto de la primera vertiente, el juez tendrá que indagar en la razonabilidad de los términos propuestos por las partes. A modo de ejemplo, si ambas partes incluyen cláusulas arbitrales en sus condiciones generales, estableciendo una de ellas un lugar de arbitraje accesible y con conexión al caso, mientras que la otra establece un arbitraje en un lugar remoto sin relación alguna con el contrato o las partes, el juez deberá elegir la primera de las cláusulas. Respecto de la segunda, el énfasis se sitúa en la optimización del contrato desde un punto de vista económico. Se trata de que el clausulado contractual resultante cumpla el objetivo de reducir costes o de no generar incentivos a su producción. De esta forma, no se considera como razonable una cláusula por la cual se permite a una parte negligente obtener una indemnización, generando incentivos, por tanto, a no observar el cuidado debido.

Asimismo, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones el precio está fuertemente influenciado por los términos del contrato. Por ejemplo, mayores garantías implican un mayor coste y, por tanto, un precio mayor. Si la reducción del coste deriva de una reducción de las garantías, y se ha permitido a la contraparte disfrutar de tales beneficios en la forma de un precio más reducido, la cláusula debería considerarse como razonable, pese a que pudiese establecer un régimen de garantías significativamente más laxo que el supletoriamente aplicable. Destacar que la principal crítica objetada a esta teoría es sustancialmente idéntica a la expuesta con anterioridad respecto de la teoría del mejor disparo, las dosis de inseguridad jurídica inherentes al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de lo justo o lo razonable.

F) La teoría del primer disparo (*first-shot rule*)

12. La teoría del primer disparo ofrece la solución inversa a la teoría del último disparo. Los términos del oferente triunfarán sobre los términos del aceptante, dado son los primeros que han sido “disparados”¹⁹. Si el aceptante no quiere quedar vinculado por los términos del oferente, deberá rechazar y realizar una nueva oferta con sus propias condiciones. Esta teoría no solo adolece de los mismos defectos que la teoría del último disparo, sino que, además, configura el consentimiento sobre los términos en un momento temporal de la negociación que parece contrario a la lógica. Pese a ello, esta teoría encuentra acogida en el Derecho positivo holandés. El artículo 6:225 (3) del Código Civil holandés establece que cuando la oferta y la aceptación se refieran a condiciones generales diferentes, la segunda referencia carece de efecto. Por tanto, la parte que envíe el segundo set de condiciones generales de la contratación deberá rechazar expresamente los términos contenidos en la oferta²⁰.

2. La batalla de los formularios en el Derecho comparado

13. A continuación, se llevará a cabo un análisis de la batalla de los formularios en el Derecho comparado. Para ello, serán objeto de análisis el Derecho estadounidense, el Derecho inglés, el Derecho canadiense, el Derecho alemán, el Derecho francés y el Derecho chino en la materia.

A) Estados Unidos

14. En los Estados Unidos la solución legislativa a la batalla de los formularios se encuentra en la sección 2-207 UCC (*Uniform Commercial Code*). Esta sección acoge en su seno la teoría del noqueo como la solución adecuada a la batalla de los formularios. En principio, los términos del contrato quedarán fijados por aquellos que las partes hayan acordado en sus ofertas, junto con los términos suplementarios establecidos en el código uniforme de comercio. De esta manera, los términos no coincidentes de los formularios de

¹⁹ J. MURRAY, “The Definitive Battle of the Forms: Chaos Revisited”, *Journal of Law and Commerce*, nº 20/1, 2000, pp. 1-48.

²⁰ T. KADNER GRAZIANO, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of the Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, 2013, p.76.

las partes quedan expulsados, supliéndose tales extremos con la ley supletoria aplicable. No obstante, la solución ofrecida por la sección 2-207 UCC ha sido objeto de múltiples críticas²¹, que abogan por su revisión.

B) Inglaterra

15. Bajo el *common law* inglés, la batalla de los formularios ha venido resolviéndose por la jurisprudencia²² en base a la teoría del último disparo²³. La formación del contrato sigue la regla clásica de la oferta y la aceptación, en base a los postulados de la regla del espejo. No obstante, se permite que el contrato se perfeccione a través de la realización de actos de ejecución. En estos casos, la determinación de que términos y condiciones serán de aplicación se resuelve aplicando la teoría del último disparo. Sin embargo, desde el voto particular de Lord Denning²⁴ en el conocido caso “*Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corp. (England) Ltd.*”, comenzó un debate sobre la conveniencia de acudir a otras fórmulas para superar la batalla de los formularios. Como resultado, de forma gradual ciertos tribunales han venido adoptando otros postulados. Así, en el caso “*GHSP Inc v AB Electronic Ltd 2010*” se decidió aplicar al contrato la ley supletoria, la *Sale of Goods Act 1979*, excluyendo las condiciones generales de las partes²⁵.

C) Canadá

16. La legislación comercial canadiense está muy influenciada por el *common law* inglés²⁶. Debido a su influencia, la situación actual en el Derecho canadiense respecto de la batalla de los formularios es muy semejante a la que existe en Inglaterra. De este modo, los principios básicos en la materia son la regla del espejo para la formación de los contratos junto con la regla del último disparo²⁷. No obstante, es necesario tener en cuenta que Canadá carece de una legislación uniforme a nivel nacional en la materia, con lo cual no se puede hablar de una solución uniforme a la presente controversia. Prueba de ello, es la heterogeneidad de las diferentes soluciones aportadas por los tribunales canadienses, los cuales han ido más allá de las soluciones rígidas ofrecidas por la teoría del último disparo²⁸.

D) Alemania

17. En la actualidad la corriente predominante en Alemania, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, es favorable a la aplicación de la teoría del noqueo²⁹. Sin embargo, ello no siempre ha sido

²¹ C. BROWN, “Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work”, *N.C. L. Rev.*, n° 69, 1991, p.894.

J. MURRAY, “An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *J.L. & Com.*, n° 11, 1988, p.38.

²² Uno de los primeros casos fue *Hyde vs Wrench 1840 U.K.* Más recientemente, *Tekdata Interconnections Ltd v Amphenol Ltd 2009* y *Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato Kft 2010*.

²³ K. STAMP, “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, n° 15, 2005.

²⁴ En su voto particular, Lord Denning criticó la aplicación inflexible de la regla del último disparo, argumentando que la decisión debe de ser tomada caso por caso y atreviéndose a perfilar que la solución debiera de pasar por el análisis conjunto de ambos sets de condiciones generales.

²⁵ No obstante, la decisión del tribunal vino claramente influenciada por el hecho de que las partes no pusieron fehacientemente de manifiesto a la contraria sus condiciones generales.

²⁶ C. SUKURS, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n° 34/5, 2001.

²⁷ Caso “*Cariboo-Chilcotin Helicopters Ltd. v. Ashlaur Trading Inc. (British Columbia Court of Appeal) 2006*”.

²⁸ Para un estudio de la jurisprudencia canadiense más relevante en la materia, ver SHARIFF y MARECHAL, “Revisiting the Battle of the Forms: A Case Study Approach to Legal Strategy Development”, *Asper Journal of International Business and Trade Law*, 2009.

²⁹ K. WILDNER, “Art.19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, *Pace International Law Review*, n° 20/1, 2008.

así. Se puede afirmar que hasta antes de la década de los años setenta, predominaba la teoría del último disparo en base a la aplicación restrictiva del artículo 150 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*), quien consagra el postulado tradicional de la oferta y la aceptación para la formación del contrato. En los años setenta los tribunales alemanes dieron un giro jurisprudencial abrazando la teoría del noqueo³⁰. Para ello, fundamentaron su decisión en la aplicación del artículo 6.2 de la Ley reguladora de las condiciones generales de la contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), el cual establece que, si las condiciones generales no forman parte del contrato o son ineficaces, el contenido del contrato estará compuesto por las normas supletorias aplicables. Esta corriente no solo ha sido objeto de aplicación en casos puramente domésticos, sino que incluso en el ámbito internacional, en el marco de la aplicación de la Convención, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su conocida resolución de 9 de enero de 2002, aplicó la teoría del noqueo.

E) Francia

18. El Código Civil francés no ofrece una solución expresa a la batalla de los formularios³¹. Pese a ello, parece existir un acuerdo doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de la teoría del noqueo a esta problemática³². No obstante, en los últimos años la legislación se ha posicionado en favor de las condiciones generales de venta sobre las condiciones generales de compra. Así, el artículo 441-1-III del código de comercio establece “*Dès lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale.*”

En esta misma línea, se ha pronunciado la Corte de Apelación de París en su sentencia de 18 de diciembre de 2013, quien argumentó que la imposición sistemática de las condiciones generales de compra, idénticamente redactadas para todas las compras, elimina la negociación y crea un desequilibrio patente en los derechos y obligaciones de las partes. Posteriormente, este mismo tribunal matizó su postura en su sentencia de 17 de junio de 2021 defendiendo que las condiciones generales de venta no siempre desplazan a las condiciones generales de compra, pudiendo estas últimas gobernar el contrato en el caso de ser aceptadas. A efectos prácticos, las condiciones generales de venta serán el elemento central alrededor del que pivotarán las negociaciones de las partes. Aunque ello, lógicamente, no veda la posibilidad de que los términos del comprador puedan terminar imponiéndose en el marco de la negociación y formación del contrato.

F) China

19. La ley de contratos de la República Popular China de 1999 establece una legislación uniforme en materia contractual en todo el estado. Los artículos 30 y 31 detallan el régimen para la formación del contrato en base al juego de la oferta y la aceptación. Es de destacar que el contenido de la regulación china en la materia es prácticamente idéntico al contenido del artículo 19 de la Convención y al 2.1.11 UPICC³³. De este modo, para la formación del contrato, la oferta y la aceptación han de coincidir. No obstante, en caso de divergencia se atenderá a si la modificación es o no material. En caso de encontrarlos ante una modificación material de las condiciones, si la parte que recibe el último set de condiciones lleva a cabo actos de ejecución del contrato (artículo 22), el mismo se entenderá perfeccionado en base al último set de condiciones generales “disparado”.

³⁰ La primera resolución en aplicar la teoría del noqueo en Alemania data del año 1980 “OLG Köln, BB, 1980 1237, 1240.

³¹ F. VERGNE, “The Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *The American Journal of Comparative Law*, n° 33/2, 1985.

³² G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.205.

D. LOYCKE, *CMS Guide to the Battle of the Forms*, 2018.

³³ Se debe tener en cuenta que en el año 1999 China se encontraba en un profundo proceso de transformación de su economía cara un modelo de economía de mercado. La implantación de la Ley de Contratos China fue uno de los pilares jurídicos para cimentar su incorporación a la Organización Mundial del Comercio, la cual se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2001.

Cabe destacar que pese a la influencia que los Principios UNIDROIT tienen sobre la legislación contractual china, la ley de contratos carece de un artículo o apartado específicamente dedicado a la batalla de los formularios. Este alejamiento de lo dispuesto en el artículo 2.1.22 UPICC, el cual consagra la teoría del noqueo, y a la vista de la regulación positiva doméstica y su correlación con el artículo 19 de la Convención, puede permitir concluir que la ley de contratos china acoge la teoría del último disparo³⁴. Ello en contraposición a la profesora *NICOLE KORNET*³⁵, quién considera que la influencia del UPICC en la ley de contratos china permitiría concluir que la teoría del noqueo viene apoyada implícitamente en la norma.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, pese a los esfuerzos de las últimas décadas, China no puede ser catalogada como una economía de mercado pura³⁶. Para el caso que nos ocupa, tradicionalmente las condiciones generales de la contratación se han venido empleando como un vehículo para garantizar el cumplimiento de la planificación económica estatal. Bien a través de una regulación impuesta directamente por la administración o por las SOEs (*state owned enterprises*)³⁷. Por ello, la solución que se dé por los tribunales chinos a la presente controversia puede depender de ciertos aspectos dependientes del intervencionismo gubernamental y no por la aplicación pura del Derecho.

3. La batalla de los formularios en los principios UNIDROIT

20. Uno de los trabajos más destacados del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) son sus principios sobre los contratos comerciales internacionales. Estos principios no constituyen un texto uniforme con vocación de plenitud en la materia. Por tanto, no pretenden sustituir a la Convención. Al contrario, de su preámbulo se puede concluir que los principios se erigen en una especie de instrumento interpretativo tanto del Derecho nacional como fundamentalmente del Derecho internacional en la materia³⁸. No obstante, cabe que las partes en el marco de su autonomía de la voluntad elijan estos principios como los reguladores de su contrato.

21. Los principios UNIDROIT habiendo sido publicados por primera vez en el año 1994, se encuentran claramente influenciados por la Convención. Esta influencia llega al punto de que algunas de las reglas contenidas en los principios son tomados literalmente de la Convención. En palabras de *MICHAEL JOACHIM BONELL*³⁹, quien fue uno de los arquitectos de los principios UNIDROIT, “*En la medida en que ambos instrumentos tratan las mismas cuestiones, las reglas establecidas en los principios UNIDROIT normalmente son tomados literalmente o al menos en substancia de las provisiones correspondientes del CISG. Los casos en los que los principios se alejan de lo dispuesto en el CISG son excepcionales*”.

Una clara muestra de ello la encontramos en el paralelismo existente entre el apartado 2.1.11 de los principios y el artículo 19 de la Convención. Ambas provisiones regulan de forma idéntica la aptitud de la aceptación para perfeccionar el contrato. Así, el apartado 2.1.11 de los principios y los apartados 1 y 2 del artículo 19 de la Convención son idénticos tanto en substancia como en forma, teniendo redacción casi idéntica. Pese a este paralelismo respecto de las reglas relativas a la formación del contrato, la respuesta que se da en los principios a la batalla de los formularios difiere de la contenida en la Convención. A diferencia de la Convención, los principios contienen un apartado expresamente dedicado a esta controversia. Así, el apartado 2.1.22 que tiene por título “*Conflicto entre Formularios*” establece: “*Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de*

³⁴ T. KADNER GRAZIANO, op.cit., nota 20, p.75.

³⁵ N. KORNET, “Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of the Forms and Standard Form Contracts”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, 2011.

³⁶ A. KROEBER, *China's Economy: What Everybody Needs to Know*, Ed. Oxford University Press, 2016.

³⁷ B. LING, *Contract Law in China*, Ed. Sweet & Maxwell Asia, 2002, p.108.

³⁸ A. KRITZER, “General Observations on use of the UNIDROIT Principles to help interpret the CISG”, *CISG Database*, 2009.

³⁹ M.J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instrument?”, *Uniform Law Review*, nº 26, 1996, pp. 26-39.

lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.”

Del contenido de este apartado se puede apreciar que los principios UNIDROIT acogen la teoría del noqueo como solución a la batalla de los formularios⁴⁰. Alejándose, por tanto, de la teoría del último disparo acogida por la Convención y siguiendo, por contrapartida, al *Uniform Commercial Code* estadounidense y su sección 2-207.

4. La batalla de los formularios en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)

22. Los principios de Derecho europeo de contratos son el producto del trabajo de la comisión de Derecho europeo de los contratos. Esta comisión comenzó sus trabajos en el año 1982 bajo la dirección del académico danés *OLE LANDO*⁴¹, con el objetivo de crear una primera aproximación a través de la formulación de unos principios generales de Derecho contractual a un futuro Código Civil europeo. Los trabajos de esta comisión encontraron apoyo en las instituciones de la Unión Europea⁴². La pluralidad y diversidad de legislaciones en la materia en los diferentes estados miembros de la U.E. eran y siguen siendo considerados como obstáculos al funcionamiento de un mercado único altamente competitivo⁴³. En base a estas premisas, se promulgaron en el año 1999⁴⁴ estos principios con el objetivo de servir de instrumento interpretativo en el ámbito contractual europeo.

23. Del mismo modo que los principios UNIDROIT, los PECL no pretenden erigirse en una regulación sustantiva uniforme, sino que, por el contrario, tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales de Derecho de los contratos en la Unión Europea. Pese a ello, también prevén la posibilidad de que las partes puedan elegir estos principios como la norma reguladora de sus contratos (artículo 1:101).

24. Respecto de la formación del contrato, los PECL en su artículo 2:208 siguen el modelo clásico también adoptado por la Convención y los principios UNIDROIT. Del mismo modo que los principios UNIDROIT, los PECL tienen una provisión expresamente dedicada a la batalla de los formularios. Así, el artículo 2:209 que tiene por título *“Incompatibilidad entre Condiciones Generales”* establece:

“(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial.

(2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes: (a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o (b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato.

(3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes”.

A la luz del artículo 2:209, y al igual que en el caso de los principios UNIDROIT, los PECL acogen a la teoría del noqueo como la solución a la presente controversia⁴⁵.

⁴⁰ G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.207.

⁴¹ O. LANDO, “Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with UCC” *Pace International Law Review*, nº 13, 2001 pp. 339-369.

⁴² Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994.

⁴³ C. CASTRONOVO, “Contract and the Idea of Codification in The Principles of European Contract Law”, *Festschrift til Ole Lando*, 1997, pp.109-124.

⁴⁴ El texto completo se puede consultar aquí: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> (última consulta 1 de junio de 2022).

⁴⁵ G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.208.

5. La batalla de los formularios en la Convención

25. La Convención carece de un artículo o apartado expresamente dedicado a la batalla de los formularios. No obstante, su artículo 19 dedicado a la formación del contrato establece las bases para poder afrontar la presente controversia en sede de la Convención.

El artículo 19 de la Convención contiene los siguientes 3 apartados:

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

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

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

26. Del apartado primero se puede apreciar claramente como la Convención parte del postulado clásico de oferta y aceptación propio de la regla del espejo. En principio, en aquellos casos en los que la aceptación no coincida con los términos de la oferta ésta se considerará una contraoferta. La decisión de adoptar la regla del espejo en la Convención vino determinada por la necesidad de consenso en la redacción del texto uniforme⁴⁶. De este modo se logró un punto de equilibrio al adoptar una solución consistente con la tradición jurídica del *common law*, así como del *civil law*⁴⁷.

Ahora bien, el propio artículo 19 en su apartado 2 se encarga de introducir un grado de flexibilidad que lo aleja de los postulados más estrictos de la regla del espejo propios del *common law* inglés⁴⁸. En base a este inciso, la inclusión en la aceptación de elementos diferentes o adicionales que no alteren sustancialmente los de la oferta podrán formar parte del contrato, salvo que el oferente se oponga sin demora justificada.

27. A pesar de esta innovación, la virtualidad práctica del apartado 2 se ve seriamente comprometida a la luz del apartado 3. El apartado 3 del artículo 19 establece un listado no exhaustivo de adiciones o modificaciones que tendrán la consideración de alteraciones sustanciales y que, por tanto, no podrán conducir su incorporación al contrato a través de la vía del apartado precedente. El hecho de que el listado del apartado 3 sea un listado no exhaustivo, lleva a poder concluir, como ya se indicó con anterioridad, que cualquier modificación pueda ser considerada como sustancial⁴⁹. De este modo, a la luz del artículo 19 de la Convención, y pese a la intensa discusión doctrinal y jurisprudencial en la materia, se puede afirmar que la Convención acoge la teoría del último disparo como la solución a la presente controversia⁵⁰. En base a ello, en aquellos casos en los que el destinatario de la oferta incluya alteraciones sustanciales de la misma en su aceptación, nos encontraremos ante una contraoferta que en caso de no ser rechazada conformará los términos del contrato.

28. Ahora bien, la teoría del último disparo tiene como requisito indispensable para su aplicación determinar que set de condiciones constituye el último disparo. De esta forma, si el oferente que recibe una aceptación con modificaciones no se opone a la misma y da curso a la ejecución del contrato,

⁴⁶ T.N. NGUYEN, “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding Battle of the Forms”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2009.

⁴⁷ F. VERGNE, *op.cit.*, nota 31.

⁴⁸ G. RÜHL, *op.cit.*, nota 16, p.196.

⁴⁹ K. STEMP, *op.cit.*, nota 23.

⁵⁰ A. FEJÖS, “Battle of the Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, n° 11, 2007, pp. 113-129.

por ejemplo, pagando el precio o abriendo una línea de crédito, se podrá determinar que la aceptación constituye el último disparo⁵¹.

29. Sin embargo, la teoría del último disparo es claramente defectuosa en aquellos casos en los que las partes han comenzado a llevar a cabo actos de ejecución del contrato, pero continúan insistiendo en la aplicación de sus propias condiciones generales, en lo que es una clara materialización del incentivo al efecto ping-pong⁵². En estos casos el contrato se entiende perfeccionado en base al artículo 18.3 de la propia Convención, el cual permite entender la aceptación a través de actos de ejecución. Ahora bien, la determinación del contenido obligacional del contrato se hace harto complicado si pretendemos utilizar única y exclusivamente la teoría del último disparo⁵³. Por ello, en línea con el profesor *MAGNUS ULRICH* considero que la aplicación de la teoría del último disparo debiera de estar restringida a aquellos supuestos en los que se aprecie que la parte que recibe el último disparo lleva a cabo actos de ejecución sin continuar insistiendo en la aplicación de sus propias condiciones generales⁵⁴.

30. Teniendo en cuenta la rigidez e insuficiencia práctica de la teoría del último disparo, así como las críticas ya comentadas con anterioridad respecto de esta teoría, se han puesto de manifiesto diversas alternativas tanto doctrinales como jurisprudenciales para tratar de escapar de la aplicación del artículo 19 o para dar cabida a la teoría del noqueo en el propio artículo.

31. Por un lado, una parte de la doctrina defiende que la batalla de los formularios no encuentra solución en la Convención, debiendo recurrirse a la ley doméstica no uniforme⁵⁵. Sin embargo, el contenido del artículo 19 es claro, ofreciendo una solución a la batalla de los formularios, con independencia de su mayor o menor acierto. De hecho, se puede apreciar en el proceso legislativo de la Convención como existieron propuestas alternativas a la fórmula del último disparo⁵⁶. La delegación belga propuso incluir un apartado en el que se regulase explícitamente la controversia⁵⁷, acogiendo la teoría del noqueo en su seno. Sin embargo, esta propuesta no salió adelante, lo cual evidencia que se propuso una alternativa a la teoría del último disparo, siendo ésta rechazada⁵⁸.

Adicionalmente, el recurso a la legislación doméstica pone en riesgo uno de los objetivos básicos de la Convención, su interpretación uniforme en sede internacional. El éxito de la Convención depende de su interpretación uniforme incluyendo aquellos aspectos no expresamente regulados en la misma⁵⁹. Si la resolución de la batalla de los formularios se hiciese depender de la aplicación de la legislación doméstica, la solución a esta cuestión variaría de estado a estado.

32. Por otro lado, algunos autores⁶⁰ consideran que la batalla de los formularios debe ser solucionada en base a los principios generales en aplicación del artículo 7 de la Convención. No obstante, para que entren en juego los principios generales es necesario, en conformidad con el artículo 7.2, que la materia no esté resuelta en la Convención. Para el caso que nos ocupa, se entiende que la batalla de los formularios está regulada en el artículo 19, con lo cual, no procede acudir, en principio, a los principios

⁵¹ Caso *Allied Dynamics v. Kennametal* 2014: En el que el comprador demandante no se opuso a las condiciones generales remitidas por el vendedor demandado y dio curso a la ejecución del contrato.

⁵² M. ULRICH, "Last-shot vs Knock out- Still Battle over the Battle of the Forms Under the CISG", *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, 2007, pp. 185-200.

⁵³ C. MOCCIA, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of the Forms", *Fordham International Law Journal*, n° 13/4, 1989.

⁵⁴ Caso *OLG Linz IHR* 2007: En el que un comprador se refirió a sus condiciones generales en un primer momento, pero nunca volvió a hacerlo pese a que el vendedor se refirió a sus propias condiciones generales de forma continuada en toda la correspondencia subsiguiente.

⁵⁵ Entre otros; F. DESSEMONTET/ M. J. GREINER.

⁵⁶ Los registros oficiales del proceso legislativo se pueden consultar en el siguiente enlace <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a-conf-97-19-ocred-eng.pdf> (última consulta 1 de junio de 2022).

⁵⁷ p.288 - 289 de los registros oficiales.

⁵⁸ M.P. PERALES VISCASILLAS, op.cit., nota 9.

⁵⁹ C. MOCCIA, op.cit., nota 53.

⁶⁰ Entre otros; VAN DER VELDEN, P. DEL DUCA y C. MOCCIA.

generales. Todo ello, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención respecto de la obligatoriedad de las prácticas de las partes y del comercio internacional.

33. Finalmente, también cabe destacar la alternativa propuesta por el profesor *DIEZ-PICAZO*⁶¹, quién parte de la premisa de que la cuestión no es una de formación del contrato, sino que se refiere a la determinación del contenido del contrato. Por tanto, perteneciendo el artículo 19 a las reglas relativas a la formación del contrato, la cuestión ha de quedar excluida de su umbral de aplicación.

34. Con independencia del mayor o menor mérito de las alternativas doctrinales puestas de manifiesto con anterioridad, coincido con la profesora *PERALES VISCASILLAS*⁶² en que las reglas de la Convención proporcionan una regulación comprensiva de la formación del contrato y de la oferta y aceptación, siendo éstas y solo éstas las que, en principio, han de regir la cuestión.

35. Por otra parte, la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo del artículo 19 de la Convención puede calificarse como heterogénea y cambiante. Es quizás en este extremo, donde las diversas tradiciones jurídicas nacionales siguen jugando un rol relevante en la delimitación de los contornos de la Convención. La inexistencia de un tribunal con superioridad jerárquica, al estilo del TJUE en el ámbito europeo, con capacidad para interpretar de forma autónoma la Convención, provoca que la aplicación e interpretación de una misma provisión de la Convención sea dispar dependiendo del país donde se encuentre el litigio.

En el marco de esta heterogeneidad jurisprudencial no es de sorprender que la solución dada a la batalla de los formularios en los contratos regidos por la Convención sea poco uniforme. Así, la jurisprudencia se encuentra dividida entre aquellos órganos jurisdiccionales que aplican la teoría del noqueo y aquellos que se ciñen a la teoría del último disparo.

No obstante, es importante tener en cuenta que la casuística es muy diversa y en muchas ocasiones, la decisión final respecto de la batalla de los formularios viene influenciada por otros aspectos concretos como la dinámica de las negociaciones entre las partes, la forma y puesta a disposición de las condiciones generales de la contratación, entre otras. Lo cual, anudado al recelo de ciertas jurisdicciones a la aplicación de la Convención⁶³, provoca que sea bastante difícil encontrar un supuesto o modelo puro de la batalla de los formularios.

36. La mayor parte de la jurisprudencia ha venido aplicando la teoría del último disparo cuando se ha enfrentado a la cuestión en sede de la Convención. Por un lado, el *Oberlandesgericht* de Saarbrücken en su decisión de 13 de enero de 1993 consideró que los términos adicionales incluidos en la carta de confirmación del vendedor fueron aceptados por el comprador al aceptar éste el envío. Por otro lado, en el caso *Magellan Int'l Corp vs Salzgitter Handel GmbH*, la corte del distrito norte de Illinois consideró que el contrato se perfeccionó en el momento en el que el comprador abrió una letra de crédito, quedando los términos del contrato definidos por aquellos acordados en dicho momento.

Estas resoluciones aplican la regla del último disparo obedeciendo al mismo esquema ya comentado, la aceptación del último set de condiciones generales disparado en base a la realización de actos de ejecución por la contraparte⁶⁴. Sin embargo, de forma gradual ha aumentado el número de tribunales que, en gran medida influenciados por sus tradiciones domésticas, han comenzado a acercarse a la teoría del noqueo para resolver la batalla de los formularios en sede de la Convención⁶⁵.

⁶¹ L. DIEZ-PICAZO, "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", *Encuentros sobre Derecho Iberoamericano, Derecho Privado, Fundación BBV*, 1995 p.8.

⁶² M.P. PERALES VISCASILLAS, op.cit., nota 9.

⁶³ C. SUKURS considera que la mayor parte de los abogados y jueces estadounidenses carecen de conocimientos sobre la Convención. Sospecho que este estado de cosas puede ser extrapolable a la mayor parte de las jurisdicciones.

⁶⁴ Entre otras: "Caso Roser Technologies vs Carl Schreiber" Western District of Pennsylvania U.S. 2013.

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo número 8611/97.

⁶⁵ K. STEMPEL, op.cit., nota 23.

37. Entre las muestras jurisprudenciales más destacadas al respecto, cabe resaltar la ya mentada decisión de 9 de enero de 2002 del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*)⁶⁶. En este caso, las condiciones generales del vendedor alemán y del comprador holandés contenían cláusulas divergentes respecto de la extensión de la responsabilidad del primero de ellos. Las partes ejecutaron el contrato y solamente cuando los consumidores finales del producto mostraron su insatisfacción frente al empresario holandés, comenzaron a discutir respecto de las cláusulas de responsabilidad. El tribunal consideró que la contradicción en los términos “no previno la existencia del contrato de compraventa dado que las partes no consideraron esta divergencia como un obstáculo para la ejecución del contrato.” Excluyendo, asimismo, las cláusulas divergentes del contenido obligacional del contrato. En conclusión, el mensaje del Tribunal Supremo alemán es que las condiciones generales contradictorias son totalmente inválidas y son reemplazadas por las provisiones de la Convención, manteniéndose la validez del contrato⁶⁷.

También cabe destacar la decisión de 16 de julio de 1998 de la Corte de Casación francesa en la que aplicó la teoría del noqueo respecto de cláusulas de jurisdicción disconformes. Pese a que la corte consideró que las cláusulas de jurisdicción son elementos sustanciales en los términos del artículo 19.3 CISG, no decidió privar de validez al contrato, sino que decidió inaplicar ambas cláusulas, empleando para determinar la jurisdicción competente las reglas de Derecho internacional privado.

Estas dos decisiones son realmente relevantes fundamentalmente debido a la entidad de estos dos órganos jurisdiccionales. No obstante, cabe destacar, como ya se ha señalado con anterioridad, que una de las razones básicas por las que el Tribunal Supremo alemán y la Corte de Casación francesa han aplicado la teoría del noqueo radica en que es éste el modelo dominante en su tradición jurídica doméstica. En todo caso, estas dos decisiones no son aisladas, sino que se encuadran dentro de una tendencia de flexibilización respecto de la resolución de la batalla de los formularios.

38. En conclusión, la batalla de los formularios en sede de la Convención no es ni mucho menos una cuestión pacífica y resuelta, sino todo lo contrario. Pese a que del literal del artículo 19 se desprenden los postulados propios de la teoría del último disparo, la falta de un artículo expresamente dedicado a la cuestión, anudado al hecho de que nos encontramos ante un texto internacional en el que confluyen diversas tradiciones jurídicas heterogéneas y ante la insatisfacción que la teoría del último disparo genera en gran parte de la doctrina, se han venido desarrollando alternativas diversas para ofrecer una solución diferente y más flexible a la presente cuestión.

III. Visión crítica respecto de la batalla de los formularios y sus implicaciones

39. La batalla de los formularios continúa, aún hoy en día, sin una clara solución. Cabe afirmar que ni la doctrina ni el legislador nacional e internacional han logrado todavía ofrecer una solución plenamente satisfactoria a esta cuestión. Las diferentes teorías puestas de manifiesto por la doctrina, aun siendo algunas más acertadas que otras, no alcanzan a ofrecer una solución incontrovertida, teniendo todas y cada una de ellas inconvenientes que en cierto modo las hacen inadecuadas.

40. Por otra parte, del análisis efectuado supra las soluciones incorporadas en la legislación en la materia han orbitado fundamentalmente alrededor de las 3 principales teorías; la teoría del espejo, la teoría del último disparo y la teoría del noqueo. Por tanto, adolecen de los defectos que esas propias teorías tienen.

⁶⁶ Para un detallado comentario sobre esta resolución ver M.P. PERALES VISCASILLAS: “Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, nº 2, 2002, pp. 217-228.

⁶⁷ P. SCHLECHTRIEM, “Battle of the Forms in International Contract Law: Evaluation of approaches in German Law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002.

41. Adicionalmente, el tratamiento positivo de la batalla de los formularios en el Derecho internacional carece de homogeneidad. Ello, no solamente se muestra en la discrepancia respecto de las soluciones aportadas en las diversas normas de fuente internacional y en el Derecho comparado, sino que también se pone de manifiesto en la interpretación y aplicación que de estas normas ha hecho la jurisprudencia, la cual ha resuelto la presente controversia de forma dispar pese a aplicar las mismas previsiones legales.

42. Como no podía ser de otra forma, la oscuridad, complejidad e incertidumbre propia de la batalla de los formularios se traduce en una serie de implicaciones que han de ser tenidas en cuenta por las partes involucradas en la contratación comercial internacional. El desconocimiento de la batalla de los formularios o la falta de anticipación respecto de ésta puede traducirse en grandes desventajas para la parte que actúa de tal manera. Partiendo de que el uso de las condiciones generales de la contratación es la norma en el comercio internacional⁶⁸ un conocimiento y preparación exhaustiva de esta problemática puede resultar en una ventaja competitiva.

43. A continuación, se procederá a realizar un apunte crítico respecto de la situación actual de la presente cuestión en sede doctrinal, legislativa y jurisprudencial. Asimismo, se abordarán las implicaciones que la batalla de los formularios produce en el comercio internacional. Así como se aportará una visión estratégica dirigida a optimizar la conducta de los operadores de comercio exterior en relación con la batalla de los formularios.

1. Desde un punto de vista doctrinal

44. Doctrinalmente se han venido elaborando diversas teorías para solucionar la batalla de los formularios. Es posible observar que el tratamiento doctrinal ofrecido a esta cuestión ha ido evolucionando a lo largo de los años. De este modo, hoy en día, como así ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, se puede hablar de la vigencia de hasta seis teorías que tratan en base a diferentes postulados de abordar el debate.

Cabe realizar una división entre las doctrinas que cabría denominar como consolidadas, es decir, aquellas que parten de la regulación positiva o que han tenido acogida en la misma o en la jurisprudencia, y, por otro lado, aquellas más recientes que aún no han logrado hacerse eco más allá de ser consideradas como loables esfuerzos doctrinales.

45. En el primer grupo, podemos encontrar la teoría del espejo, la teoría del último disparo, la teoría del primer disparo y la teoría del noqueo. De todas ellas, considero que la más adecuada es la teoría del noqueo. La teoría del espejo pese a aportar seguridad y certidumbre jurídica no se adecua al estado actual de las cosas, quedando, en cierta manera, desfasada. Respecto de las teorías del primer y último disparo, tienen como principal inconveniente, entre otros defectos, el otorgar preferencia de forma arbitraria a una de las partes en atención al momento temporal de puesta de manifiesto de las condiciones generales de la contratación.

46. La teoría del noqueo, se sacude este inconveniente dado no vincula sus soluciones a momento temporal alguno. Por el contrario, pone su atención en los aspectos materiales, en la sustancia de las condiciones generales y de la existencia o no de divergencia entre ellas. Esta teoría, por tanto, es plenamente respetuosa con el principio del consentimiento respecto del diseño del contenido obligacional de la relación jurídica. Asimismo, aquellos aspectos en los que no haya acuerdo quedarán suplidos por la aplicación subsidiaria de las previsiones contenidas en la ley supletoria aplicable, solución del todo lógica y normal.

No obstante, como ya se ha llamado la atención previamente, la teoría del noqueo puede arrojar resultados contrarios a la autonomía de la voluntad de las partes. Esto se produce debido a que en pu-

⁶⁸ D. SLAWSON, op.cit., nota 1.

ridad la teoría del noqueo no gradúa la falta de acuerdo, es decir, cualquier aspecto regulado de forma divergente entre ambos sets de condiciones, deberá ser sustituido por la ley supletoria aplicable. Ello con independencia de si la falta de identidad se encuentra en el detalle o en la totalidad. A modo de ejemplo, si ambas partes incluyen en sus condiciones generales periodos de notificación relativos a la falta de conformidad dispares, pero mucho más generosos que la ley supletoria aplicable, la aplicación restrictiva de la teoría del noqueo arrojaría un resultado contrario a la voluntad de las partes.

47. Respecto del segundo grupo, que conforma una corriente moderna respecto de la batalla de los formularios, encontramos la teoría del mejor disparo y la teoría del disparo razonable. Lo primero que cabe destacar respecto de estas teorías es que rompen con los criterios de determinación tradicionales, basados o bien únicamente en el consentimiento o en el consentimiento junto con el elemento temporal. Esta nueva corriente pone su centro de atención en el contenido de las condiciones generales y ello, en cierta manera, con independencia tanto del aspecto temporal como consensual.

48. La teoría del mejor disparo en sus dos versiones; la original propuesta por *GOLDBERG*⁶⁹ y la variante eficiente de *RUHL*⁷⁰, pese a suponer una interesante aproximación a la cuestión desde, por un lado, un punto de vista de justicia y por otro, de eficiencia económica contractual, encuentran dos obstáculos fundamentales. Por una parte, ambas necesitan de la integración de conceptos indeterminados, los cuales generan costes y complicaciones en base a la incertidumbre que los mismos producen y, por otra parte, en principio, el juez o árbitro ha de seleccionar en bloque el set de condiciones generales que considere más adecuado según tales principios, lo cual implica un escenario de todo o nada para las partes pudiendo resultar en un desequilibrio extremo.

49. La teoría del disparo razonable elaborada por el profesor *OMRI BEN SHAHAR*⁷¹ nace inspirada en la teoría del mejor disparo de *GOLDBERG*, pero con un contenido propio e innovador que la hace adecuada para afrontar la batalla de los formularios. Esta teoría tiene como pieza central el criterio de razonabilidad, el juez o árbitro deberá analizar una por una las cláusulas controvertidas tal y como vienen redactadas en cada set de condiciones generales y elegir aquella que considere más razonable. La razonabilidad de una cláusula se realiza en base a dos criterios moduladores; la sorpresividad y la eficiencia. La determinación de si una cláusula es sorpresiva y, por ende, no razonable, se hace a la luz de la conexión que la misma tiene respecto de las partes o del litigio⁷². Así como a la luz de las prácticas y costumbres del mercado donde se contrata.

Por otro lado, respecto del criterio de eficiencia habrá que ver si la cláusula aumenta el valor global de la transacción. A modo de ejemplo, una cláusula por la cual se impone al vendedor la obligación de garantizar los bienes es razonable cuando es el vendedor el que se encuentra en la mejor posición para controlar la calidad de éstos o para proceder a su reparación o sustitución. Sin embargo, no sería razonable si el que se encontrase en esa posición privilegiada fuera el comprador. Adicionalmente, también será un indicio de razonabilidad de la cláusula, que los beneficios derivados de la aplicación de ésta sean compartidos con la contraparte, por ejemplo, vía precio final.

No obstante, la principal crítica que se realiza a esta teoría es la necesidad de integración de un concepto indeterminado como es la razonabilidad, o lo razonable. Sin embargo, esto no es un obstáculo insalvable. La razonabilidad pese a ser un concepto indeterminado no es un principio o criterio extraño en el mundo del Derecho, sino que, más bien al contrario, la razonabilidad está fuertemente incardinada en la ley, bien de forma expresa o implícita. Realmente, la aplicación de las previsiones legales supletorias tiene como objetivo acercar el contenido obligacional al equilibrio provisto por la ley, la búsqueda de lo razonable. Las previsiones contenidas en la ley suelen ser poco más que manifestaciones de lo razonable. En ocasiones se hace referencia de forma expresa a este concepto. Así, a modo de ejemplo,

⁶⁹ V. *GOLDBERG*, op.cit., nota 13.

⁷⁰ G. *RÜHL*, op.cit., nota 16.

⁷¹ O. *BEN-SHAHAR*, op.cit., nota 18.

⁷² Véase el ejemplo antes puesto de manifiesto respecto de la razonabilidad de una cláusula arbitral.

el artículo 39.1 de la Convención dice: “*El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya o debiera haberla descubierto.*” En otras ocasiones, el criterio de razonabilidad está integrado de forma implícita como orientación u objetivo de la norma.

Adicionalmente, esta teoría garantiza de forma más efectiva que se cumpla el criterio de razonabilidad que la aplicación misma de la ley. La ley, cuando integra en su contenido el postulado de lo razonable, lo hace de forma genérica, sin tener en cuenta las circunstancias específicas concurrentes en el caso concreto. Debido a esta desconexión de la ley con el caso objeto de enjuiciamiento, la aplicación estricta de la norma puede arrojar resultados contrarios al espíritu de ésta. A modo de ejemplo, la mayor parte de las leyes mercantiles establecen la obligación de garantía del lado del vendedor⁷³, dado presuponen que es éste quien se encuentra en la mejor posición al respecto. No obstante, puede que en un caso concreto ello no sea así. La teoría del disparo razonable, y su análisis casuístico, supera este defecto, aportando flexibilidad al sistema.

50. Las implicaciones de la adopción de la teoría del disparo razonable respecto de la forma de redactar y emplear las condiciones generales de la contratación serían profundas. Esta teoría genera un incentivo para que las partes redacten sus condiciones generales de forma razonable, alejándose de una mentalidad unilateral que solamente pretenda optimizar su propio beneficio, como de cierta forma incentivan las principales teorías dominantes actuales.

Por un lado, la teoría del último disparo al focalizar en al aspecto temporal, desliga su solución del contenido material de las condiciones generales. Por tanto, el resultado que se arroje de la aplicación de la teoría del último disparo, lo será con independencia de la razonabilidad de las cláusulas.

Por otro lado, la teoría del noqueo, si bien hace énfasis en el contenido de las condiciones generales, no genera incentivos a su redacción razonable más allá de lo desfavorable que pueda ser para una de las partes la aplicación de la ley supletoria. Solamente en este supuesto, las partes podrían tener un incentivo a redactar sus condiciones de forma más razonable para que así, en principio, sea más probable la aceptación de éstas por la contraparte⁷⁴.

Bajo la teoría del disparo razonable, se produciría un alejamiento respecto de la consideración de la contratación internacional como un juego de suma cero⁷⁵. Si las partes redactan sus condiciones generales sin tener en cuenta a la contraparte, las condiciones del mercado y las circunstancias concurrentes, con la única intención de maximizar su beneficio, corren el riesgo de que el juez o árbitro las expulsen por irrazonables.

51. Teniendo en cuenta este panorama, es razonable pensar que las partes emprenderían una carrera hacia el medio, el equilibrio. Lo novedoso de esta aproximación al problema, radica en que se trata de ofrecer una solución ex-ante al problema, en contraposición a la mentalidad dominante de tratarlo de forma ex-post, es decir una vez que la batalla ya ha comenzado y empieza a producir sus efectos. Bajo esta teoría, las partes⁷⁶ se ven obligadas a transitar desde una mentalidad unilateral y maximizadora a una mentalidad cooperativa basada en el principio de la razonabilidad. Esto permitiría solucionar el problema de la batalla de los formularios antes de que acaeciese, siendo, por tanto, la mayor virtud de esta teoría su efecto preventivo.

52. Ahora bien, la teoría del disparo razonable supone una ruptura diametral respecto de las teorías dominantes. Como hemos visto el consentimiento ha sido y sigue siendo la pieza central en la

⁷³ Así lo dispone el artículo 345 del Código de Comercio español: “*En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario.*”

⁷⁴ Se parte de la asunción de que ambas partes leen las condiciones generales de la contraparte.

⁷⁵ Los juegos de suma cero o de suma nula, describen situaciones en la que la ganancia o pérdida de una de las partes se equilibra de forma idéntica con las pérdidas o ganancias de la contraparte.

⁷⁶ En este apartado, la referencia al término partes no se hace en exclusiva al comerciante o empresa que actúa en el mercado estrictamente considerado. Si no que, se engloba fundamentalmente a los abogados, bien sean *in house counsel* o externos, dado son ellos los que redactan las condiciones generales de la contratación de la empresa.

contratación. Esta teoría reniega del elemento consensual para encontrar una solución a la batalla de los formularios, con el posible resultado de que una parte se pueda ver vinculada por unos términos que nunca ha consentido. Debido a esta diferencia de calado, entiendo que la adopción de los postulados de esta teoría por parte del legislador o la jurisprudencia es muy improbable, al menos su adopción en bloque. No obstante, puede servir de inspiración para la interpretación de otras teorías, en especial, de la teoría del noqueo, en el marco de la creciente flexibilización en la búsqueda de soluciones a la batalla de los formularios.

2. Desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial

53. La solución ofrecida en sede legislativa y jurisprudencial a la batalla de los formularios parte de la aplicación de los fundamentos de alguna de las principales teorías dominantes. La teoría del último disparo y la teoría del noqueo se erigen fundamentalmente en los dos faros que guían la regulación positiva en la materia. No obstante, existe una clara falta de homogeneidad en las soluciones ofrecidas al respecto en el Derecho comparado.

54. Del análisis en sede de Derecho comparado efectuado supra, cabe considerar que existe una reciente tendencia dominante favorable a la teoría del noqueo, lo cual concuerda con la dinámica internacional en el tratamiento de la cuestión. Sin embargo, los postulados tradicionales de la regla del espejo y del último disparo siguen manteniéndose vigentes en multitud de ordenamientos domésticos⁷⁷. Asimismo, existen excepciones notables al respecto. Así, ordenamientos jurídicos tan relevantes como el holandés, acogen la teoría del primer disparo, pese a que, dentro de las teorías que han sido catalogadas de consolidadas, es la menos popular.

55. En sede internacional encontramos un panorama semejante. Los principios UNIDROIT y los PECL son muestras del acercamiento a la teoría del noqueo. Ambos instrumentos jurídicos regulan de forma expresa la cuestión, aplicando esta teoría para su solución. Sin embargo, la Convención, aprobada en el año 1980, no responde a esta nueva vertiente. La Convención no contiene un artículo o apartado que regule la cuestión de forma expresa, solamente encontrando la solución a través de la aplicación del artículo 18 y, primordialmente, del artículo 19, los cuales aportan, para bien o para mal, la teoría del último disparo, aspecto que ha sido ampliamente criticado por una buena parte de la doctrina. Asimismo, la jurisprudencia ha interpretado este extremo de la Convención de forma muy heterogénea, alejándose en demasiadas ocasiones de lo que realmente dispone la Convención, para dar cabida a la regulación doméstica al respecto⁷⁸.

A diferencia del ámbito doctrinal, donde nos encontramos en un plano del deber ser, es decir, donde los esfuerzos se dirigen a la búsqueda de la teoría más adecuada en términos absolutos para la solución de la cuestión. En el ámbito legislativo nos encontramos en el plano del ser, y no cabe duda de que la Convención adopta la teoría del último disparo. De este modo, el tergiversar o ignorar el verdadero contenido de la Convención, disfrazándolo para alejarse de lo allí dispuesto, es una posible vulneración de ésta.

56. Ahora bien, como ya se ha criticado con anterioridad, la teoría del último disparo está muy lejos de alcanzar cotas de perfección. En ciertos supuestos, la aplicación del último disparo es imposible o bien es muy inadecuada. Es en estos casos cuando se deben buscar soluciones que van más allá de lo rígidamente dispuesto en el artículo 19 de la Convención. Ahora bien, esto no debe significar que se deba de aplicar lo dispuesto en el Derecho doméstico, lo cual pondría en peligro el éxito de la Convención como norma internacional, sino que se debe buscar la solución en la propia Convención. Para ello, concuerdo con la autora *CHRISTINE MOCCIA*⁷⁹ en que la propia Convención ofrece a través de la aplicación

⁷⁷ De los analizados supra, con mayor o menor discusión, Inglaterra, Canadá y China.

⁷⁸ Paradigma de ello es la sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 9 de enero de 2002, quién aun aplicando la Convención empleó la teoría del noqueo.

⁷⁹ C. MOCCIA, op.cit., nota 53.

de sus principios generales del artículo 7 una solución a la cuestión. El principio de buena fe expresamente incluido en dicho artículo permite resolver la batalla de los formularios de forma equitativa para las partes. De este modo, el juez o árbitro incluirá aquellos aspectos en los que las partes hayan alcanzado un consenso y, al mismo tiempo, establecerá otros términos en los extremos carentes de acuerdo que protejan los intereses de ambas partes. Todo ello, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9, el cual no solamente puede servir de guía a efectos de integrar el principio de la buena fe, sino que de forma obligatoria establece que las partes quedan vinculadas por sus usos y prácticas tanto personales como sectoriales.

57. No obstante, es adecuado que la Convención incluya un artículo o apartado expresamente dedicado a la resolución de la batalla de los formularios. El cual se desprenda de la teoría del último disparo para acercarse a la teoría del noqueo, la cual, pese a sus imperfecciones, ofrece una solución más adecuada a la realidad jurídica actual. Por todo ello, mientras la Convención no sea objeto de reforma en este extremo, se deberá de aplicar la teoría del último disparo dado esta es la solución contenida en la misma. Sin embargo, cuando la aplicación del último disparo sea imposible o muy dificultosa se deberá de recurrir a los principios generales de la Convención, evitando en todo caso aplicar la ley doméstica correspondiente.

3. Desde un punto de vista práctico

58. La batalla de los formularios ha sido definida como caos⁸⁰, su complejidad inherente, así como la falta de homogeneidad en su tratamiento tanto en sede nacional como internacional, hacen de ella uno de los ámbitos más impredecibles del Derecho contractual internacional. Es evidente, que este no es un panorama ideal. El Derecho no debe de ser considerado como un fin en sí mismo, sino que debe de ser, en este ámbito, un vehículo para que los operadores del comercio exterior puedan llevar a cabo sus transacciones. El estado actual de las cosas relativo a la batalla de los formularios genera grandes dosis de inseguridad jurídica, creando con ello una situación antieconómica.

El comerciante que quiera emplear sus condiciones generales de la contratación no podrá fácilmente determinar en qué casos éstas serán objeto de aplicación o en base a qué criterios se procederá a llevar a cabo la selección. Nos encontramos con un panorama cambiante y heterogéneo. De este modo, no será lo mismo someter la controversia a los tribunales alemanes, que, a los ingleses, ni tampoco dará igual que la batalla de los formularios se resuelva en base a la Convención que a los principios UNIDROIT o a la legislación doméstica francesa.

59. No obstante, la complejidad en el Derecho permite la detección de oportunidades y el correspondiente desarrollo de estrategias legales. Un conocimiento en detalle del Derecho y, para el caso que nos ocupa, de la batalla de los formularios, puede ofrecer una ventaja competitiva respecto del resto de competidores en el mercado. Una empresa con una conducta proactiva puede a través de la identificación de los riesgos y complejidades existentes en el sustrato jurídico en el que actúa alinearlos a la luz de sus objetivos para convertirlos en oportunidades. Por el contrario, si una empresa ignora la batalla de los formularios pese a intervenir en la contratación internacional corre el riesgo de ver sus condiciones generales de la contratación expulsadas de forma sistemática o, al menos, enfrentarse a una incertidumbre total respecto de si sus condiciones se aplicarán o no.

60. El objetivo fundamental de vencer la batalla de los formularios radica en asegurar que tus propias condiciones generales de la contratación sean las que gobiernen la relación jurídica. En esta línea, el éxito en la utilización de tus propias condiciones generales cumple un rol vital para el desarrollo de una política comercial correcta. El contenido de éstas engloba diversos aspectos del todo relevantes para asegurar el éxito comercial. Así, extremos como el régimen de garantías suelen quedar regulados

⁸⁰ J. MURRAY, op.cit., nota 19.

en las condiciones generales. Las garantías que uno ofrezca son un coste que debe tener influencia en la determinación del precio. Si una empresa ofrece un producto por un precio muy competitivo derivado del hecho de que su régimen de garantías es inferior al establecido por la contraparte en sus propias condiciones generales o del establecido en la ley supletoria aplicable, o simplemente de la garantía media ofrecida en el mercado, el hecho de que finalmente no sean de aplicación las condiciones propias, sin oportunidad de alterar el precio, se traducirá necesariamente en una pérdida económica.

61. A continuación, se ofrecen una serie de pautas que pueden servir a una organización para aumentar sus posibilidades de éxito o al menos para tratar de reducir la incertidumbre y varianza de la batalla de los formularios:

62. (1) Familiarización con la batalla de los formularios: Un conocimiento, aunque no sea exhaustivo de la batalla de los formularios, en especial, de las soluciones ofrecidas en los principales ordenamientos y jurisdicciones en los que la empresa opera, es un requisito previo esencial para poder obtener una ventaja competitiva. Si en primer lugar la empresa no conoce a lo que se está enfrentando, malamente podrá desarrollar una estrategia legal al respecto.

63. (2) Una buena redacción de la documentación legal: En general, las condiciones generales han de incluir aquellos aspectos legales que la organización considera relevantes para su actuación en el mercado. De forma que se regulen expresamente con el contenido que se considere favorable conforme a la política empresarial. No obstante, siendo conscientes de que la vía más sencilla para que las propias condiciones generales formen parte de la relación contractual radica en que la parte contraria las acepte, se les deberá de dotar de un contenido razonable que pueda ser aceptado por la contraparte. En lo tocante a la batalla de los formularios, existen una serie de cláusulas específicas que pueden ayudar al respecto;

(2.1) Las denominadas cláusulas de defensa: Las cláusulas de defensa tratan de asegurar que el contenido obligacional quede limitado de forma exclusiva a lo establecido en el documento en el cual se insertan. El contenido de una cláusula de defensa en una orden de compra podría responder a la siguiente formulación:

“Esta orden de compra queda expresamente limitada y condicionada a la aceptación íntegra e incondicional del vendedor de los términos contenidos aquí y en las condiciones generales adjuntas a este documento. El comprador se opone expresamente a cualesquiera términos diferentes o adicionales.”

(2.2) Las denominadas *“Entirety of Agreement Clause”* o cláusulas de integración: Este tipo de cláusulas lo que pretenden es condensar todo el contenido obligacional en el documento en el cual se insertan. En virtud de esta cláusula, se excluye cualquier otro tipo de negociaciones o acuerdos que no se vean reflejados en el documento. De este modo, el documento se erige en el acuerdo completo de las partes. El contenido de una cláusula de integración podría responder a la siguiente formulación:

“Este documento constituye el acuerdo completo entre las partes, substituyendo y cancelando cualquier otro acuerdo previo.”

Las denominadas cláusulas limitadoras de la modificación del contrato: Este tipo de cláusulas limitan los medios a través de los cuales se puede modificar el contrato. Así, cabe establecer que el contrato solamente podrá ser modificado por escrito, excluyéndose con ello cualquier tipo de modificación que se pretenda efectuar de otra forma. El contenido de una cláusula limitadora de la modificación del contrato podría responder a la siguiente formulación:

“La modificación de este contrato solamente podrá realizarse por escrito, no pudiendo modificarse por mutuo acuerdo de otra forma”

Ahora bien, estas cláusulas vienen limitadas por la denominada doctrina de los actos propios basada en el principio *“venire contra factum proprium non valet”*. Por la cual, si el comportamiento de

las partes contraviene lo establecido en dichas cláusulas, por ejemplo, porque las partes han venido consintiendo modificaciones contractuales llevadas a cabo de forma verbal, ninguna de ellas podrá oponer a la validez de tales modificaciones la cláusula que limita las mismas a su plasmación por escrito.

64. (3) Diligencia en la administración de los contratos: Una buena diligencia en la administración de los contratos es un elemento clave para el éxito en la contratación internacional y, lógicamente, también para poder enfrentarse con garantías a la batalla de los formularios. Las partes deben leer las condiciones generales de la contratación de la contraria. Pese a que esta afirmación pudiese parecer una obviedad, no parece que se pueda afirmar rotundamente que las empresas lean y analicen todas y cada una de las cláusulas contenidas en las condiciones generales que reciben. En especial, esto quizás no sea ni tan siquiera viable en ciertos sectores en los que las contrataciones se llevan a cabo de forma masiva. Sea como fuere, la revisión y análisis de las condiciones generales de la contraria es vital para poder oponerse a la mismas y a cualquier aspecto contenido en las mismas que resulte inaceptable antes de comenzar a llevar a cabo actos de ejecución del contrato. En el peor de los escenarios, el conocimiento del contenido de las condiciones de la contraria permite a la empresa adaptar su situación para el caso de que finalmente las de la contraria y no sus condiciones sean objeto de aplicación.

65. El rol profesional del abogado en esta materia se vislumbra como esencial para que una organización pueda triunfar en la batalla de los formularios. Los abogados, bien trabajen en una empresa o para una empresa, son los que redactan y dotan de contenido jurídico a las condiciones generales de la contratación. Adicionalmente, los servicios profesionales que un abogado puede ofrecer en este ámbito a una organización no solo serán útiles una vez que el litigio haya surgido, sino que su asesoramiento en la fase preparatoria y de negociación del contrato es del todo valioso.

IV. Conclusiones

66. La batalla de los formularios es, y previsiblemente seguirá siendo, una de las cuestiones más problemáticas en el ámbito del Derecho contractual internacional. Ni la doctrina, ni la legislación, tanto nacional como internacional, ni la jurisprudencia la han logrado resolver de forma satisfactoria. Todas las teorías existentes tienen inconvenientes de mayor o menor calado, sin que exista un verdadero consenso sobre cuál es la que debe regir en la materia.

Esta falta de homogeneidad no se ha visto solventada por la promulgación de un texto uniforme de gran calado como es la Convención de Viena, sino que, más bien al contrario, ésta contiene en su seno una solución, la teoría del último disparo, que hoy en día choca con la nueva corriente dominante, la teoría del noqueo, añadiendo si cabe una mayor complejidad al sistema. Asimismo, y pese a los moderados intentos doctrinales que tratan de abrir nuevas vías de solución, no parece que el panorama se vaya a esclarecer en base a una reforma de las normas en la materia.

La incertidumbre y falta de seguridad jurídica que la batalla de los formularios provoca puede ser transformada en una oportunidad por los operadores del comercio exterior, pudiendo dar lugar al desarrollo de estrategias legales que traten de optimizar su exposición a la presente cuestión. Por tanto, se recomienda a éstos que adopten una actitud proactiva y desarrollen una estrategia legal que alineada con sus objetivos empresariales les permita maximizar su exposición a la batalla de los formularios. Para ello, un correcto asesoramiento en la materia, junto con una administración diligente de los contratos se erigen en requisitos indispensables para poder vencer la batalla de los formularios.